



TRIBUNAL SUPERIOR ELEITORAL

ACÓRDÃO

AGRAVO DE INSTRUMENTO Nº 6.507 – CLASSE 2ª – RIO DE JANEIRO (146ª Zona – Arraial do Cabo).

Relator: Ministro Gilmar Mendes.

Agravante: Henrique Sergio Melman.

Advogado: Dr. Sergio Luiz da Silva Santos – OAB 66567/RJ – e outro.

Agravado: Renato Vianna de Souza e outro.

Advogado: Dr. Último de Carvalho – OAB 49755/RJ.

RECURSO CONTRA EXPEDIÇÃO DE DIPLOMA. APLICAÇÃO DO PRAZO DE CINCO DIAS PARA REPRESENTAÇÃO. AGRAVO DE INSTRUMENTO PROVIDO. ABERTURA DE VISTA. CONTRA-RAZÕES. JULGAMENTO DO RECURSO ESPECIAL. QUESTÃO DE ORDEM. FATOS ANTERIORES AO REGISTRO NÃO ALEGADOS OPORTUNAMENTE. INTERESSE DE AGIR. INEXISTÊNCIA. PRECLUSÃO. CONHECIMENTO *EX OFFICIO*. CABIMENTO. COMPATIBILIDADE ENTRE O ART. 14, § 10, DA CONSTITUIÇÃO FEDERAL, E O CÓDIGO DE PROCESSO CIVIL. PREQUESTIONAMENTO. DESNECESSIDADE.

O prazo de cinco dias fixado pelo TSE destina-se às representações previstas no art. 96 da Lei nº 9.504/97, para as quais a lei não estabeleceu data limite para interposição.

O recurso contra expedição de diploma deve ser interposto em três dias, contados da diplomação.

Os fatos ocorridos e conhecidos antes dos resultados das urnas devem ser suscitados em momento que permita a sua apuração em outra ação.

A preclusão rege todo o processo eleitoral, impedindo, por exemplo, que quem não impugnou o pedido de registro de candidatura recorra da decisão que o deferiu ou indeferiu.

Precedentes.

Recurso especial a que se dá provimento, ao fundamento da carência de ação.

Acordam os ministros do Tribunal Superior Eleitoral, por

maioria, em dar provimento ao recurso especial, vencidos os Ministros Marco Aurélio e Marcelo Ribeiro, que dele não conheciam, nos termos das notas taquigráficas.

Sala de Sessões do Tribunal Superior Eleitoral.

Brasília, 25 de abril de 2006.

GILMAR MENDES - PRESIDENTE E RELATOR



RELATÓRIO

O SENHOR MINISTRO GILMAR MENDES: Senhores Ministros, em 16.3.2006, dei provimento ao agravo de instrumento para melhor exame e abri vista para que os recorridos contra-arrazoassem o recurso especial, nos termos do art. 278 do Código Eleitoral e da recente jurisprudência do TSE sobre a questão (Agravos de Instrumento nºs 6.772 e 5.887). As razões foram apresentadas em 27.3.2006.

Passo, então, ao exame do recurso especial (fls. 152-185), interposto por Henrique Sergio Melman, prefeito eleito no Município de Arraial do Cabo/RJ, contra decisão do egrégio TRE/RJ que, dando provimento a recurso contra expedição de diploma, cassou o diploma do recorrente.

A Corte *a quo* afastou a preliminar de intempestividade do recurso, diante da certidão que atesta a sua interposição no prazo legal, obstando, também, a alegada falta de prova pré-constituída quanto à distribuição de títulos de concessão de direito de uso real de bem público a inúmeras famílias de baixa renda, pois, além dos documentos produzidos pelo próprio poder público, como certidões e publicações do informativo do município, o próprio recorrido, nas contra-razões, admitiu que praticou o fato impugnado, sendo os fatos, assim, incontroversos.

A seguir, aquele Tribunal, analisando o quadro fático, concluiu estar configurada a captação ilícita de sufrágio prevista no art. 41-A da Lei nº 9.504/97, por desvio de finalidade na atuação do recorrido, uma vez que a distribuição dos títulos, embora amparada em lei, não fora praticada com vistas a acudir o interesse público, mas sim com a finalidade de obter a simpatia do eleitorado, colocando-o na condição de especial favorecido e, conseqüentemente, captando seus votos.



Para chegar a esta conclusão, foi levado em consideração que:

- a) a legislação referente ao IPTU, mencionada pelo ora recorrente, data de dezembro de 1993, não justificando que sua maior aplicação tenha ocorrido entre junho e agosto de 2004;
- b) as leis que autorizam o poder público a conceder o direito de uso real de bem público são de 2001 e abril de 2003, razão pela qual, se somente o interesse público inspirasse o proceder do ora recorrente, as concessões poderiam ter ocorrido muito antes do período eleitoral;
- c) os requerimentos feitos pelos beneficiados foram elaborados em novembro de 2003, mas só foram atendidos, em número expressivo, entre junho e agosto do ano eleitoral.

Por conseguinte, o então recorrente opôs embargos de declaração com efeitos infringentes em que se alegou cerceamento de defesa por ter o Regional decidido a preliminar de intempestividade do recurso com base em documentos dos quais o então recorrido não tivera conhecimento até o momento do julgamento, o que teria afrontado os arts. 5º, LV, da Constituição Federal e 398 do CPC¹.

Sustentou-se, ainda, a nulidade do ato cartorário que certificou a tempestividade do recurso, por ausência de competência funcional e de motivação para a prática do ato e por falsidade ideológica e material constantes do ato praticado.

¹ Art. 5º, LV, da CF - Aos litigantes, em processo judicial ou administrativo, e aos acusados em geral são assegurados o contraditório e a ampla defesa, com os meios e recursos a ela inerentes.

Art. 398 do CPC - Sempre que uma das partes requerer a juntada de documento aos autos, o juiz ouvirá, a seu respeito, a outra, no prazo de cinco (5) dias.

Além disso, asseverou-se existência de julgamento *extra petita*, porque o art. 41-A da Lei nº 9.504/97 não foi expressamente referido na peça inaugural do recurso, e, de outra parte, falta de tipicidade da conduta, pois os atos praticados não configurariam captação ilícita de sufrágio, nos termos do referido art. 41-A da Lei nº 9.504/97.


Por fim, aduziu-se que a apresentação de alegações finais sem previsão legal constituiu causa de nulidade processual, visto que teria propiciado ao ora recorrido uma vantagem indevida – a de juntar documentos e criar fatos novos em detrimento da oitiva do então embargante, cujo prejuízo teria restado patente –, razão pela qual pediu a declaração de nulidade da decisão e a baixa dos autos à primeira instância, para permitir pronunciamento sobre os novos fatos e documentos trazidos com as alegações finais.

Julgando os embargos de declaração, o Tribunal Regional Eleitoral afastou o cerceamento de defesa, pois o documento supostamente novo seria cópia da petição inicial, só que, desta feita, com outra data, e refutou a tese de que o embargante teria direito à nova vista dos autos após as alegações finais, ao argumento de que os autos ficaram à disposição das partes desde a sua distribuição até o dia do julgamento, sem que houvesse manifestação do ora recorrente. Destaco trecho do voto da relatora no que se refere à duplicidade de datas relativa à efetiva interposição do recurso:

“(…)

Ocorreu o seguinte: no momento da defesa, oferecida no recurso contra expedição de diploma, foi argüida uma preliminar de intempestividade deste recurso. O advogado do recorrente, na primeira oportunidade que teve para se manifestar nos autos juntou a cópia da petição protocolada pela zona eleitoral da qual constava uma data tempestiva. Isto gerou uma divergência entre a data que constava do processo e aquela apresentada pelo advogado.

O Juiz, então, determinou que o cartório esclarecesse a incongruência. A informação oferecida foi no sentido de que o funcionário responsável pelo recebimento da peça recursal se esqueceu de datá-la, mas protocolou a cópia do advogado.



Posteriormente, quando esta mesma pessoa recebeu os autos para processar, notou que a petição não havia sido datada e imaginou que a mesma tivesse sido apresentada no dia 21, mas afirma, agora, que a data correta seria o dia 17.

(...)"

No recurso especial (fs. 152-185), o recorrente, Henrique Melman, informa que, com os embargos de declaração, foi suscitado incidente de falsidade referente ao documento anexado às alegações finais, ao qual a relatora na Corte Regional determinou o processamento em autos apartados, mas, posteriormente, decidiu monocraticamente que a competência para processá-lo seria do TSE, a quem caberia, eventualmente, reformar o acórdão regional no recurso contra expedição de diploma.

Contra essa decisão, adveio agravo regimental, no qual se alegou que a instância regional não tinha se esgotado por haver embargos de declaração pendentes de julgamento, ocasião em que se pediu que estes somente fossem julgados após a decisão da matéria incidental, tendo sido negado provimento ao recurso na mesma sessão de julgamentos dos embargos de declaração.

Entende o recorrente que as decisões nos embargos de declaração e no agravo regimental seriam nulas por violação ao art. 394 do CPC², reiterando a argumentação no sentido de que, não estando exaurida a jurisdição do TRE/RJ, a competência para apreciar o incidente de falsidade era daquela Corte.

Reafirma, também, nulidade do acórdão regional por violação dos arts. 5º, LV, da Constituição Federal³ e 398 do CPC⁴.

É o relatório.

² Art. 394 do CPC - Logo que for suscitado o incidente de falsidade, o juiz suspenderá o processo principal.

³ Art. 5º, LV, da CF - Aos litigantes, em processo judicial ou administrativo, e aos acusados em geral são assegurados o contraditório e a ampla defesa, com os meios e recursos a ela inerentes.

⁴ Art. 398 do CPC - Sempre que uma das partes requerer a juntada de documento aos autos, o juiz ouvirá, a seu respeito, a outra, no prazo de cinco (5) dias.

VOTO (Preliminar sobre ocorrência de preclusão)

O SENHOR MINISTRO GILMAR MENDES (presidente e relator): As questões referentes à competência para julgar o incidente de falsidade já foram examinadas na Petição nº 1.714, na qual se decidiu pelo retomo dos autos ao TRE/RJ – a quem compete apreciar a matéria – logo após o julgamento deste agravo de instrumento.

Quanto às demais alegações, começo analisando a suposta ocorrência de preclusão.

Pretende o recorrente que seja aplicado ao caso o mesmo entendimento que esta Corte adotou com relação às representações pelo descumprimento da Lei nº 9.504/97, quando fixou, em questão de ordem, o prazo de cinco dias da data do conhecimento do fato para que seja intentada medida visando à impugnação das eleições com base em violação da lei eleitoral, haja vista que a conduta a ele imputada era praticada desde o ano de 2003 e era regularmente noticiada no Boletim Oficial da Administração.

Pede que a questão seja conhecida como matéria de ordem pública para que o recurso contra expedição de diploma seja julgado improcedente pela ocorrência de preclusão.

Venho demonstrando, em várias oportunidades, preocupação com a eternização das controvérsias eleitorais, o que tem efeitos claros sobre a efetiva realização da democracia.

As eleições diretas são, sem dúvida, o melhor meio de um povo escolher seus governantes. A população tem direito não só a escolher livremente seus candidatos como também a ver as eventuais demandas envolvendo temas eleitorais serem rapidamente resolvidas, de modo que os eleitos possam ocupar os cargos para os quais foram democraticamente escolhidos.



Por isso, a celeridade e a preclusão têm papel tão relevante no Direito Eleitoral.

A preclusão rege todo o processo eleitoral, impedindo, por exemplo, que quem não impugnou o pedido de registro de candidatura recorra da decisão que o defere ou indefere⁵. Da mesma forma, não será admitido recurso contra a apuração se não houve impugnação perante a Junta contra as nulidades argüidas⁶, como também inelegibilidade infraconstitucional não alegada em pedido de registro somente poderá ser suscitada em recurso contra expedição de diploma se for superveniente.

O prazo de cinco dias fixado pelo TSE destina-se às representações previstas no art. 96 da Lei nº 9.504/97, para as quais a lei não estabeleceu data limite de interposição.

Entretanto, o mesmo não ocorre com o recurso contra expedição de diploma, cuja interposição deve ocorrer em três dias contados da diplomação (Precedentes: REspe nº 19.898/MS, de 5.11.2002, rel. Min. Madeira, DJ de 13.12.2002; RCEd nº 508/PA, de 27.4.95, rel. Min. Pádua Ribeiro, DJ de 26.5.95; Acórdão nº 11.044/PA, de 15.2.90, rel. Min. Sydney Sanches, DJ de 21.3.90; Acórdão nº 10.857/MG, de 22.8.89, rel. Min. Roberto Rosas, DJ de 13.9.89).

O recurso contra expedição de diploma somente pode ser interposto após a diplomação, sendo intempestivo se ajuizado antes da efetivação desta, e é meio hábil à apuração, pelo inciso IV (que remete aos arts. 222 e 237 do Código Eleitoral), de abuso do poder econômico e político, falsidade, fraude, coação, emprego de processo de propaganda ou captação de sufrágio vedada por lei.

⁵ Súmula nº 11 do TSE - No processo de registro de candidatos, o partido que não o impugnou não tem legitimidade para recorrer da sentença que o deferiu, salvo se se cuidar da matéria constitucional.

⁶ Art. 171 do Código Eleitoral - Não será admitido recurso contra a apuração se não tiver havido impugnação perante a Junta, no ato da apuração, contra as nulidades argüidas.

O prazo de cinco dias do conhecimento do fato, a meu ver, iria tornar letra morta o art. 262 do Código Eleitoral, pois qualquer das práticas ali previstas provavelmente teria ocorrido e seria conhecida há mais de cinco dias, visto que apenas há interesse na prática das ilegalidades, por óbvio, até a data da eleição.

Por isso, não me parece possível, diante do exposto comando legal, fixar esse prazo para o recurso.

No entanto, para formar meu convencimento sobre a ocorrência de preclusão, considero que há outra questão que deve ser enfrentada.

Trata-se de verificar a possibilidade de se apurar, em recurso contra a diplomação, as conseqüências, no mandato popular alcançado, de fatos ocorridos principalmente entre junho e agosto do ano eleitoral, não impugnados por meio da investigação judicial da LC nº 64/90 ou por representação prevista na Lei nº 9.504/97.

Na pesquisa que efetuei na jurisprudência, verifiquei que questão similar já foi objeto de discussão por este Tribunal, no Acórdão nº 61, de 6.11.97, relator Ministro Costa Porto, com a diferença de se tratar de ação de impugnação de mandato eletivo.

Destaco da ementa a parte pertinente:

"Recurso ordinário em ação de impugnação de mandato eletivo de senador, julgada procedente por TRE, concomitantemente com recurso contra expedição de diploma.

(...)

6. Fatos supostamente acontecidos antes da escolha e registro do candidato, que não guardam relação direta com o pleito eleitoral e que não foram objeto de procedimento ou investigação judicial antes das eleições, não se prestatam para fundamentar ação de impugnação de mandato eletivo, com sérias conseqüências no mandato popular colhido das urnas. Recurso provido para julgar improcedente a ação.

(...)" (grifo nosso)



Como se vê, não se considerou possível que fatos ocorridos antes do período de registro de candidaturas somente fossem alegados em ação de impugnação de mandato eletivo, que se dá em até quinze dias após a diplomação.

Esse entendimento foi trazido a debate pelo Ministro Fernando Neves – tendo sido acolhido pelo Plenário –, que assim argumentou:

"(...)

Em linha de princípio, não me parece possível, nem correto, que ações de administradores públicos que se verificaram antes do início do período eleitoral e que possam ser entendidas como desvio ou abuso de poder político, sejam como que reservadas ou fiquem guardadas para somente serem submetidas ao crivo do Poder Judiciário após a realização das eleições, após o voto dado pelo eleitor ao candidato devidamente registrado pelas cortes eleitorais, com conseqüências no resultado da vontade popular, que não foi viciada por alguma irregularidade ocorrida no curso do processo eleitoral.


(...)

Concluo, assim, que temos uma série de atos possivelmente ocorridos antes da escolha do candidato e de seu registro. E dessa verificação resulta minha indagação: será possível que tais atos possam fundamentar a ação de impugnação de mandato eletivo de que cuida o art. 14, § 10, da Constituição? Minha resposta é firmemente negativa. As conseqüências desses alegados fatos na elegibilidade do recorrente deveriam ter sido consideradas por ocasião do registro de sua candidatura.

(...)

(...) Realmente, não é possível que uma situação anterior ao período eleitoral propriamente dito – que formalmente se inicia com a escolha dos candidatos pelos partidos políticos –, conhecida de todos mas não argüida por ninguém por ocasião do registro (ou deficientemente alegada por alguém), possa ser trazida para discussão apenas após as eleições e ocasionar a nulidade de uma imensa quantidade de votos dados pelos eleitores a um candidato registrado pela Justiça Eleitoral. Lembro, aqui, os ensinamentos do Ministro Diniz de Andrada, que sempre privilegiou a real vontade do eleitor, desde que não tenha ela resultado de manifesto vício.

(...) Nesse caso, porque os atos apontados como desvios teriam ocorrido antes do registro da candidatura, deveriam eles



ter sido discutidos naquele momento. Não tendo sido, não me parece possível que isso venha a acontecer em ação de impugnação de mandato eletivo.

(...)" (grifo nosso)

Do Acórdão/TSE nº 11.046, destaco as razões expostas pelo eminente Ministro Roberto Rosas:

"(...) o art. 14, § 10, que colocou a fraude, a corrupção e o abuso de poder econômico a um nível constitucional, não vai permitir que se afaste o princípio da preclusão. Essa é que é a questão fundamental, que tem que ser discutida na ação de impugnação do mandato, porque, data vênia, se se afastar a preclusão por fraude ou corrupção, desaparecerá todo o processo eleitoral e todo o mundo vai esperar os quinze dias depois da diplomação para propor a ação de impugnação do mandato. Não haverá mais questão eleitoral, todas circunscreverão à ação de impugnação do mandato daquele que é vencido. O instituto da preclusão, aqui, no direito eleitoral, e na justiça eleitoral, nesses 50 anos de justiça eleitoral, com uma grande orientação pretoriana, tem como finalidade acabar com aquilo que realmente não se impugnou no momento próprio.

(...)" (grifo nosso)

Também trago a lume a fundamentação do voto do Ministro Néri da Silveira no Acórdão nº 61:

"(...)

O que me parece é que se esses fatos, se esses eventos ou essas irregularidades são anteriores ao período de propaganda, não podem servir de fundamento à ação de impugnação do mandato, de acordo com o nosso sistema.

Ademais, esses fatos já seriam de conhecimento do autor da ação, ora recorrido, pela publicidade que tiveram, pelo conhecimento que os meios políticos tinham da conduta do governador, considerada irregular, considerada atentatória dos dispositivos legais.

(...)

Penso que um dos fundamentos que foram deduzidos do recurso – e que me parece ter ficado envolvido com o exame dos fatos – é o fundamento da preclusão. O processo eleitoral tem na preclusão seu princípio básico. Preclui determinadas alegações, determinados fundamentos, vencidos a uma certa fase. Por quê? Porque é normal que o vencido no pleito eleitoral não fique satisfeito e que busque, então, contraditar a vitória do opositor.



Se os fatos da vida progressa de um candidato podem ser rebuscados e postos de novo ao exame da Justiça e invocados para perturbar o exercício ou a legitimidade do mandato, o processo, a rigor, não terminaria nunca.

Não é sem razão que o processo presidido pela Justiça Eleitoral termine efetivamente. Hoje temos uma exceção nesse sistema novo que é a ação de impugnação de mandato eletivo, a qual começa depois da diplomação. Quando se encerra o processo eleitoral, admite-se o recurso da diplomação do candidato. O nosso sistema atual é mais rigoroso, ele está mantendo ainda sob controle da Justiça Eleitoral, além do recurso de diplomação, uma ação nova, que é a ação de impugnação. Mas por quê? Por ocorrências durante o processo eleitoral, durante a propaganda eleitoral, durante o período eleitoral, fatos esses que provavelmente não puderam ser apurados a tempo e a modo, para terem uma inovação ainda no momento da diplomação do candidato.

(...)"

Penso que este entendimento também tem aplicação ao recurso contra a diplomação, para evitar que fatos conhecidos e que poderiam ter sido submetidos à Justiça Eleitoral ainda durante o processo eleitoral somente sejam suscitados após o resultado das urnas.

Admitir o contrário contribuiria não somente para a demora na definição dos candidatos que realmente exercerão os cargos eletivos, mas também impediria que o eleitorado, ao escolher determinado candidato, tivesse conhecimento de que havia contra ele demanda eleitoral que poderia inviabilizar sua candidatura.

Deixo claro que não se trata de fixar prazo para a interposição de recurso contra expedição de diploma, mas de analisar o caso concreto, para verificar a ocorrência de preclusão.

Pelo exposto, voto pelo acolhimento da alegação de preclusão para julgar improcedente o recurso contra expedição de diploma, tendo em vista que se pretende a apuração de fatos ocorridos e conhecidos em momento que permitia sua apuração em outra ação.

Destaco esta questão para pronunciamento da Corte.



ESCLARECIMENTO

O SENHOR MINISTRO MARCO AURÉLIO: Tem-se a impugnação ao diploma a partir do artigo 41-A, da captação ilícita de sufrágio.

O SENHOR MINISTRO GILMAR MENDES (presidente e relator): A questão suscitada é quanto à preclusão em relação à impugnação ao mandato.

O SENHOR MINISTRO MARCO AURÉLIO: Senhor Presidente, esse tema foi objeto de debate e decisão prévios perante a Corte de origem?

O SENHOR MINISTRO GILMAR MENDES (presidente e relator): Foi levantado no recurso especial, tendo em vista o que já aplicamos aqui, em relação ao prazo. Por ser questão de ordem pública, se entendermos que, de fato, esse é um requisito, uma condição da própria ação, certamente poderemos conhecer de ofício o que foi suscitado.

VOTO (Preliminar de cabimento – vencido)

O SENHOR MINISTRO MARCO AURÉLIO: Senhor Presidente, peço vênias a Vossa Excelência para sustentar entendimento diverso.

O que qualifica a atuação em sede extraordinária é o julgamento a partir das premissas do acórdão impugnado. E surge o prequestionamento não como instituto voltado à autodefesa, mas como meio próprio à apreciação do enquadramento do recurso no permissivo legal, ou constitucional, em sede extraordinária – repito – que lhe é próprio.

Por que digo ser meio indispensável a concluir-se pela adequação, ou não, do recurso interposto? Porque, para assim proceder-se, é imprescindível implementar o cotejo, considerada a configuração da discrepância jurisprudencial, da desinteligência de julgados e, também, da violência à lei ou à Constituição Federal.

O Código de Processo Civil, ao revelar que certas matérias podem ser conhecidas em qualquer instância, tem aplicação em sede ordinária, como proclamou há muito o Supremo, no que, mesmo em se tratando de incompetência absoluta, jamais admitiu apreciá-la sem a existência de pronunciamento prévio, explícito, específico na Corte de origem.

Não é dado julgar, tenha esta ou aquela estatura a matéria, certo tema, pela vez primeira, em sede extraordinária, porquanto, para ocorrer o julgamento de algo a consubstanciar tema de fundo do recurso, indispensável é ultrapassar a barreira do conhecimento. Somente é dado conhecer ou deixar de conhecer recurso de natureza extraordinária, a partir do cotejo do que decidido, na origem, com as razões recursais e, de forma mais categórica, com o aresto paradigma que se diz divergente do acórdão proferido, ou com o dispositivo legal ou constitucional apontado como infringido.

Em síntese – vou repetir o ministro Francisco Rezek –, sob pena de se baratear a recorribilidade extraordinária, tomando-se a Corte superior uma Corte simplesmente de cassação, há de se requerer, pouco importando a envergadura do tema, pouco importando a repercussão que a matéria tenha, haja sido ferida quando da prolação do acórdão impugnado.

Eis a essência, o que qualifica a recorribilidade como extraordinária. Não podemos fugir disso, potencializando – para mim, a mais não poder – o envolvimento de matéria que se tenha como de ordem pública. E diria que a ordem pública estaria mais bem configurada se vista considerada a lisura do pleito, e não algo que possa implicar o dribble ao exame do tema, como é o prazo prescricional, ou o decadencial criado no precedente e estranho à Lei 9504/97.

Peço vênia para não conhecer do recurso, suscitando a prejudicial. Depois, emitirei entendimento sobre a matéria de fundo do recurso, que é a problemática dos cinco dias – e aqui não sei se seriam apenas cinco dias contados do término do prazo para a impugnação ao diploma. Peço vênia para entender que, não tendo sido objeto de debate e decisão prévios na origem, essa matéria não pode ser apreciada, sob pena de ocorrer supressão de instância - e supressão de instância em sede extraordinária.

É como voto.

O SENHOR MINISTRO GILMAR MENDES (presidente e relator): Obrigado, Excelência.

Estamos, como já foi apontado, em posições diametralmente opostas nessa matéria. Peço licença a V. Exa. para lembrar que encontramos acórdãos do Supremo Tribunal Federal em sentido contrário. Se observarmos, em relação ao recurso extraordinário, dá-se hoje um fenômeno interessante que tenho chamado de objetivação do recurso extraordinário.

Se o recurso extraordinário tem uma afeição subjetiva, que era marcante, também tem uma função marcadamente objetiva. Para não falar em algo mais, basta mencionar a Emenda nº 45 e a repercussão geral. Por conceito, isso já traduz uma idéia de objetivação. Mas podemos falar na *causa petendi* aberta, recentemente aceita pelo Supremo Tribunal Federal, ou em toda a prática do recurso extraordinário em sede de juizado especial.

Afora todas essas considerações, o próprio Tribunal Superior Eleitoral, sobre questão análoga, já se pronunciou – acredito que a partir, inclusive, da manifestação do Ministro Cezar Peluso –, mostrando que essas questões ligadas às próprias condições da ação são de conhecimento em qualquer instância.

Portanto, apenas consideração *a lafero*, uma vez que parti da premissa da jurisprudência assentada na Corte.



VOTO (Preliminar de cabimento)

O SENHOR MINISTRO CEZAR PELUSO: Senhor Presidente, peço vênia ao eminente Ministro Marco Aurélio, para acompanhar o voto de Vossa Excelência. Não vou reeditar todas as razões a que, nesse precedente, V. Exa. se referiu, pois já tive oportunidade de manifestar-me a respeito da solução dogmática para o caso.

Afastei a idéia da figura da preclusão e da decadência, enfim, de qualquer prazo de caráter preclusivo, mas tentei dar explicação dogmática a essa solução, baseado na questão da existência, ou não, do interesse processual, do interesse de agir, que é uma condição da ação. Como tal, nos termos do art. 267, VI, e § 3º, do Código de Processo Civil, questões dessa natureza podem ser objeto de conhecimento a qualquer tempo e grau de jurisdição.

O que me parece, Sr. Presidente, com o devido respeito, é que a Constituição não regula todos os aspectos dos chamados recursos extraordinários – aliás, nem poderia ser de forma diferente. Ela simplesmente estabelece as hipóteses de admissibilidade do recurso extraordinário. Tudo o mais é remetido para a legislação infraconstitucional.

Dai, não vejo, com o devido respeito, nenhuma incompatibilidade entre a Constituição e o art. 267, § 3º, do Código de Processo Civil.

Até relembrei velho debate, logo no início da vigência do Código de 1973, quando, estranhando-se exatamente esse dispositivo do art. 267, o inciso IV combinado com o § 3º, se discutia se era alguma coisa inovadora, porque poderia implicar realmente supressão de instância.

Recordo-me do Prof. Frederico Marques – naquela época ainda não havia sido aprovada a Emenda Constitucional nº 9, de 1977, sobre o divórcio –, ao dizer que era simplesmente absurdo que um tribunal, diante

da decretação de um divórcio, contra a ordem constitucional, não pudesse reconhecer *ex officio*, portanto, pela primeira vez, a carência da ação.

Realmente não vejo incompatibilidade entre essa disciplina do Código de Processo Civil e os recursos de caráter extraordinário. E V. Exa., recordando todos os argumentos dos precedentes, já demonstrou isso. Tenho grande dificuldade, que não consigo superar, de encontrar interesse legítimo em quem, conhecendo os fatos, cuja arguição demonstraria todo interesse na lisura das eleições, deixasse que as eleições se realizassem e aguardasse a diplomação para impugná-las.

Isso me parece uso dos meios jurisdicionais com interesse particular. Não há interesse à legitimidade, à inteireza, à integridade legal e à ética das eleições, mas simplesmente uma como espécie de represália. E, se me recordo, foi o voto de um dos ex-ministros que falou em contraditar o resultado das eleições. Isto é, guarda-se um fato – conhecido largamente e, no caso, que não diz respeito às eleições, que pertence ao passado remoto do candidato e poderia ter sido usado no momento oportuno para garantir a inteireza e a lisura das eleições – simplesmente para atacar a diplomação. Tenho enorme dificuldade, que não consigo superar, de ver aí interesse legítimo no uso dos recursos jurisdicionais, razão por que, pedindo vênias mais uma vez ao Ministro Marco Aurélio, acompanho integralmente o voto de Vossa Excelência.

VOTO (Preliminar de cabimento – vencido)

O SENHOR MINISTRO CESAR ASFOR ROCHA: Senhor Presidente, já conhecia as razões judiciosas, expostas por V. Exa. e pelo Ministro Cezar Peluso, em dispensar o prequestionamento naquelas hipóteses previstas no § 3º do art. 267 do Código Civil, que permitem ao juiz, a qualquer tempo e jurisdição, conhecer de ofício as matérias ali elencadas.

Contudo, mais uma vez peço vênia para discordar dessa posição, como o fiz no precedente indicado, por entender necessária e indispensável a presença do prequestionamento. E diria, com o devido respeito, que há também uma razão didática para tanto, porque se estaria a evitar as chamadas *nulidades guardadas*. É que alguém poderia, percebendo da existência de um desses motivos previstos no art. 263, deixar para levantar o debate apenas para a hipótese de sair-se vencido e, já no final, provocar esta Corte, no julgamento do recurso especial, da existência daquela nulidade que foi pelo recorrente guardada.

O SENHOR MINISTRO MARCO AURÉLIO: A medalha tem duas faces!

O SENHOR MINISTRO CESAR ASFOR ROCHA: Com essas razões e com a mais respeitosa vênia, acompanho a douta divergência.

VOTO (Preliminar de cabimento)

O SENHOR MINISTRO JOSÉ DELGADO: Senhor Presidente, entendo profundamente a preocupação do Ministro Marco Aurélio em valorizar o recurso extraordinário em recurso especial, setorizando num grau de grandeza limitado pela Constituição Federal.

Peço vênia para discordar, porque tenho compromisso com a tese desenvolvida por V. Exa. em vários acórdãos no Superior Tribunal de Justiça, desde que lá cheguei, e venho defendendo a possibilidade especialmente quando a matéria é de ordem pública e tem a relevância posta no caso em exame.

Acompanho V. Exa., com a devida vênia.

O SENHOR MINISTRO MARCO AURÉLIO: Vossa Excelência sustenta inclusive a relatividade da coisa julgada, passados os dois anos da rescisória.

O SENHOR MINISTRO JOSÉ DELGADO: Exatamente. Em situações excepcionais, quando viola a Constituição.

VOTO (Preliminar de cabimento)

O SENHOR MINISTRO GERARDO GROSSI: Senhor Presidente, peço vênias aos eminentes Ministros Marco Aurélio e Cesar Rocha para acompanhar Vossa Excelência.

VOTO (Preliminar de cabimento – vencido)
(sem revisão do Ministro Marcelo Ribeiro)

O SENHOR MINISTRO MARCELO RIBEIRO: Senhor Presidente, peço vênias a V. Exa. e à maioria formada para dizer que, *data venia*, discordo do Ministro Cesar Peluso ao dizer que não há incompatibilidade entre o art. 267 do Código de Processo Civil e a Constituição Federal. Creio que o art. 267 não se aplica na instância extraordinária. Não há realmente incompatibilidade frontal total do artigo, mas não se aplica à instância extraordinária. Entendo que o prequestionamento é matéria constitucional. Por que se exige o prequestionamento nos recursos de natureza extraordinária? Por causa da lei – no caso trata-se de recurso especial, que V. Exa. deve estar provendo pelo inciso I do § 4º do art. 121, ou seja, quando a decisão do Tribunal Regional Eleitoral for proferida contra expressa exposição dessa Constituição ou de lei. Ora, como o Tribunal Regional pode ter violado a lei se a questão, o objeto do recurso, não foi decidida?

O SENHOR MINISTRO CEZAR PELUSO: Quando ela deixou de apreciar a questão posta, quando deixou de conhecê-la *ex officio*.

O SENHOR MINISTRO GILMAR MENDES (presidente e relator): Apenas um debate acadêmico, porque a essa altura a questão já está posta. Mas, como estamos a prosseguir na discussão até no Supremo Tribunal Federal, talvez seja uma das grandes ficções a de que o prequestionamento seja uma questão constitucional, um requisito de admissibilidade, o qual concebemos dentro do quadro da jurisprudência defensiva. Até porque a sentença é inconstitucional, o julgado é inconstitucional, ainda que não se mencione um dispositivo. Exemplificou o Ministro Cezar Peluso. A sentença não deixa de ser inconstitucional, não deixa de violar o catálogo dos direitos fundamentais pelo fato de o juiz ter ignorado aquele catálogo. É apenas um requisito para efeitos de admissibilidade. Tanto que estou absolutamente convencido de que, no momento em que a repercussão geral produzir algum efeito, o Supremo Tribunal Federal conhecerá inclusive do recurso extraordinário contra o STJ. Nem estou fazendo profecia. Por quê? Porque de fato é assim em todas as cortes constitucionais: não há esse requisito de prequestionamento.

O SENHOR MINISTRO CEZAR PELUSO: Vossa Excelência me permite? Com o devido respeito, há várias maneiras de se violar a lei. E uma delas é deixar de aplicar a lei que incidiu. A incidência é automática, não depende de declaração de ninguém. Basta que haja correspondência entre o fato histórico e o tipo previsto na norma para haver a incidência. O que falha é a aplicação. E, quando o julgador, diante do fato, deixa de aplicar a norma que incidiu, ele, viola, porque deixa de aplicar a norma que se deu. Ou seja, nega a norma, porque esse é o ordenamento jurídico. O ordenamento jurídico não está valendo ali.

O SENHOR MINISTRO CESAR ASFOR ROCHA: Então, Ministro Peluso, nessa linha, *data venia*, todas as vezes que o julgador ordinário deixar de aplicar a lei que deveria ser aplicada, sem que para tanto tenha sido instado a se manifestar...

O SENHOR MINISTRO MARCELO RIBEIRO: Deveria conhecer e julgar.

O SENHOR MINISTRO CEZAR PELUSO: Basta que exista uma norma. Se houver uma norma como a do art. 267, § 3º, não vejo dúvida alguma.

O SENHOR MINISTRO GILMAR MENDES (presidente e relator): Esse é o caso clássico nas cortes constitucionais de aceitação de recurso constitucional com base no princípio da legalidade, quando o juiz ignora uma lei que deveria ter aplicado.

O SENHOR MINISTRO MARCO AURÉLIO: Mas, Presidente, teríamos algo incompatível com a Constituição Federal: a decisão por presunção. E presunção no sentido de que, se enfrentasse a matéria – porque suscitado a enfrentá-la mediante embargos declaratórios, e eles existem no mundo instrumental, haveria o pronunciamento no mundo instrumental de forma contrária ao dispositivo legal. O ordenamento jurídico-constitucional não contempla decisão por presunção. Toda e qualquer decisão tem de ser fundamentada e devemos nos lembrar dos dois vícios que podem macular um pronunciamento judicial com carga decisória – o de julgamento e o de procedimento. A omissão – se é que houve, e penso que o tema não foi veiculado como matéria de defesa na oportunidade própria – configura vício de procedimento e é afastável, todos sabemos, mediante embargos declaratórios. Vamos julgar embargos que não foram protocolados!

Peço para pronunciar-me quanto ao tema de fundo, terminado o exame dessa questão.

O SENHOR MINISTRO MARCELO RIBEIRO: Para concluir, Sr. Presidente, acredito que, com o devido respeito, se se aplicasse a tese de maneira ampla, o STJ, por exemplo, viraria um tribunal revisor, amplíssimo, de todas as decisões dos Tribunais de Justiça e dos Tribunais Regionais, porque toda vez que uma lei qualquer fosse violada, mesmo sem provocação da parte ou exame pelo Tribunal, o STJ poderia aplicar a

jurisprudência, afastar o prequestionamento e conhecer da matéria, que surpreenderia, inclusive, a outra parte. No caso, ao que me parece, a questão só foi suscitada no recurso especial. É isso?

O SENHOR MINISTRO GILMAR MENDES (presidente e relator): Sim.

O SENHOR MINISTRO MARCELO RIBEIRO: Não se provocou o Tribunal a falar sobre o assunto, por isso mesmo o Tribunal não falou. No recurso especial se traz a matéria.

O SENHOR MINISTRO GILMAR MENDES (presidente e relator): Estamos discutindo exatamente essa questão da condição da própria ação.

O SENHOR MINISTRO MARCELO RIBEIRO: Mas entendo, Sr. Presidente, que se se admite, basta a lei falar, então, se o Código de Processo Civil dissesse em outros artigos que essa matéria também pode ser conhecida em qualquer grau de jurisdição, não fosse condição da ação, fosse outro tema qualquer, a lei passaria a dizer quando há ou não necessidade do prequestionamento.

O SENHOR MINISTRO GILMAR MENDES (presidente e relator): Não está escrito em lugar algum.

O SENHOR MINISTRO MARCELO RIBEIRO: Realmente não está escrito na Constituição Federal. Decorre da Constituição que o Tribunal, possa violar a lei tenha que ter examinado a questão em que aquela lei se aplicaria.

O SENHOR MINISTRO GILMAR MENDES (presidente e relator): Essa exigência que consta do texto constitucional é de que cabe recurso extraordinário contra decisão que violar a Constituição Federal. Somente isso. É a regra clássica da alínea a, do art. 102, III.

O SENHOR MINISTRO MARCELO RIBEIRO: Para mim, ainda há uma questão mais grave. Como se trata de apreciar a suposta violação de lei, basta a lei dizer: nesse caso pode ser examinado em

qualquer grau de jurisdição. Dizendo isso, não precisa ter prequestionamento. A lei ditará o conhecimento dos recursos extraordinários.

Peço vênia para acompanhar a divergência.

VOTO (Preliminar sobre ocorrência de preclusão – vencido)

O SENHOR MINISTRO MARCO AURÉLIO: Senhor Presidente, o interesse de agir – não vou cogitar de prazo decadencial ou prescricional – diz respeito ao ato de se ingressar em juízo, ao ato de se ajuizar uma ação.

Indaga-se: quanto à verdadeira ação e não ao recurso de impugnação ao diploma, quando nasce, no patrimônio daquele que se diga prejudicado, o interesse de agir? É possível o ajuizamento da ação de impugnação ao diploma antes de este ser formalizado?

Estamos aqui a tratar do artigo 41-A, captação ilícita de sufrágio. É possível concluirmos que não há o interesse quando o Código Eleitoral versa que somente após a diplomação – tendo em conta até mesmo o objeto da ação - cabe ajuizar essa ação, devendo o interessado fazê-lo nos três dias que se seguem à expedição?

Podemos cogitar da ausência de interesse quando se ajuizou a ação dentro do prazo fixado no Código Eleitoral, embora evocado fato pretérito? E sempre será pretérito o fato versado no artigo 41-A da Lei nº 9.504/97. A resposta para mim é desenganadamente negativa. Não é dado concluir pela ausência de interesse de agir, porque este surgiu, justamente, quando expedido o diploma, começando a correr o prazo exíguo de três dias para a impugnação a esse mesmo diploma.

Concluir-se que não há interesse porque a captação foi anterior à expedição do diploma? Não há caso em que a captação ilícita seja posterior à expedição do diploma. E se o Tribunal assentar que, no

caso, falta ao PMDB o interesse de agir, como faltava quando entrou com a ação de impugnação ao diploma, estará, na verdade, colocando em plano secundário a referência ao artigo 41-A da Lei nº 9.504/97, contida no inciso IV do artigo 262 do Código Eleitoral.

Senhor Presidente, embora sentindo-me um pouco a integrar tribunal regional eleitoral e não o Tribunal Superior Eleitoral, concluo que, no caso, fez-se presente, como se faz a esta altura, o interesse de agir.

Peço vênias para não conhecer o recurso, porque teria dificuldade enorme, em primeiro lugar, em ver aresto paradigma que, creio, não foi, com as peculiaridades, especificidades do caso, apontado nas razões do recurso especial e, em segundo lugar, para concluir pela transgressão frontal e direta de preceito. Ao contrário. Proclamar-se, a esta altura, pela vez primeira, a falta de interesse de agir na ação de impugnação, repito, ao diploma, será colocar em segundo plano, será ferir de morte, será substituir-se, o Tribunal Superior Eleitoral, ao Congresso Nacional, legislando e derogando o disposto no inciso IV do artigo 262 do Código Eleitoral, expresso ao revelar, como causa para impugnação, repito, ao diploma, nos três dias assinados, a inobservância ou a transgressão do artigo 41-A da Lei nº 9.504/97.

Peço vênias para, sob esse ângulo, desprover o recurso.

O SENHOR MINISTRO CEZAR PELUSO: Vossa Excelência me permite, Sr. Presidente?

Segundo entendi do voto de V. Exa., os fatos são anteriores ao registro.

O SENHOR MINISTRO GILMAR MENDES (presidente e relator): Sim. Na verdade é toda uma política de início da discussão.

O SENHOR MINISTRO MARCO AURÉLIO: Teria impugnado diploma inexistente?

O SENHOR MINISTRO GILMAR MENDES (presidente e relator): É. Tanto que essa seria a última parte do meu voto se lá chegássemos, porque, a rigor, é toda uma questão de políticas públicas desenvolvidas e há uma série introduzida a partir do inciso VI do art. 262, portanto versa sobre abuso do poder econômico, política, falsidade, fraude, coação, emprego, processo e propaganda, tudo tratado nesse contexto.

O SENHOR MINISTRO CEZAR PELUSO: Sim. Mas, nesse caso específico, esses fatos teriam ocorrido antes do registro?

O SENHOR MINISTRO GILMAR MENDES (presidente e relator): Sim.

O SENHOR MINISTRO CEZAR PELUSO: E, portanto, serviriam de fundamento de impugnação ao registro.

O SENHOR MINISTRO GILMAR MENDES (presidente e relator): Sim.

O SENHOR MINISTRO CEZAR PELUSO: E aí estaria o interesse de impugnar o registro.

O SENHOR MINISTRO MARCO AURÉLIO: Perdão. Não. Os fatos ocorreram quando já registrado o candidato. Mesmo porque o artigo 41-A pressupõe o registro ao conter alusão a candidato. Só se tem candidato a partir do registro.

O SENHOR MINISTRO GILMAR MENDES (presidente e relator): Na verdade, são fatos anteriores.

O SENHOR MINISTRO MARCO AURÉLIO: Isso é mérito.

O SENHOR MINISTRO GILMAR MENDES (presidente e relator): Não, não. Tanto é que se discute até o provimento do art. 41-A.

O SENHOR MINISTRO MARCO AURÉLIO: Então vamos a ele, para apontar que não serve à impugnação ao diploma. É outra coisa. Estamos aqui a cogitar do interesse de agir, e para que isso ocorra basta

que se articule a matéria. A procedência, ou improcedência, diz respeito ao julgamento de fundo, de mérito.

VOTO (Preliminar sobre ocorrência de preclusão)

O SENHOR MINISTRO CEZAR PELUSO: Senhor Presidente, confirmo o meu voto.

VOTO (Preliminar sobre ocorrência de preclusão)
(sem revisão do Ministro Marcelo Ribeiro)

O SENHOR MINISTRO CESAR ASFOR ROCHA: Senhor Presidente, os fatos são anteriores ao registro.

O SENHOR MINISTRO GILMAR MENDES (presidente e relator): Os fatos são, na verdade, de política pública.

O SENHOR MINISTRO MARCO AURÉLIO: Que sejam anteriores ao registro, porque aquele que se candidata à reeleição continua na cadeira.

O SENHOR MINISTRO MARCELO RIBEIRO: São anteriores à própria escolha dos candidatos em convenção, porque o registro pode demorar.

O SENHOR MINISTRO GILMAR MENDES (presidente e relator): Estamos falando de fatos de 2003. E se discute se houve intensificação no processo eleitoral ou próximo a ele, ou no ano da eleição.

O SENHOR MINISTRO MARCO AURÉLIO: Ouvi da tribuna que os fatos teriam ocorrido de junho a agosto. Devemos considerar a conclusão sobre a configuração, ou não, do tipo do 41-A. Estamos a apreciar o interesse de agir. E temos de ver também se, verificada a prática no

período crítico glosado pelo artigo 41-A, caso essa prática se origine de uma lei anterior, ela deixa de ser ilícita. É uma outra questão. Mas estou votando somente no tocante ao interesse de agir, preliminar da ação intentada.

O SENHOR MINISTRO CESAR ASFOR ROCHA: Senhor Presidente, *data venia*, tenho que na hipótese, não se aplica o art. 41-A, dado que, como destacado por V. Exa., eminente relator, os fatos se deram antes do registro e o art. 41-A abrange apenas aquelas hipóteses.

O SENHOR MINISTRO GILMAR MENDES (presidente e relator): Estamos discutindo apenas o cabimento ou não.

O SENHOR MINISTRO MARCO AURÉLIO: É mérito, não é condição da ação.

O SENHOR MINISTRO CESAR ASFOR ROCHA: Se os fatos tidos como ilícitos ocorreram antes do registro, então eu prefiro...

O SENHOR MINISTRO GILMAR MENDES (presidente e relator): Na verdade, estamos a remeter, o Ministro Marco Aurélio já discutiu, a aplicação de leis que são antigas no próprio município.

O SENHOR MINISTRO MARCO AURÉLIO: Mas isso é mérito, Senhor Presidente.

Discutimos falta de prequestionamento, discutimos agora e pensei que estivesse votando apenas sobre essa matéria: a preliminar, que não é preliminar do recurso, é preliminar da própria ação, ou seja, interesse de agir.

Agora, se ficou configurado, ou não, o tipo do artigo 41-A, considerado um dos núcleos, é questão de mérito. Vamos aguardar seja suplantada a preliminar.

O SENHOR MINISTRO GILMAR MENDES (presidente e relator): Estamos discutindo tão-somente a tese.

O SENHOR MINISTRO MARCO AURÉLIO: Vamos colar organicidade na apreciação dos fatos.

O SENHOR MINISTRO GILMAR MENDES (presidente e relator): Isso caberia à ação de impugnação do diploma.

O SENHOR MINISTRO CESAR ASFOR ROCHA: Estou considerando aqui, ministro, apenas a época da ocorrência dos fatos. Como destacado pelo ministro relator, essa época é anterior ao registro e, sendo anterior ao registro, qualquer que seja a gravidade desses fatos, por maior que possa ser essa gravidade, não haveria aplicação do art. 41-A, porque ele restringe as hipóteses.

Então, em face disso, eu peço vênica ao eminente Ministro Marco Aurélio, por essas peculiaridades do caso, para acompanhar o ministro relator.

VOTO (Preliminar sobre ocorrência de preclusão)

O SENHOR MINISTRO JOSÉ DELGADO: Senhor Presidente, se estou entendendo, o Ministro Marco Aurélio está preocupado como os cinco dias, não é verdade?

O SENHOR MINISTRO GILMAR MENDES (presidente e relator): Não, quanto à aplicação.

O SENHOR MINISTRO MARCO AURÉLIO: Não estou preocupado. Aliás, não tenho preocupação alguma.

Mas se disse uma vez no Supremo – e corrigi – que estaria sendo vencido. Não sou vencido em qualquer discussão. O que penso é que há de se distinguir condição da ação e, até aqui, o relator colocou apenas essa matéria, com o mérito da própria ação.

Interesse de agir pressupõe articulação, articulação na inicial de algo que realmente tem agasalho no arcabouço normativo. Agora, procedência, ou improcedência, é mérito – é fundo.

O SENHOR MINISTRO JOSÉ DELGADO: Seria um compromisso a respeito do aspecto decadencial de cinco dias. Eu acompanho Vossa Excelência.

Se for um compromisso de tese, aguardo para outra oportunidade.

VOTO (Preliminar sobre ocorrência de preclusão)

O SENHOR MINISTRO GERARDO GROSSI: Senhor Presidente, eu já votei.

Não tenho deixado dúvida alguma neste Tribunal a respeito do meu posicionamento relativamente ao prazo decadencial quando se trata de infringência ao art. 41-A da Lei nº 9.504/97, matéria na qual tenho votado, constantemente, na companhia do Ministro Marco Aurélio.

Neste caso não se cogita disso. Trata-se de tentar superar exigência de prequestionamento, tomando-se em consideração a disposição do Código Processual Civil, que enumera as condições de ação. Ação que não deverá ser julgada, se não tem ela condição para prosperar.

Mantenho o meu voto.

ESCLARECIMENTO

(sem revisão do Ministro Marcelo Ribeiro)

O SENHOR MINISTRO MARCELO RIBEIRO: Senhor Presidente, só fiquei com uma pequena dúvida.

Houve aplicação da lei durante o período eleitoral, não é isso?

O SENHOR MINISTRO GILMAR MENDES (presidente e relator): Muito provavelmente deve ter havido. Pode ter havido essa discussão. Disse isto aqui: "a legislação referente ao IPTU (...). A seguir aquele Tribunal analisando o quadro de fato concluiu estar configurada a captação ilícita com devida finalidade da atuação, uma vez que a distribuição dos títulos, embora para a lei, não fora praticada com vistas (...)".

Isso seria, inclusive, objeto de outra discussão aqui no recurso.

Há um interesse público, mas sim com finalidade de obter a simpatia do eleitorado e faz essas considerações: "A legislação referente ao IPTU, mencionada pelo ora recorrente, data de dezembro de 1993 (...)".

O SENHOR MINISTRO MARCO AURÉLIO: Qual seria o benefício, Senhor Presidente?

O SENHOR MINISTRO GILMAR MENDES (presidente e relator): Imagino que deva ser isenção de IPTU.

O SENHOR MINISTRO MARCO AURÉLIO: IPTU, mas considerada uma lei pretérita?

O SENHOR MINISTRO GILMAR MENDES (presidente e relator): De 1993, não justificando sua maior aplicação.

O SENHOR MINISTRO MARCO AURÉLIO: Quanto a esse dado, relativamente ao fundo, se realmente a premissa é essa, não tenho a menor dúvida em entender não configurada a situação jurídica do artigo 41-A.

O SENHOR MINISTRO GILMAR MENDES (presidente e relator): As leis que autorizam o poder público a conceder o direito de uso real de bem público são de 2001 e abril de 2003.

O SENHOR MINISTRO MARCO AURÉLIO: Essas leis versam sobre o quê?

O SENHOR MINISTRO CEZAR PELUSO: Concessão de direito real de uso.

O SENHOR MINISTRO GILMAR MENDES (presidente e relator): "(...) Requerimentos feitos foram elaborados em novembro de 2003, mas só foram atendidos (...)". Portanto, na verdade...

O SENHOR MINISTRO MARCO AURÉLIO: O fato complica o quadro. Uma lei de ano anterior que é mantida em *stand by* e é acionada no período crítico que antecede a eleição, dando-se lotes, é coisa séria, sob o ângulo eleitoral.

O SENHOR MINISTRO GILMAR MENDES (presidente e relator): Novamente, lembrando o que V. Exa. disse, não estou discutindo o mérito. Aplicando a mesma jurisprudência que se aplicou em relação à impugnação de mandato, seria aplicável ou a investigação, ou a representação. Isso que estamos a dizer e a julgar. Até porque haveria uma outra questão relativa...

O SENHOR MINISTRO MARCO AURÉLIO: Por exemplo, quanto o IPTU, não, mas quanto a dação de lotes, sim. Se a Corte, soberana no exame dos elementos probatórios, concluiu existente o elo entre essa dação, o sufrágio e o certame, já não darei, à espécie, o enfoque que daria à legislação do IPTU.

O SENHOR MINISTRO GILMAR MENDES (presidente e relator): Até porque não chegaríamos a esse exame nesse recurso especial. O que estamos aqui a discutir, tão-somente, é: verificados os mesmos fatos, e os fatos são inequívocos, aqui não há discussão – pelo menos foi a tese que eu propus ao Tribunal, a partir da jurisprudência assente e que estava um pouco esquecida, em relação à impugnação de mandatos.

Portanto, haveria ou não condições adequadas de ação, e é isso que estamos julgando até aqui. Até porque traria uma outra questão relativa ao próprio contraditório e à ampla defesa se nós prosseguíssemos.

VOTO (Preliminar sobre ocorrência de preclusão – vencido)
(sem revisão do orador)

O SENHOR MINISTRO MARCELO RIBEIRO: Senhor Presidente, eu entendo que, quando o art. 262, inciso IV, diz que no recurso contra diplomação pode ser suscitada a matéria do art. 41-A da Lei nº 9.504, a primeira pergunta que se faz é: caberia a impugnação pelo art. 41-A, e não pelo prazo de cinco dias, que não é a questão? É saber, antes da época de se requerer o registro, e não antes do registro propriamente, porque este pode ser dado até depois das eleições, mas, antes da época de se requerer o registro, houve fatos que se enquadrariam em tese no art. 41-A. Esses fatos podem ser veiculados em uma representação relativa ao 41-A? Essa é a pergunta.

No caso, pelo que entendi, havia leis que autorizavam determinada conduta do administrador público, e o administrador público, no período eleitoral entre a época do registro e as eleições, aplicou essa lei, segundo se alega, abundantemente.

Mas, de qualquer maneira, como nós estamos apenas analisando o cabimento, eu vou pedir vênias para acompanhar o Ministro Marco Aurélio, porque cabe, mas depois no mérito eu vou ver se, tendo a autorização legal, o administrador público pode ou não pode fazer. Mas não afastaria o cabimento do próprio recurso contra diplomação se os fatos ocorreram, pelo menos em parte, não a lei, mas a aplicação da lei, no período eleitoral.

Com esses fundamentos, peço vênias para acompanhar a divergência.

EXTRATO DA ATA

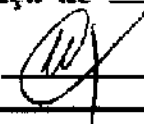
Ag nº 6.507/RJ. Relator: Ministro Gilmar Mendes.
Agravante: Henrique Sergio Melman (Adv.: Dr. Sergio Luiz da Silva Santos – OAB 66567/RJ – e outro). Agravado: Renato Vianna de Souza e outro (Adv.: Dr. Último de Carvalho – OAB 49755/RJ).

Usaram da palavra, pelo recorrente, o Dr. Sérgio Luiz da Silva Santos e, pelo recorrido, o Dr. Último de Carvalho.

Decisão: O Tribunal, por maioria, deu provimento ao recurso especial, ao fundamento de carência da ação, nos termos do voto do relator. Vencidos os Ministros Marco Aurélio e Marcelo Ribeiro, que dele não conheciam.

Presidência do Exmo. Sr. Ministro Gilmar Mendes.
Presentes os Srs. Ministros Marco Aurélio, Cezar Peluso, Cesar Asfor Rocha, José Delgado, Gerardo Grossi, Marcelo Ribeiro e o Dr. Antônio Fernando Souza, procurador-geral eleitoral.

SESSÃO DE 25.4.2006.

<p style="text-align: center;">CERTIDÃO DE PUBLICAÇÃO</p> <p>Certifico a publicação deste acórdão no Diário da Justiça de 25.8.06 fls. 170.</p> <p>Em, , lavrei a presente certidão.</p>
--