

## **DIREITO ELEITORAL**

# **AÇÃO DE IMPUGNAÇÃO DE MANDATO ELETIVO – RECURSO CONTRA A DIPLOMAÇÃO E A PROVA PRÉ-CONSTITUÍDA**

**Leonel Tozzi**  
Ex-Juiz Eleitoral

---

### **Introdução**

A ação de impugnação de mandato eletivo e o recurso contra a diplomação constituem dois instrumentos da maior importância para a garantia da legitimidade dos pleitos eleitorais e para a segurança da inviolabilidade do voto e da vontade do eleitor.

Esses procedimentos judiciais têm em comum a sua iniciação a partir do ato de diplomação e têm por finalidade específica desconstituir o diploma mal-havido na disputa eleitoral e impedir o exercício do mandato daquele candidato que, embora eleito, usou de artimanhas e ilegalidades para, através do aliciamento, obter o voto do eleitor.

Inegavelmente, ambos os procedimentos são da maior relevância processual eleitoral. Por isso, os focalizaremos sob os aspectos mais objetivos possíveis, visando trazer a lume seus fundamentos legais, finalidades, conhecimentos doutrinários e interpretações jurisprudenciais da nossa Justiça Eleitoral, sem contudo ter a pretensão de esgotar os estudos e a análise de todas as nuances judiciais sobre tão importantes temas do Direito Eleitoral.

## **1. Ação de Impugnação de Mandato Eletivo**

### **Fundamento Legal**

Quando o ato abusivo ocorrer na época da eleição, no dia da votação ou se as provas só aparecerem depois da eleição e, tendo o

beneficiado sido eleito e diplomado, o remédio judicial é a ação de impugnação do mandato eletivo, previsto na Constituição Federal, art.14, §10, que prescreve:

“Art. 14, §10 – O mandato eletivo poderá ser impugnado ante a Justiça Eleitoral, no prazo de 15 dias contados da diplomação, instruída a ação com provas do abuso do poder econômico, corrupção ou fraude.

§ 11 – A ação de impugnação de mandato tramitará em segredo de justiça, respondendo o autor, na forma da lei, se temerária ou de manifesta má-fé”.

### **Objetivo e Legitimidade**

A ação impugnatória se destina a desconstituir o mandato obtido por candidato eleito mediante fraude, corrupção ou abuso do poder econômico, assim como impedir que o suplente que obteve seus votos, nas mesmas condições, venha futuramente assumir a titularidade do mandato.

O objeto predominante visa, pois, atacar o mandato conferido ao candidato eleito e o suplente que, usando de fraude, abuso do poder econômico e ou corrupção, compromete o resultado da eleição em seu favor.

Aliás, vale trazer à colação manifestações de estudiosos da matéria, como Ney Moura Teles: “a ação de impugnação de mandato destina-se a demonstrar que o mandato eletivo foi obtido ilicitamente restando, de conseqüência, contaminado pela fraude, pelo abuso do poder econômico ou pela corrupção, não ataca o diploma mas o mandato”.

Lauro Barreto: “é indispensável, também, para os efeitos da impugnação de mandato que a sua ocorrência tenha sido de intensidade e quantidade capaz de comprometer a lisura e a normalidade da eleição” (*Investigação Eleitoral e Ação de Impugnação de Mandato*, p.44).

Também o mestre em Direito Eleitoral Tito Costa (in *Recurso em Matéria Eleitoral*, 1992, p.170) ensina:

“Tais vícios todos, ou um deles apenas, deverá restar de tal modo comprovado, que a decisão não terá como deixar de decretar a imprestabilidade da diplomação, pois, este é o escopo da novidade constitucional, eliminar tanto quanto possível, vícios que deformem ou desnaturem o mandato popular”.

Portanto, o que visa o dispositivo constitucional, tal como os preceitos da LC 64/90, no que rege a representação do abuso do poder econômico, assim como, o abuso de autoridade, é a lisura em si do pleito e este fica comprometido com a simples prática desses atos reprovados, pouco importando o reflexo que tenha resultado na eleição.

Faz-se mister registrar que o sujeito passivo da ação de impugnação não é somente o titular do mandato mas, ainda, o suplente eleito.

A jurisprudência tem consagrado tal entendimento, como se pode constatar no Ac. n.º 1130 do TSE, Rel. Min. Eduardo Ribeiro, cuja ementa assim prescreve:

“Impugnação de Mandato Eletivo. Suplente.

Embora não seja titular de mandato, o suplente encontra-se titulado a substituir ou suceder quem o é. A ação de impugnação de mandato poderá, logicamente, referir-se, também, ao como tal diplomado.” (JTSE, vol. 11, n.º 2, p.77/79).

Justifica-se este posicionamento porque é certo que o suplente não tem mandato a exercer, porém, não menos exato que recebe o diploma que o habilita a fazê-lo. Seria desarrazoado que ficasse imune à impugnação oferecida, no prazo legal, pois poderá futuramente substituir ou suceder o titular.

Tem legitimidade ativa para a propositura da ação de impugnação de mandato eletivo o Ministério Público, os candidatos eleitos ou não, os partidos políticos e as coligações.

Cumprê notar que se tratando de interesse público relevante o Ministério Público, quando não for agente ativo do feito, funcionará como “custos legis”.

É importante, ainda, frisar que o Ministério Público, por incumbir-lhe a defesa da ordem jurídica, do regime democrático e dos interesses sociais e individuais indisponíveis (art. 127, CF) é parte legítima para, face à desistência da ação impugnatória pelo autor, assumir a sua titularidade e requerer o prosseguimento do feito.

É oportuno registrar a manifestação do atuante e culto Procurador Regional Eleitoral, Francisco Assis Vieira Sanseverino (*in* Rev. TRE/RS, n.º13, p.14):

“A ação de impugnação de mandato eletivo trata de matéria de ordem pública e tem natureza institucional. Por isto, não há espaço para acordo entre as partes ou mesmo desistência. Há, no caso de

pedido de desistência formulado pelo autor, a possibilidade de o Ministério Público Eleitoral assumir a titularidade da ação”.

Os terceiros interessados, ou simplesmente o eleitor, forte no direito de petição, poderão noticiar ao representante do Ministério Público o fato de que tenham conhecimento e que caracterize o abuso do poder econômico, corrupção ou fraude.

### **Competência**

O foro competente para processar e julgar a ação impugnatória será a Justiça Eleitoral, através de seus órgãos.

Assim, quando o sujeito passivo for o Presidente da República e o Vice, a ação tramitará perante o Tribunal Superior Eleitoral.

Quando o sujeito passivo for Governador do Estado e do Distrito Federal e os respectivos vices, senador, deputado federal e estadual, bem como os seus suplentes, a ação tramitará perante o Tribunal Regional Eleitoral.

Porém, quando os demandados forem o prefeito e o vice, vereadores e suplentes, a competência é do Juiz Eleitoral de primeiro grau.

Em suma, costuma-se dizer que a competência para conhecer, processar e julgar a ação de impugnação de mandato eletivo é do juízo competente para a diplomação.

### **Rito Processual e Princípios Prevalentes no Direito Eleitoral**

O rito processual a ser empregado na tramitação da ação de impugnação é o rito ordinário preceituado pelo Código de Processo Civil, conforme jurisprudência pacífica e dominante no Colendo Tribunal Superior Eleitoral, em decorrência da inexistência de lei especial que discipline a matéria.

Entretanto, no que diz respeito ao recurso a ser oferecido da decisão do feito impugnatório, deve ser seguido os ditames do art. 258 do Código Eleitoral, que dispõe: “sempre que a lei não fixar prazo especial, o recurso deverá ser interposto em três dias da publicação do ato, resolução ou despacho”.

O Direito Eleitoral caracteriza-se pela adoção de dois princípios que lhe atribuem peculiaridades que o distingue dos demais ramos do direito, assim:

**PRINCÍPIO DA CELERIDADE:** na realidade toda sistemática ajusta-se à exigência do princípio da celeridade, que constitui a diretriz básica e fundamental do processo eleitoral, pela razão primeira que o dia da eleição tem data previamente marcada e, nesta oportunidade, todos os feitos devem estar com sua resolução definida.

Esta imediatidade, no dizer do jurista Torquato Jardim (*Introdução ao Direito Eleitoral Positivo*, p. 78): “no decorrer do curtíssimo prazo em que se passam e têm que ser julgados definitivamente os conflitos, para que não ocorra dano irreparável à campanha eleitoral do candidato ou do partido político.”

Em virtude dessa urgência, os prazos são exíguos podendo, inclusive, correr durante sábados, domingos e feriados, *ex vi* do disposto no art. 16 da LC n.º 64/90. Daí o porquê de os recursos eleitorais, na sua substancial maioria, não terem efeito suspensivo, como dita o art. 257 do CE.

A expressão “substancial maioria” justifica-se porque, excepcionalmente, pode ser atribuído efeito suspensivo a recursos, por meio de procedimentos cautelares, quando o dano for iminente e/ou irreparável.

A Lei 9.504/97, que é uma lei especial destinada a reger o período das eleições, é um exemplo da celeridade do processo eleitoral, como se pode observar dos prazos estabelecidos no seu artigo 58 e parágrafos, “que trata do direito de resposta que pode ser exercitado a partir da escolha em convenção e é assegurado ao candidato, partido ou coligação atingidos, ainda que de forma indireta, por conceito, imagem ou afirmação caluniosa, difamatória, injuriosa ou sabidamente inverídica, difundidos por qualquer meio de comunicação”.

Em decorrência, o ofendido, para exercer o seu direito de resposta, dispõe de 24 horas, quando a ofensa for proferida em programa eleitoral gratuito; se em programa normal de rádio e televisão o prazo é de 48 horas; e se ocorrer na imprensa escrita o prazo é de 72 horas.

Ainda, a Justiça Eleitoral deve proferir suas decisões no prazo máximo de 24 horas, sob pena das sanções prevista no art. 345 do CE (art. 58, §§ 6º e 7º da Lei nº 9.504/97).

Donde se vê que no processo eleitoral nem mesmo o magistrado pode eximir-se deste comando legal, contando apenas 24 horas para decidir esta demanda, caso contrário, submeter-se-á a pena de pagamento de 30 a 90 dias de multa, *ex vi* do art. 345 do CE.

Por conseqüência, o princípio da celeridade norteia os dispositivos da legislação eleitoral, estabelecendo prazos exíguos e impondo exigências de decisões também imediatas.

**PRINCÍPIO DA PRECLUSÃO:** O instituto da preclusão impera de maneira absoluta no Direito Eleitoral e decorre, também, da característica célere e imediatista que deve ser imprimida ao processo eleitoral.

O assento legal está expresso no art. 259 do CE, que determina que “são preclusivos os prazos para a interposição de recurso, salvo quando neste se discutir matéria constitucional”.

Portanto, excetuando-se a discussão de matéria constitucional, os demais prazos são preclusivos que, uma vez não utilizados, retira da parte adversa o direito de recorrer da decisão.

Exemplo típico é o deferimento de registro de candidato, passível de inelegibilidade infraconstitucional, se a impugnação não for oferecida no prazo de cinco dias, a contar da publicação, preclui o direito e a matéria não mais poderá ser objeto de recurso, pois este prazo é peremptório e contínuo e não se suspende aos sábados, domingos e feriados (art. 16, LC 64/90).

Para concluir esses tópicos característicos do processo eleitoral é necessário salientar que no Direito Eleitoral não se podem decretar nulidades sem que seja apontado objetivamente algum prejuízo.

Esse comportamento judicial está consagrado no art. 219 do CE, que prevê que “na aplicação da lei eleitoral o juiz atenderá sempre aos fins e resultados a que ela se dirige, abstendo-se de pronunciar nulidades sem demonstração de prejuízo”.

### **Presença do Advogado**

O art. 133 da CF dispõe:

“Art.133 – O advogado é indispensável à administração da justiça, sendo inviolável por seus atos e manifestações no exercício da profissão, nos limites da lei”.

Portanto, em todos os feitos judiciais as partes deverão ser representadas por advogados legalmente constituídos, na forma do art. 37 do CPC, pois o que se procura com a presença do advogado,

no processo eleitoral, é aperfeiçoar as teses, possibilitando a melhor defesa do cidadão.

O mestre Pedro Niess (in *Ação de Impugnação de Mandato Eletivo*, p.71) assim ensina: “quando a legislação, em geral, diz que faculta a essa ou aquela pessoa a prática deste ou daquele ato em juízo, reconhece-lhe, apenas, ser parte legítima para praticá-lo, não lhe confere capacidade postulatória; ao contrário, para que a presença do advogado se torne desnecessária, sendo isso possível, é obrigatório que a lei o dispense expressamente. Os direitos são sempre outorgados a certas pessoas que, entretanto, devem postular em juízo por intermédio do advogado”.

### **Prazo para a Propositura da Ação**

De acordo com o art. 14, § 10, da CF, a ação de impugnação de mandato eletivo deverá ser ajuizada no prazo de 15 dias, contados da diplomação.

Inobstante tratar-se de prazo decadencial, a ação nasce juntamente com o direito. Não se deve entender que ele esteja excluído das regras dispostas no art. 184 do CPC, uma vez que o referido artigo não faz qualquer distinção entre prazos prescricional e decadencial, não sendo lícito, portanto, ao intérprete distinguir onde a lei assim não o fez.

Por conseqüência, além de observar a regra segundo a qual os prazos devem ser computados, excluindo o dia do começo e incluindo o dia do vencimento, faz-se necessário aplicar o § 2º do art. 184 do CPC que dispõe que os prazos somente começam em dia útil, devendo este ser entendido aquele que houve expediente forense.

Pois bem, verifica-se, assim, que a disposição inscrita no art. 16 da LC 64/90 substancia exceção a um princípio de Direito Processual, no tema contagem de prazo, razão pela qual sua aplicação deve restringir-se aos casos previstos nos arts. 3º e seguintes do referido diploma legal (registro de candidatos), nos quais não se inclui a ação de impugnação de mandato.

Tais assertivas estão em sintonia com o acórdão 12.368 do TSE, Rel. Min. Ilmar Galvão, cuja ementa é a seguinte:

“Acórdão que, em face da ausência de expediente forense, considerou haver sido prorrogado o prazo até o primeiro dia útil seguinte, na forma do art. 14, § 10, da CF.

Irresignação manifestada em recurso especial que restou inadmitido”.

Portanto, o prazo em referência, embora de natureza decadencial, sujeita-se às regras art. 184 do CPC, não podendo, por isso, ter como termo final data em que não houve expediente forense.

### **Litisconsórcio Passivo, Necessário e Unitário**

Como já tivemos oportunidade de salientar, a ação de impugnação de mandato poderá ser ajuizada contra candidatos e seus suplentes eleitos em eleições proporcionais, tais como: deputado federal, estadual e vereador; ou, ainda, contra titulares de cargos majoritários como presidente da república e vice, governador e vice, prefeito e vice e senador e suplentes.

Na hipótese de ser dirigida a ação impugnatória contra os titulares de cargos majoritários de presidente, governador ou prefeito, há que ser dirigida também aos respectivos vices, pois, entre eles, instala-se um litisconsórcio necessário e unitário em decorrência do texto legal, inserto no art. 91 do Código Eleitoral, que estabelece “que o registro de candidatos a presidente e vice-presidente, governador e vice-governador ou prefeito e vice-prefeito, far-se-á sempre em chapa única e indivisível, ainda que resulte a indicação de aliança de partidos”.

Portanto, na eleição voltada ao cargo de presidente, governador ou prefeito o voto que lhes é atribuído beneficia o vice, face à indivisibilidade da chapa. Por conseguinte, a cassação do diploma do titular do cargo alcança, necessariamente, a situação jurídica do vice, uma vez que a votação se dá de maneira vinculada e aderente.

Também, a chamada Lei das Eleições (Lei 9.504/97) contempla o litisconsórcio quando em seu art. 3º, § 5º, prescreve: “a eleição do prefeito importará a do candidato a vice-prefeito com ele registrado”.

Em decorrência, na ação de impugnação a citação do litisconsorte necessário há que ser feita no prazo de 15 dias a contar da diplomação, tendo em vista que o vício cometido, no decorrer da campanha eleitoral, contaminou os votos atribuídos à chapa, razão pela qual a ação deve ser dirigida a ambos os mandatos; pois, como já observamos, na ação impugnatória o prazo é decadencial e a citação do litisconsorte passivo deve obedecer a este lapso temporal sendo, ainda, descabida a providência judicial do art. 47 do CPC, quando já esgotados os 15 dias contados da diplomação.

Ademais, a Constituição Federal estabelece que, para a propositura da ação de impugnação, prevista no art. 14, § 10, o prazo é de 15 dias a contar da diplomação, o qual tem natureza decadencial. Assim, se o autor da ação, dentro desse lapso de tempo, não ingressar com ação contra os dois legitimados passivos, prefeito e vice-prefeito e, por esse motivo, deixar fluir o prazo de 15 dias, extingue-se o feito liminarmente sem julgamento do mérito e com a agravante de que não mais será possível sanar o feito porque além de se tratar de prazo peremptório, deve ser considerado que a imposição do litisconsórcio necessário é de ordem pública e não cabe às partes optarem por quem deva integrar a lide.

Nesse sentido é o ensinamento da doutrina, através da abalizada interpretação do jurista Pedro Henrique Niess: (*Ação de Impugnação de Mandato Eletivo*, p. 60):

“...sem dúvida, eleitos os candidatos a titular e a vice ou suplentes, com os mesmos votos, à vista da indivisibilidade da chapa que formaram, a fraude, a corrupção ou o abuso do poder econômico terão maculada a eleição comum, sendo todos igualmente afetados com a decisão judicial...Sendo os vices e os suplentes litisconsórcios passivos e necessários, não há como se entender possa a ação ser considerada corretamente ajuizada somente contra o titular...”.

Impõe-se distinguir, ainda, o entendimento do preclaro e operoso Procurador Regional Eleitoral, Dr. Francisco de Assis Sanseverino, quando afirma: “o que previsto no parágrafo único do art.47 do CPC – determinação no sentido de o autor vir a promover a citação de todos os litisconsórcios necessários – pressupõe que não esteja consumada a decadência. Deixando o autor para ajuizar a ação no último dia do prazo fixado, o fazendo de modo incompleto, descabe a providência, no que jungida à utilidade.

O preceito não tem o condão de ressuscitar prazo decadencial já consumado” (Revista TRE/RS nº13, pág.17/18).

Com referência às eleições proporcionais, é controversa a exigência da configuração do litisconsórcio, relativamente ao partido político ou coligação pelo qual concorreu o candidato eleito.

Assim, José Antônio Fichtner assegura que “na hipótese de propositura da ação de impugnação de mandato eletivo contra candidato eleito pela votação proporcional, o partido ou coligação têm,

necessariamente, que ser litisconsorte do candidato que está sendo impugnado”.

Tal assertiva fundamenta-se no fato de que os votos foram obtidos mediante fraude, abuso do poder econômico ou corrupção e, por conseqüência, seria nula esta votação, o que implicaria alteração do quociente eleitoral e que, tal situação, influiria de maneira direta na esfera jurídica do partido ou coligação a que pertence o candidato, com possível perda de alguma cadeira e, por esta razão, torna a agremiação política parte integrante do processo instaurado.

Não obstante, não é pacífico este posicionamento, em razão da edição da Lei n.º 7.179/83, que acrescentou ao art. 175 do CE o § 4º, que dispõe:

“§ 4º – O disposto no parágrafo anterior não se aplica quando a decisão de inelegibilidade ou de cancelamento de registro for proferida após a realização de eleição a que concorreu o candidato alcançado pela sentença, caso em que os votos serão contados para o partido pelo o qual tiver sido feito o registro”.

*Ipsa facto*, na hipótese em tela, não há que se falar em nulidade dos votos e, por conseqüência, não ocorre a alteração do quociente eleitoral, menos ainda prejuízo ao partido ou coligação que mantêm o seu quociente partidário.

Em recente decisão do Colendo TSE, do qual foi relator o Ministro Eduardo Ribeiro, foi lavrado o acórdão n.º16.000, cuja ementa prescreve:

“Recurso Especial. Ação de Impugnação de Mandato.

...desnecessidade de que figure no processo, como litisconsorte, coligação ou partido político sob cuja legenda disputou as eleições o candidato cujo mandato é impugnado...”.

Pela relevância dos seus argumentos, impõe-se reproduzir trecho do voto do relator, que obteve acolhimento unânime dos demais membros do TSE:

“...em relação às eleições majoritárias, a eventual cassação do diploma atingirá apenas o interessado e, eventualmente, o que com ele haja sido eleito, na qualidade de vice. Presente todos esses no processo, não há razão para que integre também a coligação por que hajam sido eleitos. Tanto mais que a coligação, tratando-se de eleições majoritária, não tem mais razão de ser após as eleições.

Igualmente, não se justificaria a notificação do partido. A eventual perda do cargo não trará conseqüências para outros candidatos e o certo que não é ele do partido, mas do eleito, que poderá mesmo desligar-se, no curso do mandato, da agremiação política por que concorreu.

Em relação às eleições proporcionais, poderá haver interesse direto da coligação, desde que a perda do cargo levasse a que não se computassem, para qualquer efeito, os votos a ele dados. Não é, entretanto, o que sucede no caso em exame. Incide, com efeito, o disposto no §4º, do art.175 do CE. Contam-se os votos para legenda.

Da pesquisa que fiz da jurisprudência deste tribunal encontrei apenas um julgado específico sobre o tema. Trata-se do RCD, n.º325, de que Rel. o Min. José Boselli (DJU, 23/02/77). Nele teve-se como necessário a citação do partido como litisconsorte. Ocorreu que aquele julgamento se deu antes da edição da Lei 7.179/83 que introduziu, no art. 175 do CE, o citado parágrafo 4º...”

## **Provas**

O mandamento constitucional determina que a ação impugnatória seja instruída com provas idôneas e incontroversas do abuso do poder econômico, da corrupção ou da fraude que serão analisadas no decorrer da tramitação processual, para averiguação se realmente ocorreram as irregularidades apontadas e se essas atingiram a legitimidade e normalidade do pleito.

Há que se ter em mente que este procedimento constitucional tem as características de uma verdadeira ação, onde se desenvolverá plenamente a instrução probatória, em obediência irrestrita aos princípios legais do processo, do contraditório e da ampla defesa.

Frise-se que o ônus da prova, quanto à existência da irregularidade e da ilegalidade, ainda que indiciária, é do autor, de vez que a eleição propriamente dita goza de presunção “juris tantum”, de normalidade e legitimidade.

Na ação de impugnação de mandato o que importa é a existência objetiva dos fatos, ou seja, o abuso do poder econômico, a corrupção ou a fraude, e a prova, ainda que indiciária, de sua influência no resultado do pleito. Nesta ação não se cuida de responsabilidade penal e sim do objetivo comprometimento do resultado do pleito.

Além do mais, o que importa à procedência da ação impugnatória é a prova objetiva da ocorrência das atitudes proibidas pela norma constitucional, independentemente da participação direta dos beneficiados nos atos e fatos configuradores da prática ilícita. Por exemplo, o prefeito municipal distribuiu, durante a campanha eleitoral, farta quantidade de materiais de construção e sacolas de alimentos em troca de votos para o candidato de seu partido político, fatos que foram provados como a causa do desequilíbrio do pleito em favor do candidato eleito; embora este não tenha participado diretamente nesta distribuição de bens, a verdade é que ficou provado que ele, indiscutivelmente, foi o beneficiado direto com essas atitudes ilícitas.

O jurista Pedro Henrique Niess (*Ação de Impugnação de Mandato Eletivo*, p. 24) assim se manifesta:

“Não condena a Constituição a influência do poder econômico no pleito eleitoral. O exercício do poder é lícito, tanto que é regulado. É a má influência, a excessiva intervenção do poder econômico que deve ser coibida: recusa-se a sua influência na normalidade e legitimidade das eleições”.

### **Segredo de Justiça**

Como já foi registrado, a Constituição, no seu art. 14, § 11, prescreve que a ação de impugnação de mandato eletivo tramitará em segredo de justiça.

O Colendo TSE, em Acórdão, nº 31/01, Rel. Min. Edison Vidigal, decidiu:

“... Ação de impugnação de mandato eletivo deve ser processada em segredo de justiça. Todavia, o seu julgamento é público...” (CF, art. 14, § 11 e art. 93, IX).

Esse posicionamento da Superior Corte Eleitoral trouxe nova interpretação à determinação de segredo de justiça imposta pelo texto constitucional.

Houve uma expressa referência ao art. 93, IX, CF, que estabelece que “todos os julgamentos dos Órgãos do Poder Judiciário serão públicos e fundamentadas todas as decisões, sob pena de nulidade...”.

Destarte, a exigência da tramitação da ação impugnatória fundamenta-se na publicidade dos atos processuais que, neste tipo de

ação, poderia possibilitar que uma simples suspeita, talvez até infundada, viesse a levar o candidato à execração pública, face a um possível sensacionalismo dos meios de comunicação.

Portanto, quando o texto constitucional afirma que a ação de impugnação de mandato eletivo tramitará em segredo de justiça, refere-se, apenas, à tramitação processual, tendo em vista que, nesta fase, o excesso de publicidade poderia até mesmo prejudicar o bom funcionamento da máquina judiciária.

Porém, por ocasião do julgamento, quando da conclusão do feito, deve prevalecer o princípio da publicidade, inserto no art. 93, IX, da Magna Carta, como maneira de possibilitar a fiscalização da comunidade quanto à independência, imparcialidade, autoridade e responsabilidade dos julgadores.

Aliás, vale lembrar que o TRE/RS tem precedente em seus julgados, quando por ocasião do processamento de um candidato eleito e empossado prefeito, teve seu julgamento liberado ao público, fruto da concordância prévia das partes, dos advogados, do Ministério Público e com o acolhimento dos membros do Tribunal.

## **2. Recurso contra a expedição do diploma – exigência da prova pré-constituída**

### **Fundamento legal**

O recurso contra a expedição do diploma tem como objetivo primordial suspender a própria diplomação e o exercício do mandato, nos casos e condições previstos no art. 262, incisos I a IV, do Código Eleitoral, que prescreve:

“Art. 262 – O recurso contra a expedição do diploma caberá somente nos seguintes casos:

- I – inelegibilidade ou incompatibilidade do candidato;
- II – errônea interpretação da lei quanto à aplicação do sistema de representação proporcional;
- III – erro de direito ou de fato na apuração final quanto à determinação do quociente eleitoral ou partidário, contagem de votos e classificação de candidatos, ou a sua contemplação sob determinada legenda;

IV – concessão ou denegação do diploma, em manifesta contradição com a prova dos autos, na hipótese do art. 222 desta lei e do art. 41-A, da Lei 9504, de 30 de setembro de 1997”.

### **Legitimidade**

São legitimados para a propositura do recurso contra a diplomação os candidatos que tenham concorrido ao pleito, os partidos políticos ou as coligações, com a importante afirmação de que estes agentes só poderão acionar a Justiça Eleitoral se devidamente representados por advogado habilitado, e poderá, obviamente, ser agente ativo o Ministério Público Eleitoral.

Apesar dessa afirmativa, vale dizer que, embora o Código Eleitoral não especifique nominalmente quem possui legitimação ativa para a propositura do recurso contra a diplomação, é imperiosa a aplicação subsidiária das regras do Código de Processo Civil, inseridas no seu art. 3º, que dispõe: “para propor ou contestar a ação é necessário ter interesse e legitimidade”.

Portanto, ao relacionar entre os legitimados os candidatos que tenham concorrido ao pleito, deve ser feita uma ressalva: é que essa legitimidade pertence àqueles candidatos que demonstrarem efetivo interesse na outorga do diploma questionado, porque tal situação pode lhe causar evidente prejuízo.

Assim, tem legitimidade para a propositura do recurso contra a diplomação aquele candidato que demonstrar o gravame do qual seja alvo.

Registre-se o exemplo aventado por Tito Costa: um candidato a vereador, eleito ou não, não possui interesse e legitimidade para se contrapor à diplomação ao prefeito eleito, pois a procedência do recurso em nada lhe favorecerá.

Esse tem sido o entendimento do Colendo TSE, Acórdão nº 531, Rel. Min. Pádua Ribeiro:

“Indemonstrado o proveito direto do recorrente no cancelamento dos diplomas expedidos aos recorridos, inadmite-se a sua legitimidade para figurar como impugnante”.

Em última análise, o recurso oferecido pelo candidato deve estar condicionado a que este revele interesse direto na desconstituição do

diploma, pois o cancelamento deste deve proporcionar a sua própria diplomação.

Como se vê, prevalece o princípio vigente no Direito Eleitoral e consagrado no art. 219 do CE, que estabelece que não será declarada nulidade sem a demonstração do prejuízo.

### **Prazo**

O prazo para a interposição do recurso contra a diplomação obedece à regra geral disposta no art. 258 do CE, que prescreve: “sempre que a lei não fixar prazo especial o recurso deverá ser interposto em 3 (três) dias da publicação do ato, resolução ou despacho.”

### **A quem deve ser dirigido o recurso**

Tratando-se de um recurso, na verdadeira acepção do termo, é importante direcionar corretamente a inconformidade ao juízo competente para o seu julgamento. Assim, bastante esclarecedor e oportuno é o ensinamento do mestre Tito Costa (*in Rev. TRE/RS*, n.º 8, p. 39/42), vazado nos termos que segue:

“I – Tratando-se de eleição municipal, o recurso contra a diplomação deverá ser dirigido ao TRE, pois o ato de diplomação dos eleitos é da competência do Juiz Eleitoral de primeiro grau.

II – Tratando-se de eleição estadual, a diplomação dos candidatos eleitos para governador do estado, senadores, deputados federais e deputados estaduais, é da competência do TRE e o recurso contra a diplomação, terá características de recurso ordinário, nos termos do art. 276, inc. I, alínea “a”, do Código Eleitoral, deverá ser dirigido ao TSE.

III – Tratando-se de eleição de presidente da república e do vice-presidente da república, a competência da diplomação é do TSE.

Porém, para este ato não há previsão legal para recurso. Entretanto, como não existe ato ou decisão judicial do qual não se possa discordar e, portanto, questionar via recurso, entendo que até mesmo via mandado de segurança dirigido ao STF, poder-se-ia impugnar a diplomação do presidente da república e do vice.

Dependendo do móvel que ensejar recurso contra a diplomação permite, até mesmo, imaginar-se a possibilidade de recurso

extraordinário, muito embora o ato de diplomar do TSE não possa se considerar uma causa, nos termos do art. 102, III, da CF.

De resto, há um princípio maior inscrito na nossa Magna Carta, segundo o qual a lei não excluirá da apreciação do Poder Judiciário, lesão ou ameaça a direito (art. 5º, XXXV, CF).”

### **Inelegibilidade**

O art. 262, inciso I, do CE, estabelece que só caberá o recurso contra a diplomação nos casos de inelegibilidade ou incompatibilidade do candidato.

O texto legal, ao consignar a incompatibilidade do candidato, faz alusão direta ao art. 14, § 4º, da CF, que declara serem inelegíveis os inalistáveis e os analfabetos.

Porém, embora nos demais incisos do art. 262 estejam relacionadas outras causas de agir, é a referência à inelegibilidade que deve ser tratada de maneira específica, pelo simples fato de ser a principal e a mais costumeira causa de interposição deste remédio recursal.

A declaração de inelegibilidade é de suprema importância para resguardar a legitimidade e a normalidade do pleito eleitoral, protegendo-o contra as influências do abuso do poder econômico ou político e, dentro do ordenamento jurídico brasileiro, tem sua origem na Constituição Federal e, por expressa delegação do § 9º, do art. 14, da CF, lei complementar estabelecerá outros casos de inelegibilidade, é como ocorre com a LC 64/90.

Tomando como referencial o recurso contra a diplomação, deve ser ressaltado que, quando a inelegibilidade for de natureza constitucional (art. 14, §§ 4º, 6º e 7º, CF) e, quando sua declaração for superveniente à impugnação ao registro da candidatura, não há que se falar em preclusão (art. 259 CE) e, por conseguinte, nada impede o ajuizamento desse procedimento recursal.

Porém, é indispensável lembrar, uma vez mais, face à celeridade do processo eleitoral e à sua imediatividade, a prevalência do instituto da preclusão.

Resumidamente, podemos afirmar que no recurso contra a diplomação (art. 262, inciso I):

a) a inelegibilidade superveniente ao registro do candidato e anterior à diplomação: admite o cabimento do recurso contra a diplomação;

b) a condenação criminal, transitada em julgado após a eleição e antes da diplomação por crime contra a administração pública e aqueles previstos no art. 1º, I, “e”, da LC 64/90, são causas de inelegibilidade oponível contra o candidato eleito, mediante o recurso contra a diplomação.

Outra hipótese de grande relevância e freqüente ocorrência diz respeito ao litisconsorte unitário e necessário e que deve ser enfrentado neste estudo, até para trazer ao debate os diversos posicionamentos jurídicos que envolvem esse momentoso tema.

Assim, nos casos de interposição do recurso contra a diplomação com fundamento na rejeição das contas do prefeito eleito, ocorrida após a eleição e antes da diplomação, com embasamento legal no art. 262, inciso I, do CE, c/c o art. 1º, I, “g”, da LC 64/90, impõe-se registrar que a inelegibilidade daí resultante atingirá as eleições que se realizarem nos 5 anos seguintes, contados a partir da decisão.

Nestas condições, rejeição das contas, configura-se a ilegitimidade passiva do vice-prefeito eleito na chapa majoritária e, portanto, nessa hipótese, não figura no pólo passivo o vice-prefeito, pela fundamental razão de que se trata de inelegibilidade personalíssima, uma vez que o prefeito municipal é o ordenador das despesas do município e o único responsável por sua prestação de contas; logo, a declaração de sua inelegibilidade não transfere esse vício para a unidade da chapa majoritária. O texto legal que embasa esta assertiva está contido no art. 18 da LC 64/90, que estabelece: “a declaração de inelegibilidade do candidato à presidência da república, governador do estado e do distrito federal e o do prefeito municipal não atingirá o vice-presidente, o vice-governador ou o vice-prefeito, assim como a destes não atingirá aqueles”.

Em seqüência, no trato do litisconsórcio necessário, não pode ser olvidada a decisão do Colendo TSE, na qual se demonstra a outra face dessa situação jurídica que, em determinadas circunstâncias, é de natureza subordinante e subordinada, como está expresso no Acórdão n.º 15.817, Rel. Min. Edison Vidigal:

“Embargos de declaração. Recurso contra a diplomação do prefeito. Ausência de citação do vice como litisconsórcio necessário. Prescindibilidade.

I – Por se tratar de uma relação jurídica subordinada, o mandato do vice-prefeito é alcançado pela cassação do diploma do prefeito de sua chapa.

II – Em recurso contra a diplomação do prefeito, não há necessidade de o vice integrar a lide na qualidade de litisconsórcio necessário.

III – Embargos rejeitados.”

O caso consiste, resumidamente, no seguinte: o vice-prefeito não foi citado para compor a lide como legitimado passivo. O Tribunal decretou a perda do mandato de ambos. Em embargos declaratórios o vice-prefeito, alegando que não foi citado na demanda e que, portanto não deveria ser atingido pela decisão, razão pela qual pretende modificar o julgamento.

Ao fazer referência a esse Acórdão 15.817, impõe-se, por imperiosa justiça, reproduzir, ainda que em alguns trechos, o brilhante e judicioso voto da lavra do notável talento do mestre Néelson Jobim:

“... vamos admitir que o vice-prefeito tenha um problema em relação ao registro da sua candidatura.

Após a eleição, impugna-se, com base nessa situação, sua diplomação.

Teve o vice-prefeito atingida a sua posição jurídica, considerando a existência de um vício seu de inelegibilidade, anterior à eleição: falta de domicílio eleitoral, por exemplo.

Coisa desse tipo contamina a eleição do prefeito?

Não.

Cai o registro da candidatura do vice-prefeito, por razões que lhe são próprias.

O que mostra, a meu juízo, que não estamos perante uma litisconsorciação unitária, no sentido de que seja uma mesma e só relação jurídica a ser examinada.

O Tribunal, em alguns casos, asseverou que era litisconsorciação necessária porque era unitária.

Pergunto.

É unitária essa relação jurídica ou são situações jurídicas distintas?

No sistema eleitoral brasileiro, o candidato a vice-prefeito não tem voto próprio.

O eleitor, a rigor, vota no candidato a prefeito, embora, formalmente, o voto seja da chapa.

A sorte do vice-prefeito depende do resultado do prefeito.

Eleito este, está eleito aquele.

Há uma vinculação entre ambos.

Há uma relação de dependência entre a situação do prefeito e do vice-prefeito.

E qual é a relação de dependência?

Qual é a situação jurídica subordinante em relação à situação jurídica subordinada?

Evidentemente, o estado jurídico subordinante é do prefeito.

O estado jurídico do vice-prefeito é subordinado.

A existência – manutenção – da titularidade da situação jurídica do vice-prefeito depende da manutenção da titularidade da situação jurídica do prefeito.

Por quê?

Porque há uma relação de subordinação entre duas situações jurídicas distintas.

Mas a recíproca não é verdadeira.

A situação jurídica do prefeito não está subordinada à situação jurídica do vice-prefeito.

Por quê?

Porque pelo nosso sistema, em qualquer hipótese, mesmo que tivéssemos votações distintas não teria nenhuma diferença.

Não podemos nos impressionar, pelo fato de ser votação em chapa, de que a situação do vice-prefeito seja absolutamente a mesma do prefeito.

São situações jurídicas distintas.

Daí por que concludo que não estamos necessariamente perante um litisconsorte unitário, porque o que se aprecia, quando se discute a inelegibilidade do prefeito, é a sua situação jurídica.

Decidindo pela sua cassação, porque ele era portador de um vício pessoal, aquela decisão produz efeitos em relação ao vice-prefeito.

Não é porque a sentença esteja produzindo efeitos sobre a situação do vice-prefeito.

Mas, porque desaparece a condição de sobrevivência e da manutenção da condição do vice-prefeito ao desaparecer a situação jurídica subordinante, como consequência da sentença.

A sentença atinge exclusivamente a situação do prefeito.

Com alguma concessão de linguagem, poder-se-ia dizer que a situação jurídica do vice-prefeito é atingida, reflexamente, pela sentença.

É aquilo que Liebman chamava, no clássico “Eficácia da Sentença” – livro que alterou substancialmente a teoria da coisa julgada na doutrina italiana, alemã e brasileira – de eficácia natural da sentença.

Já nos “Estudos de Processo Civil”, Liebman chamou de consequência reflexa da sentença.

Assim, Senhor Presidente, feito isso, a dicotomia foi posta no voto do relator.

Uma corrente entendendo que, não citado o prefeito, havia a nulidade do processo.

Para isso ser verdadeiro, teríamos que sustentar o quê?

Litisconsorciação necessária?

Não.

A litisconsorciação necessária diria que a sentença é ineficaz em relação ao litisconsórcio necessário que não participasse do processo.

Se não me engano, Maurício Corrêa entendia pela manutenção do vice-prefeito, por entender, ao final, que o vice-prefeito não seria atingido.

Corrigiu a posição de Alckmin para dizer que a sentença era ineficaz em relação ao vice-prefeito.

Pergunto.

Estamos perante uma litisconsorciação unitária – conceito processual?

Ou, desaparecida a condição de prefeito, como situação jurídica subordinante, pode-se manter a situação jurídica subordinada?

O vice-prefeito, por falta de desincompatibilização, se participasse do processo, teria algo a contribuir e opor-se o vício – que não abuso do poder econômico, que é outra coisa (grifei) – é de inelegibilidade exclusiva do prefeito?

Fernando Neves informou que há recurso contra a expedição do diploma e que ele se desincompatibilizou da função, mas continua exercendo-a, e o Tribunal entendeu que não houve a desincompatibilização de fato.

Parece-me, Senhor Presidente, que precisamos ter muita cautela na compreensão desse fato, por uma razão também prática: é extraordinariamente fácil sobreviver quatro anos na demanda dessa

situação e, ao final, dizer que o vice prefeito não foi citado e o processo todo é nulo.

Assim, Senhor Presidente, acompanho o relator para considerar que não estamos perante um caso de litisconsorte necessário, nem de litisconsorte unitário.

Trata-se de relações jurídica subordinante e subordinada...”

Por derradeiro, é imperioso consignar que na hipótese da chapa unitária ser atingida pelo vício do poder econômico ou político, durante a campanha eleitoral, é indiscutível que a higidez da chapa é atingida na sua totalidade e, nestas circunstâncias, o recurso contra diplomação, necessariamente, terá que ter no pólo passivo o prefeito e o vice-prefeito que compõem a chapa majoritária.

Outra causa, contida em lei, é a do art. 262, IV, que determina que “a concessão ou denegação do diploma, em manifesta contradição com a prova do autos, na hipótese do art. 222 desta lei e do art. 41-A, da lei 9504/97.”.

A nova redação do inciso IV do art. 262, CE, que compreende a inserção do art. 41-A, resulta que o recurso contra a diplomação pode fundamentar-se não só no vício de falsidade do voto, na fraude, na coação, no abuso de poder econômico ou de autoridade (art 222, CE), como também nas ocorrências de captação ilícita de sufrágio, compreendendo a corrupção eleitoral definida no art. 41-A da Lei 9.504/97.

Este tema, considerando a sua relevância e notabilidade, deverá ser objeto de um estudo específico e mais profundo. Porém, sinteticamente, pode ser consignado que, tanto a ação de impugnação de mandato eletivo (art. 14, § 10, CF), quanto o recurso contra a diplomação (art. 262, CE), visam à cassação do diploma do candidato eleito, fundamentando-se, especialmente, no abuso do poder econômico ou de autoridade e, ainda, na ocorrência da inelegibilidade do candidato. Entretanto, com o advento da Lei 9.840/99, que acrescentou à Lei 9.504/97 o art. 41-A, sobreveio mais um argumento importante para atingir o diploma mal-havido pelo candidato eleito e esta razão basilar é a captação de sufrágio mediante doação, oferecimento, promessa ou entrega ao eleitor de bem ou vantagem pessoal de qualquer natureza, com o objetivo de obter-lhe o voto, o

que significa que, em última análise, perde o diploma o candidato que praticar o que comumente se chama de corrupção eleitoral “*lato sensu*”, durante a campanha eleitoral.

### **Prova pré-constituída**

É condição “*sine qua non*” para a propositura do recurso contra a diplomação a prova pré-constituída que, no caso, poderá ser a investigação judicial, conforme prescreve o art. 22, inciso XV, da LC 64/90, que dispõe:

“XV – Se a representação for julgada procedente após a eleição do candidato serão remetidas cópias de todo o processo ao Ministério Público Eleitoral, para os fins previstos no art. 14, §§ 10 e 11, da CF e art. 262, IV, do Código Eleitoral.”.

Em face do texto legal, a existência da prova pré-constituída, obtida através da representação julgada procedente, é uma necessidade imperiosa.

A prova pré-constituída é necessária pela simples razão de que no recurso contra a diplomação não há instrução probatória, pois, como o próprio nome deste procedimento judicial está a indicar, trata-se de um mero recurso, ao contrário da ação de impugnação de mandato eletivo (art. 14, § 10, CF), que, para a sua propositura, basta que a inicial seja instruída com prova idônea e contundente ou que os indícios sejam suficientemente fortes e capazes de demonstrar o indispensável “*fumus boni iuris*”.

Assim, para ser configurado o abuso do poder econômico é necessária a observância da forma prevista no art. 19 da LC 64/90, que prescreve:

“Art.19 – As transgressões pertinentes à origem de valores pecuniários, abuso do poder econômico ou político em detrimento do voto, serão apuradas mediante investigações jurisdicionais realizadas pelo Corregedor Geral e Corregedores Regionais Eleitorais”.

Entretanto, quando se tratar de eleições municipais, a competência para conhecer, processar e julgar a investigação judicial será do Juiz Eleitoral e, ao representante do Ministério Público, na Zona Eleitoral, cabe desempenhar as atribuições deferidas ao Procurador Regional Eleitoral (art. 24, LC 64/90).

Vale lembrar, porém, que essa investigação judicial que apura a ocorrência do abuso do poder econômico somente poderá se transformar em prova pré-constituída com o julgamento de sua procedência.

Inicialmente, a jurisprudência dominante era aquela que admitia a investigação judicial, com características de prova pré-constituída, ainda que pendente de recurso.

No entanto, em decisão unânime do Colendo TSE, consubstanciada no Acórdão n.º 15.358, Rel. Min. Eduardo Alckmin (publicado no DJU de 17/09/99), ficou estabelecida nova versão, segundo a qual “não se pode considerar prova pré-constituída a decisão em investigação judicial não transitada em julgado, no momento do ajuizamento do recurso contra diplomação”.

Sendo o Min. Alckmin autor dessa nova tese que trata da prova pré-constituída, com exigência de trânsito em julgado, para o ajuizamento do recurso contra a diplomação, é mister que se dê o necessário destaque aos fundamentos do seu judicioso voto:

“...é jurisprudência assente nesta corte que o recurso contra a diplomação reclama a prova pré-constituída (Ac. 519 Rel. Min. Torquato Jardim; Ac. 497, Rel. Min. Maurício Cardoso).

Quando interposto o recurso contra a diplomação, aqui versado, certo é que não havia o trânsito em julgado, julgando precedente a investigação judicial por abuso do poder econômico ou político.

A questão que se coloca é se, mesmo assim, pode-se considerar como existente a prova pré-constituída.

Figure-se a hipótese de o recurso contra a diplomação ser julgado precedente, com fundamento em anterior acolhimento da investigação judicial e depois, esta última a ser julgada, por instância superior, improcedente.

Haveria a situação absurda de ter sido cassado o diploma sem que houvesse reconhecimento da caracterização do abuso...”

Outro argumento de uso freqüente é a análise comparativa entre a investigação judicial que tem por finalidade a declaração de inelegibilidade por abuso de poder econômico ou político, previsto no art. 1º, inc. I, alínea “d”, da LC 64/90, e o recurso contra a diplomação que visa especificamente à desconstituição do diploma do candidato eleito.

Assim, se para efetivar-se a declaração de inelegibilidade por abuso do poder econômico ou político é indispensável o trânsito em julgado da representação julgada precedente; com muito mais razão e pelo

mesmo fundamento deve haver investigação judicial, transitada em julgado, para que se constitua em prova pré-constituída, embasando a desconstituição do diploma do candidato eleito através do recurso contra a expedição do diploma.

## **Conclusão**

Face a esse novo posicionamento acolhido por unanimidade, pelos eminentes ministros do TSE, que consiste na exigência do trânsito em julgado da investigação julgada procedente, para o ajuizamento do recurso contra a diplomação (262, CE); embora essa exigência seja juridicamente compreensível e aceitável, com a devida vênia, na prática processual a resultante é a absoluta perda da eficácia deste remédio recursal, pois dificilmente a investigação judicial (art. 22, LC 64/90) terá o seu desfecho com trânsito em julgado, concluído dentro do prazo previsto em lei (três dias a contar da diplomação dos eleitos, art. 258 do CE) para a interposição do recurso contra a diplomação.

Destarte, ao persistir a exigência do trânsito em julgado da investigação julgada procedente, não há dúvida de que diminuirá o âmbito de aplicabilidade do recurso contra a diplomação. Entretanto, é necessário reconhecer que esse procedimento recursal conservará sua eficácia plena para os casos em que, por exemplo, a prova pré-constituída resultar de processo de condenação criminal que transitar em julgado depois do registro da candidatura e antes da diplomação.

Torna-se, pois, interessante alertar que, doravante, a medida mais conveniente é a ação constitucional da impugnação de mandato eletivo, que para seu ajuizamento, não faz imprescindível a prova pré-constituída; basta que a peça exordial seja instruída de um começo de prova idônea dos fatos narrados e incontroversos, sendo, inclusive, possível valer-se da prévia investigação judicial, cujo pedido de juntada aos autos terá a força de início probatório que, no decorrer da tramitação processual, poderá se desenvolver de maneira plena para provar o abuso do poder econômico, político, corrupção ou fraude capazes de atingir a liberdade do voto, a legitimidade e normalidade das eleições.

Antes de encerrar esse desprezioso estudo não poderia deixar de focalizar o disposto no art. 216 do CE e suas conseqüências para o processo eleitoral.

“Art. 216 – Enquanto o Tribunal Superior não decidir o recurso interposto contra a expedição do diploma, poderá o diplomado exercer o mandato em toda a sua plenitude”.

Quando o texto legal afirma que o diplomado desempenhará o mandato em toda a sua plenitude, até a decisão do recurso contra a diplomação pelo TSE, estende, também, este conceito à ação de impugnação de mandato eletivo, prevista no art. 14, § 10, da Constituição Federal. Porque o objetivo primordial da lei eleitoral é claro, pois, indiscutivelmente, consiste em evitar sucessivas alternâncias no exercício do cargo eletivo, além de demonstrar profundo respeito à vontade do eleitor que destinou seu voto ao candidato demandado e, por conseqüente, o resultado obtido nas urnas só poderá sofrer desfazimento mediante prova incontestada e incontroversa de que este resultado foi obtido de maneira ilícita, reconhecido por decisão transitada em julgado, da Colenda Superior Corte Eleitoral.

Assim, a regra do art. 216 do CE deve ser aplicada nas hipóteses de recurso contra a expedição do diploma (art. 262, CE), bem como nas de ação de impugnação do mandato eletivo (art. 14, § 10, CF) porque é a desconstituição desse diploma e o conseqüente exercício do mandato que se visa obter em ambos os feitos.