



TRIBUNAL SUPERIOR ELEITORAL

ACÓRDÃO

**AGRAVO REGIMENTAL NO RECURSO ESPECIAL ELEITORAL Nº 35.240 –
CLASSE 32ª – MAIRINQUE – SÃO PAULO.**

Relator: Ministro Arnaldo Versiani.

Agravantes: Dennys Veneri e outros.

Advogados: Hélio Freitas de Carvalho da Silveira e outros.

Agravado: Ministério Público Eleitoral.

Representação. Art. 73, VI, *b*, da Lei nº 9.504/97.
Publicidade institucional.

1. Há julgados do Tribunal Superior Eleitoral no sentido de que – independentemente do momento em que a publicidade institucional foi autorizada – se a veiculação se deu dentro dos três meses que antecedem a eleição, configura-se o ilícito previsto no art. 73, VI, *b*, da Lei nº 9.504/97.

2. Interpretação diversa implica prejuízo à eficácia da norma legal, pois bastaria que a autorização fosse dada antes da data limite para tornar legítima a publicidade realizada após essa ocasião, o que igualmente afetaria a igualdade de oportunidades entre os candidatos.

3. Para afastar a afirmação do Tribunal Regional Eleitoral de que constituía publicidade institucional o material veiculado em sítio de prefeitura, seria necessário o reexame de fatos e provas, o que encontra óbice na Súmula nº 279 do egrégio Supremo Tribunal Federal.

4. Ainda que não sejam os responsáveis pela conduta vedada, o § 8º do art. 73 da Lei das Eleições expressamente prevê a possibilidade de imposição de multa aos partidos, coligações e candidatos que dela se beneficiarem.

5. A adoção do princípio da proporcionalidade, tendo em conta a gravidade da conduta, demonstra-se mais adequada para gradação e fixação das penalidades previstas nas hipóteses de condutas vedadas.

ATC

Agravo regimental desprovido.

Acordam os ministros do Tribunal Superior Eleitoral, por unanimidade, em desprover o agravo regimental, nos termos das notas taquigráficas.

Brasília, 15 de setembro de 2009.


CARLOS AYRES BRITTO - PRESIDENTE


ARNALDO VERSIANI - RELATOR

RELATÓRIO

O SENHOR MINISTRO ARNALDO VERSIANI: Senhor Presidente, o egrégio Tribunal Regional Eleitoral de São Paulo, por unanimidade, negou provimento a recurso e manteve sentença do Juízo da 131ª Zona Eleitoral daquele estado, que julgou improcedente representação, com fundamento no art. 73, IV e VI, *b*, da Lei nº 9.504/97, ajuizada por Antônio Alexandre Gemente contra a Coligação Avante Mairinque, Dennys Veneri e José Denilson Santana de Lima, respectivamente, prefeito e vice-prefeito do Município de Mairinque/SP e candidatos à reeleição.

Eis a ementa do acórdão regional (fl. 234):

Recurso Eleitoral. Condutas vedadas. Representação julgada improcedente. Recurso desprovido.

O autor da representação opôs embargos de declaração (fls. 271-275), que foram rejeitados às fls. 278-280.

O Ministério Público Eleitoral interpôs recurso especial (fls. 243-253), ao qual dei parcial provimento, a fim de reformar o acórdão regional e julgar parcialmente procedente a representação, para impor, individualmente, aos representados – Coligação Avante Mairinque, Dennys Vereri e José Denilson Santana de Lima, candidatos aos cargos de prefeito e vice-prefeito, respectivamente – multa no valor de R\$ 5.320,50, nos termos dos arts. 73, §§ 4º e 8º, da Lei nº 9.504/97; e 42, §§ 4º e 8º, da Res.-TSE nº 22.718/2008 (fls. 335-339).

Seguiu-se a interposição de agravo regimental (fls. 341-356), no qual os agravantes defendem, inicialmente, ser impossível o conhecimento e provimento do apelo especial, uma vez que este teria sido interposto antes do julgamento dos embargos de declaração opostos na origem, ou seja, de forma prematura. Citam precedentes do Supremo Tribunal Federal e do Superior Tribunal de Justiça.

Asseveram que o provimento do recurso demandaria o reexame de provas, o que é vedado pelas Súmulas nºs 7 do STJ e 279 do STF, bem como pela jurisprudência deste Tribunal.

Assim, apontam que a referida decisão teria violado os arts. 121, § 4º, I e II; e 5º, XXXV, LIV e LV, da Constituição Federal.

Alegam que os elementos caracterizadores das condutas vedadas pelo art. 73, VI, b, da Lei nº 9.504/97 não estariam presentes no caso dos autos.

Argumentam que, *“para a incidência da norma, além da demonstração da efetiva divulgação de publicidade em período vedado, exige a comprovação de dois fatores indispensáveis: (i) a autorização para a divulgação da publicidade questionada; e (ii) a existência de dispêndio de recursos do erário público no custeio da referida publicidade”* (fl. 349).

Sustentam que, em que pese tratar-se de publicidade institucional, a pena pecuniária decorrente do art. 73, § 4º somente poderá recair sobre os responsáveis, ou seja, quem autoriza o ato de publicidade institucional.

Afirmam que a decisão agravada teria presumido sua responsabilidade ou realizado o vedado exame de provas e fatos, visto que não há nos autos nenhuma prova de que eles teriam autorizado a referida publicidade.

Apontam divergência jurisprudencial.

Asseveram que *“o conteúdo reclamado nos autos não tem conotação eleitoral”*, e que *“os registros do v. acórdão recorrido não permitem concluir em sentido contrário”* (fl. 351).

Aduzem que a matéria teria sido inserida no sítio antes do período vedado e não representava qualquer benefício eleitoral para os recorridos. Ademais, o acesso à internet, na cidade de Mairinque/SP, seria restrito.

Ressaltam que nenhum dado novo foi introduzido no cenário da disputa eleitoral, causando-lhe qualquer impacto, e que o ato em si não

seria hábil a afrontar o bem jurídico protegido pelo art. 73, VI, b, da Lei nº 9.504/97, razão pela qual pugnam pela reforma da decisão agravada.

A esse respeito, assinalam, ainda, que *“a resposta estatal aos atos ilícitos deve ser proporcional ao abalo que a conduta ilícita provoca pela realidade social”* (fl. 353), e entendimento diverso violaria o princípio da proporcionalidade insculpido no art. 5º, LIV, da Carta Magna.

Mencionam precedentes desta Corte para afirmar que a jurisprudência do TSE *“reconhece inexistir afronta ao art. 73, VI, b, da Lei. 9.504/97 quando é mantido em sites da internet conteúdo informativo anterior ao período de vedação legal”* (fl. 353), entende *“inexistir ilicitude na manutenção de informação da atuação parlamentar em páginas do Poder Legislativo”* (fl. 354), bem como assenta *“que a existência de comunicado do prefeito proibindo a inserção de publicidade institucional vedaria a incidência”* (fl. 354) do dispositivo legal em comento.

Sustentam que o provimento do recurso especial teria ensejado afronta aos arts. 121, § 4º, I e II, e 5º, II, da Constituição Federal, em razão, respectivamente, do reexame de provas nele efetuado, assim como pelo fato de que a regra restritiva exige que seja comprovada a autorização para a publicidade institucional, o que não ocorreu na espécie.

Destacam, por fim, que a Coligação Avante Mairinque não teria sido inserida no recurso especial interposto na origem, o que implicaria violação ao art. 5º, XXV, LIV e LV, da Carta Magna. Assim, requerem seja afastada a pena pecuniária imposta à referida coligação.

VOTO

O SENHOR MINISTRO ARNALDO VERSIANI (relator): Senhor Presidente, inicialmente, observo que não procede o argumento dos agravantes de que *“obstava o conhecimento do recurso especial eleitoral a*



não-reiteração da irresignação após o julgamento dos embargos de declaração" (fl. 345).

Os embargos de declaração foram opostos por Antônio Alexandre Gemente (fls. 271-275) – autor da representação – e, portanto, parte diversa, já que o recurso especial, no caso, é do Ministério Público Eleitoral (fls. 243-253).

Sobre a questão, cito o seguinte precedente deste Tribunal:

EMBARGOS DE DECLARAÇÃO NOS EMBARGOS DE DECLARAÇÃO NO RECURSO ESPECIAL ELEITORAL. QUESTÃO DE ORDEM PÚBLICA. PREQUESTIONAMENTO. TEMPESTIVIDADE. RECURSO ESPECIAL INTERPOSTO SIMULTANEAMENTE COM EMBARGOS DE DECLARAÇÃO. PARTES DIFERENTES. RATIFICAÇÃO. DESNECESSIDADE. MINISTÉRIO PÚBLICO. INDEPENDÊNCIA FUNCIONAL. INTERESSE RECURSAL. REITERAÇÃO DOS VÍCIOS APONTADOS NOS EMBARGOS ANTERIORES. IMPOSSIBILIDADE. PRECLUSÃO CONSUMATIVA. OMISSÃO. INEXISTÊNCIA.

(...)

3. A jurisprudência do e. TSE não exige a ratificação do apelo especial interposto simultaneamente com embargos de declaração, quando manejados por partes distintas. Precedentes: REspe nº 28.456/RN, Rel. Min. Carlos Ayres Britto, DJ de 12.3.2008; EDcl no AgRg no REspe nº 28.402/ES, Rel. Min. Caputo Bastos, sessão de 15.4.2008.

(...)

7. Embargos de declaração acolhidos em parte, sem efeitos modificativos.

(2ºs Embargos de Declaração no Recurso Especial Eleitoral nº 27.737, rel. Min. Felix Fischer, de 20.5.2008, grifo nosso).

Desse modo, na espécie, não se fazia necessária a ratificação do recurso especial após o julgamento dos embargos de declaração.

No que tange à caracterização da infração ao art. 73 da Lei das Eleições, destaco o seguinte trecho do acórdão regional (fl. 237):

No caso dos autos, não há dúvida quanto ao fato de que o material de propaganda institucional foi veiculado em sítio oficial da Prefeitura dentro do período vedado, ali permanecendo por mais de vinte (20) dias.

AYR

Vê-se, portanto, que a decisão agravada levou em consideração a premissa fática assentada pela Corte de origem de que era publicidade institucional o material veiculado no sítio da prefeitura. Não houve, pois, o reexame de fatos e provas, muito menos se violou os arts. 121, § 4º, I e II, e 5º, XXXV, LIV e LV, da Constituição Federal.

Demais disso, para afastar essa afirmação da Corte de origem quanto à natureza da publicidade e analisar o argumento dos agravantes quanto à não configuração dela e à inexistência de dispêndio de recursos do erário público quanto ao seu custeio seria necessário o reexame do contexto fático-probatório, o que encontra óbice na Súmula nº 279 do egrégio Supremo Tribunal Federal.

No que diz respeito à alegação de que a publicidade teria sido veiculada antes do período de vedação legal, reafirmo os fundamentos da decisão agravada (fls. 336-337):

A jurisprudência deste Tribunal é de que, independentemente do momento em que a propaganda foi autorizada, se a veiculação se deu dentro dos três meses que antecedem a eleição, fica caracterizada a indigitada conduta vedada.

Sobre o tema, cito os seguintes precedentes:

RECURSO ESPECIAL. AGRAVO DE INSTRUMENTO. SEGUIMENTO NEGADO. AGRAVO REGIMENTAL. ART. 73, VI, b, DA LEI Nº 9.504/97. AUTORIZAÇÃO E VEICULAÇÃO DE PROPAGANDA INSTITUCIONAL. ART. 74 DA LEI Nº 9.504/97. DESRESPEITO AO PRINCÍPIO DA IMPESSOALIDADE.

Basta a veiculação de propaganda institucional nos três meses anteriores ao pleito para que se configure a conduta vedada no art. 73, VI, b, da Lei nº 9.504/97, independentemente de a autorização ter sido concedida ou não nesse período. Precedentes.

(...)

Agravo Regimental não provido.

(Agravo Regimental no Agravo de Instrumento nº 5.304, rel. Min. Luiz Carlos Madeira, de 25.11.2004, grifo nosso).

RECURSO ESPECIAL. PROPAGANDA INSTITUCIONAL. PERÍODO VEDADO. AFRONTA A LEI E DISSÍDIO. CONFIGURAÇÃO. INCONSTITUCIONALIDADE. AFASTADA. APLICAÇÃO DE MULTA E CASSAÇÃO DO REGISTRO DE CANDIDATURA. RECURSO PROVIDO.

I. A penalidade de cassação de registro ou de diploma prevista no § 5º do art. 73 da Lei nº 9.504/97 não constitui hipótese de inelegibilidade. Precedente.

II. **Na linha da atual jurisprudência, é irrelevante a data em que foi autorizada a publicidade institucional, pois a sua divulgação nos três meses que antecedem o pleito é conduta vedada ao agente público, ficando o responsável sujeito à pena de multa no valor de cinco a cem mil UFIRs (art. 73, § 4º, da Lei nº 9.504/97) e o candidato beneficiado pela conduta vedada sujeito à cassação do registro ou do diploma e à pena de multa (art. 73, §§ 5º e 8º da Lei das Eleições).**

(...)

(Recurso Especial Eleitoral nº 24.739, rel. Min. Peçanha Martins, de 28.10.2004, grifo nosso).

Cito, ainda, recente precedente do Tribunal, embora versando sobre placas:

AGRAVO REGIMENTAL NO RECURSO ESPECIAL ELEITORAL. PRÁTICA DE PROPAGANDA INSTITUCIONAL NOS TRÊS MESES QUE ANTECEDEM AO PLEITO. VEDAÇÃO. ART. 73, VI, B, DA LEI Nº 9.504/97. RETORNO DOS AUTOS AO TRE PARA AFERIÇÃO DA RESPONSABILIDADE DA AGRAVANTE E DA POTENCIALIDADE LESIVA DA CONDUTA ILEGAL.

I - No trimestre anterior ao pleito, é vedada, em obras públicas, a manutenção de placas que possuam expressões ou símbolos identificadores da administração de concorrente a cargo eletivo.

II - Caracterizada a publicidade institucional em período vedado, os autos devem retornar ao Tribunal Regional para que aquele órgão, soberano na apreciação da prova, verifique, como entender de direito, a potencialidade de a conduta ter interferido no resultado do pleito e, ainda, se os candidatos à reeleição autorizaram, ou não, a veiculação dos engenhos em época proibida.

III - Agravo regimental improvido. Grifo nosso.

(Agravo Regimental em Recurso Especial nº 26.448, rel. Min. Ricardo Lewandowski, de 14.4.2009)

Sobre a matéria, transcrevo, ainda, excerto do voto do Ministro Fernando Neves no julgamento da Representação nº 57, de 13.8.98:

Não acolho o argumento (...) de que a Lei nº 9.504 apenas veda a prática do ato expresso de autorização, mas não atinge a publicidade autorizada antes dos três meses, ainda que realizada nesse período. Entendo que essa interpretação levaria à ineficácia da norma, pois bastaria que a autorização fosse dada antes da data limite, para tornar legítima a publicidade realizada após essa data, o que afetaria

a igualdade de oportunidades entre os candidatos, na visão definida pelo legislador, o que há de ser respeitada pelo Judiciário.

No que se refere à arguição de que o fato narrado na representação não trouxe aos agravantes proveito eleitoral, observo que as condutas vedadas constituem infrações que o *caput* do art. 73, expressamente, estabelece que são “*tendentes a afetar a igualdade de oportunidades entre candidatos nos pleitos eleitorais*”, daí justifica-se as restrições impostas aos agentes públicos.

Os agravantes sustentam, também, que, por se tratar de publicidade institucional, a pena pecuniária decorrente do art. 73, § 4º somente poderia recair sobre os responsáveis, ou seja, quem autoriza o ato de publicidade institucional.

Ocorre que o § 8º do art. 73 da Lei nº 9.504/97 prevê a possibilidade de aplicação da multa aos partidos, coligações e candidatos que dela se beneficiarem.

Por fim, anoto que, considerando o provimento parcial do recurso especial do Ministério Público Eleitoral, foi imposta a sanção pecuniária no mínimo legal, adotando-se o princípio da proporcionalidade.

A esse respeito, consignei (fls. 337-339):

(...) anoto que há alguns precedentes desta Corte de que, para a configuração das condutas vedadas do referido art. 73, seria necessária a demonstração da potencialidade do fato em desequilibrar o resultado do pleito.

Nessa linha, cito os seguintes julgados: Agravo Regimental no Recurso Especial Eleitoral nº 25.754, relator Ministro Caputo Bastos, de 10.10.2006; Agravo Regimental no Recurso Especial Eleitoral nº 25.099, relator Ministro Cezar Peluso, de 25.3.2008.

Todavia, consoante já decidiu o Tribunal noutros precedentes, pondero que, na realidade, quanto à matéria, deve ser observado o princípio da proporcionalidade, de tal modo que, na fixação da multa a que se refere o § 4º ou mesmo para as penas de cassação de registro e diploma estabelecidas no § 5º, deve ser levada em conta a gravidade da conduta.

Nesse sentido:

Recurso especial. Conduta vedada. Aplicação de multa. Pena de cassação de registro ou diploma. Princípio da proporcionalidade. Precedentes. Agravo regimental improvido.

A aplicação da pena de cassação de registro ou diploma é orientada pelo princípio constitucional da proporcionalidade.

(Recurso Especial Eleitoral nº 26.060, rel. Min. Antônio Cezar Peluso, de 11.12.2007, grifo nosso).

Agravo de Instrumento. Eleições 2004. Provimento. Recurso Especial. Representação. Propaganda irregular. Caracterização. Registro. Art. 73, Lei nº 9.504/97. Princípio da proporcionalidade. Não-provimento.

(...)

O dispositivo do art. 73, § 5º, da Lei nº 9.504/97, não determina que o infrator perca, automaticamente, o registro ou o diploma. Na aplicação desse dispositivo reserva-se ao magistrado o juízo de proporcionalidade. Vale dizer: se a multa cominada no § 4º é proporcional à gravidade do ilícito eleitoral, não se aplica a pena de cassação.

(Agravo de Instrumento nº 5.343, rel. Min. Humberto Gomes de Barros, de 16.12.2004, grifo nosso).

Sobre esse ponto, cito, ainda, o esclarecedor entendimento proferido pelo Ministro Marcelo Ribeiro no Agravo Regimental no Recurso Especial nº 27.197, relator Ministro Joaquim Barbosa, de 19.6.2008:

(...) o Tribunal assentou que se exigiria potencialidade no art. 73. Eu faria uma pequena distinção, porque, a meu ver, não se trata exatamente de potencialidade. No caso do art. 73, são condutas objetivas que a lei expõe e em razão das quais se pode não chegar à pena de cassação do registro, caso seja desproporcional essa pena em relação à conduta que ensejou o processo. Ou seja, na potencialidade há de se mostrar que a conduta influiria, em tese, no resultado da eleição. Na proporcionalidade, é um pouco menos, ou seja, não se chega a exigir, na aplicação da norma, que se demonstre haver potencialidade, mas se pode deixar de aplicar a pena mais grave, porque também há previsão de multa, quando se verificar que a multa é suficiente para reprimir ou para punir aquela conduta vedada.

Parece-me que a adoção da proporcionalidade, no que tange à imposição das penalidades quanto às condutas do art. 73 da Lei das Eleições, demonstra-se mais adequada, porquanto, caso exigível potencialidade para todas as proibições descritas na norma, poderiam ocorrer situações em que, diante de um fato de somenos importância, não se poderia sequer aplicar uma multa, de modo a punir o ilícito averiguado.

Na espécie, em razão do princípio da proporcionalidade, entendo não ser aplicável a pena de cassação a que se refere o § 5º do art. 73 da Lei das Eleições, mesmo porque não há elementos no acórdão regional que possibilitem chegar à conclusão de que a conduta em questão teria gravidade suficiente para a aplicação dessa sanção, devendo apenas ser aplicada pena de multa em seu grau mínimo à coligação representada e a seus candidatos.

Por fim, no que tange ao argumento de que a Coligação Avante Mairinque não teria sido indicada como recorrida no recurso especial interposto na origem, anoto que essa questão, a meu ver, configura um mero erro material contido no recurso do Ministério Público (fls. 243-253).

No caso, a representação foi ajuizada contra os candidatos a prefeito e vice e a respectiva Coligação Avante Mairinque (fl. 2), à qual sempre integrou a relação processual, manifestando-se conjuntamente com esses candidatos nos atos praticados no processo.

Diante dessas considerações, mantenho a decisão agravada e **nego provimento ao agravo regimental.**



EXTRATO DA ATA

AgR-REspe nº 35.240/SP. Relator: Ministro Arnaldo Versiani.
Agravantes: Dennys Veneri e outros (Advogados: Hélio Freitas de Carvalho da
Silveira e outros). Agravado: Ministério Público Eleitoral.

Decisão: O Tribunal, por unanimidade, desproveu o agravo
regimental, nos termos do voto do relator.

Presidência do Sr. Ministro Carlos Ayres Britto. Presentes a
Sra. Ministra Cármen Lúcia, os Srs. Ministros Ricardo Lewandowski,
Felix Fischer, Fernando Gonçalves, Marcelo Ribeiro, Arnaldo Versiani e o
Dr. Roberto Monteiro Gurgel Santos, Procurador-Geral Eleitoral.

SESSÃO DE 15.9.2009.

<p>CERTIDÃO DE PUBLICAÇÃO</p> <p>Certifico a publicação deste Acórdão no Diário da Justiça eletrônico de <u>15/10/2009</u>, pág. <u>67</u>.</p> <p>Eu, <u>Bruno Teixeira</u>, lavrei a presente certidão.</p>
--

Bruno Cesar Gonçalves Teixeira
Técnico Judiciário

YGI