

RESPE 587-38
PAUTA PUBLICADA EM 23.11.2015

RESPE 587-38
PAUTA PUBLICADA EM 23.6.2016

Conte no Respe

17 Volumes
1 Anexo
1 Apenso



PODER JUDICIÁRIO
TRIBUNAL SUPERIOR ELEITORAL

Volume 17

RECURSO ESPECIAL ELEITORAL
Nº 587-38.2012.6.26.0141
Classe 32

PROCEDÊNCIA: TAUBATÉ-SP (141ª ZONA ELEITORAL - TAUBATÉ)
PROTOCOLO : 2.042/2015

RELATOR: MINISTRO JOÃO OTÁVIO DE NORONHA

ASSUNTO: AÇÃO DE INVESTIGAÇÃO JUDICIAL ELEITORAL - ABUSO - DE PODER ECONÓMICO - DE PODER POLÍTICO / AUTORIDADE - CAPTAÇÃO OU GASTO ILÍCITO DE RECURSOS FINANCEIROS DE CAMPANHA ELEITORAL - CARGO - PREFEITO - VICE-PREFEITO

- RECORRENTES : JOSÉ BERNARDO ORTIZ e Outros
- ADVOGADOS : ARNALDO MALHEIROS e Outros
- RECORRENTE : COLIGAÇÃO TAUBATÉ COM TUDO DE NOVO
- ADVOGADOS : MARCO AURÉLIO TOSCANO DA SILVA e Outras
- RECORRENTE : MINISTÉRIO PÚBLICO ELEITORAL
- RECORRIDOS : JOSÉ BERNARDO ORTIZ e Outro
- ADVOGADOS : ARNALDO MALHEIROS e Outros
- RECORRIDA : COLIGAÇÃO TAUBATÉ COM TUDO DE NOVO
- ADVOGADOS : MARCO AURÉLIO TOSCANO DA SILVA e Outras
- RECORRIDO : MINISTÉRIO PÚBLICO ELEITORAL
- RECORRIDO : EDSON APARECIDO DE OLIVEIRA
- ADVOGADOS : RODRIGO CANINEO AMADOR BUENO e Outro

Distribuição por prevenção ao Ministro JOÃO OTÁVIO DE NORONHA, aos dez dias do mês de fevereiro do ano de dois mil e quinze, em razão da conexão com o(a) AC Nº 2230.

[Assinatura]
Coordenador da CPADI

PEDIDO LIMINAR: DEFERIDO INDEFERIDO EM ___/___/___ FLS. ___/___

JULGADO EM: ___/___/___ FLS. ___/___

TRANSITADO EM JULGADO EM: ___/___/___ FLS. ___/___

RECURSOS INTERPOSTOS

AGRAVO REGIMENTAL FLS. ___/___ JULGADO EM ___/___/___ FLS. ___/___

EMBARGOS DE DECLARAÇÃO FLS. ___/___ JULGADO EM ___/___/___ FLS. ___/___

ELEIÇÕES 2012

4

ALCKMIN ADVOGADOS

SRTVN - ED. BRASÍLIA RADIO CENTER - SALA 1.020
TEL/FAX (61) 3328-2900 - CEP 70.719-900
BRASÍLIA - DF

JOSÉ EDUARDO RANGEL DE ALCKMIN
JOSÉ AUGUSTO RANGEL DE ALCKMIN

Tribunal Superior Eleitoral
PROTOCOLO JUDICIARIO

10.019/2016
05/10/2016-14:47



ANTONIO CESAR BUENO MARRA
N CRISTINA COLLENGHI CAMÉLO
LESSANDRO PEREIRA LORDÉLLO




EXMO. SR. MINISTRO HERMAN BENJAMIN
DD. RELATOR DO RESPE Nº 58738-TAUBATÉ

JOSÉ BERNARDO ORTIZ MONTEIRO JÚNIOR, nos autos do Recurso Especial indicado em epígrafe, em que contende com o MINISTÉRIO PÚBLICO ELEITORAL, por seus advogados, vem, respeitosamente, perante V. Exa. para opor

EMBARGOS DE DECLARAÇÃO (COM EFEITOS MODIFICATIVOS)

em face do v. acórdão de fls. , com fundamento no 1.022 do CPC¹, requerendo, inclusive, que a eles sejam conferidos EFEITOS MODIFICATIVOS DO JULGADO, pelas razões que a seguir são aduzidas.

¹ Art. 1.022. Cabem embargos de declaração contra qualquer decisão judicial para:

- I - esclarecer obscuridade ou eliminar contradição;
 - II - suprir omissão de ponto ou questão sobre o qual devia se pronunciar o juiz de ofício ou a requerimento;
 - III - corrigir erro material.
- 



I - DO V. ACÓRDÃO EMBARGADO

Trata-se de v. acórdão que, deixando de conhecer do recurso especial interposto pelo ora embargante para manter o v. aresto do Tribunal Regional Eleitoral de São Paulo que preservara sentença de procedência em ação de investigação judicial por abusos de poder político e econômico, foi assim ementado:

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

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

1. O art. 105-A da Lei 9.504/97 - que veda na seara eleitoral adoção de procedimentos contidos na Lei 7.347/85 - deve ser interpretado conforme o art. 127 da CF/88, no qual se atribui ao Ministério Público prerrogativa de defesa da ordem jurídica, do regime democrático e de interesses sociais individuais indisponíveis, e o art. 129, III, que prevê inquérito civil e ação civil pública para proteger interesses difusos e coletivos. Precedente: REspe 545-88/MG, Rel. Min. João Otávio de Noronha, julgado em 8.9.2015.

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

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

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

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

5. A manipulação de licitações para financiar campanha, ainda mais em se tratando de recurso da educação, desvirtuando-se a coisa pública em benefício próprio e em detrimento dos demais adversários, com desequilíbrio da disputa eleitoral e influência na legitimidade do pleito, além de improbidade administrativa e ilícito penal, é suficientemente grave para cassação de diplomas e imposição de inelegibilidade, não se podendo levar em conta de forma isolada o montante de recursos empregados. Requisito do art. 22, XVI, da LC 64/90 preenchido.

Recurso especial do Ministério Público Eleitoral.

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

Conclusão.

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

Com efeito, entendendo que a reversão da conclusão regional pela configuração do abuso demandaria o reexame de fatos e provas, o r. aresto embargado assim resumiu as razões que levaram a douta maioria ao desprovimento do recurso especial:

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

e) o esquema de fraude em licitações da Fundação para o Desenvolvimento da Educação (FDE), com uso *a posteriori* na campanha de José Bernardo Ortiz Monteiro Júnior de recursos ilícitamente auferidos, configurou abuso de poder político e econômico, demonstrando-se ingerência do candidato no órgão estatal, forma de condução das negociações, finalidade da conduta e, ainda, conivência de seu pai, José Bernardo Ortiz (Presidente da Fundação). Conclusão em sentido diverso demanda, como regra, reexame de fatos e provas, providência inviável em sede extraordinária, a teor da Súmula 7/STJF;

f) a manipulação de licitações para financiar campanha, desvirtuando-se coisa pública em benefício próprio e em detrimento dos demais adversários, com desequilíbrio da disputa eleitoral e influência na legitimidade do pleito, é suficientemente



grave para cassação de diplomas e imposição de inelegibilidade, não se podendo levar em conta de forma isolada o montante de recursos empregados.



No que diz respeito ao noticiado arquivamento de inquérito criminal instaurado para apurar os mesmos fatos sindicados nesta ação, objetou o r. voto condutor, *verbis*:

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

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

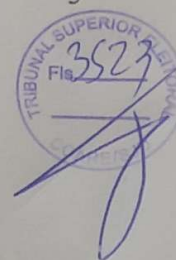
Com relação à constatação de que o colendo Tribunal *a quo* exigira prova da finalidade não eleitoral do cheque emitido para Marcelo Pimentel, quando seria ônus do Ministério Público provar que aquele valor teria sido efetivamente usado na campanha, assinalou o v. aresto, *verbis*:

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

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

Sobre a ausência de liame concreto entre os fatos em apuração e a eleição, limitou-se o r. voto condutor a asseverar, *verbis*:

A handwritten signature in blue ink, located at the bottom right of the page.



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

- d) memorando em que se registrou reunião ocorrida com presença de Ortiz Júnior em 26.3.2011 para aquisição de livros didáticos (fl. 2.986; vol. 15) e depoimento de Claudio Falotico, ex-Diretor Administrativo, no qual esclarece que o recorrente "exercia função de direção como se fosse 'de carreira'" (fl. 2.999; vol. 15), com menção à folha 19 do voto;
- e) testemunho de Djalma Santos, inteiramente transcrito no acórdão, sem contradita por parte dos recorrentes e bastante detalhado, em que esclarece negociações e percentuais dos contratos que seriam direcionados à campanha de Ortiz Júnior, mencionado à folha 20;
- f) cheque de R\$ 34.000,00, compensado na conta bancária de Marcelo Pimentel, "pessoa intrinsecamente [sic] ligada ao referido candidato" (fl. 2.997) e "marqueteiro da campanha do recorrido [ora recorrente]", consistente em uma das três parcelas de adiantamento de R\$ 100.000,00 reais pedido por Ortiz Júnior a Djalma Santos como parte do acordo de fraude.

Ressalto que esse conjunto é consistente e que, ademais, a teor do art. 23 da LC 64/90, "o Tribunal formará sua convicção pela livre apreciação dos fatos públicos e notórios, dos indícios e presunções e prova produzida, atentando para circunstâncias ou fatos, ainda que não indicados ou alegados pelas partes, mas que preservem o interesse público de lisura eleitoral".

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

Por fim, quanto ao tema da gravidade, além de transcrever o inciso XVI do art. 22 da LC nº 64/90, ponderou o r. voto vencedor, *verbis*:

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

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



Acrescento, também, que, embora toda espécie de corrupção seja reprovável, o desvio de recursos da educação revela-se ainda mais gravoso por se tratar de direito assegurado art. 6º da CF/88.

Entendendo-se, contudo, que a v. decisão incorreu em vícios que estão a reclamar integração, interpõem-se os presentes embargos de declaração.

II – DA NECESSIDADE DE INTEGRAÇÃO

No dizer sempre preciso do eminente Ministro MARCO AURÉLIO², os embargos de declaração, conquanto por vezes fastidiosos, devem ser julgados com largueza, a fim de que a parte obtenha a devida prestação jurisdicional.

Assim, longe do embargante qualquer espírito de emulação, porquanto a pretensão se cinge exclusivamente à obtenção da mais completa prestação jurisdicional.

O eminente Professor JOSÉ AFONSO DA SILVA, em seu célebre “*DIREITO CONSTITUCIONAL POSITIVO*”³, já salientava:

O art. 5º, XXXV, consagra o direito de invocar a atividade jurisdicional, como direito público subjetivo. Não se assegura aí apenas o direito de agir, o direito de ação. Invocar a jurisdição para a tutela de direito é também direito daquele contra quem se age, contra quem se propõe a ação. Garante-se a plenitude de defesa, agora mais incisivamente assegurada no inciso LV do mesmo artigo: aos litigantes, em processo judicial e administrativo, e aos acusados em geral são assegurados o contraditório e a ampla defesa, com os meios e recursos a ela inerentes. (Destacou-se)

² **“As partes têm o direito à entrega da prestação jurisdicional da forma mais completa possível. Procedente ou não a matéria de defesa versada, indispensável é que o órgão investido do ofício judicante sobre ela emita entendimento explícito”** (AgRg no RE nº 190302). Destacou-se

³ Editora Revista dos Tribunais, 2ª tiragem, 6ª ed., pg. 372

Por outro lado, o art. 93, IX, da Constituição Federal estatui a imprescindibilidade da motivação das decisões judiciais como princípio apto a impedir o arbítrio judicial, ou seja, a decisão emanada de um arbitrário ato de vontade do juiz. Daí porque a decisão deve ser respaldada em **fundamentos que sejam tendentes à persuasão das partes** quanto à correta composição da lide.

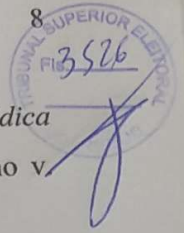
Com efeito, “*só se cumpre o mandamento constitucional, quando o órgão judicante se não omite sobre questões cujo deslinde possa levá-lo a decidir de maneira diferente*”, consoante consignado pelo eminente Ministro CEZAR PELUSO ao conduzir o v. aresto que proveu parcialmente regimental interposto na ADPF nº 79/PE.

Desse modo, requer-se, pena de violação aos arts. 5º, XXXV, LIV e LV, e 93, IX, da CF, *data maxima venia*, que sejam supridas as omissões a seguir declinadas.

Nos termos do inciso II do parágrafo único do art. 1.022 do CPC, **é omissa a decisão insuficientemente fundamentada**, assim reputada aquela que “*não enfrentar todos os argumentos deduzidos no processo capazes de, em tese, infirmar a conclusão adotada pelo julgador*” (art. 489, § 1º, inciso IV, do CPC).

Assim, com a mais respeitosa das vênias, é necessário que a douta maioria desse colendo Tribunal Superior enfrente todos os argumentos suscitados pelo recorrente, pois, para a observância do princípio da persuasão racional, ou do livre convencimento motivado, **não é suficiente que a corrente vencida o tenha feito.**

Com efeito, o eminente Ministro HENRIQUE NEVES, ao apresentar seu voto-vista, referindo o entendimento assente quanto a ser perfeitamente possível, “*em recurso especial, conferir nova qualificação jurídica*”



dos fatos reconhecidos pelo Tribunal a quo, de modo que incida a regra jurídica adequada⁴, teceu as seguintes considerações acerca da base fática fixada no v. aresto regional:

Por outro lado, o referido voto após exauriente análise do processo de prestação de contas do candidato eleito é **peremptório ao afirmar que não há provas “de que houve o emprego de tais quantias**, seja do cheque de R\$ 34.000,00 (trinta e quatro mil reais) ou mesmo de outro valor obtido ilegalmente, na campanha de José Bernardo Ortiz Júnior” (fl. 3.044).

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

Por outro lado, o eminente Ministro LUIZ FUX, também em voto-vista, verificando que “o equacionamento da controvérsia não diz respeito ao reexame do complexo fático-probatório acostado aos autos”, afirmou, “sopesando os fatos constantes do aresto regional”, expressamente, o seguinte:

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

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

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

⁴ RESPE nº 669-12, Rel. Min. MARIA THEREZA DE ASSIS MOURA, DJE de 10.11.2015

ALCKMIN ADVOGADOS

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

Nada obstante, o r. voto condutor, com todas as vênias, não enfrentou especificamente esses fundamentos, pois, repetindo à exaustão trecho do v. aresto regional que diz ter se apoiado na “*análise da prova documental e depoimentos prestados em Juízo*”, insiste na invocação genérica do óbice da vedação ao reexame de fatos e provas, revelando-se carente de fundamentação também por “*empregar conceitos jurídicos indeterminados, sem explicar o motivo concreto de sua incidência no caso*” (art. 489, § 1º, inciso II, do CPC).

De fato, ao tratar do encerramento da investigação criminal, o r. voto condutor se limitou ao tema da consumação do crime de cartel de empresários, referindo que o fundamento do arquivamento seria o fato de que ela seria “*anterior aos certames licitatórios realizados*”, **omitindo-se por completo** sobre o que também consignado no v. acórdão regional **quanto à imputação de fraude à licitação.**

Ora, sendo premissa da v. decisão recorrida que “*DJALMA e ORTIZ JÚNIOR passaram a manipular editais de licitação dentro da Fundação para o Desenvolvimento da Educação (FDE), em troca de comissão de 10% pelos negócios realizados*” (fl. 3.124), tinha o v. aresto ora embargado de também ter presente o que consta da fl. 3.036 sobre o que disse o Ministério Público nos autos do arquivado inquérito penal, *verbis*:

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





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

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

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

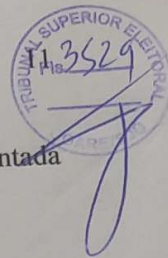
Não é por outra razão, que o em. Des. GUILHERME STRENGER, (TJSP) determinou a baixa dos autos para a primeira instância no que concerne à apuração destes crimes (f. 456). (Destacou-se)

Desse modo, impõe-se seja analisado esse específico aspecto de extrema relevância para a defesa, incontroversamente fixado pelo v. aresto regional, pois não se cuida apenas de afastar a ilicitude "*sob viés eleitoral*", como pareceu à douda maioria, mas de **negar peremptoriamente a participação do ora embargante nas pretensas fraudes** em procedimentos licitatórios.

Por outro lado, também houve omissão quanto ao fato de que o v. aresto regional, ao afirmar que "*não houve contradição nas provas colhidas, pouco importando se as cláusulas da licitação foram as mesmas que as de anos anteriores*", acabou por admitir que não houve qualquer **alteração nos editais de licitação**, o que também joga por terra a tese de que teria havido a montagem de um esquema para influenciar inclusão de cláusulas no edital para favorecer grupo de empresas.

Supridas essas omissões, impõe-se reconhecer que a inexistência de alteração nos editais de licitação e a conclusão a que chegou o Tribunal de Justiça — depois de ampla investigação sobre **todas as interceptações das comunicações telefônicas e de texto** dos envolvidos, inclusive do ora

A handwritten signature or set of initials in blue ink, located in the bottom right corner of the page.



embargante — afasta de vez a força probante da já inverossímil versão sustentada no depoimento de Djalma.

Observe-se também que a alegação de que “*houve desistência de oitiva de Marcelo Pimentel, a qual seria esclarecedora para tese de defesa*”, **não enfrenta** a afirmação, feita pelo eminente Ministro HENRIQUE NEVES, de que se procedeu a “*evidente inversão do princípio que rege a produção de provas, pois, se o autor alega que existiu abuso de poder econômico, a ele cabe demonstrar e comprovar a sua existência*”.

Realmente, **pouco importa** que a defesa tenha desistido da oitiva de Marcelo Pimentel e que a colenda Corte Regional, por isso, tenha considerado frágil a tese apresentada quanto à destinação do cheque de R\$ 34.000,00, pois, cumprindo à acusação provar o alegado uso daquela importância na campanha eleitoral, **não se podia impor ao acusado a obrigação de fazer a prova negativa.**

De todo modo, relativamente à falta de demonstração do liame entre o suposto ilícito e a atividade de campanha eleitoral, o v. aresto ora embargado se limita a, invocando o art. 23 da LC nº 64/90, referir as circunstâncias pretensamente provadas de que o embargante exerceria aparente função de direção no FDE e teria negociado “*percentuais dos contratos que seriam direcionados à campanha*”, bem como de que um cheque de R\$ 34.000,00 fora compensado na conta bancária de Marcelo Pimentel, pessoa de sua intimidade e que viria a ser marqueteiro de sua campanha.

Não há, todavia, uma única indicação de que esses R\$ 34.000,00, ou qualquer outro valor, tenham sido efetivamente aplicados na campanha eleitoral do ora embargante, pois, ainda que algum montante tivesse sido solicitado ou cobrado a esse título — o que apenas se admite para argumentar —,

não se pode presumir que não se cuidasse de um mero pretexto usado de forma retórica.

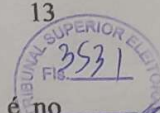
Assim, considerando-se, inclusive, que a compensação do indigitado cheque se dera no ano anterior à eleição, omitiu-se o v. aresto, tal como já ocorrera na colenda Corte Regional, em demonstrar qual teria sido a efetiva vinculação entre a suposta ilicitude e a campanha eleitoral.

Certo que “o abuso do poder econômico configura-se mediante o uso desproporcional de recursos patrimoniais, sejam eles públicos ou privados, de forma a comprometer a igualdade da disputa eleitoral e a legitimidade do pleito em benefício de determinada candidatura”⁵, não basta dizer que um candidato tenha se locupletado ilicitamente em determinado momento da sua vida, amealhando recursos que poderão, em tese, facilitar a sua campanha numa futura disputa eleitoral.

Isso equivaleria a dizer que qualquer pessoa acusada de improbidade administrativa ou de crime contra o erário já seria, de antemão, impedida de disputar eleições, quando é certo que somente sentenças condenatórias ao menos confirmadas por órgãos colegiados é que têm o condão de repercutir no *jus honorum* dos cidadãos.

O v. aresto regional, no entanto, basta-se com a presunção de que Marcelo Pimentel, íntimo do candidato e seu futuro marqueteiro de campanha, teria reservado um dinheiro recebido em sua conta corrente um ano antes para utilizar na campanha do embargante, quando seria fácil identificar o paradeiro desse numerário mediante simples quebra do seu sigilo bancário.

⁵ AgRg-RESPE nº 73014-ITABIRITO/MG, Rel. Min. JOÃO OTÁVIO DE NORONHA, j. 24.10.14



Mas o entendimento desse egrégio Tribunal Superior é no sentido de que esse liame não pode ser presumido, como se colhe deste recentíssimo precedente, decidido à unanimidade:

RECURSO ESPECIAL. CONDUTA VEDADA. ART. 73, § 11, DA LEI Nº 9.504/97. ABUSO DO PODER ECONÔMICO.

1. Não houve violação ao art. 275, I, do Código Eleitoral, pois a contradição que autoriza o acolhimento dos embargos de declaração é aquela entre as premissas do acórdão e as respectivas conclusões, não entre estas e o entendimento da parte acerca da valoração da prova.

2. Não houve violação ao art. 275, II, do Código Eleitoral e ao art. 93, IX, da Constituição Federal, visto que o Tribunal de origem explicitou, de forma fundamentada, todas as circunstâncias que levaram ao reconhecimento das condutas abusivas.

3. A vedação de que trata o § 11 do art. 73 da Lei nº 9.504/97 tem caráter absoluto e proíbe, no ano da eleição, a execução por entidade vinculada nominalmente a candidato ou por ele mantida de qualquer programa social da Administração, incluindo os autorizados em lei e já em execução orçamentária no exercício anterior. Precedente: Cta nº 951-39, rel. Min. Marco Aurélio, DJe de 4.8.2010.

4. Se o Tribunal de origem assentou que a Associação Viver Palhoça era mantida pelo recorrente e que houve distribuição de bens e serviços no período vedado, a revisão de tal entendimento demandaria o reexame de provas, inviável em sede de recurso especial. Conduta vedada do art. 73, § 11, da Lei nº 9.504/97 caracterizada. Multa mantida, nos termos do § 4º do art. 73 da Lei nº 9.504/97.

5. A hipótese descrita no § 11 do art. 73 da Lei nº 9.504/97 não está contemplada no § 5º do mesmo dispositivo. Diante da ausência de norma autorizadora, a sanção de cassação dos diplomas deve ser afastada, pois as condutas vedadas e as respectivas sanções são de legalidade estrita.

6. Na linha da jurisprudência desta Corte Superior, **não compete à Justiça Eleitoral analisar práticas que podem consubstanciar atos de improbidade administrativa e não estão diretamente relacionadas com os pleitos eleitorais.** A rápida tramitação de projeto de lei, dois anos antes das eleições, e as circunstâncias que levaram à elaboração de convênio cuja execução se iniciou no ano anterior ao das eleições não representam, no caso, **correlação direta com as eleições municipais.**

7. Nos termos do inciso XVI do art. 22 da Lei Complementar nº 64/90, para a caracterização do abuso de poder não será considerada a potencialidade de o fato alterar o resultado da eleição, mas apenas a gravidade das circunstâncias que o caracterizam. Requisito não atendido na espécie, ante as peculiaridades do caso, tendo em vista o número de eventos nos quais ocorreram as condutas supostamente abusivas, a antecedência dos atos em relação ao pleito e o reduzido quantitativo de municípios supostamente beneficiados.

14
3532
TRIBUNAL SUPERIOR ELEITORAL
FID


8. Para que se possa chegar à cassação do registro, do diploma ou do mandato eletivo, é necessário que haja a demonstração cabal de quebra da isonomia, da legitimidade e da normalidade das eleições, não sendo suficientes meras presunções relativas aos eventuais efeitos que os atos tidos como irregulares poderiam causar.

Recursos especiais providos parcialmente.


(Recurso Especial Eleitoral nº 39792, Acórdão de 04/08/2015, Relator Min. HENRIQUE NEVES DA SILVA, Publicação: DJE - Diário de justiça eletrônico, Tomo 199, Data 20/10/2015, Página 46-47) Destacou-se

É verdade que o r. voto condutor do v. acórdão ora embargado, percebendo a fragilidade da fundamentação do v. aresto regional, *data venia*, prontamente invocou o velho e conhecido art. 23 da LC nº 64/90, tantas vezes mal aplicado, sem, contudo, fazer a sua devida adequação ao caso concreto, indicando quais seriam os “*atos públicos e notórios*” e as “*circunstâncias ou fatos, ainda que não indicados ou alegados pelas partes*” que estariam a demonstrar o liame requerido.

Inegável, pois, a falta de fundamentação ainda quanto ao ponto, certo que se considera desfundamentada a decisão que se limita “à *indicação, à reprodução ou à paráfrase de ato normativo, sem explicar sua relação com a causa ou a questão decidida*” (art. 489, § 1º, I, do CPC).

Do mesmo modo, tocante ao tema da gravidade, omitiu-se uma vez mais o v. aresto embargado, pois se limitou a dizer que é grave “a *manipulação de licitações para financiar campanha, desvirtuando-se a coisa pública em benefício próprio e em detrimento dos demais adversários*”, bem como que “o *desvio de recursos da educação revela-se ainda mais gravoso por se tratar de direito assegurado art. 6º da CF/88*”.

Nada disse o v. aresto, contudo, como seria de mister, e apesar da expressa menção feita nos votos vencidos, sobre a gravidade das circunstâncias que caracterizariam o ato abusivo, como exigido pela jurisprudência





desse egrégio Tribunal Superior Eleitoral ao interpretar o inciso XVI do art. 22 da LC nº 64/90:

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

1. O abuso do poder econômico não pode ser presumido, reclamando, para sua configuração, a comprovação da **gravidade das circunstâncias do caso concreto que caracterizam a prática abusiva, de forma a macular a lisura da disputa eleitoral**, nos termos do art. 22, XVI, da LC nº 64/90 (AgR-REspe nº 349-15/TO, Rel. Min. Dias Toffoli, DJe de 27.3.2014 e REspe nº 130-68/RS, Rel. Min. Henrique Neves, DJe de 4.9.2013).
2. A prática de condutas de cariz assistencialista por parte de candidatos ao pleito vindouro (no caso, atendimento médico), quando desvinculada de finalidade eleitoreira, não tem o condão de caracterizar o abuso do poder econômico.
3. A aplicação das pretendidas sanções previstas no art. 22 da Lei de Inelegibilidades impõe a existência *ex ante* de prova inconteste e contundente da ocorrência do abuso, **não podendo, bem por isso, estar ancorada em conjeturas e presunções**, sob pena de, no limite, malferir o direito político jusfundamental da capacidade eleitoral passiva.
4. O reenquadramento jurídico dos fatos, por tratar-se de questão iuris, revela-se cognoscível na via processual do recurso especial.
 - a) *In casu*, as conclusões a que chegou o Tribunal Regional encontram lastro apenas e tão somente em ilações e presunções acerca do cunho eleitoral do serviço médico prestado gratuitamente, premissas, reconheça-se, extremamente débeis e não contundentes, tais como a utilização de receituário com os dados do Município e a impossibilidade de a população carente distinguir a finalidade do benefício (atuação profissional ou eleitoral).
5. As circunstâncias necessárias ao deslinde da questão, quando exaustivamente examinadas pelo Tribunal *a quo*, não configuram a omissão capaz de ensejar a nulidade do julgado.
6. Recurso especial provido. (RESPE nº 32944, Rel. Min. LUIZ FUX, DJE de 27.10.2015) Destacou-se

Por isso que, ao exigir a demonstração da gravidade do ato abusivo, obviamente que a lei não está tratando da eventual gravidade intrínseca de determinado ilícito, mas da “*gravidade das circunstâncias*” da conduta tendo em

vista o **bem jurídico tutelado** pela norma, que é a normalidade e legitimidade do pleito.

A ser assim, qualquer abuso (que já pressupõe uma insita imoderação, ou não seria considerado excesso), atrairia a sanção de inelegibilidade, o que **tornaria absolutamente ociosa a exigência de juízo de gravidade**.

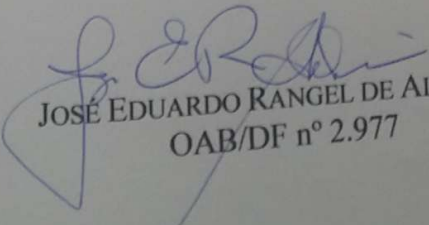
Necessário, portanto, que seja devidamente enfrentado o tema, com o reconhecimento de que um fato isolado, ocorrido um ano antes do pleito, não ostenta relevância jurídica perante o eleitorado, não tendo o condão, assim, de desequilibrar o pleito, afetando a sua normalidade.

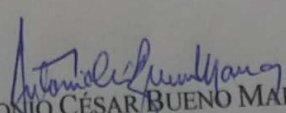
III – CONCLUSÃO

Por todo o exposto, requer o ora embargante que sejam os presentes embargos acolhidos, suprindo-se os vícios apontados, **inclusive, sendo o caso, com efeitos modificativos**, de modo a julgar-se improcedente a impugnação, tudo como medida da mais lúdima e real

JUSTIÇA!

Brasília, 05 de outubro de 2016.


JOSÉ EDUARDO RANGEL DE ALCKMIN
OAB/DF nº 2.977


ANTONIO CÉSAR BUENO MARRA
OAB/DF nº 1.766/A