



TRIBUNAL SUPERIOR ELEITORAL

ACÓRDÃO

**EMBARGOS DE DECLARAÇÃO NA REPRESENTAÇÃO Nº 828-02.
2014.6.00.0000 – CLASSE 42 – BRASÍLIA – DISTRITO FEDERAL**

Relator: Ministro Tarcisio Vieira de Carvalho Neto

Embargante: Maria das Graças Silva Foster

Advogados: Leonan Calderaro Filho e outros

Embargada: Coligação Muda Brasil

Advogados: Thiago Esteves Barbosa e outros

ELEIÇÕES 2014. EMBARGOS DE DECLARAÇÃO. REPRESENTAÇÃO. CONDUTA VEDADA. VEICULAÇÃO DE PROPAGANDA INSTITUCIONAL. CARÁTER NÃO MERCADOLÓGICO. PERÍODO DO DEFESO ELEITORAL.

1. Ilegitimidade passiva. Rejeição. Configurada a responsabilidade do agente público pelo ato ilícito praticado. *Culpa in eligendo. Culpa in vigilando.*
2. Multa fixada em razão da gravidade da conduta perpetrada e da reincidência na divulgação de propagandas institucionais da Petrobras.
3. Descabida a intervenção de terceiros no feito, com o objetivo de elidir a culpa da Embargante, tomando para si a responsabilidade pela veiculação da propaganda em período vedado.
4. A suposta contradição apontada pela Embargante denota o propósito de rediscutir matéria já decidida, providência inviável na via aclaratória, conforme jurisprudência do Tribunal Superior Eleitoral. Precedentes.
5. Inexistência de omissão, obscuridade ou contradição.
6. Embargos de declaração rejeitados.

Acordam os ministros do Tribunal Superior Eleitoral,

por unanimidade, em rejeitar os embargos de declaração, nos termos do voto do relator.

Brasília, 2 de dezembro de 2014.


MINISTRO TARCÍSIO VIEIRA DE CARVALHO NETO - RELATOR

RELATÓRIO

O SENHOR MINISTRO TARCISIO VIEIRA DE CARVALHO NETO: Senhor Presidente, cuida-se de embargos de declaração c/c efeitos infringentes opostos por Maria das Graças Silva Foster, Presidente da Petrobras, ao Acórdão de fls. 321-350, assim ementado:

ELEIÇÕES 2014. REPRESENTAÇÃO POR CONDUTA VEDADA. TIPO DO ART. 73, VI, *b*, DA LEI Nº 9.504/97. PRELIMINARES. ILEGITIMIDADE PASSIVA. INÉPCIA DA PETIÇÃO INICIAL. REJEIÇÃO. VEICULAÇÃO DE PROPAGANDA INSTITUCIONAL EM PERÍODO VEDADO. RESPONSABILIDADE OMISSIVA DA PRESIDENTE DA PETROBRAS. PROCEDÊNCIA DA REPRESENTAÇÃO. DEMAIS REPRESENTADOS. IMPROCEDÊNCIA. AUSÊNCIA DE PROVAS DE AUTORIZAÇÃO E/OU DE PRÉVIO CONHECIMENTO. INCOMPETÊNCIA PARA INTERVIR OU EXERCER CONTROLE NA PUBLICIDADE. PRECEDENTE ESPECÍFICO DO TSE: RP nº 778-73, REL. MIN. ADMAR GONZAGA. SOLUÇÃO EQUIVALENTE. FIXAÇÃO DA MULTA, *IN CASU*, EM PATAMAR INTERMEDIÁRIO. PRINCÍPIO DA PROPORCIONALIDADE.

1. Impõe-se a rejeição das preliminares de ilegitimidade passiva e de inépcia da petição inicial, em razão, respectivamente, da Teoria da Asserção e da presença dos elementos necessários indicados na lei processual.
2. Caracteriza infração ao disposto no art. 73, inciso VI, alínea *b*, da Lei nº 9.504/97, a realização, em período crítico, de publicidade de produto não determinado, sem que se permita a clara compreensão sobre sua concorrência em mercado.
3. Responsabilidade da Presidente da Petrobras, porquanto, à luz dos elementos constantes dos autos, teve o controle da divulgação da peça publicitária irregular.
4. A indispensabilidade da comprovação de autorização ou prévio conhecimento dos beneficiários, quanto à veiculação de propaganda institucional em período vedado, afasta a procedência da representação em relação aos representados candidatos a cargos políticos.
5. Ausência de prova de participação do Ministro da Secretaria de Comunicação Social, cuja competência (genérica) para intervir ou exercer controle na publicidade da Petrobras não se mostra suficiente para alicerçar a respectiva condenação.
6. Precedente específico do Tribunal Superior Eleitoral: Rp nº 778-73, Rel. Min. Admar Gonzaga, julgada e publicada na Sessão de 3.9.2014.
7. Aplicação, *in casu*, de multa pecuniária a Maria das Graças Silva Foster, nos termos do art. 73, § 4º, da Lei das Eleições, em patamar

intermediário, equivalente a 50.000 UFIRs, em atenção ao princípio da proporcionalidade.

8. Representação parcialmente procedente.

A Embargante alega a "*existência de omissões e contradições*" no julgado (fl. 355).

Afirma, em síntese:

a) que "*a Teoria da Asserção, conquanto afaste prima facie a possibilidade de enfrentamento das condições da ação no seu nascedouro, em sede preliminar, não impede, veda ou inviabiliza que tais condições sejam enfrentadas por ocasião do julgamento do mérito da lide, o que não ocorreu de forma aprofundada nos presentes autos, de modo que o Acórdão ora embargado, nesse ponto, se revela omissis e deve ser aclarado*" (fl. 357);

b) a ilegitimidade passiva da embargante, uma vez que a Petrobras, nos termos de seu Estatuto, é dirigida por um Conselho de Administração, com funções deliberativas e uma Diretoria Executiva, composta pela Presidente e por outros sete diretores, fato que demonstra que a Presidente não é "*a única responsável por todos os atos praticados na Companhia, notadamente quando o ato ou o fato diga respeito as competências dos membros dos demais Diretores da Petrobras, assim como das atividades desenvolvidas por suas empresas subsidiárias integrais, suas controladas diretas e indiretas e, até suas coligadas que além de personalidade jurídica própria, tem órgãos de administração distintos dos da Petróleo Brasileiro S.A.*" (fl. 358);

c) que a gestão de mais de 360 empresas que integram o quadro societário da Holding Petrobras ficaria inviabilizada caso fosse necessária a aprovação, pela Presidente da Petrobras, de qualquer ato por elas praticado;

d) que descabe atribuir à Presidente, pessoalmente, a responsabilidade de todos os atos praticados pelas sociedades do Sistema Petrobras, sob pena de imputar-lhe uma responsabilidade objetiva, não prevista em lei;

e) que *"a peça publicitária, objeto da representação eleitoral, sequer foi contratada pela Companhia, mas, sim, pela BR Distribuidora S.A., empresa distinta e autônoma, a qual possui seus próprios dirigentes (Conselho de Administração e Diretoria Executiva) e órgão de Comunicação Institucional absolutamente independentes"* (fls. 359-360);

f) que a BR Distribuidora, pelo seu presidente, assumiu, nos autos, a responsabilidade pela propaganda impugnada, e que a Embargante *"não teve qualquer participação no processo de aprovação da veiculação do 'teaser'"* (fl. 360);

g) que *"a vinculação genérica da BR Distribuidora às diretrizes e regras corporativas comuns fixadas pela Petrobras, não significa submissão automática da BR Distribuidora à Petrobras, mas apenas o alinhamento estratégico entre sociedades com acionistas comuns"* (fls. 361-362);

h) que o acórdão embargado revela-se omissivo, pois não enfrentou as razões de defesa *"afirmadas e provadas nos autos"* (fl. 363), explicativas dos mecanismos de funcionamento da BR Distribuidora, seu estatuto social, competências e atribuições;

i) que o fato de a Embargante ter apresentado a sua defesa enfrentando as razões de mérito não *"caracteriza encampação do ato pela Representada"* ou que o cumprimento da liminar *"confirmaria sua legitimidade"* (fl. 364);

j) que o acórdão embargado *"também veicula contradição explícita, na medida em que afastar, equivocadamente, data vênia, no mérito, a ilegitimidade passiva da Embargante, acaba imputando-lhe, em ofensa ao próprio texto constitucional, uma responsabilidade objetiva insustentável no sistema jurídico pátrio"* (fl. 364);

K) que a aplicação de multa à Embargante, sem que tenha havido prova da sua conduta individual com o fato atacado, vulnera o princípio da legalidade, o direito de propriedade, o devido processo legal e o princípio da reserva legal;

l) que precedentes do STF (Inquéritos 3367 e 2.027/RO, AP 430/RS, HC 84.620/RS) e excertos doutrinários demonstram, por similitude, a impossibilidade de responsabilização da Embargante (fls. 366–373);

m) que a propaganda questionada tinha natureza mercadológica e de “TEASER”, ou seja, de *“anúncio que tem por finalidade provocar a curiosidade do público para algum produto, que só é revelado quando tiver início a campanha de promoção”*, e que *“em nenhum momento do seu texto o Acórdão Embargado se ocupou do enfrentamento dessa realidade e dessa tese defensiva, de modo que a omissão aqui apontada se mostra grave”* (fl. 373); reiterando, às fls. 374-378 as diferenças entre publicidade institucional e a propaganda de produto, cuja publicidade é autorizada pela Lei das Eleições;

n) que embargos declaratórios podem ser acolhidos com efeitos infringentes *“em eventual correção de um dos vícios do art. 535 do CPC – e também nos casos de error in procedendo – o esclarecimento revelar-se incompatível com a conclusão da fundamentação original, hipótese em que se admite que ocorra a modificação da decisão embargada, a que se deu o nome de efeitos infringentes* (fl. 379);

Pleiteia, ao final, *“que estes declaratórios sejam admitidos e conhecidos para, sanadas as omissões e contradições apontadas, tudo mediante enfrentamento explícito das questões jurídicas aqui delineadas, sejam conhecidos e acolhidos os presentes Embargos, atribuindo-se efeito modificativo ao v. aresto embargado de modo a que”* (fls. 381-382):

a) Preliminarmente, não conhecer da Representação em relação à Embargante, haja vista a sua ilegitimidade passiva;

b) Receber, a intervenção da BR Distribuidora no feito, visto o reconhecimento expresso e fático do seu Presidente, José Lima de Andrade Neto de que a propaganda impugnada é de sua única responsabilidade, sob pena de, não sendo feito, a representação deve ser indeferida, conforme preceitua nossa lei processual civil, nos termos do art. 295, II, do CPC, pois a embargada, é parte ilegítima para estar no polo passivo da representação;

c) Caso, por hipótese, seja conhecida a Representação, o que se admite apenas por cautela, no mérito seja revertida a decisão impugnada, julgando-a improcedente, visto a necessidade de ser reconhecido o caráter mercadológico da peça publicitária impugnada, em virtude da defesa apresentada e de seus respectivos pareceres técnicos, sob pena de afronta aos dispositivos constitucionais aqui indicados, em especial os incisos II, XXII, XXXIX e LIV da Constituição Federal;

d) Ainda no mérito, seja excepcionalmente reformado o v. Acórdão aqui embargado para julgar improcedente a representação, tendo em vista o caráter mercadológico da propaganda;

e) Alternativamente, de modo a sanar a respectiva contradição/obscuridade, esclarecer qual a base legal para responsabilizar a Embargante de forma objetiva e aplicar multa no valor de 50.000 UFIR previsto no § 4º do artigo 73 da Lei nº 9.504/97;

f) Na remota hipótese de não aplicação do melhor direito, alternativamente, que esse C. Tribunal Superior reduza a multa aplicada até seu valor mínimo.

Aos autos vieram as contrarrazões de fls. 439-444.

Em nova manifestação, de fls. 450-457, o Ministério Público Eleitoral opina pelo acolhimento parcial dos declaratórios, por entender que *“a embargante foi condenada com base em uma dúvida, em função da suposta generalidade da propaganda, que fazia alusão a uma gasolina com nome e sobrenome. Ocorre que dias após a veiculação da peça, houve a divulgação de comercial apresentando o referido produto, a gasolina GRID, confirmando que a propaganda vergastada era, de fato, um teaser, uma publicidade com conteúdo mercadológico”*.

É o relatório.



VOTO

O SENHOR MINISTRO TARCISIO VIEIRA DE CARVALHO NETO (relator): Senhor Presidente, tenho por inexistentes as contradições e omissões alegadas nestes declaratórios, quais sejam: i) a *ilegitimidade passiva ad causam*, em sede preliminar; ii) a intervenção de terceiro no polo passivo da ação; iii) a ofensa aos dispositivos II, XXIX, e LIV do art. 5º da CF; iv) o caráter mercadológico da propaganda objeto destes autos; v) a responsabilização objetiva da Embargante; e vi) o valor da multa aplicada.

O art. 73, VI, b, da Lei nº 9.504/1997 estabelece:

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

[...]

VI - nos três meses que antecedem o pleito:

[...]

b) Com exceção da propaganda de produtos e serviços que tenham concorrência no mercado, autorizar publicidade institucional dos atos, programas, obras, serviços e campanhas dos órgãos públicos federais, estaduais ou municipais, ou das respectivas entidades da administração indireta, salvo em caso de grave e urgente necessidade pública, assim reconhecida pela Justiça Eleitoral;

[...]

Por sua vez, o § 8º do mesmo dispositivo reza que "*aplicam-se as sanções do § 4º¹ aos agentes públicos responsáveis pelas condutas vedadas e aos partidos, coligações e candidatos que dela se beneficiarem*".

Como se observa do dispositivo, a lei eleitoral é específica em apontar o destinatário da sanção nas hipóteses de incursão do agente público em qualquer das condutas tipificadas no art. 73 da Lei das Eleições, razão pela qual não há falar em responsabilização objetiva da Embargante, tampouco em inobservância aos princípios da reserva legal, da ampla defesa e do contraditório.

¹ § 4º O descumprimento do disposto neste artigo acarretará a suspensão imediata da conduta vedada, quando for o caso, e sujeitará os responsáveis a multa no valor de cinco a cem mil UFIR.

O fato de a Embargante não ter pessoalmente autorizado a veiculação da publicidade impugnada não a isenta da responsabilidade. Se os seus subordinados agiram em desconformidade às regras de regência, recai sobre ela, na condição de Presidente, o ônus da culpa *in eligendo* e *in vigilando*, revelando-se descabida a assertiva da defesa, no sentido de que a *“a peça publicitária objeto da representação eleitoral, sequer foi contratada pela Companhia, mas, sim, pela BR Distribuidora S.A., empresa distinta e autônoma, a qual possui seus próprios dirigentes”* (fl. 359-360).

Reforça o meu entendimento a disposição expressa contida no art. 16 do Estatuto da Petrobras, já transcrito no acórdão ora embargado, no sentido de que *“As sociedades subsidiárias e controladas obedecerão às deliberações de seus respectivos órgãos de administração, as quais estarão vinculadas às diretrizes e ao planejamento estratégico aprovados pelo Conselho de Administração da Petrobras, bem como às regras corporativas comuns fixadas pela Petrobras através de orientação de natureza técnica, administrativa, contábil, financeira e jurídica”* (fl. 338).

Reitero o não cabimento da intervenção de terceiro, que não é parte no feito, para assumir como sua a responsabilidade imputada à Embargante, ou para manifestar-se sobre o mérito da legalidade da propaganda veiculada.

Resta também devidamente comprovada a veiculação de propaganda institucional, não mercadológica, no período do defeso eleitoral, não havendo omissão, contradição ou obscuridade a ser aclarada.

Conforme registrei no acórdão embargado, a propaganda veiculada estava voltada à promoção da Petrobras – Companhia estatal, fazendo alusão genérica a *“uma gasolina com nome e sobrenome”*, e não a um produto específico, destinado ao consumidor final e que tenha concorrência no mercado.

Reforço que à Petrobras, ente da Administração Indireta, detentora do monopólio estatal na prospecção do petróleo, é vedada a propaganda dessa atividade e das que dela decorrem no período de três meses que antecedem o pleito. É o comando expresso contido no

art. 73, VI, *b*, da Lei nº 9.504/97, e destina-se a coibir o desequilíbrio na disputa eleitoral.

O Tribunal Superior Eleitoral, por maioria, ao fixar a multa prevista no § 4º do art. 73 da Lei das Eleições em seu valor intermediário, acompanhando a sugestão que apresentei com base no princípio da proporcionalidade, assim o fez considerada a gravidade da conduta e a repetição de transmissão de propagandas institucionais assemelhadas da Petrobras, ocorridas em período muito próximo de tempo – primeira quinzena de julho de 2014, numa espécie de delito eleitoral continuado.

Por fim, registro que embargos de declaração não se prestam como forma de reapreciação da causa. Nesse sentido:

EMBARGOS DE DECLARAÇÃO EM REPRESENTAÇÃO. ARTIGO 73, INCISO II, DA LEI Nº 9.504/97. OMISSÃO, OBSCURIDADE OU CONTRADIÇÃO. NÃO OCORRÊNCIA. REJEIÇÃO.

1. É inviável a utilização de declaratórios quando a pretensão almeja, em verdade, a reapreciação do julgado, para ver alterada decisão que condenou a Embargante ao pagamento de multa, por violação ao artigo 73, II, da Lei nº 9.504/97 (divulgação, em *site* oficial da Presidência da República, de nota oficial contendo mensagem desfavorável à candidatura adversária).

2. Os embargos de declaração devem atender aos seus requisitos, quais sejam, suprir omissão, contradição ou obscuridade. Inexistindo qualquer desses elementos essenciais, impõe-se sua rejeição.

3. Embargos de declaração rejeitados.

(ED-Rp nº 2959-86, Rel. Min. Laurita Hilário Vaz, *DJe* de 27.6.2013)

Os aclaratórios não podem ser utilizados para fins de prequestionamento sem que exista no acórdão embargado qualquer dos vícios previstos no art. 275 do Código Eleitoral, conforme se infere do seguinte precedente da Corte:

EMBARGOS DE DECLARAÇÃO NOS EMBARGOS DE DECLARAÇÃO. AGRAVO REGIMENTAL. RECURSO ESPECIAL. ELEIÇÕES 2012. REGISTRO DE CANDIDATURA. PREFEITO. PRESTAÇÃO DE CONTAS JULGADA COMO NÃO PRESTADA. SUB JUDICE. QUITAÇÃO ELEITORAL PRESERVADA. MATÉRIA RECURSAL DEVIDAMENTE PREQUESTIONADA. REGISTRO DEFERIDO. OMISSÃO. INEXISTÊNCIA. PREQUESTIONAMENTO. DESCABIMENTO. REJEIÇÃO.

1. A possibilidade de apresentação de notícia de inelegibilidade não confere ao eleitor legitimidade para interpor recurso.

2. Os declaratórios opostos por advogado sem procuração nos autos devem ser considerados inexistentes.

3. O acolhimento dos embargos de declaração, mesmo para fins de prequestionamento, pressupõe a existência no acórdão embargado de um dos vícios previstos no art. 275 do Código Eleitoral, o que não se verifica na espécie.

4. Embargos opostos por Edson Cristian de Sousa Duarte e pela Coligação Com Deus e pelo Povo, o Trabalho Está de Volta não conhecidos. Embargos de declaração opostos pela Coligação Cidadania, Direito e Dever rejeitados.

(ED-ED-AgR-REspe nº 548-77, Rel. Min. Luciana Christina Guimarães Lóssio, DJe de 9.9.2014)

Ante o exposto, rejeito os embargos.

É como voto.



EXTRATO DA ATA

ED-Rp nº 828-02.2014.6.00.0000/DF. Relator: Ministro Tarcisio Vieira de Carvalho Neto. Embargante: Maria das Graças Silva Foster (Advogados: Leonan Calderaro Filho e outros). Embargada: Coligação Muda Brasil (Advogados: Thiago Esteves Barbosa e outros).

Decisão: O Tribunal, por unanimidade, rejeitou os embargos de declaração, nos termos do voto do relator.

Presidência do Ministro Gilmar Mendes. Presentes as Ministras Rosa Weber, Maria Thereza de Assis Moura e Luciana Lóssio, os Ministros Luiz Fux e Tarcisio Vieira de Carvalho Neto, e o Vice-Procurador-Geral Eleitoral em exercício, Humberto Jacques de Medeiros. Ausente, ocasionalmente, o Ministro Herman Benjamin.

SESSÃO DE 2.12.2014.