



TRIBUNAL SUPERIOR ELEITORAL

**ACÓRDÃO**

**AGRAVO REGIMENTAL NO RECURSO ESPECIAL ELEITORAL Nº 25.671 – CLASSE 22ª – SÃO PAULO (Dolcinópolis – 233ª Zona – Estrela d'Oeste).**

**Relator:** Ministro Caputo Bastos.

**Agravante:** Ministério Público Eleitoral.

**Agravado:** José Inácio Pereira de Azevedo.

**Advogado:** Dr. Aparecido Carlos Santana – OAB 65084/SP.

Representação. Conduta vedada. Art. 73, VI, c, da Lei nº 9.504/97. Prefeito. Pronunciamento. Rádio local. Favorecimento. Candidato. Decisão regional. Improcedência. Ausência. Tipicidade e potencialidade. Recurso especial. Violação legal e dissenso jurisprudencial. Não-configuração. Orientação do acórdão recorrido em consonância com a atual jurisprudência da Casa.

Agravo regimental a que se nega provimento.

Acordam os ministros do Tribunal Superior Eleitoral, por unanimidade, em negar provimento ao agravo regimental, nos termos das respectivas notas taquigráficas.

Sala de Sessões do Tribunal Superior Eleitoral.

Brasília, 4 de abril de 2006.

Ministro GILMAR MENDES, presidente

  
Ministro CAPUTO BASTOS, relator

## RELATÓRIO

O SENHOR MINISTRO CAPUTO BASTOS: Senhor Presidente, o Ministério Público Eleitoral interpõe agravo regimental de decisão por mim proferida nos seguintes termos (fls. 140-147):

*"(...)*

*O egrégio Tribunal Regional Eleitoral de São Paulo, à unanimidade, rejeitou matéria preliminar e deu provimento a recurso interposto por José Inácio Pereira de Azevedo, então Prefeito do Município de Dolcinópolis/SP, e reformou sentença do Juízo da 233ª Zona Eleitoral daquele estado que julgou procedente representação contra ele proposta pela Coligação Trabalho e Compromisso com o Povo, por infração ao art. 73, VI, c, da Lei nº 9.504/97, e lhe aplicou a pena de multa.*

*Eis a ementa do acórdão regional (fl. 85):*

*'Recurso cível – Conduta vedada consistente em pronunciamento via rádio em favor de candidato da situação – Procedência – Conduta atribuída ao recorrente, considerada a época em que ocorreu, os termos do pronunciamento e os parâmetros do princípio da proporcionalidade, não se apresenta como apta a influir na igualdade entre os participantes da disputa eleitoral – Recurso provido'.*

*Dai se seguiu o recurso especial, interposto pela Procuradoria Regional Eleitoral, alegando que a prática da conduta vedada, consubstanciada no pronunciamento radiofônico com finalidade eleitoral em período vedado, restou reconhecida pelo acórdão regional, que, todavia, deixou de aplicar a respectiva sanção por considerar imprescindível a potencialidade da conduta para influir no resultado do pleito.*

*Sustenta contrariedade ao art. 73, VI, c, da Lei nº 9.504/97, argumentando que (...) a conduta vedada pelo dispositivo legal em comento é ilícito formal, de mera conduta; vale dizer: a simples prática do fato já caracteriza o ilícito e dá ensejo às punições pertinentes, independentemente de seu potencial para desequilibrar o pleito eleitoral' (fl. 103).*

*Invoca o Acórdão desta Corte nº 21.380, para configurar a divergência jurisprudencial.*

*Foram apresentadas contra-razões (fls. 126-130).*

*Nesta instância, a ilustre Procuradoria-Geral Eleitoral manifestou-se pelo provimento do recurso especial, em parecer de fls. 134-138.*

**DECIDO.**

*Transcrevo o teor da decisão regional (fls. 87-88):*

(...)

Insta consignar, de início, que os termos do pronunciamento atacado, com trechos transcritos na inicial, restaram incontroversos, em vista dos termos das razões recursais.

Tal pronunciamento, no entanto, por seus termos e a época em que ocorreu, não se presta à caracterização da figura típica do ilícito eleitoral em tela.

Em primeiro lugar, a conduta típica pela legislação de regência é o pronunciamento em cadeia de rádio ou televisão, hipótese diversa do caso em tela.

Ademais, em segundo lugar, ainda que se tenha, em tese, conduta que se amolde à figura típica do ilícito eleitoral em tela, na esteira da análise do conjunto probatório à luz do princípio da proporcionalidade, não há como se reconhecer sua tipicidade.

É certo que o recorrente, no período vedado, em pronunciamento veiculado por rádio, além de enaltecer sua gestão, fez insinuações eleitoreiras, em princípio, orientadas no sentido de favorecer o candidato apoiado pela situação em desfavor de concorrente, que é ex-Prefeito.

Há que se considerar, a propósito, que o recorrente, quando da ocorrência do fato gerador do presente processo, exercia mandato de Prefeito em decorrência de reeleição, e em seu pronunciamento transcrito na inicial, insinuou a conveniência da continuidade da mesma política administrativa para permitir a finalização da significativa organização que teria sido implementada em seus mandatos e ainda não completamente concluída.

Referiu, ainda, neste aspecto, após ter afirmado que, ao assumir a municipalidade, sofreu e demorou muito para recuperar a completa desorganização encontrada, que os votos devem dirigir-se ao candidato que representa a gestão que deu certo e não à gestão anteriormente reprovada pelo voto popular.

Entretanto, considerada a época em que ocorreu, a forma indireta utilizada, como também sua expressa assertiva, à certa altura de seu pronunciamento, de que pretendia entregar a administração local organizada, qualquer que fosse seu sucessor, a conduta do recorrente não apresentou aptidão para comprometer o equilíbrio entre os participantes da disputa eleitoral.

O fato gerador do presente processo ocorreu em 7 de agosto de 2004.

Como se vê, a presente insurgência merece prosperar, par afastar a procedência da inicial.

(...)' (grifo nossos).

*Pelo que se depreende do acórdão recorrido, a Corte de origem entendeu que, no caso em exame, não se vislumbrava a potencialidade em relação ao fato apurado, além do que não estaria configurado o tipo descrito no art. 73, VI, c, da Lei nº 9.504/97, que 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 3 (três) meses que antecedem o pleito:**

(...)

**c) fazer pronunciamento em cadeia de rádio e televisão, fora do horário eleitoral gratuito, salvo quando, a critério da Justiça Eleitoral, tratar-se de matéria urgente, relevante e característica das funções de governo;**

(...)' (grifo nosso).

*Desde que ingressei nesta Corte, venho procurando indicar o equívoco da jurisprudência da Casa quando entendeu de dispensar o requisito da potencialidade no campo das chamadas condutas vedadas aos agentes públicos em campanhas eleitorais.*

*Com as mudanças havidas na composição do Tribunal, o tema vai se consolidando no sentido da exigência de sua demonstração. Com isso, ao meu sentir, dá-se ao capítulo das condutas vedadas interpretação consentânea com o caput do art. 73 da Lei nº 9.504/97. A esse respeito, destaco trecho de meu voto no Caso Mauá/SP (Acórdão nº 24.739, Recurso Especial nº 24.739, de 28.10.2004, rel. Ministro Peçanha Martins), verbis:*

'(...)

Como já é conhecido nesta Casa, tenho regularmente votado no sentido de que as condutas vedadas, embora devam ser apuradas e punidas com rigor, exigem a configuração do requisito de potencialidade, especialmente em razão do que estabelece o caput do art. 73 da Lei nº 9.504/97. Desse modo, tenho dificuldade de - como fez o eminente ministro relator - afastar esse requisito.

De maneira que o primeiro aspecto que gostaria de ressaltar no meu voto, (...) é que há de ser demonstrada a potencialidade, sob pena de que, quiçá, como referiu o eminente Ministro César Rocha, por um lapso, por desídia ou má-fé de um eventual servidor, criar a possibilidade de aplicação de uma sanção tão grave.

(...)' (grifo nosso).

*No mesmo sentido, tem entendido o eminente Ministro Cezar Peluso, conforme se lê no julgamento do Agravo de Instrumento nº 5.272, ocorrido em 12.5.2005, litteris:*

'(...)

Dai concluo, com o devido respeito à jurisprudência da Corte e aos votos já manifestados, que não basta a realização histórica de uma dessas condutas, ou seja, não basta a correspondência formal entre o que se dá no mundos dos fatos e a descrição normativa, porque o legislador entendeu que isso não era suficiente; se o fosse, teria sido outra a redação do caput, sem aquela circunstância acessória. Para que se configure, na relevância material, o tipo penal, é preciso verificar, no caso concreto, se o fato apresenta capacidade concreta - não teórica, pois essa decorre do texto legal - de comprometer a igualdade.

(...)'.

*Entende Sua Excelência que, mesmo realizado o tipo, (...)* tirar a consequência da cassação, parece-me (...) não apenas ofensivo eventualmente a outros princípios maiores, mas ao próprio espírito da norma penal. O exemplo mostra que é preciso que haja a relevância material na realização do tipo. (...)'.

*Ainda sobre o tema, trago à baila passagem do voto do eminente Ministro Cesar Asfor Rocha no julgamento do Recurso Especial nº 25.117, relator Ministro Luiz Carlos Madeira, sucedido em 28.4.2005:*

'(...)

Senhor Presidente, essa é a primeira vez que tenho a honra de votar neste Tribunal como membro efetivo. Por conseguinte, quero dizer qual minha posição com relação a um tema tão polêmico, qual seja, de se entender como objetiva a falta cometida quando descumprido o disposto no art. 73, III, c, da Lei aqui cogitada. Neste caso, o Tribunal entende objetivamente que só e só a existência de prática de conduta vedada já é bastante para que ocorra a inelegibilidade. Data venia, tive a oportunidade de, como substituto, externar, no conhecido caso de Mauá, que entendia haver a possibilidade de se fazer aferição da razoabilidade, que é a corrente que aqui tem sido adotada pelos Ministros Gilmar Mendes, Humberto Gomes de Barros e Caputo Bastos.

Entendo também ser aplicável aqui a dosimetria, para se saber se há ou não a potencialidade necessária na hipótese de ocorrência de conduta vedada a atingir o pleito.

(...)'.

*E, no julgamento do Recurso Especial nº 25.073, de minha relatoria, ocorrido em 28.6.2005, reafirmou Sua Excelência, Ministro Cesar Rocha:*

**'(...) Senhor Presidente, desde o primeiro momento que atuei nesse colegiado, externei o meu entendimento no sentido de que devem ser ponderadas as faltas cometidas ao art. 73 da Lei nº 9.504/97, seus incisos, letras e parágrafos, para que se possa aferir o grau de afetação que essas faltas podem proporcionar ao pleito. Em outras palavras: aferir a potencialidade.**

(...)' (grifo nosso).

*Recordo, também, oportuna a observação do eminente Ministro Gilmar Mendes no sentido de que a intervenção da Justiça Eleitoral deve ter como baliza o equilíbrio entre a legitimidade da soberania popular manifestada nas urnas e a preservação da lisura do processo eleitoral. Nesse sentido, cito trecho de seu voto no julgamento do Recurso Especial nº 24.739, de 28.10.2004, relator Ministro Peçanha Martins:*

**'(...) tal como me manifestei em outras oportunidades, especialmente naquele já referido caso de Alagoas, do Governador Lessa, tenho também eu dificuldade de dar ao texto do art. 73, inciso VI, da Lei nº 9.504/97, especialmente àquele que dimana do caput, esses efeitos rigorosos, que parecem balizar a orientação do Tribunal, a partir do voto do eminente Ministro Relator. Faço-o a partir de uma premissa segundo a qual a intervenção do Tribunal Superior Eleitoral no processo eleitoral há de se fazer com o devido cuidado para que não haja a alteração da própria vontade popular.**

(...)'.

*De outra parte, acrescento que, ao julgar o Recurso Especial nº 24.963, de minha relatoria, de 10.3.2005, também fiz questão de consignar convicção no sentido de se exigir a observância do princípio da tipicidade estrita no campo das condutas vedadas. Disse eu:*

'(...)

**Demais disso, entendeu o v. acórdão recorrido, que as infrações descritas no art. 73 não se revestem de caráter penal. Daí porque consignou o eminente Relator, que essa circunstância afastaria a adoção dos critérios de tipicidade, antijuricidade e culpabilidade na aplicação da norma.**

Também aqui, com a mais respeitosa licença, assim não entendo. Já consignei em outras ocasiões que, embora de matéria penal não se cuide no capítulo das condutas vedadas, creio que, por se tratar de normas que permeiam a rotina cotidiana do administrador público, sua interpretação e subsunção há de se fazer de forma estrita.

Em outras palavras, as condutas vedadas - para seu reconhecimento - estão subsumidas ao princípio da tipicidade e da legalidade estrita, à semelhança do que ocorre em matéria penal e tributária.

Nessa linha de raciocínio, aliás, é que também me fixei na premissa da aplicação do princípio da dosimetria da pena nas hipóteses de condutas vedadas, por exemplo, quando do julgamento do caso Mauá, Respe nº 24.739/04.

(...)'.

*No mesmo sentido, cito o Acórdão nº 5.817, Agravo de Instrumento nº 5.817, de minha relatoria, de 16.8.2005, cujo trecho da ementa transcrevo:*

'Representação. Candidato a prefeito. Art. 73, IV, da Lei nº 9.504/97. Programa habitacional. Doação de lotes. Decisão regional. Condenação. Alegação. Julgamento ultra petita. Não-configuração. Cassação. Registro ou diploma. Alegação. Hipótese de inelegibilidade. Improcedência. Precedentes. Conduta vedada. Configuração. Necessidade. Comprovação. Elementos. Ilícito eleitoral.

(...)

**7. Com relação às condutas vedadas, é imprescindível que estejam provados todos os elementos descritos na hipótese de incidência do ilícito eleitoral para a imputação das severas sanções de cassação de registro ou de diploma.**

(...)' *(grifo nosso)*.

*Posto isso, não há falar em presunção legal de quebra da igualdade de oportunidades entre os candidatos para sustentar a condenação pelos ilícitos capitulados no art. 73 da Lei das Eleições, sendo, pelas considerações externadas, indispensável a análise da potencialidade e da tipicidade estrita das condutas enumeradas nesse dispositivo legal, em face das graves sanções nele previstas.*

*E, nesse raciocínio, é que também tem se entendido que deva ser atendido o princípio da proporcionalidade, observando-se a dosimetria da pena a ser ponderada no caso concreto, conforme sustentado pelo eminente Ministro Humberto Gomes de Barros, no julgamento do Agravo de Instrumento nº 5.343, de 16.12.2004. Transcrevo excerto de seu voto:*

(...)

Percebe-se, entretanto, que o Acórdão aplicou, na cominação do § 5º, o tempero da proporcionalidade.

O Recorrente afirma que semelhante temperamento não se compadece com o dispositivo legal.

**Embora reconheça a solidez de tal argumento, rogo vênia para observar que o enunciado legal não é peremptório. Ele não afirma que o diploma do infrator será obrigatoriamente cassado. Diz apenas que ele “ficará sujeito” à cassação. Vale dizer: o infrator não perde automaticamente o registro ou diploma. Em assim fazendo, o Legislador concedeu ao magistrado o juízo de proporcionalidade.**

**Em outras palavras: o candidato infrator sujeita-se à sanção máxima. No entanto, o julgador apreciará se a falta, por sua gravidade e repetição, justifica a cassação.**

No caso, o Tribunal Regional Eleitoral entendeu que “a reprimenda aplicada (multa) se mostra bastante para a gravidade da falta cometida”. Semelhante entendimento não maltrata o § 5º do art. 73 da Lei nº 9.504/97.

(...)' *(grifo nosso)*.

*No mesmo sentido, cito a seguinte decisão:*

**'Propaganda institucional. Obra pública. Solenidade de descerramento de placa inaugural com nome do chefe do Executivo local. Ausência de violação ao art. 73, VI, b, da Lei nº 9.504/97.**

**Proibições contidas na Lei Eleitoral devem ser entendidas no contexto de uma reserva legal proporcional, sob pena de violação a outros princípios constitucionais.**

**Agravo desprovido' *(grifo nosso)***

**(Acórdão nº 4.592, Agravo Regimental em Agravo de Instrumento nº 4.592, rel. Ministro Gilmar Mendes, de 3.11.2005).**

*Definidas essas premissas, tenho por correto o entendimento da Corte Regional Eleitoral que concluiu pela não-caracterização da conduta vedada, à míngua da configuração do tipo previsto no art. 73, VI, c, da Lei das Eleições, e ausente a potencialidade da conduta atribuída ao representado.*

(...)'.



Aduz o Ministério Público, em síntese, que

*"(...)*

*o nobre Relator entende que o art. 73, da Lei nº 9.504/97, comporta exegese que atenua seu rigor literal, ou seja, as proibições ali contidas devem ser tomadas sob a perspectiva de uma reserva legal proporcional. Se assim é, impunha-se o restabelecimento da sentença de primeiro grau e a conseqüente manutenção da multa aplicada, conforme previsão do § 4º, art. 73, da Lei nº 9.504/97, a fim de evitar a total impunidade" (fl. 153).*

É o relatório.

## VOTO

O SENHOR MINISTRO CAPUTO BASTOS (relator): Senhor Presidente, observo, de plano, que as razões ora expendidas limitam-se a reproduzir os fundamentos do recurso especial, os quais restaram devidamente enfrentados no despacho que aqui se agrava.

Convenci-me, ante o que consignado pelo egrégio Tribunal *a quo*, no sentido de que *"(...) a conduta do recorrente não apresentou aptidão para comprometer o equilíbrio entre os participantes da disputa eleitoral"* (fl. 142), que, realmente, não se vislumbrava, na aludida conduta, potencialidade a ensejar as reprimendas da lei.

Enfatizo, em reforço ao que já expressei na decisão que proferi, que a jurisprudência, a meu sentir, deve primar por uma interpretação sistemática, de sorte que, qualquer conduta passível de alguma tipicidade e conseqüente penalidade, seja avaliada tendo como premissa as mesmas perspectivas.

Não me parece assim razoável, por exemplo, que o denominado abuso de poder (econômico ou político), previsto no art. 22 da LC nº 64/90, esteja condicionado a menor ou maior potencialidade, para que dele resulte a decretação de inelegibilidade e, com relação às condutas

vedadas, se utilize medida diversa, quando da aplicação da penalidade pertinente.

Demais disso, na hipótese dos autos, além de convencido quanto à necessidade de observância do princípio da proporcionalidade, aplicando-se a pena com dosimetria, tive em conta o registro da Corte de origem, soberana na apreciação das provas, quando afirmou: "(...) não há como se reconhecer sua tipicidade" (fl. 141).

Com essas considerações, nego provimento ao agravo regimental.

#### EXTRATO DA ATA

AgRgREspe nº 25.671/SP. Relator: Ministro Caputo Bastos.  
Agravante: Ministério Público Eleitoral. Agravado: José Inácio Pereira de Azevedo (Adv.: Dr. Aparecido Carlos Santana – OAB 65084/SP).

Decisão: O Tribunal, por unanimidade, negou provimento ao agravo regimental, nos termos do voto do relator.

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

SESSÃO DE 4.4.2006.

#### CERTIDÃO DE PUBLICAÇÃO

Certifico a publicação deste acórdão no Diário da

Justiça de 26 de 05 de 2006, fls. 101.

Em, 26 de 05 de 2006, lavrei a presente certidão.