



TRIBUNAL SUPERIOR ELEITORAL

ACÓRDÃO

RECURSO ORDINÁRIO Nº 1269-84.2014.6.25.0000 – CLASSE 6 –  
ARACAJU – SERGIPE

**Relator originário:** Ministro Luiz Fux

**Redator para o acórdão:** Ministro Tarcisio Vieira de Carvalho Neto

**Recorrente:** Ministério Público Eleitoral

**Recorrente:** Francisco Gualberto da Rocha

**Advogados:** Luzia Santos Gois – OAB: 3136/SE e outros

**Recorrido:** Francisco Gualberto da Rocha

**Advogados:** Luzia Santos Gois – OAB: 3136/SE e outros

**Recorrido:** Ministério Público Eleitoral

ELEIÇÕES 2014. RECURSOS ORDINÁRIOS E AGRAVOS DE INSTRUMENTO. APRECIÇÃO CONJUNTA. VOTO ÚNICO. REPRESENTAÇÃO. CONDUTA VEDADA. ART. 73, § 10, DA LEI Nº 9.504/97. SUBVENÇÃO SOCIAL. EMENDAS PARLAMENTARES. PROCEDÊNCIA NO TRIBUNAL REGIONAL ELEITORAL. MATÉRIA PRELIMINAR DA DEFESA: NULIDADE PROCESSUAL. AUSÊNCIA DE LITISCONSÓRCIO PASSIVO NECESSÁRIO. DECADÊNCIA. RECONHECIMENTO. EXTINÇÃO COM RESOLUÇÃO DO MÉRITO DE CADA UM DOS FEITOS. PROVIMENTO.

1. *Ab initio*, impõe-se o provimento dos agravos de instrumento para destrancamento dos correspondentes recursos especiais, os quais devem ser recebidos na via ordinária (com reatuação dos respectivos autos), haja vista as peculiaridades que autorizam a aplicação do princípio da fungibilidade recursal.

2. A conduta apontada como vedada, nos termos do art. 73, § 10, da Lei nº 9.504/97, decorre, *in casu*, de ato administrativo de natureza complexa, no qual distintos agentes políticos, cada qual delimitado por sua competência funcional, sempre exercida com autonomia, *ex vi* do regimento interno da casa legislativa, manifestam isoladamente a sua vontade para, assim, somando-as, alcançar perfectibilidade no campo formal e material.

3. Os agentes públicos, dotados de autonomia, cujas manifestações se revelam essenciais à validade e à concretude do ato complexo são, via de regra, corresponsáveis pela essência da conduta que dele emerge (inquinada, ainda que em tese, de vedada). Nessa perspectiva, nas representações do art. 73 da Lei nº 9.504/97, devem figurar, ao lado do beneficiário, no polo passivo, como litisconsortes necessários.

4. O não chamamento desses atores, a tempo e modo, acarreta a nulidade dos atos decisórios e inviabiliza, se ultrapassado o prazo decadencial (*in casu*, aquele estabelecido pelo legislador no art. 73, § 12, da Lei das Eleições), a regularização (ou repetição) processual, desaguando, com supedâneo no art. 487, II, do CPC, na extinção do feito com resolução de mérito.

5. Provimento dos agravos e dos recursos ordinários. Preliminar de nulidade processual acolhida. Decadência reconhecida. Extinção de todos os feitos com resolução de mérito.

Acordam os ministros do Tribunal Superior Eleitoral, por maioria, em acolher a preliminar de nulidade processual decorrente da deficiente formação do polo passivo e reconhecer a decadência do direito de agir, com a conseqüente extinção do feito com resolução de mérito, nos termos do voto do Ministro Tarcísio Vieira de Carvalho Neto.

Brasília, 28 de junho de 2018.

  
MINISTRO TARCÍSIO VIEIRA DE CARVALHO NETO

RÉDATOR  
PARA  
O ACÓRDÃO

## RELATÓRIO

O SENHOR MINISTRO LUIZ FUX: Senhores Ministros, trata-se de agravos nos próprios autos interpostos por Francisco Gualberto da Rocha e pelo Ministério Público Eleitoral contra decisão que inadmitiu os respectivos recursos especiais manejados em face do acórdão do Tribunal Regional Eleitoral sergipano que julgou parcialmente procedente o pedido formulado pelo *Parquet* Eleitoral na representação por conduta vedada, aplicando a Francisco Gualberto da Rocha a sanção de multa no valor de R\$ 40.000,00 (quarenta mil reais).

Na origem, o Ministério Público Eleitoral alegou que o Representado, então candidato à reeleição ao cargo de Deputado Estadual por Sergipe, praticou conduta vedada pelo art. 73, §§ 10 e 11, da Lei das Eleições, consistente na distribuição gratuita de verbas de subvenção a entidades privadas em ano eleitoral.

Em sua petição inicial, o *Parquet* explicou que os elementos de convicção necessários à propositura da representação foram colhidos no âmbito do procedimento preparatório eleitoral (PPE) nº 1.35.000.000816/2014-76 e das medidas cautelares de exibição de documentos – Processo nº 1173-69.2014.6.25.0000 – e de quebra do sigilo bancário – Processo nº 1180-61.2014.6.25.0000 –, os quais revelaram a prática de “*distribuição de verba de subvenção para doações assistencialistas pelos Deputados Estaduais, prevista na Lei Estadual nº 5.210/2003, sendo destinado a cada um dos membros R\$ 1.500.000,00 (um milhão e quinhentos mil reais) para tanto*” (fls. 9).

Alegou que o repasse das verbas de subvenção, no caso, não se enquadra no conceito de programa social, pois este pressupõe atividade governamental desenvolvida de modo organizado, com cronograma específico e critérios objetivos, dirigido a pessoas hipossuficientes ou em vulnerabilidade social, objetivando o bem-estar da coletividade por meio de medidas de inclusão social mediante distribuição ou transferência de renda.

Aduziu que, na espécie, essa distribuição não observou tais critérios, pois os recursos foram repassados de forma completamente aleatória e desorganizada a entidades privadas e destinadas ao custeio de atividades dissociadas do interesse público, tais como pagamento de combustível, despesas de entidades privadas detentoras de fonte de renda própria, realização de reformas e *shows*.

A despeito disso, concluiu que, *“no caso das associações beneficiadas por verbas de subvenção decorrente de indicações do ora requerido, não se identificou, a princípio, qualquer elemento que apontasse para a não aplicação escoreita dos recursos e/ou desvio ilícito dos valores em benefício de terceiros”* (fls. 23), razão pela qual entendeu não haver na espécie gravidade suficiente para aplicação da pena mais severa de cassação do diploma, em atenção ao princípio da proporcionalidade. Nessa linha, assentou que *“a multa, se aplicada em seu valor máximo – tendo em conta o significativo valor distribuído (1,5 milhão de reais) – é suficiente para inibir a conduta”* (fls. 24).

Pleiteou, ao final, a procedência do pedido vindicado na Representação, para aplicar ao Representado multa em seu valor máximo legal, nos moldes do art. 73, § 4º, da Lei nº 9.504/97.

O Tribunal Regional Eleitoral sergipano afastou a preliminar suscitada pela defesa e, no mérito, julgou parcialmente procedente o pedido, a fim de condenar Francisco Gualberto da Rocha à sanção de multa no valor de R\$ 40.000,00 (quarenta mil reais), conforme se extrai da seguinte ementa (fls. 821-823):

REPRESENTAÇÃO. DEPUTADO ESTADUAL. ELEIÇÕES 2014. CONDOTA VEDADA. ARTIGO 73, § 10, DA LEI Nº 9.504/97. QUESTÃO DE ORDEM. MATÉRIA CONTIDA EM SEGUNDO AGRAVO REGIMENTAL. APRECIÇÃO COMO PRELIMINAR NO FEITO. PRELIMINARES. REJEIÇÃO. MÉRITO. REPASSE DE VERBAS DE SUBVENÇÃO PARA ENTIDADES ASSISTENCIALISTAS EM ANO ELEITORAL. INSTITUÍDAS PELA LEI ESTADUAL Nº. 5.210/2003. LEI DECLARADA INCONSTITUCIONAL PELO TJ/SE. DESCONFIGURAÇÃO DE PROGRAMA SOCIAL. AUSÊNCIA DE ENCAIXE NOS PERMISSIVOS LEGAIS. INEXISTÊNCIA DE LEI ESPECÍFICA CONTEMPLANDO A AÇÃO. SUBSUNÇÃO DA CONDOTA AO ILÍCITO PREVISTO NO ARTIGO 73, § 10, DA LEI Nº 9.504/97.

CONDUTA VEDADA QUE PRESCINDE DO EFETIVO BENEFÍCIO DE CANDIDATURA. EXCLUSIVA RESPONSABILIDADE DO PARLAMENTAR PELA PRÁTICA DA CONDUTA VEDADA. AUSÊNCIA DE PARTICIPAÇÃO DE TERCEIROS NA ESCOLHA DAS ENTIDADES AGRACIADAS E NA DEFINIÇÃO DOS VALORES A SEREM REPASSADOS. ANÁLISE QUANTO ÀS ESPECIFICIDADES DA CONDUTA VEDADA PRATICADA PELO(A) REPRESENTADO(A). AUSÊNCIA DE CIRCUNSTÂNCIAS AGRAVANTES DA CONDUTA. RAZOABILIDADE E PROPORCIONALIDADE. PROCEDÊNCIA DA REPRESENTAÇÃO. APLICAÇÃO DE MULTA EM PATAMAR MODERADO.

1. Submetida questão de ordem ao plenário, no sentido de transpor matérias processuais suscitadas em segundo agravo regimental interposto por alguns dos representados (instrução comum para 24 representações com mesmo corte cognitivo em matéria fática e de direito), para exame em passagem reservada à apreciação das preliminares originárias suscitadas pela parte. Deferimento pelo plenário da casa.
2. Revisitado pronunciamento regional contido no Acórdão TRE/SE nº 190/2015, que resolveu, além de ponto referente à conexão reconhecida entre os 24 processos de representação opostos pelo Ministério Público Eleitoral, contra os Deputados Estaduais de Sergipe (eleitos para a legislatura 2011/2014, considerou que preliminares suscitadas nas peças de defesa ostentavam natureza meritória e para essa ocasião seria trasladada sua apreciação.
3. A preliminar de inadequação da via eleita confunde-se com uma questão meritória na medida em que a avaliação acerca desse aspecto demanda avanço sobre a prova dos autos, inviável, portanto, de análise como questão preliminar.
4. No que tange ao litisconsórcio necessário, trata-se de mais uma alegação a exigir, nos termos em que formulados, exame de prova, ingressando, assim, no mérito. Isto decorre, essencialmente, porquanto a causa de pedir assevera que a figura do agente público que pratica a conduta vedada e o beneficiário se equivalem. Precedentes do TSE.
5. Quanto à ilicitude da prova colhida pelo MPE em sede extrajudicial, nada obstante a inconstitucionalidade do art. 105-A, da Lei nº 9.504/97, há de se ressaltar não ter sido instaurado inquérito civil (em sentido técnico) previamente ao ajuizamento da representação. Demais disso, o lastro que informou a propositura da ação é também composto por dados documentais obtidos mediante autorizações judiciais (ações cautelares nºs. 1173-69.2014.6.25.0000 e 1180-61.2014.6.25.0000 e 121-04.2015.6.25.0000).
6. No que se refere à insurgência do trâmite em conjunto das representações, registre-se que a conexão foi reconhecida por este Tribunal, através do Acórdão nº 190/2015, que em nada conflita com a decisão liminar do TSE, a determinar a separação dos processos após a instrução processual. Vale repisar, ainda, que a delimitação de provas pelo MPE e a concessão de novo prazo de memoriais, tudo em cumprimento ao comando oriundo do TSE, em decisão de

23.10.2015, ultimou o conjunto de medidas voltadas a concretizar o desmembramento dos processos na etapa de julgamento, sede natural de valoração de provas.

7. Quanto à alegação de cerceamento de defesa, por falta de gravação dos áudios das audiências, há de se consignar que caso a gravação fosse medida inescapável à concretização do direito fundamental do devido processo legal, seria forçoso concluir pela ilegitimidade constitucional das normas processuais que institucionalizaram, no ordenamento positivado, a admissibilidade plena da documentação de depoimentos em registros audiovisuais. Ausência de motivo concreto capaz de justificar a gravação.

8. Em virtude da diversidade de fatos suscitados num mesmo processo regido pelo art. 22 da Lei Complementar nº 64/90, é admitida a extrapolação do número de testemunhas previsto no inciso V do referido dispositivo. Caso contrário, poder-se-ia ensejar que os sujeitos do processo eleitoral ajuizassem demandas distintas, por cada fato, de modo a não sofrer limitação na produção de prova testemunhal, o que compromete a observância do princípio da economia processual. De mais a mais, testemunhas que depõem sobre fatos comuns a mais de um requerido são acolhidas na condição de testemunhas do Juízo. Precedentes.

9. Alegação de ausência de intimação de prova documental. A análise detida das cautelares preparatórias e instrumental demonstra justamente o oposto, avizinhando-se a preliminar da litigância de má-fé. Demais disso, não se levantou qualquer objeção, em tempo e modo devidos, quanto a perguntas formuladas em audiência acerca de documentos que integravam o acervo probatório e eram exibidos, no ato, em versão digitalizada. Expediente que também caracteriza, portanto, a chamada 'nulidade de algibeira', expediente malicioso que é repellido jurisprudencialmente. Por fim, no caso concreto, não foi apontado efetivo prejuízo.

10. O objetivo da vedação de condutas a agentes públicos em campanhas eleitorais é, regra geral, impedir que a mera possibilidade de utilização da máquina pública possa desequilibrar o pleito em prol dos detentores de Poder Público. Doutrina.

11. As condutas elencadas nos incisos do artigo 73 da Lei das Eleições são aquelas tendentes a afetar a igualdade de oportunidades entre os candidatos nos pleitos eleitorais.

12. A configuração da prática de conduta vedada independe de potencialidade lesiva para influenciar o resultado do pleito, bastando a mera ocorrência dos atos proibidos para atrair as sanções da lei. Precedentes.

13. O exame das condutas vedadas previstas no art. 73 da Lei das Eleições deve ser feito em dois momentos. Primeiro, verifica-se se o fato se enquadra nas hipóteses previstas, que, por definição legal, são 'tendentes a afetar a igualdade de oportunidades entre candidatos nos pleitos eleitorais'. Caracterizada a infração às hipóteses do art. 73 da Lei 9.504/97, é necessário verificar, de acordo com os princípios da razoabilidade e proporcionalidade, qual a sanção que deve ser aplicada. Nesse exame, cabe ao Judiciário dosar a multa prevista no § 4º do mencionado art. 73, de acordo com

a capacidade econômica do infrator, a gravidade da conduta e a repercussão que o fato atingiu.

14. Comprovada a prática da conduta vedada prevista no §10, art. 73, da Lei 9.504/97, haja vista que, no ano eleitoral, o representado, por intermédio da ALESE (Administração Pública), realizou distribuição aleatória e gratuita de valores, consistente nas denominadas 'verbas de subvenção', sem que estivesse aparado por quaisquer das exceções legais, haja vista a inexistência de calamidade pública, de estado de emergência ou de programas sociais autorizados em lei e já em execução orçamentária no exercício anterior.

15. Cada Deputado Estadual de Sergipe teve, à sua exclusiva disposição, o montante de R\$ 1.500.000,00 (um milhão e quinhentos mil reais) para utilizar da forma que bem lhe prouvesse, indicando nominal e discricionariamente, as associações e respectivos valores com que, a seu exclusivo juízo, seriam contempladas, não havendo qualquer ato de ingerência da mesa da ALESE quanto ao destino e aos valores do recurso. Premissa corroborada pela prova testemunhal produzida.

16. No caso das associações beneficiadas pelas verbas de subvenção decorrente de indicações do (a) ora requerido (a), não se identificou, a princípio, situação agravante quanto a parte relevante dos recursos repassados, como, por exemplo, a não aplicação dos recursos em finalidade desviante de interesse público, a utilização eleitoreira ou a reversão de parte dos valores em proveito do próprio candidato, de maneira que, em atenção ao princípio da proporcionalidade, deve ser aplicada apenas a penalidade de multa.

17. Num juízo de proporcionalidade da aplicação da sanção, há de se considerar a adequação e a necessidade da medida. Nesse sentido, a punição deve atender ao alcance da finalidade prevista na norma em que se fundamenta, como também se deve atentar para a imposição da adequada punição que se mostre a menos onerosa dentre as existentes. Sendo assim, configura-se a adequado e proporcional a imposição de pena de multa, em um valor moderado.

18. Procedência do pedido formulado na representação.

Contra esse *decisum*, Francisco Gualberto da Rocha e o Ministério Público Eleitoral interpuseram recurso especial eleitoral.

Em suas razões, Francisco Gualberto da Rocha (fls. 929-947) alegou, em resumo, que o acórdão regional violou o art. 73, § 10, da Lei das Eleições, na medida em que a conduta apurada não se amolda ao ilícito previsto no aludido dispositivo. Nesse sentido, argumentou que:

(i) *"a transferência de recursos realizada pode ser equiparada à transferência de recursos de convênio, onde fica resguardada a continuidade de sua execução, desde que o*

*cronograma de desembolso tenha se iniciado antes do período vedado a que alude a norma” (fls. 934);*

*(ii) “a verba de subvenção foi objeto de emenda no ano de 2013” (fls. 934), ano anterior ao eleitoral, “não tendo que se falar em ato ilícito, já que estava resguardado pela lei de subvenções, Lei nº 5.210 de dezembro de 2003, dotada de plena eficácia e validade àquela época” (fls. 935);*

*(iii) a declaração de inconstitucionalidade da Lei nº 5.210/2003 em 2015 “não pode ter o condão de anexar ilicitude às condutas praticadas antes dessa declaração (fls. 934).*

Sustentou, ainda, que a proscrição contida no art. 73, § 10, da Lei das Eleições não se destina a todo e qualquer agente público, mas somente àquele agente público a quem a lei confere poderes de gestão, que não é o seu caso, visto que sequer ocupava lugar na Mesa Diretora da Assembleia Legislativa (fls. 936) e que *“a mera proposição de emenda ao projeto de lei orçamentária não constitui conduta tipificada pela legislação eleitoral e cuja prática esteja vedada durante o ano eleitoral” (fls. 937).*

Nessa direção, afirmou que *“a base legal invocada pelo aresto não se amolda à conduta praticada pelo Recorrente, sobretudo porque: o orçamento público brasileiro não é impositivo, mas meramente autorizativo; a decisão de liberar recursos não compete ao recorrente, mas à direção da Assembleia Legislativa; a aptidão da entidade é aferida pela Assembleia, a quem compete também analisar a prestação de contas” (fls. 937).*

Acrescentou que *“a conduta para ser punível deve vir acompanhada da demonstração indubidosa do dolo do autor, o que não se verifica no caso em questão” (fls. 939).*

Demais disso, defendeu que não foi observada a proporcionalidade e a razoabilidade na dosimetria da sanção pecuniária fixada acima do mínimo legal.

Pleiteou, ao final, o provimento do recurso, a fim de que, reformando-se o aresto regional, seja julgado improcedente o pedido vindicado



na Representação para afastar a sanção de multa aplicada. Em caso de manutenção da condenação, requereu aplicação da multa no patamar mínimo legal, em observância aos princípios da proporcionalidade e da razoabilidade.

O Ministério Público Eleitoral (fls. 948-963), por sua vez, aduziu, inicialmente, o cabimento do seu recurso especial, sob o argumento de que *"na situação dos autos [...] não há a possibilidade de decretação da perda do mandato do recorrido, haja vista que o MPE apenas busca o aumento do valor da multa aplicada, motivo pelo qual não pode ser manejado recurso ordinário"* (fls. 950).

No mérito, apontou ofensa ao art. 73, § 4º, da Lei nº 9.504/97, alegando que a conduta perpetrada merece aplicação da sanção pecuniária em seu patamar máximo legal.

Argumentou que *"as circunstâncias usadas para impedir uma maior elevação da reprimenda (boa-fé objetiva em razão de prática inserida na cultura institucional da ALESE, impugnação na seara eleitoral somente em 2014, ausência de notícia de reputação desabonadora de alguma das entidades privadas agraciadas pelo requerido) já foram levadas em consideração pelo MPE para pedir a exclusão do pedido de cassação do mandato do representado"* (fls. 960-961).

Registrou, ainda, que *"os aspectos considerados pela Corte Regional para majorar a multa acima do mínimo legal – volume total de recursos distribuídos, existência de prévia recomendação formal do MPE, consistentes e reiteradas impugnações judiciais à constitucionalidade da Lei Estadual nº 5.210/03 – deveriam agravar a penalidade pecuniária muito além dos R\$ 40.000,00 (quarenta mil reais) que foram estabelecidos, de modo que a penalidade poderia, justificadamente, alcançar o teto legal"* (fls. 961).

Nessa linha, defendeu que *"as razões são gravíssimas e merecedoras de multa no valor máximo, especialmente porque o representado distribuiu indevidamente R\$ 1.500.000,00 [...] aleatoriamente, sendo evidente que, em última instância, tal conduta reverteu em benefício da sua campanha eleitoral, na forma de retribuição por aquelas pessoas que se sentiram*

*beneficiadas, numa evidente prática tendente a gravosa quebra da isonomia entre os candidatos” (fls. 961).*

Prosseguiu afirmando que “*os princípios da proporcionalidade e razoabilidade nem de longe serão malversados com a elevação aqui buscada, uma vez que, como já assinalado, foi excluída a punição mais gravosa prevista na legislação, qual seja, a cassação do mandato, em evidente observância aos referidos princípios” (fls. 962).*

Pugnou pelo provimento do recurso, a fim de que, reformando-se parcialmente o acórdão fustigado, seja imposta ao Recorrido a multa prevista no art. 73, § 4º, da Lei das Eleições em seu patamar máximo (i.e. R\$ 106.410,00).

Os recursos não foram admitidos pelo Presidente do Tribunal Regional Eleitoral de Sergipe (fls. 964-971v).

Seguiu-se, então, a interposição de agravo nos próprios autos por Francisco Gualberto da Rocha (fls. 973-990), em que se impugnam os fundamentos da decisão agravada, reiterando-se as razões esposadas no recurso especial. Pleiteia-se o provimento do agravo, a fim de viabilizar o julgamento do recurso especial, ou, alternativamente, o recebimento deste último como recurso ordinário, por força do princípio da instrumentalidade das formas.

O *Parquet* Eleitoral também interpôs agravo em face da decisão que não admitiu seu recurso especial, impugnando os fundamentos do referido *decisum* e reiterando a necessidade de aplicação da multa prevista no art. 73, § 4º, da Lei das Eleições no seu valor máximo (fls. 991-1.009).

A fls. 1.013-1.024 e 1.025-1.035, Francisco Gualberto da Rocha apresentou contrarrazões ao agravo e ao recurso especial, respectivamente, manejados pelo *Parquet* Eleitoral. Este também apresentou contrarrazões aos recursos de Francisco Gualberto da Rocha a fls. 1.036-1.105.

Os autos foram distribuídos por prevenção, em razão da existência do MS nº 351-42.2015.6.00.0000, de minha relatoria (fls. 1.115), e

encaminhados à Procuradoria-Geral Eleitoral, que se manifestou pelo provimento dos agravos de Francisco Gualberto da Rocha e do *Parquet* Eleitoral, para viabilizar o conhecimento dos seus recursos especiais e, no mérito, pelo desprovimento destes (fls. 1.116-1.129).

É o relatório.

### VOTO (vencido)

O SENHOR MINISTRO LUIZ FUX (relator): Senhores Ministros, *ab initio*, assento que os agravos do Ministério Público Eleitoral e de Francisco Gualberto da Rocha são tempestivos e que este último está subscrito por causídico regularmente constituído.

Assim, conheço dos agravos e passo, desde logo, ao exame dos recursos especiais.

#### **I. Da possibilidade de aplicação do princípio da fungibilidade recursal: recebimento do REspe como Recurso Ordinário**

De início, anoto que o recurso ordinário, e não o especial, afigura-se como instrumento jurídico-processual idôneo previsto na legislação de regência, *ex vi* do art. 121, § 4º, III, da Constituição de 1988<sup>1</sup>, para impugnar decisões proferidas no bojo de controvérsias cujo pedido deduzido verse cassação de diploma nas eleições estaduais ou federais.

Sobressai como irrelevante, bem por isso, sob o prisma processual, o juízo de procedência ou de improcedência na origem. É suficiente que o objeto da demanda veicule cassação do diploma, circunstância que autoriza o manejo do recurso ordinário a franquear ao Tribunal *ad quem*, dada a ampla devolutividade do apelo, um elastério

---

<sup>1</sup> CRFB/88.art. 121. [...].

§ 4º - Das decisões dos Tribunais Regionais Eleitorais somente caberá recurso quando:

[...]

III - versarem sobre inelegibilidade ou expedição de diplomas nas eleições federais ou estaduais; [...].

cognitivo vertical e horizontal, no que concerne à análise das questões debatidas na instância inferior.

No mesmo sentido, o eminente Ministro Dias Toffoli, relator do RO nº 874, asseverou, reiterando o posicionamento do Tribunal, que, “[...] ‘se o feito versa sobre inelegibilidade, ou envolve eventual possibilidade de cassação de diploma ou mandato atinente a eleições federais ou estaduais, a hipótese recursal contra a decisão dos Tribunais Regionais Eleitorais é sempre de recurso ordinário, seja o acórdão regional pela procedência ou improcedência do pedido [...]’” (TSE, RO nº 874/AM, Rel. Min. Dias Toffoli, DJe de 24.6.2013).

*In casu*, a *causa petendi* noticia a prática de conduta vedada por parte de Francisco Gualberto da Rocha, prevista no art. 73, § 10, da Lei das Eleições, cuja procedência do pleito pode ensejar a cassação de seu diploma ou a aplicação de multa, *ex vi* do § 5º do indicado art. 73. Por isso, é irrelevante que a peça vestibular tenha postulado apenas e tão só a aplicação de multa, de modo que é estreme de dúvidas que a insurgência contra o aresto da Corte Regional Eleitoral sergipana seria o recurso ordinário.

Os Recorrentes, todavia, interpuseram os indigitados recursos especiais eleitorais.

A despeito disso, e ciente de que a abalizada doutrina eleitoral reputa aludido erro como grosseiro<sup>2</sup>, recebo os recursos especiais como ordinários, em deferência ao princípio da fungibilidade recursal. E assim o faço por duas razões: primeiro, porque presentes os pressupostos recursais extrínsecos, intrínsecos e específicos; segundo, ante a necessidade de enfrentamento do *meritum causae*.

Deveras, endossar essa visão atávica do processo, em ordem a não aplicar o princípio da fungibilidade na espécie, eleva filigranas estéreis a um patamar de importância maior que o próprio direito material, compreensão dogmática vinculada à denominada fase científica do Direito Processual, na

---

<sup>2</sup> Nas palavras de José Jairo Gomes: “[p]or isso, em todas as situações [de cabimento do recurso ordinário] não se afigura viável a aplicação do princípio da fungibilidade recursal caso seja interposto recurso especial eleitoral, de maneira a admitir como recurso ordinário o especial indevidamente protocolado. O erro da parte, em tal caso, é grosseiro.” (GOMES, José Jairo. 3ª Ed. *Recursos eleitorais*. São Paulo: Atlas, 2016, p.145).

qual, ante a necessidade de afirmação da nova ciência que surgia no final do séc. XIX, os operadores do direito se apegavam demasiadamente a querelas meramente acadêmicas.

Pela pena de notáveis juristas modernos, dentre os quais destaque, na doutrina nacional, os professores Cândido Dinamarco, José Roberto dos Santos Bedaque e Carlos Alberto Alvaro de Oliveira, a doutrina processual, a pouco e pouco, vem adequando os institutos deste ramo do Direito para que cumpram a sua verdadeira função: a de conferir efetividade ao direito material.

Com efeito, o descrédito social gerado em razão de decisões que se furtam à resolução do mérito, por apego exagerado a questiúnculas procedimentais, sem qualquer fundamento razoável, gera uma crise de efetividade dos direitos e compromete, no limite, a sobrevivência dos Poderes instituídos. Persistindo a orientação formalista, veremos ressuscitado o regime romano das *legis actiones*, do purismo formal excessivo e absoluto desse período, do qual data a conhecida passagem das Institutas de Gaio (IV/11), em que se relata a perda de uma causa em virtude de a parte ter utilizado o termo “vide” no lugar de “árvore”, que era o correto.

Nessa toada, Carlos Alberto Alvaro de Oliveira observa que o formalismo excessivo faz com que o seu poder organizador, ordenador e disciplinador aniquile o próprio direito ou determine um retardamento irrazoável na solução do litígio. Nas palavras do saudoso Catedrático da Universidade Federal do Rio Grande do Sul, “*as formas processuais cogentes não devem ser consideradas formas eficaciais (Wirkform), mas formas finalísticas (Zweckform), subordinadas de modo instrumental às finalidades processuais. Se a finalidade da prescrição foi atingida na sua essência, sem prejuízo a interesses dignos de proteção da contraparte, o defeito de forma não deve prejudicar a parte, mesmo em se tratando de prescrição de natureza cogente, pois, por razões de equidade (justiça do caso concreto, segundo Radbruch), a essência deve sobrepujar a forma*” (OLIVEIRA, Carlos Alberto Alvaro de. O formalismo-valorativo no confronto com o formalismo excessivo. In: *Revista de Processo*. São Paulo: RT, nº 137, 2006, p. 7-31).

A Constituição de 1988 foi o estopim de um marco científico, consistente na difusão da doutrina neoconstitucionalista no Brasil, cuja metodologia assume a existência de uma conexão necessária entre direito e moral. No plano teórico, afasta-se o estatualismo, o legicentrismo e o formalismo interpretativo na análise do sistema jurídico, e desenvolvem-se mecanismos para a efetividade dos princípios constitucionais que abarcam os valores mais caros à nossa sociedade (COMANDUCCI, Paolo. Formas de (neo)constitucionalismo: un análisis metateórico. Trad. Miguel Carbonell. In: Isonomía. *Revista de Teoría y Filosofía del Derecho*, nº 16, 2002). Impossível, portanto, interpretar as normas processuais eleitorais de modo desfavorável à consecução do acesso à justiça (art. 5º, XXXV, da Constituição) e desconectada da necessidade de se conferir aplicabilidade às normas de direito material.

O formalismo desmesurado ignora, ainda, a boa-fé processual que se exige de todos os sujeitos do processo, inclusive, e com maior razão, do Estado-Juiz. Nas palavras de Dinamarco, *“a supervalorização do procedimento, à moda tradicional e sem destaques para a relação jurídica processual e para o contraditório, constitui postura metodológica favorável a essa cegueira ética que não condiz com as fecundas descobertas da ciência processual nas últimas décadas”* (DINAMARCO, Cândido Rangel. *A instrumentalidade do processo*. 14ª ed. São Paulo: Malheiros, 2009. p. 267).

Portanto, recebo os presentes recursos especiais como ordinários e passo ao exame das questões prefaciais suscitadas pelos Recorrentes.

## II. Preliminares

### **[I] DA ALEGADA NULIDADE EM DECORRÊNCIA DA AUSÊNCIA DE CITAÇÃO DE LITISCONSORTES PASSIVOS NECESSÁRIOS – PRESIDENTE E 1º SECRETÁRIO DA ASSEMBLEIA LEGISLATIVA DO ESTADO DE SERGIPE**

Imputa-se ao Recorrente, Deputado Estadual Francisco Gualberto da Rocha, a responsabilidade pela distribuição de verbas públicas em 2014, ano eleitoral, a título de “subvenções sociais”, para entidades privadas formalmente atuantes na área de assistência social, o que

configuraria a prática da conduta vedada pelo art. 73, § 10, da Lei das Eleições, *in verbis*:

Art. 73. São proibidas aos agentes públicos, servidores ou não, as seguintes condutas tendentes a afetar a igualdade de oportunidades entre candidatos nos pleitos eleitorais:

[...]

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

O Recorrente Francisco Gualberto da Rocha alega que não praticou qualquer ato de gestão na Assembleia Legislativa apto a atrair o ilícito previsto no art. 73, § 10, da Lei nº 9.504/97, máxime porque “a *decisão de liberar recursos não [lhe] compete [...], mas à direção da Assembleia Legislativa*” (fls. 937).

Sustenta, ainda, que sequer ocupa lugar na Mesa Diretora e que a proibição normativa “*destina-se claramente àquele agente público a quem a lei confere poderes de gestão*” (fls. 936).

No ponto, o Regional sergipano examinou esses argumentos em sede da preliminar de suposta nulidade por ausência de citação dos litisconsortes passivo necessário, rejeitando-a por entender que a legitimidade passiva deve tomar por referência a relação jurídico-material deduzida pelo autor, que, no caso, conferiu ao Representado a posição de agente público responsável pela conduta.

Por oportuno, transcrevo trecho do acórdão recorrido (fls. 856-858):

No primeiro agravo regimental (Acórdão nº 190/2015), já mencionei, foi suscitada a hipótese de inobservância de litisconsórcio passivo necessário entre a parte representada e o agente público que atuou como ordenador de despesas na ALESE quando dos fatos em esquadrinho, uma vez que este último - consoante alegou a parte representada - seria o responsável pela liberação de recursos nos moldes em que o MPE assevera caracterizadores do art. 73, §10, da Lei nº 9.504/97.

Reitero, nesse passo, o alerta de que este Colegiado já se pronunciou a respeito, entendendo que a arguição, tal qual formulada, exigiria exame de provas e, por conseguinte, estaria inserida no debate de mérito pertinente à demanda.

Sem embargo e sem incorrer em qualquer contradição com a posição já firmada, mas sim para reforço e clareza, trago em acréscimo a consideração de que, tomada a causa de pedir tal qual formulada, isto é, abstratamente, verifica-se nitidamente ter sido atribuída à parte representada a posição, concentrada em sua pessoa, de agente público praticante da conduta vedada.

**O TSE vem entendendo ser imponível o litisconsórcio passivo necessário apenas nas hipóteses em que dissociadas as posições de agente público que pratica a conduta vedada e o seu beneficiário, ou seja, quando são eles pessoas distintas. Ocorre que tal dissociação ou distinção não se faz presente na causa de pedir.**

[...]

Com este singelo reforço ao já decidido por este Colegiado, uma vez mais tenho por ultrapassada a questão em sede preliminar, ratificando a posição sufragada no julgamento regimental no sentido de que à ocasião do enfrentamento de mérito terá espaço a definição de efetiva responsabilidade ou não da parte representada, na alegada posição em que concentraria, em sua própria pessoa, a condição de agente público que teria cometido a suposta conduta vedada (Grifou-se).

Ou seja, o acórdão regional, ao apreciar a questão relativa à legitimidade das partes, considerou a relação jurídica *in statu assertionis*, isto é, à vista do que pelo autor foi afirmado na peça inicial. Tal entendimento encontra respaldo na doutrina e na jurisprudência pátrias.

Com efeito, Alexandre Freitas Câmara (2005) assim preleciona sobre o tema:

As condições da ação são requisitos exigidos para que o processo vá em direção ao seu fim normal, qual seja, a produção de um provimento de mérito. Sua presença, assim, deverá ser verificada em abstrato, considerando-se, por hipótese, que as assertivas do demandante em sua inicial são verdadeiras, sob pena de se ter uma indistigável adesão às teorias concretas da ação. Exigir a demonstração das condições da ação significaria, em termos práticos, afirmar que só tem ação quem tem do direito material. Pense-se, por exemplo, na demanda proposta por quem se diz credor do réu. Em se provando, no curso do processo, que o demandante não é titular do crédito, a teoria da asserção não terá dúvidas em afirmar que a hipótese é de improcedência do pedido. Como se comportará a teoria? Provando-se que o autor não é credor do réu, deverá o juiz julgar seu pedido improcedente ou considerá-lo carecedor de ação? Ao afirmar que o caso seria de improcedência



do pedido, estariam os defensores desta teoria admitindo o julgamento da pretensão de quem não demonstrou sua legitimidade, em caso contrário, se chegaria à conclusão de que só preenche as condições da ação quem fizer jus a um pronunciamento jurisdicional favorável. Parece-nos, assim, que apenas a teoria da asserção se revela adequada quando se defende uma concepção abstrata do poder de ação, como fazemos. As condições da ação, portanto, deverão ser verificadas pelo juiz *in statu assertionis*, à luz das alegações feitas pelo autor na inicial, as quais deverão ser tidas como verdadeiras a fim de se perquerir a presença ou ausência dos requisitos do provimento final.

Esta Corte Superior também já se manifestou diversas vezes pela aplicação da teoria da asserção na aferição das condições da ação.

Por exemplo:

ELEIÇÕES 2012. AGRAVO REGIMENTAL. RECURSO ESPECIAL. AÇÃO DE INVESTIGAÇÃO JUDICIAL ELEITORAL. ABUSO DE PODER ECONÔMICO E POLÍTICO. REPRESENTANTE DE COLIGAÇÃO. ILEGITIMIDADE ATIVA. TEORIA DA ASSERÇÃO.

1. A legitimidade *ad causam* extraordinária depende de previsão legal, de acordo com o art. 18 do CPC.
2. O art. 22 da Lei Complementar nº 64/1990 concede legitimidade ativa para propor ação de investigação judicial eleitoral ao Ministério Público Eleitoral, ao partido político, ao candidato ou à coligação. Representante de coligação não tem legitimidade para ajuizar ação de investigação judicial eleitoral em nome próprio, por ausência de fundamento legal.
3. **Segundo a teoria da asserção, as condições da ação devem ser verificadas no momento da propositura, de acordo com as alegações do autor em sua petição inicial.** O autor não trouxe nenhum elemento que lhe conferisse legitimidade *ad causam*, nos termos da legislação eleitoral.
4. Não se trata de defeito de representação processual, como sustenta a agravante em suas razões, mas de ausência de legitimidade ativa. Para isso, não importa se o autor é ou não o representante legal da coligação, mas se preenche os requisitos legais do art. 22 da Lei Complementar LC 64/1990.
5. Decisão agravada mantida por seus fundamentos. Agravo regimental desprovido". [Grifo nosso]

(AgR-REspe nº 297-55/PI, Rel. Min. Gilmar Mendes, DJe de 24.8.2016);

RECURSO ESPECIAL. AÇÃO DE INVESTIGAÇÃO JUDICIAL ELEITORAL. DECISÕES. INSTÂNCIAS ORDINÁRIAS. EXTINÇÃO SEM JULGAMENTO DE MÉRITO. FATO. TIPIFICAÇÃO. CRIME ELEITORAL. APURAÇÃO. EVENTUAL ABUSO DE PODER. POSSIBILIDADE.

1. A configuração da conduta relativa à destruição de material de propaganda de adversário como crime eleitoral não afasta a possibilidade de os fatos serem examinados no âmbito da ação de investigação judicial eleitoral, para proteção da lisura do pleito e do equilíbrio da disputa entre os candidatos, bens jurídicos protegidos pelos arts. 14, § 9º, da Constituição Federal e 22 da Lei Complementar nº 64/90, os quais não podem ficar à margem da tutela jurisdicional.

2. As condições da ação, segundo a teoria da asserção, devem ser aferidas em abstrato, com base nas alegações apresentadas na inicial, sem que seja necessário o exame de provas e a existência de direito material do autor. **Nessa linha, a conformação do direito com base nos fatos narrados na inicial encerra questão típica de mérito.**

Recurso especial parcialmente provido para determinar o retorno dos autos ao juízo de primeiro grau, a fim de que processe e julgue a AIJE como entender de direito. [Grifo nosso]

(REspe nº 1004-23/MG, Rel. Min. Henrique Neves, DJe de 20.11.2014); e

REPRESENTAÇÃO. CONDUTA VEDADA. AGENTE PÚBLICO. UTILIZAÇÃO DE APARATO ESTATAL. CORREIO ELETRÔNICO PESSOAL. SOLICITAÇÃO DE INFORMAÇÕES A AGREMIAÇÃO PARTIDÁRIA. ATIPICIDADE.

PREMISSA FÁTICA

1. De acordo com a peça vestibular, baseada em fato noticiado pelo jornal O Globo (fls. 28-29), o primeiro Representado, assessor da Secretaria de Relações Institucionais da Presidência da República, teria telefonado à assessoria de imprensa do Diretório do PMDB do Estado do Rio de Janeiro, no dia 12 de junho, e requerido cópia da lista de presença dos Prefeitos que compareceram ao almoço de formalização de apoio do partido ao movimento Aezão formado a partir de aliança política entre as candidaturas de Aécio Neves, à Presidência da República, e de Luiz Fernando Pezão, ao Governo do Estado do Rio de Janeiro. Em seguida, enviou *e-mail* (doc. de fl. 27), em horário de expediente, àquele Diretório solicitando a referida lista.

[...].

PRELIMINARES DE IMPOSSIBILIDADE JURÍDICA DO PEDIDO E AUSÊNCIA DE INTERESSE PROCESSUAL

[...]

LEGITIMIDADE PASSIVA DA REPRESENTADA DILMA VIANA ROUSSEFF

6. As condições da ação (legitimidade passiva, no caso), segundo a Teoria da Asserção, devem ser aferidas em abstrato, sem exame de provas, em consonância com as (simples) alegações postas na inicial. No caso, alega-se que a representada Dilma Vana Rousseff sabia e foi beneficiária da suposta conduta vedada. Isso é o que basta para fins de reconhecer legitimidade passiva. Todo o mais é juízo de mérito.

[...]

ANÁLISE DE MÉRITO SOBRE O PRÉVIO  
CONHECIMENTO/PARTICIPAÇÃO DA REPRESENTADA DILMA  
VANA ROUSSEFF

8. Os dados dos autos indicam que tudo foi praticado no âmbito da Secretaria de Relações Institucionais da Presidência da República. Quando muito, o assunto chegou ao Ministro das Relações Institucionais, Ricardo Berzoini, que se pronunciou sobre o episódio na imprensa (vide fl. 28-30) e se manifestou oficialmente nos autos do procedimento Investigatório que tramitou no Ministério Público Eleitoral (fls. 213-221). Diante disso, não há elemento que possa indicar participação da representada Dilma Vana Rousseff nos fatos.

[...]

CONCLUSÃO

15. Voto pela rejeição das preliminares e, no mérito, pela integral improcedência dos pedidos veiculados na representação.

(RP nº 665-22/DF, Rel. Min. Herman Benjamin, *DJe* de 3.12.2014).

Assim, considerando que a petição inicial imputa exclusivamente ao Recorrente Francisco Gualberto da Rocha a responsabilidade pela conduta tida por ilícita, e que não se verifica, *in casu*, nenhum dos pressupostos inscritos no art. 114 do Código de Processo Civil<sup>3</sup>, não há que se falar em nulidade processual por ausência de citação de litisconsorte passivo necessário.

Ainda a propósito, registrem-se entendimentos desta Corte no sentido de que não existe litisconsórcio necessário quando os agentes públicos excluídos da inicial não são os verdadeiros responsáveis pelo ilícito investigado, isto é, quando não praticaram *sponte propria* os verbos nucleares da conduta (REspe nº 762-10/RS, de minha relatoria, *DJe* de 6.5.2015), o mesmo ocorrendo quando o agente público não atua com total independência em relação ao candidato beneficiário da conduta vedada (AgR-REspe nº 311-08/PR, Rel. Min. João Otávio de Noronha, *DJe* de 16.9.2014).

*In casu*, o eixo do ilícito reside na distribuição, é dizer, na oferta organizada com base em uma ordenação de favorecidos e montantes promovida única e exclusivamente pelos agentes parlamentares, por ocasião da indicação realizada no ano anterior ao do pleito. Por esse prisma, entende-

<sup>3</sup> CPC. Art. 114. O litisconsórcio será necessário por disposição de lei ou quando, pela natureza da relação jurídica controvertida, a eficácia da sentença depender da citação de todos que devam ser litisconsortes.

se por “distribuidor” o agente a quem cabe definir quem são os beneficiários e a quanto remontam os seus respectivos quinhões, excluindo-se do conceito os agentes que simplesmente conferem o *exequatur*.

Como se não bastasse, acresço que a consequência da não citação de eventuais responsáveis pela prática de ilícitos para a composição do polo passivo em ações eleitorais nas quais o resultado pode ser diverso, em relação aos potenciais imputados, resume-se à impossibilidade de que os efeitos da sentença os alcancem, em virtude da impossibilidade de que se submetam à autoridade da *res iudicata* (COSTA, Adriano Soares da. *Instituições de Direito Eleitoral. Teoria da inelegibilidade. Direito Processual Eleitoral*. 10. ed. Belo Horizonte: Fórum, 2016, p. 389). É cristalina, nesse caminho, a solução determinada pelo art. 115 do novo Código de Processo Civil<sup>4</sup>.

A propósito, Nelson Nery Junior e Rosa Maria de Andrade Nery ensinam que:

No atual regime legal, há diferença para os efeitos da sentença proferida em processo no qual o litisconsórcio necessário não foi integralizado. Tratando-se de litisconsórcio *necessário-simples*, isto é, de formação obrigatória determinada por lei, onde a sentença não precisa ser dada de maneira uniforme para todos os litisconsortes, a sentença é *válida e eficaz* para as *partes*, isto é, para os que participaram do processo, mas *ineficaz* para os *terceiros*, aqueles que poderiam ter sido litisconsortes necessários-simples, mas não foram. Quando se tratar de não integração de *litisconsórcio-unitário*, isto é, de formação obrigatória determinada pela relação jurídica, onde todos os litisconsortes devem receber o mesmo tratamento no plano do direito material, vale dizer, cuja sentença deverá ser uniforme para todos os litisconsortes necessários-unitários, essa sentença é nula, nos termos do CPC, art. 115 (NERY JUNIOR, Nelson; NERY, Rosa Maria de Andrade. *Código de Processo Civil anotado*. 16. ed. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2016, p. 575-576).

Na espécie, afigura-se óbvio, em meu sentir, que os agentes apontados como responsáveis pela defesa e os atores beneficiados possivelmente teriam sortes diferentes no desfecho do processo, sobretudo

---

<sup>4</sup> NCPC. Art. 115. A sentença de mérito, quando proferida sem a integração do contraditório, será:

I - nula, se a decisão deveria ser uniforme em relação a todos que deveriam ter integrado o processo;

II - ineficaz, nos outros casos, apenas para os que não foram citados.

quando se percebe que a atividade de autorização para a execução das emendas parlamentares era, na *praxis* da Assembleia Legislativa de Sergipe, eminentemente ordinatória e protocolar.

Assim, considerando que, em uma análise puramente hipotética e abstrata, não se pode descartar, de plano, uma possível exclusão da responsabilidade do Presidente e do Primeiro Secretário da Alese quanto aos eventos em tela, segue-se a conclusão de que a relação jurídica discutida em juízo é de caráter cindível, o que afasta a existência de litisconsórcio unitário e, via de consequência, a presença de uma mandatória união entre agentes e beneficiário no campo passivo da angulação processual. Isso porque, na forma do art. 114 da legislação civil adjetiva, o litisconsórcio necessário somente acontece como resultado da imposição de lei (no caso, inexistente) ou em decorrência de aspectos intrínsecos à relação jurídica controvertida, tendo ficado demonstrado que, *in casu*, esses aspectos certamente não se apresentam.

Nessa direção, José Jairo Gomes opina que nas representações contra condutas vedadas é "*certamente conveniente que o agente público e o candidato beneficiado ocupem o polo passivo do mesmo processo, pois isso permite a otimização do debate acerca daquela conduta*". Nada obstante, destaca que essa percepção não faz com que se afigure "*necessário ou imprescindível [...] que a Justiça Eleitoral conheça e julgue adequadamente os fatos tão só em relação ao candidato beneficiado*", simplesmente porque o litisconsórcio, nesses casos, é do tipo "*facultativo simples*" (GOMES, José Jairo. *Direito Eleitoral*. 14. ed. São Paulo: Gen, 2018, p. 883).

Os demais argumentos trazidos pelo Recorrente quanto ao ponto serão analisados mais à frente, por se confundirem com o mérito da causa.

### III. Mérito

No mérito, a controvérsia travada nos autos gira em torno de saber se a destinação de recursos públicos a entidades privadas, realizada pelo então Deputado Estadual Francisco Gualberto da Rocha através de emenda parlamentar, configura a conduta vedada prevista no art. 73, § 10, da Lei das Eleições, *in verbis*.<sup>5</sup>

Antes, porém, e na esteira de minhas manifestações nesta Egrégia Corte Superior, convém estabelecer premissas teóricas que reputo indispensáveis ao deslinde do feito. É o que passo a fazer.

#### **[I] PREMISSA TEÓRICA: A POTENCIAL OFENSA À IGUALDADE DE OPORTUNIDADES ENTRE OS CANDIDATOS COMO *CONDITIO SINE QUA NON* À CONFIGURAÇÃO DAS CONDUTAS VEDADAS**

Enquanto modalidades de ilícitos eleitorais, as condutas vedadas revelam a preocupação do legislador ordinário em interditar práticas tendentes a afetar a igualdade de oportunidades (ou de chances) entre os candidatos, assim preservando um adequado nível de competitividade entre os atores, em homenagem à axiologia própria à disciplina eleitoral, que supõe que a disputa pelo poder ocorra em condições equilibradas.

Com efeito, o arranjo em questão encontra amparo na premissa de que a busca pela igualdade deve inspirar todos os planos do espectro normativo, afetando sobremaneira o cenário eleitoral, tendo em vista que os preceitos que justificam a existência do Estado e inspiram a organização comunitária devem também incidir sobre a técnica de legitimação da governança popular. Nesse guiar, advirto que o princípio da igualdade de chances (*Chancengleichheit*), postulado de origem alemã, é um mandamento nuclear na seara eleitoral. Em substância, o princípio em tela *“reclama uma postura de neutralidade do Estado em face dos players da competição eleitoral (i.e., partidos, candidatos e coligações), de forma a coibir a formulação de desenhos e arranjos que favoreçam determinados atores em detrimento de*

---

<sup>5</sup> Art. 73. [...] § 10. No ano em que se realizar eleição, fica proibida a distribuição gratuita de bens, valores ou benefícios por parte da Administração Pública, exceto nos casos de calamidade pública, de estado de emergência ou de programas sociais autorizados em lei e já em execução orçamentária no exercício anterior, casos em que o Ministério Público poderá promover o acompanhamento de sua execução financeira e administrativa.

outros” (FUX, Luiz; FRAZÃO, Carlos Eduardo. *Novos paradigmas do Direito Eleitoral*. Belo Horizonte: Fórum, 2016, p. 119).

Como se percebe, a igualdade de condições entre os postulantes habita o substrato ético das competições eleitorais, havendo de ser estritamente observado em todos os processos de renovação política, sob pena de uma flagrante e inescapável deslegitimação. Afinal, assim como ensina o professor argentino Gonçalves Figueiredo:

A igualdade é um caráter universal do sufrágio e, ainda que geralmente seja invocada com referência exclusiva ao direito de votar – sob a fórmula ‘um homem, um voto’ – também atine ao direito de ser votado, como parte do sufrágio em sua dimensão passiva. De maneira que, em um processo [realmente] democrático, os contendentes devem ter um grau razoável de igualdade de oportunidades para que se estabeleça uma competição livre e equilibrada, para que possam participar na formação da vontade política do eleitorado.

Por isso, diz-se que um dos aspectos fundamentais para a celebração de eleições ‘livres e democráticas’ é que sejam observadas uma série de práticas que permitam assegurar a igualdade de oportunidades e a equidade eleitoral (GONÇALVES FIGUEIREDO, Hernán. *Manual de Derecho Electoral. Principios y reglas*. Buenos Aires: Di Lalla, 2013, p. 226 – tradução livre).

A igualdade de oportunidades entre os competidores eleitorais integra a ordem constitucional brasileira não apenas porque “o postulado de igualdade tem ampla aplicação entre nós, não se afigurando possível limitar ou restringir a sua aplicação a determinadas situações ou atividades”, mas ainda porque “a concorrência é imanente ao regime liberal e democrático” (MENDES, in Mendes; Branco. *Curso de Direito Constitucional*. 11ª ed. São Paulo: Saraiva, 2016, pp. 797-799).

Ademais, o preceito em tela adentra o cabedal legislativo interno pela via do direito internacional (art. 5º, § 2º, Constituição da República), uma vez que a prerrogativa consta do art. 23, 1, c, da Convenção Interamericana de Direitos Humanos, assim como do art. 25, c, do Pacto Internacional de Direitos Civis e Políticos<sup>6</sup>, dos quais o Brasil figura como

---

<sup>6</sup> Convenção Interamericana de Direitos Humanos. Art. 23. Direitos políticos. 1. Todos os cidadãos devem gozar dos seguintes direitos e oportunidades: [...] 3. de ter acesso, em condições gerais de igualdade, às funções públicas de seu país.

Estado-parte. Pelas regras assinaladas, Altas Partes signatárias ficam obrigadas à configuração de eleições competitivas, devendo afastar arranjos normativos ou eliminar situações fáticas que facilitem ou dificultem as chances de êxito de alguns contendores, atuando ainda para promover, no exercício da atividade legiferante, o máximo nivelamento possível no que tange às condições em que se desenrolam os prélios.

Isso posto, como bem adverte José Jairo Gomes, "*haveria desigualdade se a Administração estatal fosse desviada da realização de seus misteres para auxiliar a campanha de um dos concorrentes, em odiosa afronta aos princípios da moralidade e da impessoalidade*" (GOMES, José Jairo. *Direito Eleitoral*. 13ª ed. São Paulo: Atlas, 2017 p. 765. No mesmo sentido, CÂNDIDO, Joel J. *Direito Eleitoral Brasileiro*. 15ª ed. São Paulo: Edipro, 2012, p. 765).

Ademais, as condutas vedadas, *ex vi* dos arts. 73 ao 78, consubstanciam hipóteses de concretização, no plano infraconstitucional, dos princípios fundamentais encartados no art. 37, *caput*, da Lei Fundamental de 1988 (entre os quais sobressaem legalidade, impessoalidade, moralidade, publicidade, eficiência), o que reverbera *a fortiori* na interpretação dessas cláusulas proibitivas.

Nesse contexto, a *mens legis* do art. 73, § 10, da Lei das Eleições é impedir que o aparelho estatal seja utilizado para corromper parcela do eleitorado em situação de vulnerabilidade social mediante a distribuição de bens, valores ou benefícios. Coíbe-se, pois, uma espécie particular de desvio de finalidade: a projeção de uma atuação regular da Administração Pública como artifício para mascarar políticas clientelistas de ocasião, calculadamente engendradas para a apuração de benefício eleitoral próprio ou de terceiro. Em termos concisos, o que a norma busca impedir é que a assistência social dos vários níveis de governo seja utilizada como fator de propulsão para determinadas candidaturas.



Fixadas essas premissas, passo a examinar se a conduta do então Deputado Estadual Francisco Gualberto da Rocha consubstancia conduta vedada, *ex vi* do art. 73, §10, da Lei nº 9.504/97.

### [II] O CASO *SUB EXAMINE*

Segundo se extrai dos autos, as chamadas “subvenções” patrocinadas pela Assembleia Legislativa de Sergipe (ALESE) datam de muito tempo, constando do acórdão regional a estimativa de 4 (quatro) décadas de existência.

A partir de 2003, os repasses passaram a ser regulamentados pela Lei Estadual nº 5.210/2003.

*In casu*, cinge-se a controvérsia em identificar se a destinação de recursos públicos a entidades privadas, realizada pelo então Deputado Estadual Francisco Gualberto da Rocha, configura a conduta vedada do art. 73, § 10, da Lei das Eleições. Eis o preceito supostamente transgredido:

Art. 73. São proibidas aos agentes públicos, servidores ou não, as seguintes condutas tendentes a afetar a igualdade de oportunidades entre candidatos nos pleitos eleitorais:

[...]

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

Para qualificar juridicamente como conduta vedada o comportamento imputado ao Recorrente (e sua comprovação *in concreto*) e, de consequência, impor a respectiva sanção, é preciso, a meu sentir, enfrentar **três pontos fundamentais**: (i) identificar se a distribuição de recursos públicos se justifica por se tratar de programas sociais autorizados em lei e já em execução orçamentária no exercício anterior. Tal aspecto assume relevo, uma vez que, positiva a resposta, poder-se-ia cogitar de uma excludente de ilicitude eleitoral, *ex vi* da exceção no tipo do art. 73, § 10, da Lei das Eleições; (ii) saber se ao Parlamentar pode ser imputada qualquer responsabilização pela

distribuição dos valores repassados a título de “subvenções sociais”; e, por fim, (iii) apurar a gravidade da conduta vedada atribuída ao Recorrente. Examinaremos, na sequência, cada um desses aspectos.

No que respeita ao primeiro ponto, rechaço a tese de que a excludente constante do art. 73, § 10, da Lei das Eleições aplica-se, automaticamente, a toda e qualquer espécie de programa social. Pelo contrário, consigno que o reconhecimento da causa supressora de ilicitude demanda a realização de uma análise bidimensional, a envolver um viés formal e outro substantivo (ou material). Seria um reducionismo, para fins de aplicação da exceção inserta no art. 73, § 10, da Lei das Eleições, consignar que a mera previsão normativa de metas e de objetivos no Plano Plurianual e na Lei de Diretrizes Orçamentárias, com vistas à satisfação de direitos prestacionais, bastaria para evidenciar a presença de um programa social capaz de manter a indigitada política pública no campo da legalidade eleitoral.

É preciso, para além disso, que se proceda a um exame que transcenda o aspecto estritamente jurídico-formal, de sorte a considerar, igualmente, se houve (ou não) a observância, no plano fático, das invocadas finalidades a que os programas se destinam. Noutros termos, o que se afirma é que nem toda política pública com a roupagem de programa social atrai, somente por isso, a exceção prevista no § 10 do art. 73 da Lei das Eleições, de modo a afastar a configuração do ilícito de conduta vedada.

Na verdade, é necessário que o magistrado considere a presença de um elemento substantivo. Em termos diretos, é evidente que o programa social deve ser estipulado e executado com finalidades legítimas e idôneas e em estrita consonância com o quadro legal de regência. Ausentes esses apanágios, descabe cogitar da existência de um programa social efetivamente apto a figurar como excludente de ilicitude, para fins de afastamento das penas afetas à transgressão constante do art. 73, § 10, da Lei das Eleições.

Essa linha de raciocínio interdita, ilustrativamente, que programas criados supostamente para a consecução de fins sociais atuem como excludentes de ilicitude eleitoral, quando, a rigor, sua implementação

albergue finalidades espúrias, tendentes a vilipendiar a igualdade de chances entre os *players*. Não se trata, em absoluto, de questionar a elaboração de políticas públicas direcionadas aos desfavorecidos, mas, sim, de evitar desvios de finalidade identificados em projetos cuja função precípua seja a captação de voto, em troca do oferecimento de bens, valores ou serviços públicos.

Eis, portanto, a conclusão inescapável: se a roupagem de programas sociais visa apenas a conferir um verniz de legitimidade a certa política pública, é possível reconhecer a existência dessa forma particular de abuso de poder, ainda que estejam devidamente autorizados em lei e já em execução orçamentária no exercício anterior. É exatamente essa a hipótese dos autos.

Sob o viés formal, revela-se absolutamente necessário o estabelecimento de metas no plano plurianual que irão mensurar os desideratos intentados pelos poderes públicos. E a Lei de Diretrizes Orçamentárias do Estado de Sergipe, Lei Estadual nº 7.670/2013<sup>7</sup>, para o exercício de 2014, define “*programa*” como o “*instrumento de organização da ação governamental visando à concretização dos objetivos pretendidos, sendo mensurado por metas estabelecidas no plano plurianual*”.

A despeito disso, sob o ângulo substantivo, o acervo fático-probatório dos autos denota que o repasse de recursos, sob o rótulo de *subvenções sociais*, distanciou-se dos fins previstos pela legislação, federal e estadual. Consoante se demonstrará, a subvenção social instituída pela Lei estadual nº 5.210/2003, a ser destinada a custear despesas correntes de entidades privadas prestadoras de serviços no âmbito social (*i.e.*, programas sociais), consubstanciou instrumento de alocação de recursos com o intuito eleitoral. Convém desenvolver o argumento com mais vagar.

Não obstante seu *nomen iuris*, as subvenções sociais se afiguram como transferências correntes, uma vez que seu objetivo precípua reside em custear gastos operacionais das entidades privadas beneficiadas, nos termos do art. 12, § 3º, da Lei nº 4.320/64<sup>8</sup>, que veicula as normas gerais

---

<sup>7</sup> Art. 4º, VI, da Lei Estadual nº 7.670/2013.

<sup>8</sup> Art. 12. [...].

de direito financeiro. Aliás, na mesma toada, os arts. 16 e 17 do indigitado diploma legal preconizam que “a concessão de subvenções sociais [nos limites da disponibilidade financeira] *visará a prestação de serviços essenciais de assistência social, médica e educacional, sempre que a suplementação de recursos de origem privada aplicados a esses objetivos, revelar-se mais econômica*”, bem como que “*somente à instituição cujas condições de funcionamento forem julgadas satisfatórias pelos órgãos oficiais de fiscalização serão concedidas subvenções*”.

Em sede doutrinária, Heraldo da Costa Reis e J. Teixeira Machado Júnior perfilham similar entendimento, ao afirmar que “as subvenções são sempre transferências correntes e destinam-se a cobrir despesas operacionais das entidades para as quais foram feitas as transferências. Veja-se bem, embora com o nome de subvenções sociais e econômicas, são elas transferências correntes, porque têm por objetivo atender a despesas de operações das beneficiadas”. (MACHADO JUNIOR, José Teixeira; REIS, Heraldo da Costa. *A Lei 4.320 comentada*. 31. ed. Rio de Janeiro: Ibmam, 2003. p. 50 – grifei).

No entanto, o regime jurídico das subvenções sociais não se esgota nas disposições da Lei nº 4.320/64. De fato, o art. 4º, I, f, da Lei Complementar nº 101/2000, cognominada Lei de Responsabilidade Fiscal, preconiza que a Lei de Diretrizes Orçamentárias deve dispor sobre as “*demais condições e exigências para transferências de recursos a entidades públicas e privadas*”. De igual modo, o art. 26 da LRF estabelece que a destinação de recursos para cobrir, direta ou indiretamente, necessidades de pessoas físicas ou *déficits* de pessoas jurídicas deverá ser autorizada por lei específica, de sorte a atender as condições estabelecidas na LDO e estar prevista no orçamento ou em seus créditos adicionais.

---

§ 3º Consideram-se subvenções, para os efeitos desta lei, as transferências destinadas a cobrir despesas de custeio das entidades beneficiadas, distinguindo-se como:

I - subvenções sociais, as que se destinem a instituições públicas ou privadas de caráter assistencial ou cultural, sem finalidade lucrativa; [...].

As subvenções se afiguram, a partir desse plexo normativo, como instrumentos jurídicos da **atividade de fomento**, ao lado dos auxílios, convênios, contribuições, contratos de gestão e termos de parceria. Trata-se de mecanismos de financiamento público, voluntários e discricionários, das atividades desenvolvidas por organizações do terceiro setor, sempre no afã de que estas entidades privadas desempenhem serviços de interesse público. Não por outra razão, a Professora das Arcadas Maria Sylvia Zanella Di Pietro preleciona que as subvenções são instrumentos de “*fomento*” de certas iniciativas ou programas, em que o “*Estado deixa a atividade na iniciativa privada e apenas incentiva o particular que queira desempenhá-la, por se tratar de atividade que traz algum benefício para a coletividade*”<sup>9</sup>, de modo que referida transferência não enseja qualquer contrapartida, econômica ou patrimonial, para o Estado.

Justamente por isso, é proscrito qualquer tipo de ajuste que implique contraprestações entre o Ente Federativo e as entidades receptoras das subvenções. Os recursos repassados devem ser destinados ao custeio da entidade, facultando-se ao Poder Público, inclusive, determinar medidas para assegurar que serão efetivamente utilizados nesse custeio.

No plano estadual, a legislação de regência corrobora a *ratio essendi* subjacente ao regime das subvenções sociais.

Com efeito, a Lei de Diretrizes Orçamentárias do Estado de Sergipe para o exercício de 2014, Lei nº 7.670, condiciona aludidas transferências apenas e tão só às instituições privadas sem fins lucrativos, prestadoras de serviços de assistência social, médica, educacional e cultural, de natureza continuada, regidas pelo que estabelecem os arts. 16 e 17 da Lei federal nº 4.320 (art. 41, I)<sup>10</sup>. Previu, ainda, e em termos categóricos, as condições para o repasse desses recursos. Transcrevo o art. 39, § 1º:

---

<sup>9</sup> DI PIETRO, Maria Sylvia Zanella. *Parcerias na administração pública*. 6ª. ed. São Paulo: Atlas, 2008, p. 232.

<sup>10</sup> Art. 41. As transferências de recursos orçamentários a instituições privadas sem fins lucrativos, não pertencentes ou não vinculadas ao Governo do Estado, devem obedecer às disposições pertinentes contidas no art. 26 da Lei Complementar (Federal) nº 101, de 04 de maio de 2000, sendo: I - Subvenções Sociais - as destinadas a despesas correntes de instituições privadas sem fins lucrativos, prestadoras de serviços de assistência social, médica, educacional e cultural, de natureza continuada, regidas pelo que estabelecem os arts. 16 e 17, da Lei (Federal) nº 4.320, de 17 de março de 1964; [...].

Art. 39. As transferências de recursos orçamentários a instituições privadas sem fins lucrativos, não pertencentes ou não vinculadas ao Governo do Estado, devem obedecer às disposições pertinentes contidas no art. 26 da Lei Complementar (Federal) nº 101, de 04 de maio de 2000, sendo:

[...]

§ 1º A destinação de recursos a entidades privadas sem fins lucrativos dependerá de:

I - publicação, pelo Poder respectivo, de normas a serem observadas na concessão de subvenções sociais, contribuições e auxílios publicação, pelo Poder respectivo, de normas a serem observadas na concessão de subvenções sociais, contribuições e auxílios que definam, entre outros aspectos, critérios objetivos de habilitação e seleção das entidades beneficiárias e de alocação de recursos e prazo do benefício, prevendo-se, ainda, cláusula de reversão no caso de desvio de finalidade;

II - aplicação de recursos de capital, em se tratando de auxílios, exclusivamente para:

a) aquisição e instalação de equipamentos, bem como obras de adequação física necessárias à instalação dos referidos equipamentos;

b) aquisição de material permanente; ou,

c) obra em andamento, cujo início tenha ocorrido com recursos do Orçamento Fiscal e da Seguridade Social, vedada a destinação de recursos para ampliação do projeto original.

III - identificação do beneficiário e do valor transferido no respectivo convênio ou instrumento congênere;

IV - declaração de funcionamento regular, inclusive com inscrição no CNPJ, da entidade beneficiária nos últimos 03 (três) anos, emitida no exercício de 2012 por 03 (três) autoridades locais, e comprovantes de regularidade do mandato de sua diretoria;

V - execução na modalidade de aplicação 50 - Transferências a Instituições Privadas sem Fins Lucrativos.

Percebe-se, assim, com clareza meridiana que a destinação de recursos depende da edição de diretivas normativas, com vistas à concessão das subvenções, mediante a veiculação de critérios estritamente **objetivos** de habilitação e de seleção das entidades beneficiárias, de alocação de recursos e de prazo do benefício. E, em havendo desvio de finalidade, impõe ainda a inclusão de cláusula de reversão dos valores transferidos.

Para além dessas condições, o § 3º do indigitado art. 39 assevera ser “vedada a destinação de recursos a entidades privadas em que

membros dos Poderes, ou respectivos cônjuges ou companheiros sejam proprietários, controladores ou diretores” (grifei).

*In casu*, todavia, ao editar a Lei nº 5.210/2003, o legislador sergipano distanciou-se dos balizamentos normativos que disciplinam a concessão de subvenções sociais. Eis o teor da legislação:

Lei estadual nº 5.210, de 12/12/2003:

“Art. 1º. As subvenções, aprovadas pela Assembleia Legislativa do Estado de Sergipe em Lei Orçamentária e destinadas a instituições de caráter assistencial obedecerão, na sua distribuição, aos critérios estabelecidos nesta Lei, **uma vez atendidas as disposições contidas na Lei Estadual nº 2.775, de 22 de dezembro de 1989 e suas alterações.**

Art. 2º. A assistência social, objeto das subvenções, oriundas de emenda parlamentar, à Lei de Orçamento do Estado, tem, preferencialmente, e respeitados os estatutos de suas respectivas entidades, por objetivos:

- I - assistência à saúde;
- II - assistência à educação, cultura, esporte e lazer;
- III - amparo aos carentes, deficientes ou não de qualquer idade;
- IV - promoção da integração ao mercado de trabalho;
- V - proteção à família, à maternidade, à infância e à velhice.

Art. 3º. Somente poderão ser destinatárias de subvenção parlamentar as Prefeituras Municipais ou as Instituições reconhecidas de Utilidade Pública e que estejam registradas no Conselho Estadual ou Municipal de Assistência Social, ou **mediante atestado firmado pelo Juiz, Promotor ou Prefeito Municipal onde a Instituição estiver sediada.**

Parágrafo único. **Somente serão inscritas na Lei Orçamentária, para receber verbas de subvenções, a partir de janeiro de 2004, as entidades que atenderem os requisitos constantes no caput deste artigo.**

Art. 4º. As Prefeituras Municipais e as Entidades Assistenciais contempladas com a concessão de subvenções, deverão apresentar a Assembleia Legislativa, **requerimento e plano de aplicação dos recursos** que lhes forem destinados, sob pena de não receberem os mesmos.

Parágrafo único. Os valores que forem objeto de emenda a Lei Orçamentária, cujos planos de aplicação e requerimento não forem apresentados até 30 de novembro do ano a que se refere o orçamento, não ficarão gravados em Restos a Pagar nos Exercícios Futuros.

Art. 5º. A Prefeitura Municipal ou a Instituição que receber subvenção parlamentar prestará obrigatória e anualmente à Assembleia Legislativa, conta das aplicações objeto das

subvenções, prestação esta que será remetida ao Tribunal de Contas do Estado para a devida análise.

Parágrafo único. Na ocorrência de irregularidades de ordem insanável, deverá o Tribunal de Contas apresentar relatório sugerindo ou não que esta Instituição deixe de receber recursos de subvenção no exercício financeiro imediatamente seguinte ao que está sendo apurado, além das medidas cabíveis de ordem legal.

Art. 6º. Esta Lei entrará em vigor na data de sua publicação.

Art. 7º. Revogam-se as disposições em contrário.

O parágrafo único do art. 3º evidencia absoluto descompasso com as diretrizes legais ínsitas às subvenções sociais. O preceito autoriza o repasse de transferências correntes a quaisquer entidades que satisfaçam os requisitos do *caput* (i.e., instituições reconhecidas de Utilidade Pública e que estejam registradas no Conselho Estadual ou Municipal de Assistência Social, ou mediante atestado firmado pelo Juiz, Promotor ou Prefeito Municipal onde a Instituição estiver sediada), em franca inobservância à Lei de Diretrizes Orçamentárias sergipana, a qual, repisa-se, prevê requisitos **objetivos** para a concessão dos recursos. A Lei estadual nº 5.210/2003, ao revés, apresenta critérios dotados de elevada vagueza e generalidade, incompatíveis com o regime jurídico subvencional.

Não bastasse, desabona a tese aduzida pelo Recorrente o fato de que a Lei estadual nº 5.210/2003 fora declarada inconstitucional pelo Tribunal de Justiça do Estado de Sergipe no bojo da Representação de Inconstitucionalidade nº 201500101799. Eis os fundamentos (fls. 906-908): (i) *“ofensa ao Princípio da Separação dos Poderes, mostrando uma usurpação da função Executiva pelo Poder Legislativo Estadual”*; (ii) *“a falta de um critério objetivo na escolha dessas entidades viola Princípios da Administração Pública ao promover favoritismos em detrimento de outras entidades”*; (iii) *“[...] o sistema das subvenções e a forma como é gerido atualmente, mostra-se deficiente, possibilitando irregularidades, podendo atingir fins eleitoreiros, considerando ainda que a fiscalização é realizada pelo próprio órgão que escolhe as instituições. Faltando controle externo quanto a aplicação do numerário; faltando controle externo para estabelecimento de critérios objetivos na escolha e participação das entidades a serem beneficiadas, ferindo, ainda, o Princípio da Isonomia e da Igualdade da Administração Pública”*.



O aresto da Corte de Justiça sergipana é irreparável na análise da validade jurídico-constitucional da Lei *sub examine*, na medida em que enfatiza que a prerrogativa para a definição de critérios, consoante afirmado algures, é prerrogativa que recai sobre o Poder Executivo, e não sobre o Legislativo. O diploma legal, ao outorgar tal tarefa à Assembleia Legislativa, subverte a lógica de *checks and counterchecks* inerente a qualquer modelo constitucionalmente adequado de separação e independência entre os poderes.

Com efeito, os riscos de disfuncionalidade de um modelo como esse é evidente. É que, embora a Lei de Diretrizes Orçamentárias disponha caber ao Poder Legislativo fixar critérios para a concessão das subvenções, o rigor constitucional confia tal papel ao Executivo. Por tal razão, inadmite-se que a Assembleia Legislativa possa destinar recursos a entidades por ela definidas como beneficiárias, por meio de emendas parlamentares ao orçamento, com amplo espectro de discricionariedade e, o mais gravoso, em franca inobservância ao regime jurídico das subvenções.

Em um modelo como esse, existe a vulneração de todo e qualquer mecanismo de controle, na medida em que, como hialinamente se constata, um único ente (no caso, o Poder Legislativo) detém a prerrogativa de estabelecer condições, repassar os recursos e fiscalizar a aplicação desses valores. E arranjos como esse não se conformam, em hipótese alguma, com o espírito da Carta Fundamental de 1988, da Constituição do Estado de Sergipe e da legislação infraconstitucional que disciplina o regime das subvenções sociais, as quais propugnam por ampla transparência nos atos governamentais e por um efetivo dever de os agentes públicos prestarem contas à sociedade. É preciso, pois, ter em conta que:

[...] Os princípios básicos da gestão fiscal, que consubstanciam a responsabilidade das finanças públicas, configuram instrumentos essenciais à administração racional dos recursos financeiros postos à disposição do Poder Público. Permeando o atuar da União, Estados, Distrito Federal e Municípios, aos quais se vinculam na formação do sistema de responsabilidade fiscal [...], tais princípios buscam embasar a atividade financeira estatal, imprimindo-lhe eficiência e operatividade (NASCIMENTO, Carlos Valder do. *In*: MARTINS, Ives Gandra; NASCIMENTO, Carlos Valder do (orgs.).

*Comentários à Lei de Responsabilidade Fiscal*. 6ª. ed. São Paulo: Saraiva, 2012, p. 55).

Na senda jurídica, entre os princípios fundamentais da gestão fiscal, encontra o princípio da transparência, extraído a partir de inúmeros dispositivos constitucionais, e cuja incidência, no campo específico do trato orçamentário, resulta na ideia de que:

Não basta apenas ao administrador pautar sua atividade dentro do estrito campo da legalidade, embora seja um dos pontos a orientar sua conduta; exige-se ainda um comportamento ético-moral na condução da coisa pública. Nesse plano, é plausível que o seu agir não deve escapar ao controle social e ao crivo do Poder Judiciário, sede legítima para decidir sobre a sua lisura (NASCIMENTO, Carlos Valder do. *In*: MARTINS, Ives Gandra; NASCIMENTO, Carlos Valder do (orgs.). *Comentários à Lei de Responsabilidade Fiscal*. 6ª. ed. São Paulo: Saraiva, 2012, p. 60).

Ademais, é de se destacar que, nesse ramo específico, o princípio da clareza ou da transparência recomenda que o quadro legislativo “organize as entradas e despesas com transparência e fidelidade”. Desta feita, a estrutura principiológica do direito orçamentário, sem sombra de dúvida, “condena classificações tortuosas e distanciadas da técnica e os incentivos encobertos e camuflados” (TORRES, Ricardo Lobo. *Tratado de Direito Constitucional Financeiro e Tributário*. vol. 5. 2ª. ed. Rio de Janeiro: Renovar, 2000, p. 258).

Aliás, trata-se de aplicação, pura e simples, do conteúdo jurídico do postulado jusfundamental republicano, segundo o qual, além de encerrar decisão política fundamental, traduz autêntica norma jurídica, dotada de imperatividade e de força cogente, revelando-se apta, portanto, a produzir efeitos jurídicos, independentemente de *interpositio legislatoris* (FUX, Luiz; FRAZÃO, Carlos Eduardo. *Novos Paradigmas do Direito Eleitoral*. Belo Horizonte: Fórum, 2016, p. 106).

A despeito do conteúdo plurissignificativo e da vagueza semântica, afigura-se possível identificar alguns atributos normativos mínimos no conteúdo jurídico do princípio republicano. Em interessante sistematização, Adriano Pilatti preleciona que o princípio republicano se caracteriza por (i) existência de uma concepção igualitária de bem público, cuja titularidade é

atribuída ao povo, (ii) distinção entre patrimônio público e privado dos governantes, (iii) eletividade dos representantes populares, (iv) periodicidade dos mandatos e **(v) dever de prestação de contas, com a consequente possibilidade de responsabilização político-jurídica de todas autoridades estatais** (PILATTI, Adriano. O princípio republicano na Constituição de 1988. In: *Cadernos de Soluções Constitucionais 1*. São Paulo: Malheiros. p. 13-14.)

A declaração de inconstitucionalidade das autorreferidas subvenções sociais produz efeitos outros na esfera do Recorrente. É que, com aludido pronunciamento, deve-se rejeitar, peremptoriamente, qualquer ultraje ao princípio da não surpresa ou de segurança jurídica por parte dos Deputados Estaduais. Isso porque, segundo expressamente consignado no acórdão regional, desde o ano de 2010 a constitucionalidade da Lei estava sendo questionada perante o Judiciário estadual. Mais: a providência inicial do Ministério Público Eleitoral no presente caso foi a expedição da Recomendação nº 002/2014 à então Presidente da Assembleia Legislativa de Sergipe para que não efetuasse, durante o ano eleitoral de 2014, quaisquer repasses das verbas de subvenção nos moldes previstos na Lei estadual nº 5.210/2003.

Não bastasse, o Tribunal de Justiça do Estado de Sergipe sequer procedeu à modulação temporal dos efeitos, circunstância que, segundo noções elementares de jurisdição constitucional, impõe a retroatividade da eficácia do pronunciamento judicial. Tal fato rechaça o argumento de ofensa à segurança jurídica, ainda que a *praxis* date de mais de 40 (quarenta) anos. Afinal, **abusos de poder não se compensam!!!**

No caso *sub examine*, a destinação de subvenções pelo então Deputado Estadual Francisco Gualberto da Rocha não se amolda, em análise substantiva, à excludente de ilicitude prevista no art. 73, § 10, da Lei nº 9.504/97.

**A segunda questão**, agora, é saber se Francisco Gualberto da Rocha pode ser responsabilizado pela distribuição dos valores repassados a título de subvenções. No ponto, alega-se, nas razões recursais, que o Recorrente apenas indicou, através de emenda coletiva ao orçamento datada

de 23.12.2013, as entidades sociais a serem beneficiadas pelas verbas em 2014, não participando do ato de liberação/pagamento das referidas verbas, já que tal etapa, nos termos do Regimento Interno daquela Casa, era de atribuição exclusiva dos ordenadores de despesa da ALESE, quais sejam, o Presidente e o 1º Secretário.

Mais uma vez não assiste razão ao Recorrente. Aponto dois argumentos para isso: o primeiro repousa na interpretação literal da fórmula de promulgação da emenda parlamentar apresentada pelo Deputado Francisco Gualberto da Rocha; o segundo ampara-se na análise da prova oral constante dos autos, que comprovam que o Presidente e o 1º Secretário da ALESE não detinham o domínio final da ação.

Por oportuno, colaciono o teor da referida emenda parlamentar, juntada aos autos por força de cautelar de busca e apreensão – Processo nº 1173-69.2014.6.25.0000 – ante a negativa da ALESE de fornecer tais documentos:

Ordem	Processo	Entidade Beneficiária	Cidade	Valor
1	09.482.007/0001-37	ROTA SOCIAL MARIA DAS ROSARIAS	Serra dos Carvalhos	10.000,00
2	04.388.007/0001-05	ACÇÃO SOCIAL DA PARÓQUIA DE SANTA ROSA COQUELERS - ASTRÁ	Serra dos Carvalhos	5.000,00
3	10.146.000/0001-05	AMÉRICA FORTES CLUBE	Patrol	20.000,00
4	04.097.000/0001-74	AMPA - ASSOCIAÇÃO DE MORADORES DE FORTES DANIELA DE INFÂNCIA	Salinas	20.000,00
5	11.305.000/0001-05	ASSOCIACAO SOCIAL E AÇÃO COM. JOSE BANDEIRA	Magalhães	10.000,00
6	13.045.000/0001-01	ASSOC. DE PROMOÇÃO E BENEF. SOCIAL DO CRISTIANOPOLIS	Cratozinho	40.000,00
7	08.133.413/0001-00	ASSOCIAÇÃO BENEFICENTE GENERAL MIRALLES	General Raymundo	10.000,00
8	04.305.40.0001-09	ASSOCIAÇÃO BENEFICENTE HONORÁRIA LARANJEIROS	Laranjeira	20.000,00
9	11.712.004/0001-00	ASSOCIAÇÃO BENEFICENTE JOSÉ FACHICO LIMA	Cratozinho	40.000,00
10	11.115.734/0001-20	ASSOCIAÇÃO COMUNITÁRIA DE MORADORES E PRODUTORES RURAIS DE SUCUPIABA E AGRICULTORES	Cratozinho	30.000,00
11	07.340.004/0001-20	ASSOCIAÇÃO COMUNITÁRIA DO POVOADO FAZENDA	Magalhães	20.000,00
12	01.304.000/0001-00	ASSOCIAÇÃO COMUNITÁRIA DO POVOADO TRUBULEMO	Fazenda Serrinha de Lourdes	20.000,00
13	04.305.000/0001-20	ASSOCIAÇÃO COMUNITÁRIA SÃO VICENTE DE PAULO	Patrol	20.000,00
14	00.353.001/0001-20	ASSOCIAÇÃO DA MELADA DOS MORADORES DO EDUARDO GOMES - AMPO	São Cristóvão	15.000,00
15	08.437.000/0001-50	ASSOCIAÇÃO DE AMIGOS DO ANEXO COM CÂNCER DO ESTABO DE SERRA A SAALCARE	Patrol	10.000,00
16	07.002.007/0001-01	ASSOCIAÇÃO DE CAPOEIRA ARANHA	Serra dos Carvalhos	10.000,00
17	11.347.137/0001-00	ASSOCIAÇÃO DE DESENVOLVIMENTO DE AMBA BRANCA E ADJACÊNCIAS SERRA	Amba Branca	54.000,00
18	04.006.007/0001-00	ASSOCIAÇÃO DE MORADORES DE CAMPANHAS CABACERIO	Serra	10.000,00
19	10.701.700/0001-00	ASSOCIAÇÃO DE MORADORES DO LOTEAMENTO OLIMAR	Serra dos Carvalhos	20.000,00
20	10.496.100/0001-70	ASSOCIAÇÃO DE MORADORES DO POVOADO CANAÁ	Salgado	10.000,00
21	01.091.000/0001-00	ASSOCIAÇÃO DE MORADORES DO POVOADO LORCA	São Cristóvão	15.000,00
22	11.006.043/0001-34	ASSOCIAÇÃO DE PAIS E AMBOS DOS OPTIC. ALBERTO DE SENEQUE AFAGA	Aracaju	20.000,00
23	01.045.000/0001-05	ASSOCIAÇÃO DE PROMOÇÃO E BENEF. SOCIAL DE MEDICUS	Patrol	20.000,00
24	00.002.000/0001-27	ASSOCIAÇÃO DE PROMOÇÃO E BENEF. SOCIAL DE PIRAPAMA	Patrol	20.000,00
25	07.004.000/0001-00	ASSOCIAÇÃO DESENVOLVIMENTO SOCIAL E MEIO AMBIENTE DO ASSENT. 11 DO MARAÍ	Agua Preta	10.000,00
26	00.057.070/0001-10	ASSOCIAÇÃO DOS AMIGOS DA TIBELA	Serra do Forno	20.000,00
27	00.176.014/0001-74	ASSOCIAÇÃO DOS MORADORES DA COLÔNIA 13 - ALVARO DO F. FRANCO	Salgado	20.000,00
28	10.045.406/0001-01	ASSOCIAÇÃO DOS MORADORES DO LOTEAMENTO TONCA - AMOLTIZI	São Cristóvão	10.000,00
29	01.001.737/0001-05	ASSOCIAÇÃO DOS MORADORES DO POVOADO ALDEIA	São Cristóvão	10.000,00

Item	CNPJ (MP)	Entidade Beneficiária	Cidade	Valor
30	18.421.510/0001-35	ASSOCIAÇÃO DOS MORADORES DO POVOADO TEMPO - AMT	São Cristóvão	18.000,00
31	11.872.318/0001-66	ASSOCIAÇÃO PARAFARMACIA LINA GARCENITOMBENSE	São Cristóvão	23.000,00
32	17.878.891/0001-33	ASSOCIAÇÃO LEONORDES JAVITUCE LINA	Mocim Santoana de Lourenço	10.000,00
33	05.388.884/0001-87	ASSOCIAÇÃO MISSANGS DE SERGIPE	Araçáju	20.000,00
34	01.887.427/0001-47	ASSOCIAÇÃO RURAL DOS PRODUZES E MÉDIOS PRODUTORES DO MUNICÍPIO DE POÇO REDONDO	Poço Redondo	20.000,00
35	04.132.434/0001-78	ASSOCIAÇÃO UPAO E MENOR DO FUNDADO GLEDORA	Paula Brito	28.000,00
36	03.472.202/0001-85	CENTRO COMUNITÁRIO FRANCISCO CATARINO DA FONSECA	Paula Melo	11.000,00
37	12.228.831/0001-83	CENTRO COMUNITÁRIO SOCIO CULTURAL DE SANTA DOS COQUEIROS	Santa dos Coqueiros	40.000,00
38	13.073.360/0001-16	CLUBE SPORTIVO SERGIPE	Araçáju	13.000,00
39	03.289.839/0001-74	CLUBE DOS SOLTEIROS E CASADOS	Redenção	13.900,00
40	04.891.361/0001-18	COMITE DE EVANGELIZAÇÃO E ASSISTENCIA SOCIAL PASTOR WILSON CARLOS DO AMARAL	Lauro de Freitas	18.000,00
41	05.484.040/0001-25	COMISSÃO DA CONSERVAÇÃO DA EDUCACAO FORMAL - COEP	Aracaju	17.000,00
42	13.812.461/0001-89	FUNDAÇÃO ARQUEOLÓGICA DE CULTURA - RAZÃO CULTURA DE SERGIPE	Araçáju	1.000,00
43	05.977.634/0001-41	FUNDAÇÃO MÉDICA SANTA CECÍLIA	Aracaju	308.000,00
44	07.043.483/0001-88	GRUPO CULTURAL IMPRÓPRIOS DE SERGIPE	Estância	48.000,00
45	03.428.747/0001-87	GRUPO DE ARTE À CRISTINA COM CÂNCER DE SERGIPE - GACRUC	Aracaju	13.200,00
46	09.137.941/0001-46	INSTITUIÇÃO ESPORTIVA MUSEUM DE CAMPOS	Aracaju	5.000,00
47	08.878.178/0001-77	INSTITUTO BRASILEIRO DE PESQUISA E DESENVOLVIMENTO SOCIAL SUBSTITUÍVEL	Aracaju	20.000,00
48	18.877.861/0001-59	INSTITUTO CIDADE VIVA	Aracaju	96.000,00
49	21.691.457/0001-05	INSTITUTO DE INCLUSÃO SOCIAL ESPERANÇA	Santa dos Coqueiros	13.000,00
50	07.184.316/0001-81	INSTITUTO ESPERANÇA CRIANÇA SAUBER	Santa dos Coqueiros	10.000,00
51	08.679.817/0001-58	INSTITUTO NÓS É MÃO DA VIDA	São Cristóvão	20.000,00
52	04.344.278/0001-71	INSTITUTO NINHO DA MÃE DO PUEBLO E PÓS-GRADUACAO	Aracaju	15.000,00
53	04.873.364/0001-73	INSTITUTO CLUB DE SÃO CRISTÓVÃO - IC	São Cristóvão	79.000,00
54	13.138.228/0001-41	INSTITUTO DOS TRABALHADORES E TRABALHADORAS RURAIS DE POÇO REDONDO - ITTR	Poço Redondo	10.000,00
55	02.838.306/0001-83	INSTITUTO ESPORTIVO MATAVIA	Aracaju	10.000,00
56	12.708.272/0001-99	SPORT CLUB ARACAJU	Aracaju	18.000,00
57	13.388.823/0001-89	UNIAO BRASILEIRA DE ESTUDANTES SOCIOLOGIAIS	Aracaju	50.000,00

Total: 1.500.000,0

Como assinalado, verifico que uma mera interpretação literal da redação da fórmula de promulgação da emenda já revela a postura extremamente impositiva do Deputado Francisco Gualberto da Rocha na conduta tida por vedada, na medida em que expressamente ordenada, através do comando imperativo "distribua-se", a remessa dos valores para as entidades ali indicadas.

Ademais, a instrução processual demonstrou que a destinação de cada centavo da parcela pessoal de R\$ 1.500.000,00 (um milhão e quinhentos mil reais) do orçamento a que fazia jus o Parlamentar para o exercício de 2014 dependia do seu desejo discricionário e pessoal, sem qualquer interferência relevante do Presidente e 1º Secretário da Assembleia quanto a esse aspecto.

Com efeito, o próprio declarante José Valmir dos Passos, na qualidade de Diretor de Controle Interno da ALESE, disse, perante o MPE, que os recursos utilizados para o pagamento das subvenções pertenciam ao duodécimo da própria Assembleia e que, havendo disponibilidade orçamentária, as emendas eram efetivamente pagas, sendo que, em seu

período de atuação frente à Diretoria de Controle Interno da ALESE, nunca presenciou qualquer contingenciamento em seu orçamento.

Além disso, Maria de Lourdes da Mota, Diretora Financeira da Assembleia Legislativa sergipana há mais de 30 (trinta) anos, esclareceu que recebia os procedimentos para a transferência das subvenções já devidamente instruídos e que nunca presenciou qualquer ingerência do Presidente e 1º Secretário da Casa no sentido de negar a liberação dos valores. Afirmou que os parlamentares autores das emendas indicavam as entidades a serem beneficiadas e intercediam para a liberação das transferências e que, após a aprovação da emenda, não havia nenhuma avaliação da Assembleia para saber se as entidades atendiam ou não os requisitos, apenas quanto à declaração formal de utilidade pública.

No mesmo norte, José Hinaldo Santos da Mota, ex-Diretor Geral da ALESE, afirmou em seu depoimento que nunca houve recusa, por parte da Assembleia, em liberar a verba de subvenção decorrente das emendas e destacou a ausência de qualquer convênio entre as entidades e a Assembleia.

As normas apontadas pelo Recorrente como fundamento à alegada responsabilidade dos ordenadores de despesa – arts. 21, VI, *j*<sup>11</sup> e 25, XII<sup>12</sup>, do Regimento Interno da Assembleia – apenas estabelecem para o Presidente e 1º Secretário a atribuição de fiscalizar as despesas referentes à gestão e funcionamento da própria ALESE, o que não se confunde com as verbas de subvenção, de natureza completamente diversa.

Como bem pontuado pelo Regional (fls. 917):

[...] Indicada a entidade e estabelecido o correspondente valor, tudo de acordo com o seu livre desígnio, o recebimento é certo [...] [e] só

---

<sup>11</sup> Art. 21. São atribuições do Presidente, além de outras expressas neste Regimento, ou que decorram da natureza de suas funções e prerrogativas: [...]

VI - Além de outras conferidas neste Regimento ou decorrente de sua função:

j) autorizar, com o 1º Secretário, em nome da Mesa, e fiscalizar as despesas da Assembléia; (alterado pelas resoluções nº 07/2003 e 10/2003).

<sup>12</sup> Art. 25. [...]

j) autorizar, com o 1º Secretário, em nome da Mesa, e fiscalizar as despesas da Assembleia; (alterado pelas resoluções nº 07/2003 e 10/2003)

XII - assinar com o Presidente todos os documentos relativos à movimentação financeira; (alterado pela resolução nº 07/2003).

deixaria de ocorrer em virtude (i) do próprio querer do parlamentar que determinou a destinação, oficiando à Mesa Diretora para obstar o pagamento; (ii) desinteresse da própria entidade, por deixar de apresentar os documentos que atestam sua existência formal (o *check list* referido por Valmir dos Santos Passos); (iii) de uma excepcionalidade externa, insuperável e estranha aos membros do Parlamento, tais como grave crise financeira a inviabilizar o repasse, pelo Executivo, do 'duodécimo' devido à Assembleia Legislativa em função de sua autonomia ou, ainda, decisão judicial a bloquear os recursos. Em não havendo qualquer situação acidental ou extrema como as descritas, no mundo real o recebimento dos recursos poderia ser tido como garantido desde a indicação individual de cada parlamentar.

Enfrentando hipótese semelhante à dos autos, esta Corte Superior já assentou que:

AGRAVO REGIMENTAL. RECURSO ESPECIAL ELEITORAL. ELEIÇÕES 2012. PREFEITO E VICE. AÇÃO DE INVESTIGAÇÃO JUDICIAL ELEITORAL. ART. 73, § 10, DA LEI 9.504/97. LITISCONSÓRCIO PASSIVO NECESSÁRIO. INEXISTÊNCIA.

1. Para os fins do art. 73, § 10, da Lei 9.504/97, há que se distinguir as situações em que o agente público que executa a conduta vedada atua com independência em relação ao candidato beneficiário, fazendo-se obrigatória a formação do litisconsórcio, e aquelas em que ele atua como simples mandatário, nas quais o litisconsórcio não é indispensável à validade do processo.

2. Na espécie, não existe litisconsórcio passivo necessário entre os agravantes chefes do Poder Executivo de Três Barras do Paraná/PR, candidatos à reeleição no pleito de 2012 e a secretária municipal de ação social que distribuiu o material de construção a eleitores no ano eleitoral, pois ela praticou a conduta na condição de mandatária daqueles.

3. Agravo regimental não provido.

(REspe nº 31108/PR, Rel. Min. João Otávio de Noronha, DJe de 16.9.2014).

Assim, a atuação dos ordenadores quanto à ordem de pagamento era meramente burocrática, sem qualquer atividade analítica prévia ou juízo discricionário/político, perfazendo-se em mera execução ao que fora decidido por cada um dos Deputados Estaduais e previsto nas respectivas emendas.

Pois bem. A terceira questão a ser desvendada consiste em investigar, a partir da análise dos repasses efetuados a mando do Recorrente

Francisco Gualberto da Rocha, se a conduta vedada está aperfeiçoada no caso concreto. E já adianta que a resposta é positiva.

O acórdão regional, ao sopesar os mencionados repasses, não constatou circunstâncias prejudiciais à reputação das entidades privadas agraciadas, nem verificou malversação das subvenções recebidas pelas entidades, concluindo, assim, pela inexistência de desdobramentos gravosos da conduta vedada apurada.

Por oportuno, destaco os seguintes trechos do aresto regional (fls. 920-921):

O próprio MPE não levanta questionamentos acerca de eventual desvio das verbas recebidas para a consecução de propósitos escusos, causadores de prejuízo ao erário, enriquecimento ilícito de terceiros ou de promoção eleitoreira. Não refuta a existência real das entidades ou de suas atividades. Noutro giro, o acervo probatório nada demonstra em sentido diverso.

As consequências das condutas aqui apuradas, dessarte, esgotam-se em si mesmas, sem quaisquer outros desdobramentos.

Não obstante a ausência de desdobramentos gravosos da conduta, é certo que o Recorrente Francisco Gualberto da Rocha destinou R\$ 1.500.000,00 (um milhão e quinhentos mil reais) a entidades privadas, usando como fundamento para tal distribuição uma Lei inconstitucional e genérica, sem se preocupar com quaisquer critérios objetivos de habilitação de entidades beneficiárias e de alocação dos recursos públicos, e sem instituir mecanismo de controle interno eficiente ou cláusula de reversão no caso de desvio de finalidade.

Nesse contexto, atuou de modo temerário no trato da coisa pública e, na condição de então deputado (2013), candidato à reeleição e deputado reeleito (2014), assumiu efetivamente a posição de autor e de beneficiário da conduta vedada descrita no art. 73, § 10, da Lei nº 9.504/97, com gravidade suficiente para justificar a aplicação de sanção de multa.

Isso posto, reitero que as hipóteses constantes dos arts. 73 a 78 da Lei das Eleições firmam um elo entre o princípio republicano e um de seus principais corolários, a isonomia nas condições de acesso aos cargos de representação política. Com esse espírito, cuidam de assegurar o nivelamento



das disputas, mediante o afastamento de privilégios e desigualdades aptos à descaracterização de sua verdadeira essência. A igualdade de oportunidades nas competições eleitorais, então, surge como um dos elementos básicos do sistema representativo, na medida em que “*o regime democrático-republicano pressupõe, inexoravelmente, a construção de uma ordem política justa, aberta e renovável*” (SOLOZÁBAL ETCHEVARRÍA, apud SÁNCHEZ MUNÓZ, Óscar. *La igualdad de oportunidades en las campañas electorales*. Madrid: Centro de Estudios Políticos y Constitucionales, 2007, p. 34 – em tradução livre).

Como frisado, porém, as condutas vedadas não tutelam a legitimidade eleitoral. Sendo assim, tanto o seu reconhecimento como a sua censura independem de uma análise sobre a normalidade no transcurso do certame. Logo, conclui a doutrina que:

[...] o reconhecimento e a punição por condutas vedadas aos agentes públicos prescinde da análise do respectivo impacto no produto virtual da votação. Não há que se cogitar se o evento realizado detinha ou não, em tese, aptidão para determinar o resultado do certame. A conclusão deriva do fato de que o bem jurídico protegido, nesse contexto, é a igualdade de oportunidades entre os candidatos, e não a legitimidade do evento eleitoral” (ALVIM, Frederico Franco. *Curso de Direito Eleitoral*. 2ª. ed. Curitiba: Juruá, 2016, p. 499).

“*Exigir prova da potencialidade da conduta na lisura do pleito equivale a um esvaziamento do comando normativo*, porquanto importaria um duplo ônus ao representante: a prova da adequação do ilícito à norma (legalidade estrita ou taxatividade) e a prova da potencialidade da conduta. A adoção dessa tese implica o esvaziamento da representação por conduta vedada, pois, caso necessária a prova da potencialidade, mais viável o ajuizamento da AIJE – na qual, ao menos, não é necessária a prova da tipicidade da conduta (ZILIO, Rodrigo López. *Direito Eleitoral*. 5ª Ed. Porto Alegre: Verbo Jurídico, 2016, p. 586).

Em verdade, a proscrição dos comportamentos descritos nos arts. 73 e ss. da Lei das Eleições indica o resultado de uma atividade de ponderação política, por meio da qual o legislador destaca situações antevistas como ordinariamente graves e prejudiciais à paridade da concorrência entre os *players*. Lida-se, a rigor, com um conjunto de presunções legislativas somente afastáveis em hipóteses excepcionais, notadamente nos casos em que a irrelevância, a modicidade ou a vulgaridade das ações perpetradas justifiquem o afastamento da tipicidade material. Nessa linha, e na hipótese específica dos

autos, este Tribunal Superior já decidiu que, “*para a configuração da conduta vedada do art. 73, §10, da Lei nº 9.504/97 não é preciso demonstrar caráter eleitoreiro ou promoção pessoal do agente público, bastando a prática do ato ilícito*” (REspe nº 36.026/BA, Rel. Min. Aldir Passarinho Junior, DJe de 5.5.2011). Também assim, recorro ao escólio do professor José Jairo Gomes para lembrar que, no caso dos ilícitos eleitorais:

O resultado não é necessariamente natural ou mecânico, podendo ser meramente normativo, traduzindo ferimento ao bem ou interesse protegido pela norma eleitoral. Ressalte-se que, no Direito Eleitoral, o resultado [do ilícito] não apresenta caráter patrimonial, como ocorre no Direito Privado. Antes, malferere bens e interesses político-coletivos, difusos (no sentido de que diz respeito a todos indistintamente), preciosos ao adequado funcionamento das instituições e do regime democrático e à normalidade da vida político-social, tais como a legitimidade do exercício do poder político, a higidez do pleito, a veraz representatividade, a sinceridade dos votos, a confiança no sistema de votação etc. (GOMES, José Jairo. *Direito Eleitoral*. 14ª. ed. São Paulo: Gen, 2018, p. 372).

Para além disso, registro que, nesse domínio, há situações em que a responsabilidade deve ser extraída a partir de uma hermenêutica connexionada com a efetiva proteção dos valores jurídicos a ser albergados, especialmente quando em xeque a liberdade para o exercício do sufrágio e a igualdade de oportunidades entre os candidatos que, em meu sentir, conformam o núcleo duro da legitimidade eleitoral. Nessas hipóteses:

[...] nem sempre é necessário haver real ferimento aos bens e interesses protegidos, bastando a *potencialidade* ou o *risco* do dano – ainda porque, quando a conduta ilícita visa a influenciar o voto, o segredo de que este é revestido impossibilita averiguar se ela efetiva e realmente o influenciou. Relevante é demonstrar a existência objetiva de fatos denotadores de abuso [...].

Em tais situações, a responsabilidade se funda antes no efeito (= lesão ao bem tutelado) do que na causa (ação ilícita). Isso porque nessa seara sua missão primordial é salvaguardar a lisura e a normalidade do processo eleitoral, a higidez do pleito, a isonomia das candidaturas, a veraz representatividade. O estado atual da civilização e do modo civilizado de vida em sociedade, a afirmação da democracia e a vivência dos valores constitucionais exigem que a ocupação dos postos político-governamentais se dê de forma lícita, honesta, autêntica, devendo o povo, exercendo a sua liberdade, realmente manifestar a sua vontade e determinar o rumo de sua história e de sua vida coletiva, ou seja, se autogovernar.

Nesse contexto, a *responsabilidade eleitoral* harmoniza-se com a contemporânea noção de *risco*. O discurso do risco liga-se à ideia de colocação em perigo de um bem ou interesse valorizados na sociedade. Impõem-se determinadas condutas (positivas ou negativas) a fim de que um evento lesivo não se apresente. A responsabilidade se funda na realização dessas condutas, notadamente nos indevidos benefícios ou prejuízos que elas proporcionaram (ou teriam proporcionado) a determinada candidatura. (GOMES, José Jairo. *Direito Eleitoral*. 14<sup>a</sup>. ed. São Paulo: Gen, 2018, p. 374).

Isso posto, friso que a modicidade não ocorre na espécie. Com efeito, a destinação de receitas públicas em ano eleitoral a entidades sociais à revelia das excludentes permissivas confere aos parlamentares responsáveis uma inegável nota de vantagem em relação aos demais concorrentes. Como mínimo, realiza uma espécie de compra de empenho, estabelecendo com aquelas entidades (e com a população atendida) uma relação de gratidão que, obviamente, repercute nas campanhas.

Por outro lado, consinto que a exclusão da análise da potencialidade não dispensa o juízo de proporcionalidade, por meio do qual as reprimendas não de ser impostas, sempre, em suas justas medidas. No caso particular das condutas vedadas aos agentes públicos, a dosimetria deve-se dar em consonância com aquele princípio, mostrando-se assaz oportuna a didática lição perpetrada por Francisco Dirceu Barros, no sentido de que a aplicação da lógica da razoabilidade perfaz-se, nessa categoria de ilícitos, da seguinte maneira: os *pequenos danos ao bem jurídico* ensejam a aplicação de multa, ao tempo em que os *grandes danos ao bem jurídico* atraem a aplicação de multa, somada à cassação do registro ou do diploma (BARROS, Francisco Dirceu. *Direito processual eleitoral*. São Paulo: Elsevier, 2010, p. 214).

Acresço, a propósito, que esse entendimento encontra eco na jurisprudência desta Casa, como demonstra o acórdão abaixo colacionado:

[...]

1. O exame das condutas vedadas previstas no art. 73 da Lei das Eleições deve ser feito em dois momentos. Primeiro, verifica-se se o fato se enquadra nas hipóteses previstas, que, por definição legal, são 'tendentes a afetar a igualdade de oportunidades entre candidatos nos pleitos eleitorais'. [...]

2. Caracterizada a infração às hipóteses do art. 73 da Lei 9.504/97, é necessário verificar, de acordo com os princípios da razoabilidade e proporcionalidade, qual a sanção que deve ser aplicada. Nesse exame, cabe ao Judiciário dosar a multa prevista no § 4º do mencionado art. 73, de acordo com a capacidade econômica do infrator, a gravidade da conduta e a repercussão que o fato atingiu. Em caso extremo, a sanção pode alcançar o registro ou o diploma do candidato beneficiado, na forma do § 5º do referido artigo. [...].

(RP nº 2959-86, Rel. Min. Henrique Neves, DJe de 17.11.2010).

*In casu*, resulta evidente que o Representado ultrajou o princípio constitucional da impessoalidade, corolário do princípio republicano, e atuou com desdém no trato da coisa pública, com a finalidade de auferir vantagem sobre os seus concorrentes no pleito próximo. Na condição de então deputado (2013), candidato à reeleição e deputado reeleito (2014), assumiu efetivamente a posição de autor e de beneficiário da conduta vedada descrita no art. 73, § 10, da Lei nº 9.504/97, com gravidade suficiente para justificar a aplicação da sanção de multa.

Não obstante, quanto ao montante da multa aplicada, não se identifica, na espécie, desvio suficientemente grave em ordem a justificar a sua manutenção, haja vista que a afronta à igualdade de oportunidades, *in casu*, não assume uma dimensão decisiva ou cabal, situando-se, mais propriamente, tão apenas no campo do risco.

Por essas razões, nego provimento ao recurso ordinário interposto pelo Ministério Público Eleitoral e dou parcial provimento ao recurso ordinário de Francisco Gualberto da Rocha, para reduzir ao valor de R\$ 20.000,00 a sanção de multa aplicada, por entender que o uso das subvenções sociais, *in casu*, foi objeto de um desvio de finalidade direcionado à maximização das suas probabilidades de êxito na disputa pela reeleição ao cargo de candidato a deputado estadual nas eleições de 2014. Dentro desse contexto, a *mens* do art. 73, § 10, da Lei das Eleições encampa, também, o propósito de evitar a destinação maliciosa de verbas estatais com vistas à realização da compra de apoio político institucional.

É como voto.

Retifique-se a classe processual.

## PEDIDO DE VISTA

O SENHOR MINISTRO TARCISIO VIEIRA DE CARVALHO NETO: Senhor Presidente, pela ordem. Em atenção ao princípio da duração razoável do processo, materializado no plano infraconstitucional no art. 97-A da Lei das Eleições, acrescento que, em relação aos feitos nos quais Vossa Excelência proferiu voto no sentido da improcedência, parece-me que seria desnecessária a vista.

Se é possível julgar o mérito em favor daquele que se aproveitaria da nulidade relativa à preliminar de litisconsórcio, em relação a esses quatro recorridos, Susana Fontes Azevedo, Antônio Passos, Maria Angélica e José Franco – o processo de Susana Fontes Azevedo está com vistas ao Ministro Napoleão Nunes Maia Filho, que não sei se animará a pedir vista dos demais processos –, eu acompanharia no mérito o Ministro Luiz Fux, e creio não fazer sentido sequer apreciar a questão da preliminar que me anima ao pedido de vista, que é a preliminar de litisconsórcio.

O SENHOR MINISTRO LUIZ FUX (relator): Vossa Excelência destaca bem. Se o mérito é julgado a favor da parte, a quem interessa a arguição de nulidade, dispensa-se...

O SENHOR MINISTRO TARCISIO VIEIRA DE CARVALHO NETO: Sim. Seria o art. 282, § 2º, do Código de Processo Civil. Nesses casos, acompanho *in tottum* Vossa Excelência no sentido da absolvição, reservando-me a ferir o tema da preliminar nos processos de vista.

Nos demais, se não houver objeção dos eminentes pares, eu antecipo pedido de vista.

O SENHOR MINISTRO EDSON FACHIN: Senhor Presidente, obviamente, aguardarei o retorno da vista para me pronunciar, mas também me reservo, primeiro, de apreciar essa questão específica, do litisconsórcio, suscitada pelo Ministro Tarcisio Vieira de Carvalho Neto, para depois me manifestar sobre os demais aspectos do voto de Vossa Excelência.

O SENHOR MINISTRO LUIZ FUX (relator): Então, proclamo o resultado. Após o voto do relator, que julgava procedente em parte, para fixar multa aos processos mencionados no quadro anexo ao voto, e improcedentes os demais processos remanescentes, pediu vista o Ministro Tarcisio Vieira de Carvalho Neto. Aguardam os demais. Ainda que seja para Vossa Excelência concordar, porque acredito que o Ministro Napoleão Nunes Maia Filho não concorda.

A SENHORA MINISTRA ROSA WEBER: Senhor Presidente, eu havia entendido que o Ministro Tarcisio Vieira de Carvalho Neto iria antecipar o pedido de vista. Mas, agora, Sua Excelência manifestou-se acompanhando Vossa Excelência com relação ao mérito de quatro ações.

O SENHOR MINISTRO TARCISIO VIEIRA DE CARVALHO NETO: Perfeitamente.

A SENHORA MINISTRA ROSA WEBER: Não tenho nenhuma oposição ao pedido de vista, nem poderia, é um direito do Ministro Tarcisio Vieira de Carvalho Neto, mas, como eu seria a primeira a votar após Vossa Excelência, eu não gostaria de me comprometer com qualquer das teses: com as que dizem respeito às preliminares, ou as referentes aos temas de fundo. É um mero registro, como fez o Ministro Edson Fachin.

O SENHOR MINISTRO LUIZ FUX (relator): Então, Vossa Excelência, Ministro Tarcisio Vieira de Carvalho Neto, fica com o pedido de vista integral.

O SENHOR MINISTRO TARCISIO VIEIRA DE CARVALHO NETO: Se não houver objeção em relação ao voto de Vossa Excelência nesses quatro feitos, pelo menos nos três, essas partes seriam liberadas dessa demora que gerará adicionalmente o pedido de vista.

O SENHOR MINISTRO ADMAR GONZAGA: Se não há objeção com relação a esses quatro feitos, aproveitando o mérito à parte, a preliminar fica prejudicada.

O SENHOR MINISTRO TARCISIO VIEIRA DE CARVALHO NETO: Essa é exatamente a premissa da minha observação.

O SENHOR MINISTRO LUIZ FUX (relator): Mas é preciso que a Corte vote pela absolvição, ou não.

O SENHOR MINISTRO NAPOLEÃO NUNES MAIA FILHO: O Ministro Tarcisio Vieira de Carvalho Neto não pede vista também da absolvição?

O SENHOR MINISTRO TARCISIO VIEIRA DE CARVALHO NETO: Em princípio não, porque eu estaria concordando com a absolvição *in totum*. E, se concordo com a absolvição, não há sentido em pedir vista para apreciar a preliminar cujo desfecho seria, possivelmente, favorável àquele a quem se aproveitaria da declaração de nulidade.

O SENHOR MINISTRO NAPOLEÃO NUNES MAIA FILHO: O Ministro Luiz Fux seccionou os grupos, não foi?

O SENHOR MINISTRO TARCISIO VIEIRA DE CARVALHO NETO: Não. Seria apenas em relação aos processos dos que estão sendo absolvidos.

O SENHOR MINISTRO NAPOLEÃO NUNES MAIA FILHO: Em relação ao último grupo, que o Ministro Luiz Fux absolveu, Vossa Excelência o acompanha e, com relação aos dois outros grupos, não.

O SENHOR MINISTRO TARCISIO VIEIRA DE CARVALHO NETO: Exatamente.

O SENHOR MINISTRO LUIZ FUX (relator): Então, podemos chamar os votos para verificar se é possível...

O SENHOR MINISTRO TARCISIO VIEIRA DE CARVALHO NETO: A não ser que a Ministra Rosa Weber não concorde com a absolvição.

A SENHORA MINISTRA ROSA WEBER: Não.

O SENHOR MINISTRO TARCISIO VIEIRA DE CARVALHO NETO: Por essas razões ou por outras.

A SENHORA MINISTRA ROSA WEBER: Eu não quero antecipar o meu voto, porque há preliminares.

O SENHOR MINISTRO LUIZ FUX (relator): A Ministra Rosa Weber não pretende julgar agora. Mas nada impede que Vossa Excelência me acompanhe, pelas razões expostas, e que aqueles que não acompanham justifiquem o voto.

O SENHOR MINISTRO TARCISIO VIEIRA DE CARVALHO NETO: Foi exatamente o que fiz, eminente Presidente. Acompanhei Vossa Excelência nesses quatro feitos. Se algum colega quiser pedir vista desses quatro feitos, não vejo nenhum empecilho.

O SENHOR MINISTRO NAPOLEÃO NUNES MAIA FILHO: Mas pode desmembrar?

O SENHOR MINISTRO TARCISIO VIEIRA DE CARVALHO NETO: Eu pedi vista em relação aos processos...

O SENHOR MINISTRO LUIZ FUX (relator): Vossa Excelência, quando trazer o voto-vista, não abordará esses?

O SENHOR MINISTRO TARCISIO VIEIRA DE CARVALHO NETO: Não.

O SENHOR MINISTRO LUIZ FUX (relator): Absolvi, porque não houve possibilidade de violação da igualdade de chances, pois não foram nem candidatas.

O SENHOR MINISTRO TARCISIO VIEIRA DE CARVALHO NETO: Estou de acordo com Vossa Excelência.

O SENHOR MINISTRO LUIZ FUX (relator): E não há nenhuma indicação para quem eles ofereceram a distensão.

O SENHOR MINISTRO TARCISIO VIEIRA DE CARVALHO NETO: Estou perfeitamente de acordo em relação a esses quatro feitos.

O SENHOR MINISTRO EDSON FACHIN: Senhor Presidente, se Vossa Excelência me permite e também o eminente Ministro Tarcisio Vieira de Carvalho Neto, que já formulou o pedido de vista nos termos em que Sua Excelência restou de deduzir e explicitar, faço uma intervenção.



Parece-me que, do ponto de vista da lógica processual, como há questão preliminar – inclusive diz respeito a uma formação imperativa, ou não, de litisconsórcios –, adentrarmos a adiantar o voto, ainda que seja na direção suscitada por Vossa Excelência, estamos a fazer inversão entre o mérito e as preliminares.

Isso, com todas as vênias, não me parece que seja suscetível de ser adotado.

O SENHOR MINISTRO LUIZ FUX (relator): Penso que não é razoável, depois de ter sintetizado um processo monstruoso como esse, que fiquemos aqui a debater se vamos ou não votar agora. Se houve pedido de vista, isso é completamente paradoxal com o que já se fez até agora.

O Ministro Tarcisio Vieira de Carvalho Neto pede vista e, quando trazer o voto-vista, Vossas Excelências votarão de acordo com seus entendimentos. Não há problema algum.

O SENHOR MINISTRO TARCISIO VIEIRA DE CARVALHO NETO: Eu deixarei de aplicar, então, o § 2º do art. 282 do Código de Processo Civil, que dispõe:

Art. 282. [...]

[...]

§ 2º Quando puder decidir o mérito a favor da parte a quem aproveite a decretação da nulidade, o juiz não a pronunciará nem mandará repetir o ato ou suprir-lhe a falta.

O SENHOR MINISTRO LUIZ FUX (relator): Estou de acordo com Vossa Excelência. Não estou de acordo apenas em discutirmos essa questiúncula depois de termos debatido 22 processos de uma vez.

O SENHOR MINISTRO TARCISIO VIEIRA DE CARVALHO NETO: Senhor Presidente, estou de acordo com Vossa Excelência. Vou pedir vista para quê?

O SENHOR MINISTRO LUIZ FUX (relator): Eu fico feliz com esse acordo. O Ministro Edson Fachin suscita questão de ordem, qual seja, vamos apreciar a primeira preliminar – depois do meu voto que superei –, pois,

uma vez acolhida a preliminar, automaticamente estará fulminado todo o resto. É isso que Vossa Excelência propõe.

O SENHOR MINISTRO TARCISIO VIEIRA DE CARVALHO NETO: A proposta é a distensão do pedido de vista. A minha ideia era ganhar tempo, mas estamos perdendo tempo. Eu acolho a sugestão da eminente Ministra Rosa Weber e do Ministro Edson Fachin e estendo o pedido de vista em relação aos feitos de absolvição.

O SENHOR MINISTRO NAPOLEÃO NUNES MAIA FILHO: Senhor Presidente, eu estou com vista do processo da ex-deputada, hoje conselheira.

Na minha visão, pelo que eu pude analisar até agora do processo da ex-deputada, agora conselheira, os impulsos para a realização dessas liberações se deveram, aparentemente, a atos dela.

A ex-deputada não disputou a eleição, porque obteve nomeação para o Tribunal de Contas.

Não quero fazer nenhum juízo a respeito da situação, mas, na minha visão, para ela é até um prêmio. É muito melhor ser conselheiro do que ser deputado.

O SENHOR MINISTRO LUIZ FUX (relator): Como presidente tentarei ordenar os trabalhos. Sei que nesta Corte todo mundo esbanja saúde, mas vou apenas procurar ordenar.

Depois do voto-vista do Ministro Tarcisio Vieira de Carvalho Neto, Vossa Excelência vai apresentar o seu voto-vista em relação a ela?

A SENHORA MINISTRA ROSA WEBER: Senhor Presidente, o Ministro Napoleão Nunes Maia Filho irá pedir vista das quatro improcedências, pelo que entendi.

O SENHOR MINISTRO NAPOLEÃO NUNES MAIA FILHO: Pedirei vista das quatro improcedências, inclusive da ex-deputada, que está nas quatro improcedências.

Quero saber se é possível desmembrar os processos.

O SENHOR MINISTRO LUIZ FUX (relator): Sem dúvida, pois o Ministro Tarcisio Vieira de Carvalho Neto já votou.

O SENHOR MINISTRO NAPOLEÃO NUNES MAIA FILHO: Então, está resolvido.

O SENHOR MINISTRO LUIZ FUX (relator): Então, pediu vista das absolvições o Ministro Napoleão Nunes Maia Filho e, dos demais aspectos do processo, pediu vista o Ministro Tarcisio Vieira de Carvalho Neto.

**EXTRATO DA ATA**

RO nº 1269-84.2014.6.25.0000/SE. Relator: Ministro Luiz Fux. Recorrente: Ministério Público Eleitoral. Recorrente: Francisco Gualberto da Rocha (Advogados: Luzia Santos Gois – OAB: 3136/SE e outros). Recorrido: Ministério Público Eleitoral. Agravado: Francisco Gualberto da Rocha (Advogados: Luzia Santos Gois – OAB: 3136/SE e outros).

Decisão: Após o voto do relator, rejeitando a preliminar e dando provimento aos agravos interpostos para, quanto ao recurso especial recebido como ordinário de Francisco Gualberto da Rocha, dar-lhe parcial provimento para reduzir ao valor de R\$ 20.000,00 (vinte mil reais) a multa aplicada, e no tocante ao recurso especial recebido como ordinário do Ministério Público Eleitoral, negar-lhe provimento, antecipou o pedido de vista o Ministro Tarcísio Vieira de Carvalho Neto. Aguardam a Ministra Rosa Weber, os Ministros Edson Fachin, Napoleão Nunes Maia Filho, Jorge Mussi e Admar Gonzaga. Impedimento do Ministro Luís Roberto Barroso.

Composição: Ministros Luiz Fux (presidente), Rosa Weber, Edson Fachin, Napoleão Nunes Maia Filho, Jorge Mussi, Admar Gonzaga e Tarcísio Vieira de Carvalho Neto.

Vice-Procurador-Geral Eleitoral: Humberto Jacques de Medeiros.

SESSÃO DE 12.6.2018.

## VOTO-VISTA

O SENHOR MINISTRO TARCISIO VIEIRA DE CARVALHO NETO: Senhor Presidente, inicialmente, gostaria de ressaltar que, por se avizinhar o período eleitoral, adotei todos os esforços em meu gabinete para que os processos relativos a este caso fossem rapidamente liberados para continuidade de julgamento. Assim, tendo pedido vista dos autos na Sessão de 12.6.2018, encaminhei-os para a Assessoria de Plenário já no dia seguinte, declarando-me apto a proferir voto, o qual submeto ao colegiado nesta data, esclarecendo aos eminentes pares, advogados e ilustre representante do Ministério Público Eleitoral que me pronunciarei de forma conjunta e unitária sobre todos os recursos.

Adoto, para tanto, os pormenorizados relatórios trazidos pelo eminente ministro relator em cada um dos feitos ora apregoados, observando, no tocante àqueles autuados na classe agravo de instrumento, que igualmente encaminho meu voto no sentido do preambular conhecimento dos respectivos recursos especiais, os quais, desde logo – dadas as peculiaridades da situação concretamente posta, sobretudo aquelas calcadas na necessidade de se evitarem decisões potencialmente dissociadas quando em exame substratos senão idênticos, mas, ao menos, muito próximos e em tudo similares –, recebo na via ordinária, com base no princípio da fungibilidade, na linha da jurisprudência.

No ensejo, aproveito para enfatizar que, das preliminares suscitadas por cada uma das defesas técnicas, cujo trabalho louvo e que praticamente são comuns a todos os processos ora em julgamento, nenhuma dúvida tenho em acompanhar o relator na judiciosa rejeição proposta, salvo quanto àquela que diz respeito à nulidade processual por ausência de chamamento à lide dos apontados litisconsortes passivos necessários, quais sejam, o presidente e o primeiro-secretário da assembleia legislativa local.

Sobre essa prefacial, ousou respeitosamente dissentir, embora não sem antes reconhecer a verticalidade e densidade do voto proferido, o

que, por certo, torna a decisão de formalizar divergência uma árdua e inglória tarefa, da qual não poderei, para infortúnio próprio, me esquivar, ante o meu convencimento pessoal na linha do raciocínio que passo a expor. Pois bem.

## **1 – PRELIMINAR DE NULIDADE PROCESSUAL COM RECONHECIMENTO DA DECADÊNCIA DO DIREITO DE AGIR POR AUSÊNCIA DE CITAÇÃO DE LITISCONSORTES PASSIVOS NECESSÁRIOS**

### **1.1 – SUPOSTA CONDUTA VEDADA. SUBVENÇÕES SOCIAIS: COMPREENSÃO DESTE MAGISTRADO DE SE CUIDAR, IN CASU, DE ATO ADMINISTRATIVO COMPLEXO, A EXIGIR O CHAMAMENTO DE TODOS OS AGENTES PÚBLICOS ENVOLVIDOS**

Na espécie, as emendas parlamentares, supostamente caracterizadoras de conduta vedada, traduzem, a meu juízo, **ato complexo**, a referendar a compreensão de que o presidente da assembleia legislativa, bem como o seu primeiro-secretário, deveria ter integrado o polo passivo das representações por conduta vedada na condição de litisconsorte necessário.

Isso porque consta do regimento interno daquela assembleia, precisamente do **art. 21, VI, j**, que é do presidente da casa legislativa a atribuição precípua de **autorizar**, com o primeiro-secretário, em nome da mesa diretora, as despesas (*lato sensu*) do órgão, fiscalizando-as. Veja-se:

Art. 21 - **São atribuições do Presidente**, além de outras expressas neste Regimento, ou que decorram da natureza de suas funções e prerrogativas:

VI - Além de outras conferidas neste Regimento ou decorrente de sua função:

**j) autorizar, com o 1º Secretário**, em nome da Mesa, e fiscalizar as despesas da Assembleia; (Grifos nossos)

Vale destacar que o verbo “autorizar”, adotado no texto regimental, significa, em conformidade com o *Dicionário Houaiss*, “dar permissão a”; “tornar válido”; “permitir”, o que revela juízo muito além de um simples “cumpra-se”.

De outra ponta, verifica-se, na concepção normativa local, competir ao parlamentar a **indicação** da entidade destinatária do numerário, etapa essencial à adoção da seguinte, mas que com ela não se confunde.

Em outras palavras, assim como não pode o presidente autorizar a destinação das dotações orçamentárias reservadas a emendas sem a prévia indicação do parlamentar correspondente, também este não pode assegurar a liberação desse numerário sem a prévia obtenção da chancela do presidente e do primeiro-secretário, tal como previsto na citada norma regimental, os quais, como se verá, ostentam a condição de ordenadores de despesa da Assembleia Legislativa do Estado de Sergipe (ALESE).

Nesse contexto, ainda que a prática local descortinasse situação na qual há mais de vinte e cinco anos não se tenha tido notícia sobre eventual decote por parte da mesa diretora (e parece-me não ser o caso), isso não implicaria, *per sí*, revogação do aludido dispositivo regimental nem que essa prerrogativa não pudesse (ou não devesse) ser exercida, pelo que não poderia servir, com renovadas vênias aos que entendem diversamente, para equiparar aqueles que, de fato e de direito, são dotados de **independência** com aqueles que funcionam, em estrita relação de comando, apenas como **longa manus**.

Com efeito, não há como pressupor a existência de hierarquia entre deputado membro e deputado presidente, sobretudo na qual este último ostente atividade meramente executora das disposições do primeiro.

Cuida-se, isso sim, **de clara delimitação de competência**, cada qual exercendo a parte que lhe é afeta por imperativo legal e regimental.

Daí por que, pode-se afirmar, **um não logra êxito sem o outro**. A materialização do repasse dependia da manifestação formal e material de todos os agentes acima referenciados. Afinal, a concretização da conduta vedada pelo art. 73, § 10, da Lei das Eleições, qual seja, distribuição gratuita de bens, valores ou benefícios em ano eleitoral, somente seria possível, *in casu*, mediante a emissão da ordem de saque em nome da instituição subvencionada.

É bem verdade que o Ministério Público Eleitoral, cujo trabalho na fiscalização do cumprimento da lei deve ser igualmente enaltecido, defende o contrário, como forma de sustentar a inexistência do litisconsórcio unitário.

Nesse sentido, afirma-se que a conduta teria sido praticada e esgotada com a mera apresentação da emenda pelo parlamentar requerido. O núcleo da distribuição estaria aperfeiçoado apenas com o proceder do deputado proponente. Para tanto, ressaltou-se, inclusive em substancial sustentação oral, que o *Parquet* sergipano chegou a expedir recomendação formal para que não se praticasse o ato (Recomendação nº 002, de 20.6.2014).

Nesse ponto, contudo, vislumbra-se certa incongruência, a meu sentir, pois o caderno probatório revela que a indigitada recomendação de fato ocorreu, porém não foi direcionada àqueles que, posteriormente, vieram a responder nos autos das representações, mas apenas e tão somente à então presidente da ALESE, deputada Angélica Marinho.

Esse documento é comum a todos os feitos e está materializado no Ofício EDC nº 488, de 30.6.2014 (por ilustração, nos autos do RO nº 1277-61, está acostado à fl. 48 e o inteiro teor da recomendação, às fls. 43-47). Dele se colhe a literal e taxativa recomendação e sua destinatária. Veja-se:

Resolve RECOMENDAR à Presidente da Assembleia Legislativa do Estado de Sergipe, Deputada Estadual Angélica Guimarães Marinho, que não efetue, durante ano eleitoral, qualquer repasse das verbas de subvenção previstas na Lei Estadual n. 5.210/2003. (Fl. 46 do referido documento).

Tal fato está admitido nas petições iniciais do Ministério Público Eleitoral, com idêntica redação quanto ao assunto em cada um dos feitos, nesses termos:

6. Como providência inicial, o Ministério Público Eleitoral expediu a Recomendação n. 002/2014 à então Presidente da Assembleia Legislativa do Estado de Sergipe, Deputada Estadual Angélica Guimarães Marinho, **para que não efetuasse**, durante ano eleitoral, qualquer repasse das verbas de subvenção previstas na Lei Estadual n. 5.210/2003.

[...]

34. Atento ao comando supra, o MPE expediu recomendação à Presidente da Assembleia Legislativa do Estado de Sergipe, Deputada Estadual Angélica Guimarães Marinho, para que não efetuasse, durante ano eleitoral, qualquer repasse das verbas de



subvenção previstas na citada Lei Estadual n. 5.210/2003 (doc. 22), **recomendação esta que não obteve qualquer valia, haja vista que efetivamente foram realizados, ao menos parcialmente, os repasses das citadas verbas.** (Grifos do original)

Logo, o que se extrai é que não havia, por parte do representante, tamanha certeza quanto à condição de mera executora, tal como pretende, em contraponto à preliminar suscitada pela defesa técnica, atribuir à presidente. Ao contrário, a recomendação de “não faça” careceria de mínima pertinência lógica se, de fato, fosse encaminhada a agente que, por hierarquia, não tivesse independência funcional e política para deixar de acatar a indicação.

Aliás, para que não pare dúvida sobre a ordenação da despesa da ALESE no ano de 2014, confirmam-se, também do acervo probatório, cópias das diversas ordens de saque emitidas para as instituições subvencionadas, das quais constam formalmente como ordenadores de despesas a deputada presidente, Angélica Guimarães, e o primeiro-secretário, Adelson Barreto<sup>13</sup>.

Há mais. Em resposta à recomendação do Ministério Público Eleitoral, a então presidente da ALESE ressaltou, em correspondência datada de 17.7.2014<sup>14</sup>, que, naquela data, a maioria dos repasses já havia sido efetivada. Em outra manifestação ao *Parquet*, datada de 17.11.2014, a mesma deputada esclareceu que divergências nas tabelas de posse do órgão ministerial decorreram de que, após aquela recomendação, o repasse remanescente (leia-se: pendente), sujeito à sua autorização e à do primeiro-secretário, foi suspenso (documento acostado à fl. 377 dos autos do AI nº 1286-23).

Por oportuno, transcreve-se trecho dessa manifestação:

A PRESIDENTE DA ASSEMBLEIA LEGISLATIVA DO ESTADO DE SERGIPE, Dep. MARIA ANGÉLICA GUIMARÃES MARINHO, [...], vem, mui respeitosamente, apresentar resposta aos termos do item I do Ofício EDC n. 843/2014, extraído dos autos do procedimento administrativo supra enumerado, informando que a divergência entre a tabela de “Distribuição de recursos por entidades” e a “Relação de

<sup>13</sup> Ilustrativamente, também nos autos do RO nº 1277-61, documentos acostados às fls. 54 e seguintes.

<sup>14</sup> Ilustrativamente, também nos autos do RO nº 1277-61, documento acostado às fls. 50-51.

subvenções sociais a entidades privadas (exercício 2014)”, dera-se por que as referidas entidades não receberam os valores a ela destinados, em razão do acolhimento da recomendação enviada por V. Exa.

Como se vê, está cristalizada a autonomia da presidente da casa legislativa que, ao contrário do que se supunha (ante a noticiada ausência de episódio no qual a indicação não tivesse sido acatada pela mesa), exerceu a sua competência para, relativamente aos valores pendentes, obstar a sua transferência, o que fez a partir da recomendação expedida pelo Ministério Público Eleitoral.

Corroborava essa informação a declaração emitida pelo diretor de Controle Interno da ALESE, José Valmir dos Passos, datada de 26.1.2015, acostada às fls. 643-644 dos autos do AI nº 1286-23, exarada com o seguinte conteúdo, *in verbis*:

DECLARO, para os fins que se fizerem necessários, inclusive judiciais, e sob as penas da lei, na qualidade de Diretor de Controle Interno da Assembleia Legislativa do Estado de Sergipe, que as emendas apresentadas pelos deputados estaduais ao orçamento do Estado, a título de subvenções sociais, não são obrigatória[s] e automaticamente executadas pela ALESE, dependendo do cumprimento dos requisitos legais e da autorização discricionária em ato conjunto do Presidente e do 1º Secretário, porquanto não são qualificadas como emendas impositivas.

Declaro, pois, que o envio dos recursos às entidades beneficiadas com emendas parlamentares, que destinam verbas do orçamento a título de subvenção social, depende exclusivamente da autorização discricionária do Presidente e do 1º Secretário da ALESE, posto que qualquer dispêndio financeiro somente pode ser realizado por ato conjugado de ambos, consoante exigência dos arts. 21, VI, “j” e 25, XII, do Regimento Interno da Casa. [...]

Também a declaração firmada por Maria de Lourdes Soares, diretora do Departamento Financeiro da ALESE, de 27.1.2015, dando conta de que várias entidades não receberam as verbas indicadas em emenda<sup>15</sup>.

Portanto, presente a independência da presidente e do primeiro-secretário, pelas sucintas razões acima expostas, a evidenciar a complexidade do ato, aplica-se a jurisprudência consolidada desta Corte

---

<sup>15</sup> Documento juntado à fl. 645 do AI nº 1286-23 (a ser recebido como Recurso Ordinário).

Superior no sentido de que, para os fins do art. 73, § 10, da Lei nº 9.504/97, é obrigatório o chamamento ao processo, na condição de litisconsorte passivo, daquele que, dotado de autonomia funcional, dá concretude à conduta que se tem por vedada.

Nessa linha, cito o seguinte precedente do Tribunal Superior Eleitoral (TSE):

AGRAVO REGIMENTAL. RECURSO ESPECIAL ELEITORAL. ELEIÇÕES 2012. PREFEITO E VICE. AÇÃO DE INVESTIGAÇÃO JUDICIAL ELEITORAL. ART. 73, § 10, DA LEI 9.504/97. LITISCONSÓRCIO PASSIVO NECESSÁRIO. INEXISTÊNCIA.

1. Para os fins do art. 73, § 10, da Lei 9.504/97, há que se distinguir as situações em que o agente público que executa a conduta vedada atua com **independência** em relação ao candidato beneficiário, **fazendo-se obrigatória a formação do litisconsórcio**, e aquelas em que ele atua como simples mandatário, nas quais o litisconsórcio não é indispensável à validade do processo.

[...]

3. Agravo regimental não provido.

(AgR-REspe nº 311-08/PR, Rel. Min. João Otávio de Noronha, DJe de 16.9.2014 – grifei)

E, na dicção do art. 73, § 12, da Lei nº 9.504/97, o termo final para o manejo da representação por conduta vedada é a data da diplomação, o que implica, em cada um dos casos ora examinados, o pronunciamento, pelo TSE, da nulidade dos acórdãos recorridos (ante a existência de defeito processual), bem como o reconhecimento da decadência, com a extinção dos feitos.

De toda sorte, até para se chegar ao encaminhamento ora proposto, cumpre examinar outro aspecto ressaltado no voto do relator, qual seja, a eventual eficácia do julgado apenas àqueles que foram citados.

Nesse sentido, prossigo.

## 1.2 – DA [IN]APLICABILIDADE DO ART. 115, II, DO NCPC

Sobre a possibilidade de aplicação, *in casu*, do regramento contido no art. 115, II, do Código de Processo Civil (CPC/2015), rogo vênias para também divergir.

A propósito, eis a integral redação desse dispositivo legal:

Art. 115. A sentença de mérito, quando proferida sem a integração do contraditório, será:

I - nula, se a decisão deveria ser uniforme em relação a todos que deveriam ter integrado o processo;

II - ineficaz, nos outros casos, apenas para os que não foram citados.

### **1.2.1 – INCOMPATIBILIDADE DO NOVIDADEIRO REGRAMENTO PROCESSUAL COM O DIREITO ELEITORAL**

De início, sobre o relevante ponto da convivência das normas processuais civis com o arcabouço normativo eleitoral, peço escusa para reproduzir trechos de singelo estudo de minha lavra, o qual, para grata surpresa, foi citado em parecer da Assessoria Especial do TSE, bem como no voto do e. Ministro Dias Toffoli, no PA nº 84-36, sessão de 10.5.2016, que versou sobre diretrizes gerais para aplicação no Novo Código de Processo Civil (NCPC) na Justiça Eleitoral:

**[...] o Código de Processo Civil desde sempre foi aplicado subsidiariamente aos feitos eleitorais. Aplicação subsidiária que sempre propugnou pela existência de dois requisitos: (i) lacuna e (ii) compatibilidade sistêmica.**

Foi, assim, por exemplo, que restaram introduzidas, no sistema processual eleitoral brasileiro, inúmeras novidades trazidas à baila em reformas pontuais empreendidas no sistema processual comum, a exemplo do efeito interruptivo dos embargos de declaração, da técnica de retenção do recurso especial eleitoral dirigido contra decisões interlocutórias, da ampliação do rol de documentos de traslado obrigatório na formação de agravo de instrumento manejado em face de decisão que implicava a negativa de seguimento de especiais eleitorais e, mais recentemente, da introdução na seara eleitoral da figura do agravo nos próprios autos, de que cuidou a Lei nº 12.322/10.

Para aplicar as novas nuances processuais comuns aos processos eleitorais, a Justiça Eleitoral sempre se perguntou:

a) Há norma processual eleitoral específica?;

**b) A importação subsidiária implica desarmonia sistêmica?**

E conviveram muito bem, assim, em simbiose, os sistemas processuais civil e eleitoral. Décadas a fio. Sem sobressaltos.

[...]

No NCPC, o legislador foi além. Não se contentou com a aplicação “subsidiária” do processo civil aos processos eleitorais. Cogitou

também da chamada aplicação "supletiva", a significar algo bem diferente. E aqui reside o nó interpretativo.

Aplicação subsidiária e aplicação supletiva têm o mesmo significado?

Na doutrina, não.

A primeira pressupõe vazio normativo no sistema para o qual está sendo importada a novidade. A segunda pressupõe alguma estrutura normativa, normalmente incipiente, atrofiada, desatualizada, a ser corrigida, complementada, aprimorada pela norma estrangeira.

Em outras palavras: na aplicação supletiva, a norma importada é acoplada a uma norma imperfeita já existente, aprimorando-a, compatibilizando-a com os novos tempos.

A alusão à aplicação supletiva do NCPC aos processos eleitorais, trabalhistas e administrativos, aliás, guarda correspondência com a ideologia subjacente ao novo diploma processual de se intitular uma espécie de "teoria geral do processo", aplicável, em maior ou menor grau, mas "na máxima extensão" possível, a todos os setores processuais específicos, doravante mais dialogados, mais harmonizados entre si.

A leitura dos primeiros artigos do NCPC fomenta tal impressão. Perceba-se, por exemplo, que, no art. 1º, está vertida a regra segundo a qual "*o processo civil será ordenado, disciplinado e interpretado conforme os valores e as normas fundamentais estabelecidos na Constituição da República Federativa do Brasil...*". Também são intuitivas as normas erigidas nos arts. 6º, 7º e 8º, no sentido de uma aplicação por assim dizer mais "monolítica" do sistema processual, justamente na linha do que desejou o texto constitucional atual (CF/88) quando promoveu uma visível aproximação sistemática entre processo judicial e administrativo, especialmente no art. 5º, incisos LV e LXXVIII.

Relembre-se que, no âmbito do processo administrativo, ganham força teorias segundo as quais a Teoria Geral do Processo abrangeria não só o processo judicial (Civil, penal e trabalhista), mas também o processo administrativo. Isso diante de certa uniformidade temática, concretizada não só a partir de princípios semelhantes (legalidade, motivação, ampla defesa, contraditório, etc.), mas também de institutos congêneres, tais como competências, impedimentos e suspeições, forma, tempo e lugar dos atos processuais, instrução, decisão, etc.

[...]

Tal o quadro, é inegável que o NCPC (art. 15) merece interpretação ao mesmo tempo amistosa e obsequiosa da ampliação do seu espectro de incidência "*além-muros*".

O problema é que o legislador, ao abrir o art. 15, fez uso da expressão "*na ausência de normas que regulem processos eleitorais...*".

Ficam as dúvidas: o legislador deu com uma mão e tomou com a outra? Aniquilou a aplicação supletiva, a pressupor justamente o contrário, ou seja, a existência de normatividade própria, ainda que

atávica, atrofiada, crescentemente incompatível com os novos tempos? Ou, ao contrário, pretendeu ser redundante? Para remarcar, ainda que fora da boa técnica legislativa, a necessidade de uma aplicação generalizada?

Potencializada a primeira parte do art. 15, o NCPC não teria grande impacto nos feitos eleitorais. No sistema processual eleitoral, não há falar em "ausência de normas". Mesmo à míngua de um Código de Processo Eleitoral, o Direito Processual Eleitoral, seja ele Administrativo ou Judicial, convive (bem) com um sem número de leis eleitorais processuais, encetadas principalmente no Código Eleitoral, na Lei das Eleições (Lei nº 9.504/97), na Lei das Inelegibilidades (Lei nº 64/90) e na Lei dos Partidos Políticos (Lei nº 9.096/95). E a jurisprudência da Justiça Eleitoral, principalmente a do Tribunal Superior Eleitoral, nas últimas décadas, tem feito um esforço hercúleo, com certo êxito, para harmonizar e compatibilizar as diversas leis processuais eleitorais.

De outro lado, superestimada a parte final do dispositivo, fincada na parêntese **subsidiariedade/supletividade**, abrir-se-ão as comportas do Direito Processual Eleitoral para uma avalanche de novidades, **algumas das quais de compatibilidade sistemática e principiológica duvidosa**, sobretudo em ano eleitoral.

Naquela ocasião<sup>16</sup>, este Tribunal Superior não se pronunciou especificamente sobre o art. 115 do NCPC, mas adotou, entre outras, duas importantes tónicas, a saber: (i) as regras do NCPC aplicam-se de forma supletiva e subsidiária aos feitos que tramitam na Justiça Eleitoral, **desde que haja compatibilidade sistêmica** e não amesquinhem o postulado da celeridade processual; e (ii) traçadas as orientações gerais, não se interditará que questionamentos outros quanto à aplicação do novo *codex* viessem a ser oportunamente submetidos à apreciação da Corte, **inclusive a partir da análise de casos concretos**.

Essa orientação, naquilo em que aplicável, **em razão do fator tempo**, deve igualmente reger o diálogo com o agora revogado Código de Processo Civil de 1973 (CPC/73).

Pois bem. Adotado esse norte interpretativo, verifica-se, a meu juízo, haver incompatibilidade sistêmica do art. 115 do CPC/2015, ao menos do seu inciso II, com as normas gerais e específicas que regem o Direito Eleitoral.

---

<sup>16</sup> Esclareça-se que não tomei assento nessa deliberação, pois atuava como membro substituto no TSE. A composição titular da época era a seguinte: Ministro Dias Toffoli (Presidente), Ministro Gilmar Mendes, Ministro Luiz

Como bem pontuam André Ramos Tavares e Walber de Moura Agra, na obra coordenada por Luiz Fernando Pereira – *O Direito Eleitoral e o novo Código de Processo Civil*<sup>17</sup>, “o sistema processual eleitoral tem regras próprias e concebidas à tutela de um Direito Material com características e princípios específicos que impedem a automática aplicação subsidiária do CPC”.

No exame detido das condutas vedadas, bem como das demais representações e ações eleitorais das quais possam advir cassação de mandato e inelegibilidade, inclusive a reflexa, parece-me que a intenção do legislador – e assim restou estampada na jurisprudência desta Corte – foi não atribuir ao legitimado ativo da causa a faculdade de indicações seletivas, seja por equívoco, seja por interesses próprios, alguns até não republicanos, daqueles que deverão, ao fim e ao cabo, responder por eventual ilícito, haja vista que o bem tutelado refoge ao campo do privado, por se cuidar da soberania popular, esta traduzida na lisura do pleito, de caráter público e geral.

Deveras, processo civil e processo eleitoral instrumentalizam direitos materiais substancialmente distintos. Enquanto o processo civil dá natural concretude a direitos materiais individuais, privados, marcados pela nota da disponibilidade, o processo eleitoral perfectibiliza, em juízo, direitos materiais supraindividuais, públicos, adstritos à tônica da indisponibilidade.

É certo que no caso específico o autor é o Ministério Público, cabendo-lhe, por definição constitucional, a defesa da ordem jurídica, mister que desempenha com total independência e autonomia, nele repousando a certeza de um proceder calcado na mais absoluta probidade e retidão.

Contudo, eventual entendimento jurisprudencial aqui fixado será horizontalmente aplicado a situações de mesmo substrato, independentemente do autor da ação, desde que legalmente legitimado ao seu ajuizamento.

---

Fux, Ministro Herman Benjamin, Ministro Napoleão Nunes Maia Filho, Ministro Henrique Neves da Silva e Ministra Luciana Lóssio. Data da sessão plenária: 10.5.2016.

<sup>17</sup> TAVARES, André Ramos; AGRA, Walber de Moura. *O Direito Eleitoral e o Novo Código de Processo Civil*. Belo Horizonte: Fórum, 2016. p. 84.

Nessa toada, permitamo-nos, por um breve momento, divagar sobre a seguinte situação hipotética, a qual melhor retratará a preocupação deste julgador: imaginemos que a presente representação tivesse sido ajuizada pelo partido político do presidente da ALESE, mantida, no mais, toda a narrativa. Nesse quadro, o ajuizamento da medida judicial em face tão somente do deputado proponente, sem integralização do polo passivo justamente por agente político filiado ao representante, seria adequado e suficiente ao resguardo do bem tutelado nas ações eleitorais? Entendo que não. Principalmente nas representações por conduta vedada, sobre as quais o legislador foi preclaro e firme ao dispor que a infração resultará em sanção ao conjunto de atores implicados na prática do ato, bem como aos seus beneficiários.

Nesse sentido, sublinha-se o texto da Lei nº 9.504/97:

Art. 73. São proibidas aos agentes públicos, servidores ou não, as seguintes condutas tendentes a afetar a igualdade de oportunidades entre candidatos nos pleitos eleitorais:

[...]

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

[...]

§ 8º Aplicam-se as sanções do § 4º aos **agentes públicos responsáveis** pelas condutas vedadas e **aos partidos, coligações e candidatos que delas se beneficiarem.**

A lei não alberga a possibilidade de chamamento e consequente aplicação de punição a apenas uma parcela dos responsáveis. Ela é cogente em sentido inverso: comprovada a conduta, dela resultará penalidade a todos.

Aliás, no *leading case* do TSE, no qual fixada a obrigatoriedade de formação do litisconsórcio passivo, referindo-me ao RO nº 1696-77/RR, relatado pelo e. Ministro Arnaldo Versiani, *DJe* de 6.2.2012, essa circunstância não passou despercebida no voto do relator. Confira-se:

Penso que, ao dispor que estão sujeitos às sanções legais tanto os responsáveis pela conduta vedada, quanto aos candidatos, partidos



ou coligações beneficiados, a lei criou a obrigatoriedade de que ambas as categorias figurem na relação processual em litisconsórcio passivo necessário.

Sua Excelência ressaltou, ainda, a impossibilidade de se determinar, por exemplo, a suspensão da conduta tida por vedada se o responsável (ou um deles) não integrar o polo passivo da representação:

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

No caso concreto, a quem se dirigiria eventual determinação de sustar os repasses ainda pendentes de ordem de saque? Ao respectivo proponente, cuja participação se exauriu em 2013, ou à presidente da casa, dotada de atribuição expressa para autorizar (ou não) o pagamento?

Aliás, a não inclusão de todos contra os quais deveria a representação ter sido proposta pode inviabilizar a cabal apuração dos fatos, bem como, por via oblíqua, prejudicar a defesa dos efetivamente citados, tendo em vista que teriam que sustentar a legitimidade (ou não) de conduta alheia.

Ademais, dadas as peculiaridades ora compartilhadas, a eficácia judicial restrita aos responsáveis pela conduta vedada que integraram o feito, desprezados, em juízo sancionatório, aqueles que não foram chamados, embora corresponsáveis, inclusive com independência funcional averbada, tal como preceituado no inciso II do art. 115 do NCPC, frustraria a concretização do processo eleitoral como importante vetor de pacificação social, pois, no senso comum, especialmente o dos eleitores, todos os agentes teriam descumprido a lei, porém a justiça acabou por recair apenas sobre alguns.

E, sobre essa questão, devem ser registradas as precisas lições doutrinárias de Araújo Cintra, Grinover e Dinamarco<sup>18</sup> na linha de que o direito processual, enquanto instrumento a serviço do direito material, nada mais é do que o complexo de normas e princípios que regem o “método” de

---

<sup>18</sup> CINTRA, Araújo; DINAMARCO, Grinover. *Teoria Geral do Processo*. 22. ed. São Paulo: Malheiros, 2006, p. 46 e seguintes.

trabalho chamado processo. Assim, também ele – o processo – nada mais é do que **“um instrumento a serviço da paz social”**. (Grifei)

Por essas razões é que entendo não ser o art. 115, II, do NCPD aplicável, por incompatibilidade sistêmica, ao processo eleitoral.

E permito-me avançar por amor ao debate.

### **1.2.2 – INCIDÊNCIA DO PRINCÍPIO *TEMPUS REGIT ACTUM* (SE SUPERADO O ÓBICE DA INCOMPATIBILIDADE ACIMA EXPOSTO)**

**Ainda que se entenda pela compatibilidade dos institutos**, verifica-se que, na espécie, outro fator deve ser sopesado, ante a vigência das leis e sua aplicação em razão do tempo em que formalizados os atos processuais (*tempus regit actum*). O NCPD, por força do seu art. 1.045<sup>19</sup>, entrou em vigor no dia 18 de março de 2016, de modo que, embora aplicável aos processos pendentes (art. 1.046<sup>20</sup>), não exime a parte do ônus de observância da regra processual vigente ao tempo do ato, sob pena, inclusive, de acarretar prejuízo ao direito de defesa da parte demandada. Tal regra está positivada no art. 14 do mesmo diploma legal, nestes termos: **“a norma processual não retroagirá e será aplicável imediatamente aos processos em curso, *respeitados os atos processuais praticados e as situações jurídicas consolidadas sob a vigência da norma revogada*”**. (Grifei)

Por ocasião da entrada em vigor do NCPD, **a relação processual nos feitos ora em julgamento já estava estabelecida**, com apresentação de defesa e réplica, além de instrução finda, e o que é mais agudo: **acórdãos regionais publicados e recursos ao TSE formalizados**<sup>21</sup>.

Desse modo, caso se aplique a processualística civil, necessário observar, a meu juízo, o art. 47 do CPC/73, e não o art. 115 do CPC/2015, de conteúdo novidadeiro quanto à opção legislativa anteriormente posta.

Veja-se a redação do revogado art. 47 do CPC/73:

<sup>19</sup> Art. 1.045. Este Código entra em vigor após decorrido 1 (um) ano da data de sua publicação oficial.

<sup>20</sup> Art. 1.046. Ao entrar em vigor este Código, suas disposições se aplicarão desde logo aos processos pendentes, ficando revogada a Lei nº 5.869, de 11 de janeiro de 1973.

<sup>21</sup> Representações ajuizadas em dezembro de 2014 (véspera da diplomação). Acórdãos regionais proferidos nos meses de novembro e dezembro de 2015. Recursos interpostos na sequência.

Art. 47. Há litisconsórcio necessário, quando, por disposição de lei ou pela natureza da relação jurídica, o juiz tiver de decidir a lide de modo uniforme para todas as partes; **caso em que a eficácia da sentença dependerá da citação de todos os litisconsortes no processo.** (Grifei)

Por oportuno, transcreve-se a orientação perfilhada pelo Superior Tribunal de Justiça (STJ), a exemplo do REsp nº 1404796/SP, relator o e. Ministro Mauro Campbell Marques, DJe de 9.4.2014, de que, *“por mais que a lei processual seja aplicada imediatamente aos processos pendentes, deve-se ter conhecimento que o processo é constituído por inúmeros atos. Tal entendimento nos leva à chamada ‘Teoria dos Atos Processuais Isolados’, em que cada ato deve ser considerado separadamente dos demais para o fim de se determinar qual a lei que o rege, recaindo sobre ele a preclusão consumativa, ou seja, a lei que rege o ato processual é aquela em vigor no momento em que ele é praticado. Seria a aplicação do Princípio tempus regit actum. Com base neste princípio, temos que a lei processual atinge o processo no estágio em que ele se encontra, onde a incidência da lei nova não gera prejuízo algum às parte, respeitando-se a eficácia do ato processual já praticado. Dessa forma, a publicação e entrada em vigor de nova lei só atingem os atos ainda por praticar, no caso, os processos futuros, não sendo possível falar em retroatividade da nova norma, visto que os atos anteriores de processos em curso não serão atingidos”.*

Com esse mesmo norte, cita-se, ainda, o seguinte julgado do STJ:

**CONFLITO POSITIVO DE COMPETÊNCIA. AÇÃO DE INEXIGIBILIDADE DE TÍTULO. AÇÃO DE COBRANÇA. CONEXÃO. PREVENÇÃO. DIREITO INTERTEMPORAL PROCESSUAL. TEMPUS REGIT ACTUM. TEORIA DO ISOLAMENTO DOS ATOS PROCESSUAIS. CITAÇÕES REALIZADAS NA VIGÊNCIA DO CPC/73. COMPETÊNCIA DO JUÍZO DE DIREITO DA 1ª VARA CÍVEL DE PARANAGUÁ-PR.**

1. Trata-se de conflito positivo de competência instaurado entre juízes vinculados a tribunais diversos que se declararam competentes para o conhecimento de ações conexas (ação de inexigibilidade de título e ação de cobrança). Um por se considerar prevento pelo critério da anterioridade da distribuição da petição inicial (art. 59 do NCPC), e o outro por adotar como critério de prevenção a anterioridade da citação válida (art. 219 do CPC/73).

2. Segundo o art. 14 do NCPC a aplicação imediata da lei nova é a regra. No entanto, deve-se respeitar as situações consolidadas sob a égide do diploma processual anterior, evitando-se que as partes se surpreendam com as novas disposições legais.

3. A redação do art. 14 do NCPC positivou a teoria do isolamento dos atos processuais, segundo a qual cada ato deve ser considerado separadamente dos demais para o fim de se determinar qual lei o rege, sendo aplicável aquela do momento em que o ato processual foi praticado. A nova lei tem vocação para disciplinar o presente, não o passado. Doutrina e jurisprudência.

4. Conflito conhecido para declarar a competência do Juízo de Direito da 1ª Vara Cível de Paranaguá-PR.

(CC nº 150.904/SP, Rel. Min. Moura Ribeiro, DJe de 28.5.2018)

Na mesma linha intelectual, a abalizada doutrina do Professor Humberto Theodoro Júnior<sup>22</sup>, em cuja pena a questão é bem enfrentada:

Tendo em vista a irretroatividade da lei processual nova e o princípio do *tempus regit actum*, a lei nova sujeita-se a dupla restrição eficaz:

- a) não tem força para invalidar ou reduzir efeitos do ato processual consumado com observância dos requisitos da lei anterior; e
- b) também não tem força para convalidar ato processual praticado com inobservância da lei do tempo de sua consumação.**

Pense-se na intimação feita na pessoa do advogado, quando a lei velha exigia que fosse pessoal à parte. Não haveria como ter como válido ato processual cuja consumação inobservou requisito essencial de validade pela lei do tempo de sua prática. Se tal fosse admitido, ter-se-ia reconhecido efeito retroativo à lei nova, para salvar ato inválido, segundo a lei do momento de sua consumação, em frontal conflito com a norma constitucional que não tolera a eficácia retroativa na espécie, mormente, se se levar em conta que a parte contrária seria prejudicada, por prejuízo de sua situação processual provocada pela preclusão ocorrida contra o agente do ato inválido e em favor da contraparte.

Sendo assim, é correto reconhecer a existência de duas regras de direito intertemporal diante do ato processual consumado ou extinto sob o regime da lei de seu tempo:

- a) a lei processual nova não retroagirá para atingir direito processual adquirido nos termos da lei revogada;

<sup>22</sup> Disponível em: <<https://www.trt3.jus.br/escola/download/artigos/direito%20intertemporal%20novo%20codigo.pdf>>. Acesso em: 20 jun. 2018.

**b) a lei processual nova não retroagirá para invalidar ou convalidar ato processual consumado no império da revogada. (Grifei)**

E as anotações do Professor Luiz Guilherme Marinoni<sup>23</sup>, em obra intitulada *Comentários ao Código de Processo Civil: artigos 1º ao 69*, na qual realça que “o art. 14 [do] CPC densifica na legislação infraconstitucional o direito fundamental à segurança jurídica processual, especialmente no que tange à observância do direito processual adquirido, do ato processual perfeito e da coisa julgada. Existem, portanto, não apenas direitos adquiridos no plano do direito material, mas também direitos adquiridos processuais”.

É que não se pode transmutar o tempo em fonte de insegurança. Ao revés, deve ele inspirar e irradiar sobre os jurisdicionados a necessária (e impostergável) garantia de estabilidade processual, ainda que o direito material seja de natureza pública, e não privada, e que o bem tutelado seja de interesse coletivo, e não individualizado (ou individualizável). Não por outra perspectiva é que se colhem, do ordenamento jurídico, e com muito relevo no Direito Eleitoral, os institutos da decadência e da preclusão, entre tantos outros.

Aliás, em matéria processual própria da seara eleitoral, deve-se rememorar que este Tribunal Superior deixou de assentar a nulidade de acórdãos regionais que importaram a cassação de registros, diplomas ou mandatos eletivos, proferidos antes da vigência do § 4º do art. 28 do Código Eleitoral, inserido pela Lei nº 13.165/2015, e que prevê a necessidade de quórum completo naquelas cortes, exatamente em atenção ao princípio do *tempus regit actum* (REspe nº 483-69/PI, Rel. Min. Henrique Neves, DJe de 26.11.2015).

De igual forma, prevaleceu o entendimento, também com supedâneo no postulado do *tempus regit actum*, de que, no tocante aos recursos em representação por conduta vedada, o prazo para a sua interposição seria de 24 (vinte e quatro) horas, previsto no art. 96, § 8º, da Lei nº 9.504/97, e não de 3 (três) dias, advindo da inclusão, por força da Lei nº

---

<sup>23</sup> MARINONI, Luiz Guilherme, MITIDIERO, Daniel. *Comentários ao Código de Processo Civil: artigos 1º ao 69*. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2016. p. 214.

12.034/2009, do § 13 ao seu art. 73, uma vez manejado em data anterior à da sua vigência (RO nº 23-62/DF, Rel. Min. Laurita Vaz, DJe de 13.9.2013).

Há igualmente outros exemplos de sua aplicação pelo TSE.

Nesses casos, importa salientar, a aplicação do citado princípio foi rigorosa e contrariou, **porque assim ditado pelo direito**, a linha de defesa traçada pelos então acusados. Logo, talvez até com maior razão (preservar, o quanto possível, o resultado emanado das urnas), deve o Tribunal, também em prol da defesa, ser rígido quanto à sua observância, ainda que dela resulte, como seria o caso, a decadência das representações em exame.

E, ao se aplicar a regra então vigente (art. 47 do CPC/73), disso resultará que os acórdãos regionais foram, todos eles, proferidos sem a perfectibilização da relação processual com os litisconsortes passivos necessários, o que conduz, reitera-se, à conclusão de que devem ser anulados porque ineficazes *ex lege*, sendo impassíveis de repetição nesta data.

Precisamente sobre a regulamentação contida no revogado CPC, colhem-se, uma vez mais, as precisas observações de Luiz Guilherme Marinoni e Daniel Mitidiero<sup>24</sup>, professores acima referidos, que estão assim resumidas:

A obrigatoriedade da formação de litisconsórcio diz respeito à legitimação para agir em juízo, **dependendo da citação de todos os consortes para a causa a eficácia da sentença**.

[...]

Sentença prolatada na ausência de um litisconsorte necessário é *inutiliter datur* (**dada inutilmente**, STJ, 1º Turma, REsp 753.340/RJ, Min. Luiz Fux, j. 08-05.2007, DJ 11.06.2007, p. 269), sendo de todo inválida (STJ, 5ª Turma, REsp 793.920/GO, Min. Arnaldo Esteves Lima, j. em 16.05.2006, DJ 19.06.2006, p. 198). O vício da decisão pode ser levantado em qualquer tempo e grau de jurisdição, não lhe apanhando a preclusão (STJ, 1ª Turma, REsp 480.712/RJ, Min. Teori Zavascki, rel. para acórdão Min. Luiz Fux, j. 12.05.2005, DJ 20.05.2005, p. 207), podendo ainda ser alegado em ação rescisória (art. 485, inciso V, CPC) e em ação de querela nullitatis insanabilis (STF, Pleno, RE 97.589/SC, Min. Moreira Alves, j. 17.11.1982, DJ 03.06.1983, p. 7883).

---

<sup>24</sup> MARINONI, Luiz Guilherme; MITIDIERO, Daniel. *Código de Processo Civil comentado artigo por artigo*. 4. tiragem. São Paulo: RT, 2008, p. 132-133, nota 1 ao Art. 47 do CPC.

**1.2.3 – NECESSIDADE DE DECISÃO UNIFORME PARA TODOS QUE DEVERIAM TER INTEGRADO O PROCESSO (SE ULTRAPASSADO O ÓBICE DA NÃO INCIDÊNCIA DO NCPD E SE DECIDIR PELA SUA COMPATIBILIDADE COM O PROCESSO ELEITORAL)**

**Se ultrapassado o óbice da não incidência temporal do NCPD**, ainda assim tenho, por convicção, que a decisão haveria de ser uniforme para todos os que deveriam ter integrado o processo: deputado proponente, presidente e primeiro-secretário da assembleia legislativa.

Isso porque, e mais uma vez renovando as mais respeitosas vênias ao entendimento exarado pelo ínclito relator, Ministro Luiz Fux, a uniformidade de que versa a lei processual civil, a meu juízo, não está atrelada à dosimetria de pena ou à eventual impossibilidade de não se poder, seja por força do princípio da proporcionalidade, seja pela impossibilidade material em relação a quem, por exemplo, não concorreu ou não foi eleito a cargo eletivo, aplicar idêntica e horizontal sanção a todos que figurem no polo passivo.

A unicidade de tratamento a que faz alusão o art. 115, I, do NCPD está relacionada, no meu entendimento, à necessidade de, ante a comprovação do ilícito, sobretudo da conduta vedada, que é de apuração objetiva, julgar-se a representação procedente em relação a todos os responsáveis pela sua prática, bem como, nos limites da lei, ao mero beneficiário, nos termos dos §§ 4º, 5º, 6º e 8º do art. 73 da Lei nº 9.504/97, o que entendo ser exatamente o caso retratado nos presentes autos.

Aliás, sequer poderia ser diferente. Para exemplificar, nos casos em apreço, a então presidente da ALESE, se citada em cada um dos feitos, poderia ser considerada, eventualmente, reincidente em relação àqueles já julgados, o que, com arrimo no § 6º do aludido dispositivo<sup>25</sup>, conduziria à aplicação da sanção de multa em patamar mais elevado. Inobstante a isso, não seria a hipótese de se cogitar de decisão não uniforme, a atrair o permissivo inscrito no inciso II do art. 115 do citado diploma processual (eficácia contida).

---

<sup>25</sup> Art. 73 [...]

[...]

§ 6º. As multas de que trata este artigo serão duplicadas a cada reincidência.

E para demonstrar que a procedência da representação por conduta vedada sequer conduz forçosamente à uniformidade de sanções (também na sua graduação), oportuno lembrar precedente desta Corte no qual restou decidido que *“cabe ao Judiciário dosar a multa prevista no § 4º do mencionado art. 73, **de acordo com a capacidade econômica do infrator, a gravidade da conduta e a repercussão que o fato atingiu**”* (Rp nº 2959-86/DF, Rel. Min. Henrique Neves da Silva, DJe de 17.11.2010 – grifei).

Assim, mesmo ao se aplicar a teoria da asserção, com base na qual as condições da ação devem ser aferidas, sempre em tese, a partir das afirmações deduzidas na petição inicial, verifica-se que, na espécie, o próprio autor das representações, para além de indicar ato vedado por parte dos deputados proponentes, cuidou de narrar, em contornos muito assertivos, que a recomendação por ele expedida – e dirigida à então presidente da ALESE, *“não obteve qualquer valia, haja vista que efetivamente foram realizados, ao menos parcialmente, os repasses das citadas verbas”* (item 34 – comum às petições iniciais contidas em cada um dos processos apregoados), a evidenciar, na via abstrata, a corresponsabilização (ao menos) de quem não foi chamado a tempo e modo para integrar o polo passivo da demanda judicial.

Seria, portanto, aplicável a solução do inciso I do art. 115 do NCPD, e não aquela inaugurada no inciso II, o que também me leva a divergir.

### **1.3 – CONCLUSÃO DO VOTO QUANTO À PRELIMINAR DE NULIDADE POR AUSÊNCIA DE INTEGRALIZAÇÃO DO POLO PASSIVO**

Ante o exposto, e sem, uma vez mais, deixar de ressaltar a verticalidade do voto proferido por Vossa Excelência, Senhor Presidente, inauguro divergência para **acolher a preliminar de nulidade processual**, decorrente da deficiente formação do polo passivo das representações em tela, **reconhecendo**, com isso, *ex vi* do art. 73, § 12, da Lei nº 9.504/97, a **decadência do direito de agir no manejo dessas medidas judiciais**, da qual resulta a extinção processual com resolução de mérito (art. 487, II, do CPC).

É como voto no exame da preliminar.



**VOTO (vencido)**

A SENHORA MINISTRA ROSA WEBER: Senhor Presidente, louvo o voto de Vossa Excelência e também o voto percuciente, minucioso e competente do Ministro Tarcisio Vieira de Carvalho Neto, mas, em especial, parabeno os advogados e a advogada que ocuparam a tribuna, pela beleza das sustentações orais, feitas em duas oportunidades perante esta Suprema Corte.

Atendendo ao pedido de Vossa Excelência e observando a metodologia de votação que emprego no Supremo Tribunal Federal, quando há voto minucioso e competente do relator e a divergência está na mesma linha, já explicitadas as teses, rogo vênias ao Ministro Tarcisio Vieira de Carvalho Neto para acompanhar Vossa Excelência, entendendo que não há, com o devido respeito, incompatibilidade sistêmica do art. 115, inciso II, do Código de Processo Civil – que o Ministro Napoleão sempre se refere a Código Fux – com o processo eleitoral, além de entender que não se trata de hipótese de litisconsórcio necessário, muito menos, unitário. E, até por essa linha, pela ausência de incompatibilidade sistêmica, aplicando o art. 115, inciso II, do CPC de 2015, rejeito a preliminar.

**VOTO (vencido)**

O SENHOR MINISTRO EDSON FACHIN: Senhor Presidente, eminente relator, eminente Ministro Tarcisio Vieira de Carvalho Neto, senhores ministros, procurarei ser breve, pois apenas quero alinhar a posição que tenho; em sua base compreende, desde março deste ano, o transcurso processual do feito que agora está em análise para ser desatado, uma vez que participei das sessões anteriores e também, tal como todos os pares, assisti a exemplares e escorreitas sustentações orais, tanto dos advogados quanto do Ministério Público Eleitoral.

Na sessão última, do dia 12 de junho, Vossa Excelência, na condição de relator, superando a preliminar, apreciou questão atinente ao provimento que deferiu o recurso, para manter a cassação e a multa impostas.

O Ministro Tarcisio Vieira de Carvalho Neto vem de traduzir em seu voto-vista o acolhimento de preliminar e eu também compreendo e aplaudo a verticalidade da sua análise e os diversos fundamentos. Assento que, no meu ponto de vista, não há dúvida alguma de que a solução a ser buscada para um mesmo fato que está a permitir dois olhares distintos – como não poderia deixar de ser – situa-se dentro do sistema normativo. Nem o ministro relator, nem o Ministro Tarcisio Vieira de Carvalho Neto estão a negar aqui a vigência do inciso II do art. 115 do Novo Código de Processo Civil.

O que está no voto do Ministro Tarcisio Vieira de Carvalho Neto, que acolhe a preliminar, é a inaplicabilidade, quer pelo que Sua Excelência denomina de incompatibilidade sistêmica, quer por outros argumentos, entre eles o que deriva do conhecidíssimo brocardo *tempus regit actum*.

Da minha parte, Senhor Presidente, como está em questão não reconhecer o comando normativo do art. 115, inciso II, que nítida e inequivocamente supera a teoria clássica das nulidades, adoto, na hipótese de litisconsórcio, ainda que necessário, mas que não seja unitário, a circunstância atinente à ineficácia parcial, o que, aliás, não é novidade.

O Novo Código de Processo Civil, ao assim fazer, acolheu construção doutrinária que veio alargada durante o século XX, não só no Direito Processual, mas também no direito material, como todos efetivamente sabemos.

De modo que, Senhor Presidente, sustentar a incompatibilidade sistêmica, antes de tudo, parece-me exigir precisão terminológica, porque, aqui, não estamos falando exogenamente de sistemas tais como na Teoria dos Sistemas de Niklas Luhmann, que trata do acoplamento estrutural entre os sistemas da sociedade e do sistema normativo.

Estamos discutindo algo intrassistemático, ou seja, trata-se de tema endonormativo e, portanto, trata-se de sustentar que a regra do Código de Processo Civil seria, ao se dirigir à ambiência da legislação eleitoral, regra que encontraria hostilidade sistemática – e não sistêmica –, que acarretaria na sua inaplicação.

Para que esse raciocínio pudesse, quiçá, ser formulado de tal modo que, com o devido respeito, solidamente se sustentasse, seria necessário evidenciar que, do ponto de vista de um pensamento sistemático – especialmente nesse caso, como se conhece muito no Brasil das lições de Canaris, para citar um autor estrangeiro, ou do professor Juarez Freitas, autor das terras do Rio Grande do Sul, também nacional e internacionalmente muito conhecido –, pudesse, obviamente, fornecer diferenças tais quanto à natureza, à função e à estrutura, para evidenciar que há, portanto, incompatibilidade.

Caso contrário, a reflexão sobre a incompatibilidade pode derivar de dimensão que até certo limite é legítima, mas é de discricionariedade que vai em uma zona fronteira com uma hermenêutica que, talvez, comece a desbordar do próprio sistema normativo dentro do qual a solução deva manter-se.

Por outro lado, afirmar-se da vigência, *a posteriori*, do Código de Processo civil em relação aos fatos significa adotar a teoria do isolamento dos atos processuais, ou seja, ato processual levado a efeito gera direito adquirido da parte.

Esse é outro debate em aberto. O Ministro Tarcisio Vieira de Carvalho Neto tomou determinado caminho que, como não poderia deixar de ser, é seguramente sustentável, mas essa teoria de isolamento dos atos processuais, na verdade, realiza um seccionamento dos procedimentos que compõem o processo, de tal modo que chegaríamos a ponto tal em que determinado ato, praticado ou não, se gerar nulidade, gera direito adquirido à parte, a suscitar essa nulidade a qualquer tempo. Em outras palavras, acabaria o instituto da preclusão, inclusive o da preclusão *pro judicato*.

Ademais, nesse caso, as garantias constitucionais em relação a uma retroatividade mínima ou média – admitamos estar diante de uma

retroatividade média, na classificação das retroatividades em mínima, média e máxima – protegeriam qual direito adquirido? Ou coisa julgada? Ou ato jurídico perfeito?

Portanto, com esses argumentos, brevemente sumariados, com todo o respeito, não vejo como sustentável acolher a preliminar, até porque há outro argumento que incide em uma contradição lógica, que é a petição de princípio. Como posso tomar uma conclusão como premissa? Ou seja, que o litisconsórcio é unitário, se não apreciamos o mérito para saber se o destino dos demandados será o mesmo?

Se se toma a conclusão como premissa e, a partir de uma conclusão a qual ainda não se chegou, como se definitiva fosse, para elencá-la à condição de premissa com todas as vênias, isso corresponde a fazer uma equação em que todos os elementos são alocados para que se chegue a uma determinada conclusão, mentalmente preordenada.

Se não bastasse isso, o voto a que Vossa Excelência fez referência incide no também conhecido brocardo *pas de nullité sans grief*. Qual é o dano que foi gerado às partes, a eventual nulidade se houvesse?

É uma pergunta que, talvez, coubesse responder.

E mais, a Súmula nº 631 do Supremo Tribunal Federal acentua que – aqui estou fazendo uma reflexão apenas *quantum satis* –, na ação constitucional do mandado de segurança, há um prazo assinalado, no qual deve ser feita a citação do litisconsorte. Que prazo foi assinalado nesse caso concreto? Parece-me que nenhum.

De modo que, com todo o respeito, vou divergir do nosso eminente Ministro Tarcisio Vieira de Carvalho Neto, que é de longe uma autoridade eleitoralista, reconhecido aqui e alhures – digo isso de modo genuíno –, mas, nesse caso, parece-me até que, por alguns imperativos de ordem constitucional, caberia afastar a preliminar. Entre eles – Vossa Excelência, Ministro Luiz Fux, referiu-se ao *caput* do art. 37 –, moralidade administrativa objetivamente recognoscível não é uma palavra constitucional vã. Nenhum de nós tem essa expressão à disposição para fazer leituras morais à Constituição. Não se trata disso. Moral é uma coisa e direito é outra coisa.

Mas moralidade administrativa objetivamente cognoscível é princípio jurídico de caráter vinculante.

Sem falar ainda do inciso LXXVIII, que trata da duração razoável do processo. Aqui estamos a reconhecer preliminar que levará em conta, como consequência prática, que a própria Justiça reconhece que não consegue realizar a justiça, por estarmos a reconhecer que o fluir do lapso temporal impedirá sancionar quem, em tese, seria – digamos – sancionável.

Então, considerando a ausência de regra específica na legislação eleitoral que afaste o inciso II do art. 115 do Código do Processo Civil, ou seja, a falta daquilo que, na teoria norte-americana, se denomina de *clear statement rule* – aqui não há regra clara, na seara específica, que afaste regra processual geral, há a interpretação, que obviamente respeito, do eminente Ministro Tarcisio Vieira de Carvalho Neto –, com todas as vênias, supero a preliminar e acompanho o eminente relator.

Peço escusas por ter me alongado, mas fui convocado desde a primeira sessão e me vinculei a votar nesse processo e, a rigor, estou prestando contas de outro dever constitucional, que é o dever de fundamentação das decisões, como, aliás, sempre tenho feito.

## VOTO

O SENHOR MINISTRO NAPOLEAO NUNES MAIA FILHO:  
Senhor Presidente, ouvi com muita atenção tanto as falas dos ilustres advogados, da tribuna, quanto o voto do eminente Ministro Tarcisio Vieira de Carvalho Neto e o do eminente e sempre referenciado Ministro Edson Fachin, que me permitiram assimilar informações deveras importantes de esclarecimentos estratégicos para a compreensão desse tema.

Não há dúvida nenhuma de que o Novo Código de Processo Civil, pelo seu artigo 115, inciso II, praticou no sistema processual o que se tem chamado habitualmente de “evolução por inovação,” em vez daquela evolução

clássica que se dá por superposição de pensamentos, ideias e estratégias sobre seus similares do passado.

Concordo inteiramente com as observações feitas pelo eminente Ministro Edson Fachin com relação à primazia que deve ter e que tem, efetivamente, a verba constitucional, que protege a moralidade pública.

A questão que se põe para mim é saber se seria possível, em alguma situação específica, atender a essa exigência, apesar de alguns empecilhos, obstáculos ou barramentos de natureza processual.

Senhor Presidente, eu participei no STJ de uma discussão sobre o caso de Bacabal/MA. No STJ entendi que deveria aplicar-se o Novo Código de Processo Civil, que outorgava o prazo de 15 dias úteis para o recurso, e fui vencido. Afirmou-se que deveria ser aplicado o Código de Processo Civil de 1973, que preconizava 15 dias corridos, e também fiquei vencido.

O Superior Tribunal de Justiça, bem conhecido pelo Ministro Jorge Mussi, editou o Enunciado nº 2, que dispõe expressamente que o código que vai reger a matéria processual e recursal é o vigente na data da aprovação da decisão. Nesse ponto eu também fui vencido. Mas nós temos essa regra, o Enunciado nº 2, que dispõe que essa matéria se rege pelo CPC/1973.

O CPC/1973, inegavelmente, estabelece o requisito da integração universal de todos os litisconsortes. O CPC/2015 não, ele dispõe, sabiamente, que, não havendo a integração de todos, será ineficaz a decisão para todos os que não foram citados.

Temos seguido essa diretriz no STJ, e não ressalvo mais o meu ponto de vista, pois é desnecessário e inconsequente. Já tentei mais de uma vez alterar o enunciado, pois ele terminou por postergar o início da vigência do CPC/2015.

Seguramente, o Ministro Jorge Mussi poderá fazer alusão a isso e confirmar o que estou dizendo. Há esse e outros enunciados de natureza processual. De forma que eu faço a maior reverência possível, intelectualmente falando, à inovação trazida pelo artigo 115, inciso II, do

CPC/2015. Penso que é uma evolução por inovação absolutamente preciosa, valiosa, útil, dinâmica, científica.

Eu tenho essa marra do Superior Tribunal de Justiça, que decidiu aplicar o Enunciado nº 2. Terei de ficar em situação embaraçosa, no mínimo, diante dos jurisdicionados que me veem votando de um jeito no STJ e de outro no TSE.

Senhor Presidente, como estou me despedindo do Tribunal, Vossa Excelência sabe que não foi tão suave a ascensão quanto é calma a descida, e sei que os louvores que faço a Vossa Excelência em nada acrescentam a sua reputação e a sua glória. Penso que a iniciativa de Vossa Excelência é absolutamente valiosa e admirável, mas não posso escapar do Enunciado nº 2 do STJ, ou terei de mudar lá também. Por enquanto seguirei a orientação da douda divergência, não sem antes reverenciar o lúcido voto do eminente Ministro Edson Fachin e o alerta que ele fez para distinguir direito e moral e moralidade.

O Ministro Edson Fachin tem toda razão, é isso mesmo que tem de se fazer. Mas, nesse caso, os limites ou as possibilidades admissíveis para o trato procedimental me obriga a chegar a situação de divergir de Vossa Excelência, o que nunca faço sem muito receio e, como diz o Ministro Luís Roberto Barroso, com a sensação de que estou fazendo algo errado.

Peço vênias a Vossas Excelências, Ministros Luiz Fux e Edson Fachin e também à eminente Ministra Rosa Weber, para acompanhar a divergência.

## VOTO

O SENHOR MINISTRO JORGE MUSSI: Senhor Presidente, em que pese o judicioso voto de Vossa Excelência, peço as mais respeitadas vênias para acompanhar a divergência.

Conforme bem relatado nos votos que me antecederam, a hipótese dos autos cuida em síntese de 22 representações propostas em desfavor de candidatos aos cargos de deputado federal e estadual de Sergipe nas Eleições 2014 por suposta prática da conduta vedada do art. 73, § 10, da Lei 9.504/97.

A conduta que lhes é atribuída é, em suma, a mesma: a Assembleia Legislativa de Sergipe disponibilizou a cada um de seus Deputados quota anual de R\$ 1.500.000,00 para uso em favor de entidades de classe e assistencialistas por eles indicadas, o que, segundo se alega, teria ocorrido com nítido viés eleitoreiro.

Nesse diapasão, os candidatos recorrentes apontam – dentre inúmeras preliminares – nulidade processual por ausência de citação do Presidente e do Primeiro Secretário da Assembleia Legislativa de Sergipe, ordenadores e executores do orçamento daquela Casa, os quais seriam litisconsortes passivos necessários.

Em outras palavras, sustentam que a liberação das verbas impugnadas na espécie dependia, primordialmente, da atuação das referidas autoridades, as quais, portanto, deveriam ter integrado a lide.

De fato, consoante remansosa jurisprudência, nas representações para apuração de condutas vedadas, há litisconsórcio passivo necessário entre o candidato beneficiário e o agente público responsável pelo ilícito (RO 1696-77/RR, Rel. Min. Arnaldo Versiani, *DJe* de 6.2.2012, *leading case* sobre a matéria).

Segundo se decidiu no julgado em comento, tal conclusão decorre inicialmente da leitura dos §§ 4º e 8º do art. 73 da Lei 9.504/97, os quais dispõem que o agente público responsável pela conduta vedada estará sujeito à sanção de multa.

Assim, sendo expressa a previsão de sancionamento do agente público que cometeu o ilícito, não haveria sentido lógico em não citá-lo para compor o polo passivo da representação.



Além disso, assentou-se a incidência do disposto no art. 47 do CPC/73, segundo o qual **“há litisconsórcio necessário, quando, por disposição de lei ou pela natureza da relação jurídica, o juiz tiver de decidir a lide de modo uniforme para todas as partes; caso em que a eficácia da sentença dependerá da citação de todos os litisconsortes no processo”**.

Em suma, duas espécies de representados devem integrar o polo passivo das representações por conduta vedada: o agente público que cometeu o ilícito e o candidato beneficiário (que, em diversas ocasiões, também vem a ser coautor).

Essa jurisprudência, firmada a partir das Eleições 2010, foi mantida para os pleitos subsequentes – por exemplo, o AgR-RO 4888-46/AM (Rel. Min. Dias Toffoli, *DJe* de 11.4.2014) – e foi, inclusive, estendida para os casos de Ação de Investigação Judicial Eleitoral (AIJE) por abuso de poder (art. 22 da LC 64/90).

Ainda na seara jurisprudencial, frise-se que esta Corte já decidiu que “há que se distinguir as situações em que o agente público [...] atua como **simples mandatário, nas quais o litisconsórcio não é indispensável à validade do processo**” (AgR-REspe 311-08/PR, Rel. Min. João Otávio de Noronha, *DJe* de 16.9.2014).

Diante de todo esse contexto legal e jurisprudencial, entendo que, **no caso, afigurava-se imprescindível a citação do Presidente e do Primeiro Secretário da Assembleia Legislativa de Sergipe** – ordenadores e executores do orçamento daquela Casa – para compor a lide como litisconsortes passivos necessários.

Com efeito, a liberação e o repasse de verbas de subvenção pela Assembleia Legislativa – e sua respectiva fiscalização – constituem **ato administrativo complexo**, que, como se sabe, é aquele cuja vontade final da Administração Pública exige a intervenção de agentes ou órgãos diversos, havendo certa autonomia, ou conteúdo próprio, em cada uma das manifestações<sup>26</sup>.

<sup>26</sup> CARVALHO FILHO, José dos Santos. Manual de Direito Administrativo. 30. ed. rev. atual. e ampl. São Paulo: Atlas, 2016, p. 136.

Essa característica, na hipótese específica dos autos, exsurge de modo cristalino da leitura do art. 21 do Regimento Interno da Assembleia Legislativa:

Art. 21. São atribuições do Presidente, além de outras expressas neste Regimento, ou que decorram da natureza de suas funções e prerrogativas:

[...]

VI – Além de outras conferidas neste Regimento ou decorrente de sua função:

j) autorizar, com o 1º Secretário, em nome da Mesa, e fiscalizar as despesas da Assembleia; [...]

(sem destaque no original)

Assim, tem-se que a movimentação dos recursos da quota anual de R\$ 1.500.000,00 destinada a cada um dos Deputados Estaduais de Sergipe requer a conjugação da vontade do parlamentar – que apresenta a emenda orçamentária – e dos responsáveis por sua execução, quais sejam, o Presidente e o Primeiro Secretário, que também têm por dever legal fiscalizar a correta aplicação de tais verbas.

Em outras palavras, a utilização da quota em favor das entidades não dependia de simples indicação do parlamentar, mas de efetiva autorização do Presidente e do Primeiro Secretário.

Frise-se que o próprio TRE de Sergipe, ao enfrentar a matéria, assentou tal circunstância ao consignar que “é certo, formalmente está a Mesa Diretora investida de atribuição para em tese obstar [...] o recebimento dos recursos”.

Acrescente-se que, conforme consta dos autos, um dos Deputados Estaduais chegou a requerer que se cancelasse o repasse a uma das entidades por ele indicadas, não tendo sido, contudo, atendido pela Mesa da Assembleia, o que reforça o caráter complexo do ato administrativo.

Por fim, há de se ressaltar duas relevantes circunstâncias delineadas no voto-vista do e. Ministro Tarcisio Vieira de Carvalho Neto.

A primeira delas diz respeito ao fato de que o Ministério Público de Sergipe expediu recomendação à Presidente da Assembleia Legislativa no

sentido de que não se liberassem as verbas, o que, a meu sentir, realça que o uso dos recursos não se condicionava à mera indicação por cada um dos parlamentares.

A segunda, por sua vez, consiste na inaplicabilidade ao caso dos autos do art. 115, II, do CPC/2015, segundo o qual “a sentença de mérito, quando proferida sem a integração do contraditório, será [...] ineficaz, nos outros casos, apenas para os que não foram citados”.

Com efeito, na data de propositura da representação – no ano de 2014 – ainda não vigia em nosso ordenamento jurídico o novo Código de Processo Civil, o que ocorreu somente a partir de 2016.

Dessa forma, no caso dos autos incide o já citado art. 47 do CPC/73, segundo o qual, reitere-se, há litisconsórcio necessário, quando, por disposição de lei o juiz tiver de decidir a lide de modo uniforme para todas as partes, de modo que a eficácia da sentença dependerá da citação de todos os litisconsortes.

Em conclusão, diante dos fundamentos acima expostos, pronuncia-se a nulidade processual por falta de citação, como litisconsortes passivos necessários, do Presidente e do Primeiro Secretário da Assembleia Legislativa de Sergipe.

**Ainda que superado esse óbice, entendo que no mérito também assiste razão aos recorrentes.**

O exame pormenorizado das condutas não permite, a meu sentir, aferir com segurança a prática de ilícito **sob o viés eleitoral** em relação a quaisquer dos repasses efetuados com base na quota individual de cada parlamentar.

Em maior ou menor grau, embora inexista dúvida do caráter reprovável da conduta sob, por exemplo, o aspecto da probidade administrativa, o *telos* do § 10 do art. 73 da Lei 9.504/97 é salvaguardar a lisura do pleito e a paridade de armas de programas assistenciais de cunho oportunista, por meio dos quais se manipula a miséria humana e a negligência do Estado em áreas sensíveis como, por exemplo, saúde e educação (a título

demonstrativo, cito o REspe 45-35/MG, de minha relatoria, com julgamento concluído em 19.6.2018).

Nesse contexto, chamam a atenção as circunstâncias destacadas em vários dos casos julgados pelo TRE/SE no sentido de que: a) não há prova concreta de como os recursos foram distribuídos no caso de algumas das instituições; b) várias das entidades beneficiárias não eram de assistência social; c) pessoas ligadas aos Deputados – e não entidades sociais – receberam as verbas.

Desse modo, embora reitere o caráter reprovável do uso do dinheiro público, não vislumbro, no caso específico dos autos, o aspecto eleitoral da conduta a atrair a competência desta Justiça Especializada, inexistindo material probatório robusto a ensejar a grave sanção de perda de diploma.

Ante o exposto, **peço vênias para acompanhar o voto divergente do e. Ministro Tarcisio Vieira de Carvalho Neto** para dar provimento aos recursos ordinários, nos seguintes termos: a) acolher a preliminar de litisconsórcio passivo necessário, reconhecer a decadência do direito de agir e extinguir o processo com resolução de mérito (art. 487, II, do CPC/2015); b) caso superado esse óbice, afastar a configuração da conduta vedada do art. 73, § 10, da Lei 9.504/97.

**É como voto.**

#### **VOTO (preliminar)**

O SENHOR MINISTRO ADMAR GONZAGA: Senhor Presidente, eminentes pares, **acompanho a divergência inaugurada pelo Ministro Tarcisio Vieira de Carvalho.**

Dada a relevância do caso, **igualmente traço semelhantes considerações acerca da preliminar alusiva à falta de formação do litisconsórcio passivo necessário.**

Na espécie, o Tribunal Regional Eleitoral de Sergipe entendeu desnecessária a formação do litisconsórcio passivo entre o presidente da Assembleia Legislativa e os deputados responsáveis pelas emendas, uma vez que sua atuação teria sido meramente burocrática e protocolar.

O eminente relator, Ministro Luiz Fux, após considerar que o atuar da Corte de origem estaria de acordo com a teoria da asserção, consignou que *“não existe litisconsórcio necessário quando os agentes públicos excluídos da inicial não são os verdadeiros responsáveis pelo ilícito investigado, isto é, quando não praticaram sponte propria os verbos nucleares da conduta (REspe nº 762-10, Rel. Min. Luiz Fux, j. 10.03.2015), o mesmo ocorrendo quando o agente público não atua com total independência em relação ao candidato beneficiário da conduta vedada (AgR-REspe nº 31.108/PR, Rel. Min. João Otávio de Noronha, j. 03.09.2014)”* (RO 1272-39, rel. Min. Luiz Fux, julgado em 12.6.2018).

Sua Excelência considerou, ainda, que *“a consequência da não citação de eventuais responsáveis pela prática de ilícitos para a composição do polo passivo em ações eleitorais nas quais o resultado pode, em relação aos potenciais imputados, ser diverso resume-se à impossibilidade de que os efeitos da sentença os alcancem, em virtude da impossibilidade de que se submetam à autoridade da coisa julgada. Cristalina, nesse sentido, a solução determinada pelo art. 115 do CPC”*.

**Com a devida vênia, igualmente tenho compreensão diversa.**

Pelo que se depreende dos autos, a conduta tida como vedada foi a distribuição de subvenção social, autorizada pela Lei 5.210/2003, por meio de emendas ao orçamento pelo parlamentar, e a posterior liberação da verba pela Presidência e 1ª Secretaria da Assembleia Legislativa.

Segundo consta do acórdão – também indicado em memoriais –, o parlamentar apresentava emenda ao orçamento da Assembleia, o que, no caso, ocorreu ainda em 2013, ocasião em que também já indicava qual entidade de utilidade pública seria a beneficiada. Após aprovado o orçamento,

cabia à Presidência da Assembleia Legislativa a liberação dos recursos, quando então eram distribuídos.

A despeito da relevante discussão a respeito da possibilidade de as subvenções sociais poderem ou não ser enquadradas no tipo do art. 73, § 10, da Lei 9.504/97, fato é que a conduta vedada, caso existente, se caracterizaria no momento da distribuição, isto é, no instante em que a Presidência da Assembleia Legislativa do Estado de Sergipe, exercendo o seu mister de ordenadora de despesa, liberasse as verbas à entidade previamente indicada pelo parlamentar.

Assim, o autor da suposta conduta vedada, **aquele a quem cabia distribuir ou não os recursos, era o ocupante da referida Presidência**, circunstância amplamente conhecida no Estado de Sergipe, por se tratar de prática há muito consolidada (mais de 30 anos).

Não vislumbro, diante desse encadeamento dos fatos e considerando os poderes e as responsabilidades dos ordenadores de despesas, como considerar que o presidente e o primeiro-secretário da Alese atuariam como mera *longa manus* da vontade dos parlamentares, ou como simples burocratas a seu serviço.

Com a devida vênia, os precedentes indicados no voto do eminente relator tratam de situação diversa da dos autos.

Com efeito, o AgR-REspe 311-08, de relatoria do Ministro João Otávio de Noronha, tratou de caso em que a secretária de ação social, a mando do chefe do Poder Executivo local, distribuiu material de construção.

De igual sorte, o REspe 762-10, de relatoria do Ministro Luiz Fux, tratou de situação em que se pretendia a citação do servidor cedido na apuração da conduta vedada do art. 73, III, da Lei 9.504/97, o qual, evidentemente, não poderia ser considerado autor da conduta.

No caso, porém, a distribuição dos valores às entidades beneficiadas somente ocorria a partir de ato dos ordenadores de despesa, do presidente e do primeiro-secretário da Alese, razão pela qual era essencial a

inclusão de ambos como litisconsortes passivos necessários, providência a ser adotada até a data da diplomação.

Nesse sentido, cito: “*Nas ações que versem sobre condutas vedadas há litisconsórcio passivo necessário entre o agente público e os beneficiários dos atos praticados*” (AgR-REspe 1135-29, rel. Min. João Otávio de Noronha, DJe de 15.8.2014).

Igualmente: “*Na linha da jurisprudência desta Corte Superior, há litisconsórcio passivo necessário apenas entre o candidato beneficiado e o agente público tido como responsável pelas práticas ilícitas.*” (AgR-REspe 363-33, rel. Min. Laurita Vaz, DJe de 5.8.2014).

De outra parte, ainda que eu considere acertadas as ponderações do eminente Ministro Fux, no tocante à interpretação do art. 115 do Código de Processo Civil, entendo que a necessidade de observância do contraditório nas ações que envolvam conduta vedada, para incluir o autor da prática, tem razões que vão além da processualística civil comum. Com efeito, a matéria eleitoral tem as suas especificidades, a partir da premissa de que está em jogo a soberania popular, e não as demandas comuns, que interessam apenas às partes em litígio.

Dessa maneira, a análise atenta do precedente originário em sede de conduta vedada – que orientou todas as manifestações desta Corte a respeito da matéria –, o Recurso Ordinário 1696-77, de relatoria do Ministro Arnaldo Versiani, revela que a maioria somente se formou ante a necessidade concreta, **naqueles autos**, de citação do autor da conduta vedada, sob pena de violação ao contraditório<sup>27, 28 e 29</sup>.

---

<sup>27</sup> A Min. Nancy Andrighi, por exemplo, consignou: “*Eu jamais aplicaria o artigo 47, mas isso não quer dizer que eu não entenda ser necessária a presença, nesta relação jurídica, do autor da conduta vedada*” (grifo nosso). E complementou: “*Abstendo-me de enquadrar no Código de Processo Civil, rogo a mais respeitosa vênua ao eminente Ministro Marco Aurélio, para entender que, nesta relação jurídica, seja qual for o nome dado a ela, o autor da conduta vedada deve participar*” (grifo nosso).

<sup>28</sup> Por sua vez, o Min. Gilson Dipp aludiu a peculiaridades do processo eleitoral, sem se prender ao que denominou de “preciosismos” do Código de Processo Civil. Constatou do voto de Sua Excelência: “*Ele faz menção até ao artigo 47 do CPC, não importando se é litisconsórcio necessário, unitário. Há uma regra que não pode ser dissociada. Os § 4º e 8º do artigo 73 não podem estar isoladamente apreciados. Se há um beneficiário, há um autor dessa conduta que o beneficiou. Quem é o autor da conduta imputada pelos próprios representantes? Tão somente o radialista. Ninguém diz que o governador ou o vice-governador praticaram condutas vedadas*” (grifo nosso).

<sup>29</sup> Já o Ministro Ricardo Lewandowski consignou: “*Senhores Ministros, também peço vênua ao eminente Ministro Marco Aurélio, não obstante os argumentos tecnicamente irrefutáveis de Sua Excelência, porque penso também que não se aplica à espécie o artigo 47 do Código de Processo Civil. Penso, data vênua, que não há de se cogitar de uma decisão uniforme da lide. O Ministro Gilson Dipp, a meu ver, disse muito bem que a legislação eleitoral tem*

Na ocasião, ficou vencida a ótica do eminente Ministro Marco Aurélio, que aplicava rigorosamente o disposto no art. 47 do Código de Processo Civil de 1973 e que excluía dos casos de conduta vedada a necessidade de formação de litisconsórcio, considerando a condenação eficaz em relação ao terceiro beneficiário.

No entanto, a par de uma ou outra divergência quanto à base normativa, a maioria se formou no sentido de que o autor da conduta vedada, o efetivo responsável pelo ato, **é o verdadeiro réu da representação de conduta vedada**, sem o qual a relação processual não pode se desenvolver regularmente.

Além dos votos referenciados nas notas supracitadas, destaco o teor da manifestação do Ministro Marcelo Ribeiro naquela assentada:

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

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

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

A orientação então firmada por esta Corte, posteriormente consolidada, partiu de questões pragmáticas, que em muito afetavam (afetam) o direito eleitoral e os postulados da igualdade. Até então, nas representações por conduta vedada, o autor da representação podia, sem maiores consequências, **escolher quem poderia sofrer as consequências da lei**

---

*uma disciplina específica dessa matéria, o que afasta, de certa maneira, o Código de Processo Civil para a solução desta lide”.*

[...]

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



**eleitoral, selecionar quem eventualmente seria apenado com multa e quem eventualmente teria o seu registro ou diploma cassado**, hipóteses em nada compatíveis com o princípio republicano e com as especificidades do microsistema das ações eleitorais de cassação.

Além disso, a jurisprudência – que então se fixara e que hoje está consolidada – tinha como propósito, ainda que implícito, **estimular os jurisdicionados** a apresentarem as demandas eleitorais de cassação de forma completa, com a perfeita integração do polo passivo, de modo a se evitar o prejuízo ao contraditório e a seleção, entre todos os adversários políticos atuais e futuros do autor da representação, daquele que perderia o mandato e eventualmente teria afetada a capacidade eleitoral passiva.

Diferentemente do processo civil comum, a necessidade da perfeita integração da lide na seara eleitoral é ainda mais crítica, visto que o atuar do representante **pode significar impunidade**, em vista dos curtos prazos decadenciais para o manejo das ações eleitorais.

Em outros termos, falar em sentença ineficaz no processo civil, tal como consta do art. 115, II, do Código de Processo Civil, faz todo o sentido, seja pela regra da disponibilidade dos interesses discutidos naquela seara, seja pela existência de prazos decadenciais e prescricionais largos, os quais permitem a atuação subsequente dos titulares do direito material.

No processo eleitoral, por seu turno, **a não inclusão dos responsáveis pela prática da conduta vedada até a data da diplomação interditará, em absoluto, a apuração do ilícito eleitoral em relação ao demandado e, ainda, o prejudicará substancialmente no contraditório, na medida em que o obrigará a se defender de ato que não praticou.**

Tal quadro se revela ainda mais dramático nos casos de apuração de atos caracterizadores de abuso do poder político, aos quais também se aplica a referida jurisprudência<sup>30</sup>, porquanto a aplicação radical do art. 115, II, do Código de Processo Civil levaria à invariável seleção, entre eventuais autores do ato abusivo, daquele ou daqueles aos quais se deseja

---

<sup>30</sup> Nesse sentido, vide, entre outros: REspe 843-56, rel. Min. João Otávio de Noronha, DJe de 2.9.2016.

imputar a sanção do art. 22, XIV, da Lei Complementar 64/90, a qual, no caso dos não candidatos, **é a inelegibilidade.**

Repita-se: a prevalecer essa tese, de mera ineficácia da sentença em relação ao litisconsorte não citado, esta Corte poderia estar dando o primeiro passo para legitimar toda sorte de transação espúria – infelizmente ainda comuns no seio político –, no sentido de incluir ou excluir réus de demandas, do alcance da Justiça Eleitoral e da imposição de inelegibilidade, ao sabor dos interesses. Ter-se-ia adaptação do ditado popular: **aos amigos (inclusive os de ocasião), a decadência; aos inimigos, a lei.**

Sob o viés consequencialista – que visa, em última análise, tornar o mundo um lugar melhor, mediante a universalização daquilo que um sujeito racional consideraria proveitoso para ele<sup>31</sup> –, entendo inadequada a fixação de jurisprudência, cujos efeitos práticos implicam o afrouxamento no tocante ao ajuizamento de demandas, as quais seriam direcionadas exclusivamente em face de beneficiários, quadro deletério que a já citada jurisprudência desta Corte buscou romper.

Assim, a despeito do que consta do art. 115 do Código de Processo Civil e me alinhando a essa ótica consequencialista, entendo que deve ser mantida a jurisprudência desta Corte, no sentido da necessidade de integração tempestiva da lide dos autores da conduta vedada e do eventual beneficiário. No caso em exame, esse entendimento levaria à necessidade de citação do ordenador de despesa que efetivamente distribuiu a verba de subvenção social (presidente e/ou primeiro-secretário da Alese), não podendo tais figuras ser qualificadas como meros burocratas.

Por essas razões, rogando vênias a quem tenha compreensão diversa, **acompanho a divergência e voto no sentido de acolher a preliminar de ausência de formação do litisconsórcio passivo necessário e, por conseguinte, assentar a decadência.**

---

<sup>31</sup> Cf. MULGAN, Tim. *The Demands of Consequentialism*. Oxford: Oxford University Press, 2001.

**EXTRATO DA ATA**

RO nº 1269-84.2014.6.25.0000/SE. Relator originário: Ministro Luiz Fux. Redator para o acórdão: Ministro Tarcisio Vieira de Carvalho Neto. Recorrente: Ministério Público Eleitoral. Recorrente: Francisco Gualberto da Rocha (Advogados: Luzia Santos Gois – OAB: 3136/SE e outros). Recorrido: Ministério Público Eleitoral. Recorrido: Francisco Gualberto da Rocha (Advogados: Luzia Santos Gois – OAB: 3136/SE e outros).

Decisão: O Tribunal, por maioria, acolheu a preliminar de nulidade processual decorrente da deficiente formação do polo passivo, reconhecendo a decadência do direito de agir, com a consequente extinção do feito com resolução de mérito, nos termos do voto do Ministro Tarcisio Vieira de Carvalho Neto, que redigirá o acórdão. Vencidos os Ministros Luiz Fux, Rosa Weber e Edson Fachin. Impedimento do Ministro Luís Roberto Barroso.

Composição: Ministros Luiz Fux (presidente), Rosa Weber, Edson Fachin, Napoleão Nunes Maia Filho, Jorge Mussi, Admar Gonzaga e Tarcisio Vieira de Carvalho Neto.

Vice-Procurador-Geral Eleitoral: Humberto Jacques de Medeiros.

SESSÃO DE 28.6.2018.\*

---

\* Sem revisão das notas de julgamento dos Ministros Napoleão Nunes Maia Filho e Tarcisio Vieira de Carvalho Neto.