

CONDUTAS VEDADAS AOS
AGENTES PÚBLICOS

**AGRAVO REGIMENTAL NO RECURSO ESPECIAL ELEITORAL
N. 27.896 – CLASSE 22ª – SÃO PAULO (São José dos Campos)**

Relator originário: Ministro Joaquim Barbosa
Redator para o acórdão: Ministro Felix Fischer
Agravante: Ministério Público Eleitoral
Agravados: Cristiano Pinto Ferreira e outro
Advogados: Tania Lis Tizzoni Nogueira e outro

EMENTA

Agravo regimental. Conduta vedada. Eleições 2006. Ausência do requisito de potencialidade. Elemento subjetivo. Não interferência. Insignificância. Não incidência. Proporcionalidade. Fixação da pena. Recurso provido.

1. A configuração da prática de conduta vedada independe de potencialidade lesiva para influenciar o resultado do pleito, bastando a mera ocorrência dos atos proibidos para atrair as sanções da lei. Precedentes: Rel. Min. Arnaldo Versiani, AI n. 11.488, DJe 02.10.2009; Rel. Min. Marcelo Ribeiro, AgReg no REsp n. 27.197, DJe 19.06.2009; Rel. Min. Cármen Lúcia, REsp n. 26.838, DJe 16.09.2009.

2. O elemento subjetivo com que as partes praticam a infração não interfere na incidência das sanções previstas nos arts. 73 a 78 da Lei n. 9.504/1997.

3. O juízo de proporcionalidade incide apenas no momento da fixação da pena. As circunstâncias fáticas devem servir para mostrar a relevância jurídica do ato praticado pelo candidato, interferindo no juízo de proporcionalidade utilizado na fixação da pena. (Rel. Min. Marcelo Ribeiro, AI n. 11.352-MA, de 08.10.2009; Rel. para acórdão Min. Carlos Ayres Britto, REspe n. 27.737-PI, DJ de 15.09.2008).

4. No caso, não cabe falar em insignificância, pois, utilizados o e-mail eletrônico da Câmara Municipal, computadores e servidor para

promover candidaturas. Tratando-se de episódio isolado provocado por erro do assessor e havendo o reembolso do erário é proporcional a aplicação de multa no valor de 5.000 *UFIRs*, penalidade mínima prevista.

5. Agravo regimental provido para conhecer do recurso especial e dar-lhe provimento, reformando o acórdão proferido pelo e. TRE-SP para reconhecer a prática da conduta vedada prevista no art. 73, I, II e III, da Lei n. 9.504/1997, aplicando multa no valor de 5.000 *UFIRs*.

ACÓRDÃO

Acordam os ministros do Tribunal Superior Eleitoral, por maioria, em prover o agravo regimental para conhecer e prover o recurso especial, nos termos das notas taquigráficas.

Brasília, 8 de outubro de 2009.

Ministro Carlos Ayres Britto, Presidente

Ministro Felix Fischer, Redator para o acórdão

DJe 18.11.2009

RELATÓRIO

O Sr. Ministro Joaquim Barbosa: Senhor Presidente, trata-se de agravo regimental em recurso especial interposto pelo Ministério Público Eleitoral contra acórdão prolatado pelo TRE de São Paulo, que, em sede de representação proposta em desfavor de Cristiano Pinto Ferreira e André Luiz Vieira Dias, julgou improcedente o pedido de condenação dos representados por suposta conduta vedada.

Eis a ementa do acórdão regional (fl. 144):

Representação levada diretamente ao Plenário, nos termos do art. 12 da Res. TSE n. 22.142/2006. Conduta vedada a agente público em campanha eleitoral. Uso e cessão de bens, materiais e

servidores públicos. Inocorrência. Ausência de dolo. Figura típica não caracterizada. Preliminar rejeitada e representação julgada como improcedente.

No recurso especial (fl. 150), o *Parquet* alegou que o Tribunal *a quo* violou o art. 73, I, II e III, da Lei n. 9.504/1997, além de ter divergido de julgados desta Corte. Sustentou ser incontroverso nos autos que, em 17.08.2006, o vereador Cristiano Pinto Ferreira, por intermédio e com a participação de seu assessor, André Luiz Vieira Dias, utilizou microcomputador e serviço de internet da Câmara Municipal de São José dos Campos (SP), durante o horário de expediente, para enviar mensagem eletrônica contendo pedido de votos em benefício dos candidatos Geraldo Alckmin, José Serra e Guilherme Afif. Argumentou que o reconhecimento da prática de conduta vedada deve ser feito de forma objetiva, sendo desnecessárias a aferição de aspectos subjetivos, a reiteração do ato e a apuração da sua interferência no resultado do pleito. Salientou que o conceito de comitê eleitoral envolve não só o local físico, mas todo e qualquer ato típico de campanha destinado a beneficiar candidaturas. Requereu provimento do recurso a fim de ser aplicada aos recorridos a multa prevista no § 4º do referido dispositivo legal.

Foram apresentadas contrarrazões às fls. 237-261.

O parecer da Procuradoria-Geral Eleitoral foi pelo provimento do recurso especial (fl. 264).

Em 03.04.2009, o min. Ricardo Lewandowski, com base no art. 16, § 5º, do RITSE, negou seguimento ao recurso (fl. 275).

Em agravo regimental, o órgão ministerial defende que “[...] a só prática da conduta vedada estabelece presunção objetiva de desigualdade, não se cogitando de sua potencialidade para influir no resultado do pleito” (fl. 284). Cita precedentes do Tribunal Superior Eleitoral favoráveis a esse entendimento, quais sejam, os Acórdãos n. 21.380, de 26.08.2004, e 24.795, de 26.10.2004, ambos de relatoria do min. Luiz Carlos Madeira; e 21.167, de 21.08.2003, rel. min. Fernando Neves.

É o relatório.

VOTO VENCIDO

O Sr. Ministro Joaquim Barbosa (Relator): Senhor Presidente, o agravo regimental não prospera.

O min. Ricardo Lewandowski utilizou a seguinte fundamentação para, em decisão monocrática, negar seguimento ao recurso especial do Ministério Público:

[...]

A hodierna jurisprudência do TSE firmou entendimento de que, para caracterização de conduta vedada, é indispensável perquirir se o ato tido como ilegal teve, ou não, a potencialidade de influenciar decisivamente no resultado da eleição. É o que sobressai dos seguintes precedentes:

Esta Corte Superior tem reiteradamente assentado que, para a configuração da conduta vedada, é necessária a demonstração da potencialidade do fato em desequilibrar o resultado do pleito (Acórdão n. 28.206, de 18.12.2008, Rel. Min. Arnaldo Versiani);

[...] Representação. Conduta vedada. Art. 73 da Lei n. 9.504/1997. Potencialidade de a conduta comprometer o resultado do pleito. Condição indispensável para configuração do ilícito eleitoral. Precedentes. A potencialidade de a conduta interferir no resultado das eleições, segundo posicionamento atual e dominante do TSE, é requisito essencial à caracterização do ilícito eleitoral previsto no art. 73 da Lei n. 9.504/1997 (Acórdão n. 27.197, de 19.06.2008, Rel. Min. Joaquim Barbosa);

[...] Ação de investigação judicial eleitoral. Conduta vedada. Potencialidade de a conduta interferir no resultado do pleito. Imprescindibilidade. Hoje é firme o entendimento jurisprudencial no sentido de que a existência de potencialidade para desequilibrar o resultado do pleito é requisito indispensável para o reconhecimento da prática de conduta vedada (Acórdão n. 25.099, de 25.03.2008, Rel. Min. Cezar Peluso).

Nesse sentido, independentemente dos demais argumentos apresentados pelo órgão recorrente, não vislumbro, no caso, potencialidade lesiva no ato praticado pelos recorridos.

O envio de correio eletrônico a 230 destinatários, com conteúdo que pedia o apoio às candidaturas de Geraldo Alckmin, José Serra e Guilherme Afif, não tem o condão de desequilibrar as eleições aos cargos de Presidente da República, Governador e Senador pelo Estado de São Paulo, cujos candidatos consagrados nas urnas obtêm milhões de votos.

Assim, consoante jurisprudência hoje consolidada neste Tribunal, não há falar na prática de conduta vedada pelo vereador e seu assessor.

Também não merece conhecimento o alegado dissídio pretoriano, pois o entendimento encerrado nos julgados mencionados no recurso especial, que dispensa o exame da potencialidade para subsunção do fato ao art. 73 da Lei das Eleições, está superado. Sobre o assunto, têm-se os Acórdãos n. 7.978, de 19.02.2008, Rel. Min. José Delgado; e 25.788, de 04.09.2007, Rel. Min. Gerardo Grossi.

Isso posto, *nego seguimento* ao recurso especial (art. 36, § 6º, do RITSE).

[...]. (fls. 276-277)

Ora, a parte agravante não conseguiu infirmar os fundamentos da decisão agravada, pois, de fato, segundo posicionamento atual e dominante desta Corte, a potencialidade de a conduta interferir no resultado das eleições é requisito essencial à caracterização do ilícito eleitoral previsto no art. 73 da Lei n. 9.504/1997, o que não ficou evidenciado no caso.

Os precedentes mencionados no agravo representam entendimento superado do TSE e, assim, não têm aptidão para refutar a decisão proferida pelo min. Ricardo Lewandowski.

Assim, não cabe à Justiça Eleitoral aplicar sanção a qualquer tipo de conduta quando, consoante orientação firmada nos julgados mais recentes deste Tribunal, não ocorreu infração à legislação eleitoral.

É certo que, em um juízo abstrato e apriorístico, houve a prática de um ato de improbidade pelo vereador e seu assessor. Entretanto, consta do

acórdão regional que, percebido o equívoco, houve pronto ressarcimento aos cofres públicos:

[...]

No caso dos autos, ocorreu erro do assessor em usar o endereço eletrônico da Câmara e não os particulares do vereador e em postar as mensagens dois minutos antes do encerramento do expediente daquela casa legislativa. *O superior hierárquico, o vereador representado, admitiu e assumiu o erro, repreendeu severamente seu subordinado (inclusive com ameaça de sumária demissão) e reembolsou o erário municipal das respectivas despesas.*

Não houve, porém, intenção deliberada e reiterada de usar os serviços e materiais da casa legislativa na campanha eleitoral. Tratou-se de episódio isolado e decorrente da pressão por excesso de serviço sofrida pelo funcionário, sendo que o vereador estava ciente da vedação legal e montou dois escritórios (um em São José dos Campos e outro em Caçapava) para fazer a campanha longe da Câmara e fora do horário de expediente, tendo ocorrido o equívoco apenas uma vez e por motivo escusável, *cuidando o vereador de reparar, na medida do possível, o engano, inclusive com pronta reparação do dano ao erário municipal.*

[...] (fl. 146; grifos nossos).

Do exposto, *nego provimento* ao agravo regimental.

PEDIDO DE VISTA

O Sr. Ministro Felix Fischer: Senhor Presidente, peço vista dos autos.

VOTO-VISTA

O Sr. Ministro Felix Fischer: Senhor Presidente, trata-se de agravo regimental em recurso especial interposto pelo Ministério Público Eleitoral contra decisão monocrática que negou seguimento ao recurso especial ao argumento de que “a hodierna jurisprudência do Tribunal Superior

Eleitoral firmou entendimento de que, para caracterização de conduta vedada é indispensável perquirir se o ato tido como ilegal teve, ou não a potencialidade de influenciar decisivamente no resultado da eleição” (fls. 276).

Em síntese, argumenta o *parquet* que:

a) “da leitura do art. 73 da Lei n. 9.504/1997, extrai-se que o legislador estabeleceu presunção *juris et de jure* de que tais práticas contaminam o processo eleitoral e, por conseguinte, afetam a regularidade da manifestação da vontade popular, não sendo deferido ao intérprete poder para reduzir o alcance de suas disposições” (fl. 283);

b) existem precedentes que corroboram sua tese: Min. Carlos Velloso, nos autos do REsp n. 24.795-SP e do Min. Luiz Carlos Madeira, REsp n. 21.380-MG, DJ 06.08.2004 e REsp n. 21.167-ES, Rel. Min. Fernando Neves, DJ 12.09.2003.

O e. Relator, Ministro *Joaquim Barbosa*, negou provimento ao agravo regimental reafirmando que “segundo posicionamento atual e dominante desta Corte, a potencialidade de a conduta interferir no resultado das eleições é requisito essencial à caracterização do ilícito eleitoral previsto no art. 73 da Lei n. 9.504/1997, o que não ficou evidenciado no caso” (voto do relator).

Afirma que os precedentes citados pelo agravante representam entendimento superado desta c. Corte e assevera que, *no caso*, “em juízo abstrato e apriorístico, houve a prática de um ato de improbidade pelo vereador e por seu assessor. Entretanto, consta do acórdão regional que, percebido o equívoco, houve pronto ressarcimento aos cofres públicos” (voto do relator).

Pedi vista para melhor exame.

1. Da necessidade de potencialidade para configurar conduta vedada

Pedindo vênias ao e. Ministro *Joaquim Barbosa*, divirjo de suas razões pelos fundamentos que passo a expor.

Como relatado, a questão posta nos autos relaciona-se com a afirmação do e. Relator, de que “segundo posicionamento atual e dominante

desta Corte, a potencialidade de a conduta interferir no resultado das eleições é requisito essencial à caracterização do ilícito eleitoral previsto no art. 73 da Lei n. 9.504/1997” (voto do relator).

Analisando como a controvérsia vem sendo enfrentada por esta c. Corte, verifiquei que a *desnecessidade da prova de potencialidade* para caracterização das *condutas vedadas* foi matéria pacificada durante muitos anos neste c. Tribunal Superior Eleitoral. Os defensores deste posicionamento argumentavam ser descabida a exigência, pois tal prova constitui requisito de outro ilícito, qual seja, o *abuso de poder*, previsto no art. 14, § 9º, da CR/1988 e no art. 19, § 1º, I, **d**, da LC n. 64/1990.

Considerando que o *caput* do art. 73 da Lei n. 9.504/1997 relaciona determinadas condutas proibidas, após *afirmar* serem “tendentes a afetar a igualdade de oportunidades entre candidatos nos pleitos eleitorais”, entendia-se que o bem jurídico tutelado pela norma seria a *igualdade na disputa*. Assim, apenas no *momento de fixação da pena* seria necessário fazer juízo de *proporcionalidade*.

Nesse sentido, encontram-se vários precedentes proferidos em julgamentos que se deram até o *início de 2008*:

1. *A jurisprudência do TSE considera que a configuração da prática de conduta vedada independe de sua potencialidade lesiva para influenciar o resultado do pleito, bastando a mera ocorrência dos atos proibidos para atrair as sanções da lei. Precedentes: REspe n. 21.151-PR, Rel. Min. Fernando Neves, DJ de 27.06.2003; REspe n. 24.739-SP, Rel. Min. Peçanha Martins, DJ de 28.10.2004; REspe n. 21.536-ES, Rel. Min. Fernando Neves, DJ de 13.08.2004; REspe n. 26.908, desta relatoria, DJ de 12.02.2007.*

2. *O juízo de proporcionalidade incide apenas no momento da fixação da pena. Precedentes: AgRg no REspe n. 25.358-CE, desta relatoria, DJ de 08.08.2006; REspe n. 26.905-RO, Rel. Min. Gerardo Grossi, DJ de 19.12.2006; REspe n. 26.908-RO, desta relatoria, DJ de 12.02.2007. (REspe n. 27.737-PI, Rel. para acórdão Min. Carlos Ayres Britto, DJ de 15.09.2008)*

1 - *Para imposição das sanções previstas no art. 73 da Lei n. 9.504/1997, não se examina a potencialidade ofensiva, basta a simples conduta.*

2 - De acordo com o princípio da *proporcionalidade*, a pena deverá ser aplicada na razão direta do ilícito praticado. (REspe n. 24.883-PR, Rel. *Min. Humberto Gomes de Barros*, DJ de 09.06.2006)

Para a caracterização de violação ao art. 73 da Lei n. 9.504/1997, não se cogita de potencialidade para influir no resultado do pleito. A só prática da conduta vedada estabelece presunção objetiva da desigualdade. Leva à cassação do registro ou do diploma. Pode ser executada imediatamente. Recurso Especial conhecido e provido. (REspe n. 24.862-RS, Rel. *Min. Humberto Gomes de Barros*, Rel. desig. *Min. Luiz Carlos Madeira*, DJ de 16.09.2005)

Contudo, a partir de 2008, a jurisprudência foi se alterando, pouco a pouco, até que, no início de 2009, pode-se dizer que era majoritário o entendimento de que a *potencialidade seria requisito indispensável para caracterização das condutas vedadas*. Tal posicionamento revelou-se em decisões proferidas por muitos dos Ministros que compõem, atualmente, esta c. Corte Superior:

Rel. e. *Min. Marcelo Ribeiro*: 1. É cabível recurso ordinário quando a decisão recorrida versar sobre matéria que possa ensejar a perda do mandato eletivo estadual, tenha ou não sido reconhecida a procedência do pedido.

2. Do conjunto probatório dos autos não há como se concluir pela prática das condutas descritas nos incisos I, II e III, do artigo 73, da Lei n. 9.504/1997.

3. *De acordo com posicionamento atual e dominante do TSE, para a caracterização do ilícito eleitoral previsto no art. 73 da Lei n. 9.504/1997, é essencial a demonstração da potencialidade do fato para desequilibrar o resultado do certame.* Recurso ordinário desprovido. (RO n. 1.516-SP, DJE de 1º.06.2009)

Rel. e. *Min. Arnaldo Versiani*

1. Para afastar a conclusão da Corte de origem que julgou improcedente representação com fundamento no art. 73, I, da Lei n. 9.504/1997, por entender não configurado o referido ilícito eleitoral, seria necessário o reexame de fatos e provas, o que encontra

óbice no Verbete n. 279 da Súmula de Jurisprudência do egrégio Supremo Tribunal Federal.

2. *Esta Corte Superior tem reiteradamente assentado que, para a configuração da conduta vedada, é necessária a demonstração da potencialidade do fato em desequilibrar o resultado do pleito.*

Agravo regimental a que se nega provimento. (AgR-REspe n. 28.206-SP, DJE de 12.02.2009)

Rel. e. *Min. Ricardo Lewandowski*

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. (AgR-REspe n. 26.448-RN, DJE de 06.05.2009)

Rel. e. *Min. Joaquim Barbosa*: “O provimento de recurso especial, via decisão monocrática, nos termos do art. 36, § 7º, do RITSE, não implica violação ao princípio constitucional da ampla defesa. 2. Representação. *Conduta vedada. Art. 73 da Lei n. 9.504/1997. Potencialidade de a conduta comprometer o resultado do pleito. Condição indispensável para configuração do ilícito eleitoral. Precedentes. A potencialidade de a conduta interferir no resultado das eleições, segundo posicionamento atual e dominante do TSE, é requisito essencial à caracterização do ilícito eleitoral previsto no art. 73 da Lei n. 9.504/1997.* (AgR-REspe n. 27.197-CE, DJ de 11.09.2008)

Rel. e. *Min. Fernando Gonçalves*: “Por outro lado, é cediço que as condutas vedadas pela lei eleitoral devem, para o fim de fulminar mandatos conquistados pela vontade popular das urnas, demonstrar potencialidade para influenciar de forma decisiva e imediata no resultado do certame, o que, por certo, não ocorreu no feito em exame”. (AG n. 7.776, DJe 17.03.2009)

Nos últimos julgamentos, contudo, a questão voltou a ser debatida por este c. Tribunal. Algumas decisões insistem na *prova de potencialidade* para caracterização da *conduta vedada* (art. 73 da Lei n. 9.504/1997), enquanto outras afastam o requisito, afirmando que apenas a *proporcionalidade* deve ser considerada na *aplicação da sanção*.

Em processos de minha relatoria tenho me manifestado neste sentido, posição também adotada pelos e. *Ministros Marcelo Ribeiro, Arnaldo Versiani e Cármen Lúcia*:

[...] apenas para registrar, sem divergência, que *não participei dos primeiros julgados em que 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. (Rel. Min. Marcelo Ribeiro, AgReg no REsp n. 27.197, DJe 19.06.2009)*

Não obstante, anoto que a atual jurisprudência do Tribunal tem assentado que, 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. [...]

No caso, *observo 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. (Rel. Min. Arnaldo Versiani, AI n. 11.488, DJe 02.10.2009).*

[citando o Rel. Min. Marcelo Ribeiro, AgReg no REsp n. 27.197, DJe 19.06.2008] afirma “correto o entendimento acima. Afinal, se a potencialidade lesiva fosse necessária para configuração das hipóteses elencadas no art. 73 da Lei n. 9.504/1997, inclusive naquelas em que a só aplicação de multa mostra-se medida compatível para punir a conduta, tal exigência inviabilizaria a imposição de penas àqueles atos que, apesar de desprovidos de maiores relevância e alcance eleitorais, não deixam de ser ilícitos.

Essa interpretação deve prevalecer até mesmo para servir de elemento distintivo entre as condutas vedadas do art. 73 e o abuso de autoridade previsto no art. 74 da Lei n. 9.504/1997, figura, esta sim, que exige a efetiva potencialidade do ato irregular para sua caracterização (cf. Acórdão n. 929, Rel. Min. Cesar Asfor Rocha, 07.12.2006)”.(Rel. Min. *Cármem Lúcia*, REsp n. 26.838, DJe 16.09.2009)

Na linha destes últimos precedentes citados, divirjo do voto proferido pelo e. *Min. Joaquim Barbosa*, por entender que *a potencialidade não pode ser exigida como requisito para caracterização das condutas vedadas*.

Entendo que ao apontar *numerus clausus* as condutas vedadas, os arts. 73 a 78 da Lei n. 9.504/1997 não impõem a potencialidade como requisito de condenação, mas ao contrário, *antecipam a qualificação de todas as hipóteses indicadas como “tendentes a afetar a igualdade de oportunidades entre os candidatos”*. Por sua gravidade, foram escolhidas e proibidas pelo legislador, independentemente de outros requisitos.

Como bem pontua José Jairo Gomes “entre as inúmeras situações que podem denotar uso abusivo de poder político ou de autoridade, *o legislador destacou algumas em virtude de suas relevâncias e reconhecida gravidade no processo eleitoral, cujo rol encontra-se nos artigos 73 a 78 da Lei n. 9.504/1997*”¹.

De mais a mais, impor o requisito da potencialidade às condutas vedadas seria *equipará-las às hipóteses de abuso de poder*. A gradação imposta pelo princípio da razoabilidade, nestes casos, é dada pelo *juízo de proporcionalidade que incide no momento de aplicação da penalidade*, nos

¹ Direito Eleitoral, 2ª Ed. Belo Horizonte: Del Rey, p. 415

termos do art. 73, §§ 4º, 5º, 6º, 8º²; do art. 75, parágrafo único³, do art. 77, parágrafo único⁴.

Com efeito, para resguardo do bem jurídico em questão (igualdade da disputa), parece mais adequado averiguar a *proporcionalidade (relevância jurídica) do ilícito praticado pelo candidato* em vez da potencialidade de dano no pleito eleitoral.

Deve-se, portanto, averiguar como o evento inquinado de ilicitude *prejudicou a igualdade na disputa, não sendo indispensável que tenha maculado as eleições como um todo*. Conforme a gravidade do fato pode-se optar pela aplicação das penas de cassação do registro ou do diploma e/ou multa no valor de cinco a cem mil UFIRs (§§4º, 5º, 6º, 7º, 8º e 9º, do art. 73 da Lei n. 9.504/1997).

Registre-se que tal posicionamento já foi manifestado por outros Ministros que não compõem, atualmente, esta c. Corte: AgR-REspe

² § 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.

§ 5º Nos casos de descumprimento do disposto nos incisos do *caput* e no § 10, sem prejuízo do disposto no § 4º, o candidato beneficiado, agente público ou não, ficará sujeito à cassação do registro ou do diploma. (Redação dada pela Lei n. 12.034, de 2009)

§ 6º As multas de que trata este artigo serão duplicadas a cada reincidência.

§ 7º As condutas enumeradas no *caput* caracterizam, ainda, atos de improbidade administrativa, a que se refere o art. 11, inciso I, da Lei n. 8.429, de 2 de junho de 1992, e sujeitam-se às disposições daquele diploma legal, em especial às cominações do art. 12, inciso III.

§ 8º Aplicam-se as sanções do § 4º aos agentes públicos responsáveis pelas condutas vedadas e aos partidos, coligações e candidatos que delas se beneficiarem.

§ 9º Na distribuição dos recursos do Fundo Partidário (Lei n. 9.096, de 19 de setembro de 1995) oriundos da aplicação do disposto no § 4º, deverão ser excluídos os partidos beneficiados pelos atos que originaram as multas.

³ Art. 75. Nos três meses que antecederem as eleições, na realização de inaugurações é vedada a contratação de shows artísticos pagos com recursos públicos.

Parágrafo único. Nos casos de descumprimento do disposto neste artigo, sem prejuízo da suspensão imediata da conduta, o candidato beneficiado, agente público ou não, ficará sujeito à cassação do registro ou do diploma. (Incluído pela Lei n. 12.034, de 2009)

⁴ Art. 77. É proibido a qualquer candidato comparecer, nos 3 (três) meses que precedem o pleito, a inaugurações de obras públicas. (Redação dada pela Lei n. 12.034, de 2009)

Parágrafo único. A inobservância do disposto neste artigo sujeita o infrator à cassação do registro ou do diploma. (Redação dada pela Lei n. 12.034, de 2009)

n. 26.060-GO, Rel. *Min. Cezar Peluso*, DJ de 12.02.2008; REspe n. 27.737-PI, Rel. *Min. José Delgado*, DJ de 1º.12.2008; AgR-REspe n. 25.994-MG, Rel. *Min. Gerardo Grossi*, DJ de 14.09.2007; AgR-REspe n. 25.573-SC, Rel. *Min. Caputo Bastos*, DJ de 11.12.2006; REspe n. 24.883-PR, Rel. *Min. Humberto Gomes de Barros*, DJ de 09.06.2006; ED-AgR-REspe n. 24.937-RJ, Rel. *Min. Gilmar Mendes*, DJ de 24.02.2006; AgR-AI n. 4.592-SP, Rel. *Min. Gilmar Mendes*, DJ de 09.12.2005.

Partindo desta nova premissa, cabe, então, analisar as razões postas no recurso especial

2. Da violação ao art. 73, I, II e III, da Lei n. 9.504/1997

Conforme se extrai do v. acórdão recorrido, a representação que deu origem a este recurso

foi formulada com base nos artigos 73, incisos I, II e III, e 96, ambos da Lei n. 9.504/1997 [...] alegando, em suma, que segundo reportagem publicada no jornal “Vale paraibano” do dia 19 de agosto de 2006, os representados, Vereador em São José dos Campos e seu Assessor Parlamentar, usaram serviços de funcionário público (o aludido assessor), computadores, impressora e horário de expediente na Câmara Municipal daquele município para fazer campanha eleitoral para candidatos majoritários do PSDB e coligação (Alckmin, Serra e Afif) (fl. 145).

Cumpre, portanto, identificar se o recorrido usou, em benefício de sua campanha, bens, materiais ou serviços custeados pelo Município (art. 73, I, II e III, da Lei n. 9.504/1997).

Analisando a *base fática do v. acórdão recorrido*, verifico que o uso do computador, do endereço eletrônico e dos serviços do servidor, em horário de trabalho, em favor da candidatura do recorrido cuida-se de questão incontroversa nos autos. O próprio e. relator afirma que “*em um juízo abstrato e apriorístico, houve a prática de um ato de improbidade pelo vereador e seu assessor*”.

No caso, afastou-se a sanção, tão somente, por entender que “a potencialidade de a conduta interferir no resultado das eleições é requisito

essencial à caracterização do ilícito eleitoral previsto no art. 73 da Lei n. 9.504/1997”. Para tanto, afirmou-se que “percebido o equívoco, houve pronto ressarcimento aos cofres públicos” (voto do relator).

De fato, extrai-se do v. acórdão recorrido que o uso dos bens e serviços públicos em favor da campanha eleitoral foi fato isolado, não tendo o recorrido agido com *dolo*, senão vejamos:

No caso dos autos, ocorreu *erro* do assessor em usar o endereço eletrônico da Câmara e não os particulares do vereador e em postar as mensagens *dois minutos antes do encerramento do expediente* daquela casa legislativa. O superior hierárquico, o vereador representado, admitiu e assumiu o erro, repreendeu severamente seu subordinado (inclusive com ameaça de sumária demissão) e reembolsou o erário municipal das respectivas despesas.

Não houve, porém, a intenção deliberada e reiterada de usar os serviços e materiais da casa legislativa na campanha eleitoral. Tratou-se de episódio isolado e decorrente da pressão por excesso de serviço sofrida pelo funcionário, sendo que o vereador estava ciente da vedação legal e montou dois escritórios (um em São José dos Campos e outro em Caçapava) para fazer a campanha longe da Câmara e fora do horário de expediente, tendo ocorrido o equívoco apenas uma vez e por motivo escusável, cuidando o vereador de reparar, na medida do possível, o engano, inclusive com pronta reparação do dano ao erário municipal (fl. 146)

Entendo, contudo, que o *elemento subjetivo* com que as partes praticaram a infração não interfere na incidência das sanções previstas no art. 73 da Lei n. 9.504/1997. Da mesma forma, como salientado, *a ausência de potencialidade do fato não afasta a caracterização da conduta vedada*.

Entretanto, embora *as circunstâncias fáticas* (erro, reparação do dano e não reiteração, fl. 146) *não sirvam para afastar o ilícito, revelam a relevância jurídica do ato praticado pelo candidato*. Nesse sentido, interferem no *juízo de proporcionalidade utilizado na fixação da pena*, pois, como afirmado pelo e. *Min. Marcelo Ribeiro* “se pode deixar de aplicar a pena mais grave” (AgRg no REspe n. 27.197, DJe 19.06.2008).

No caso, entendo ser proporcional a aplicação de multa no valor de cinco mil *UFIRs*, penalidade mínima prevista, considerando que,

conforme a base-fática do v. acórdão recorrido: a) ocorreu erro do assessor em usar o endereço eletrônico da Câmara; b) houve reembolso do erário; c) tratou-se de episódio isolado.

3. Conclusão

Com essas considerações e a devida vênia do e. Relator, considerando estar demonstrada a prática de conduta vedada, *dou provimento* ao agravo regimental para conhecer do recurso especial e dar-lhe provimento, reformando o acórdão proferido pelo e. TRE-SP para reconhecer a prática da conduta vedada prevista no art. 73, I, II e III, da Lei n. 9.504/1997, aplicando aos recorridos multa no valor de 5.000 *UFIRs*.

É o voto.

ESCLARECIMENTO

O Sr. Ministro Carlos Ayres Britto (Presidente): Senhores Ministros, a nossa Corte – não tenho voto no caso – está aos poucos se apropriando da compreensão adequada e perfeita do artigo 73 da Lei n. 9.504, de 30 de setembro 1997, que suscita de nossa parte a manifestação de dois juízos sucessivos.

O primeiro juízo é o da busca da potencialidade. Explico o porquê, na linguagem da Lei n. 9.504, de 1997:

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:

[...]

Já sabemos que o bem jurídico protegido é o equilíbrio de forças. A paridade de armas, porque a própria Lei estabelece isso. Tendente é o que tem potencialidade, vocação, propensão, inclinação para... Então, deveríamos, a meu juízo, em um primeiro momento, proferir um juízo de potencialidade.

A conduta tinha potencialidade para afetar o equilíbrio de forças? Se se disser que não, está resolvida a questão. Se se disser que sim, a resposta não é suficiente: é preciso um segundo juízo de proporcionalidade.

O Sr. Ministro Ricardo Lewandowski: Senhor Presidente, a redação desse artigo é idêntica à redação que protege, na Constituição, as cláusulas pétreas: “Não será objeto de deliberação a proposta de emenda tendente a abolir”.

O Sr. Ministro Carlos Ayres Britto (Presidente): Exatamente. Tendente significa que tem propensão para abolir. Vossa Excelência lembrou muito bem. É a mesma redação.

Ou seja, não é preciso que um projeto de emenda venha a abolir efetivamente qualquer das cláusulas pétreas. Não é isso. Basta que tenha a potencialidade, a propensão, a inclinação para abolir. É o mesmo entendimento: o juízo de potencialidade é o primeiro que se busca. A conduta increpada, tida por ilícita, ofensiva, do artigo 73, portanto, tinha a força, a potencialidade para afetar o bem jurídico protegido, que é o equilíbrio de armas.

Se se disser que tinha, não basta, não está resolvida a questão definitiva. Um segundo juízo é preciso. Qual o segundo juízo? É a busca de uma relação de adequação, que é interna, endógena entre a conduta e a pena a ela abstratamente aplicável, por exemplo, de cassação de mandato ou multa.

Os dois juízos não são mutuamente excludentes, podem perfeitamente se suceder. O primeiro é o da busca da potencialidade. Não está resolvida a questão. E que sanção aplicar a essa conduta potencialmente ofensiva do princípio da paridade de armas? Nesse caso, já se trata de um juízo de adequação, de um juízo interno entre a conduta e a pena que lhe corresponda abstratamente.

O Sr. Ministro Marcelo Ribeiro: Senhor Presidente, quando surgiu a lei que acrescentou essa hipótese, principalmente, de cassação de registro, houve muita discussão sobre isso, porque “tendente” poderia significar que toda vez que acontecer a conduta, aplica-se a pena como se fosse automática. E a outra hipótese é de que “tendente” significaria que se deveria aplicar apenas quando o ato mostrar força suficiente a, de algum modo, influir na eleição.

Por fim, o Tribunal entendeu que era preciso potencialidade. Nunca concordei com esse entendimento. Sempre pensei que, nesse caso, não se faria exatamente um juízo de potencialidade. Potencialidade, no caso, é saber se aquela conduta tinha força, em tese, para alterar o resultado da eleição.

O Sr. Ministro Carlos Ayres Britto (Presidente): A ideia é de que tinha inclinação, propensão.

O Sr. Ministro Marcelo Ribeiro: Isso. Só se aplicaria para cassação de registro; não a multa, por exemplo. Poder-se-ia aplicar uma multa, pois não havia a potencialidade para cassar o registro, mas havia a conduta vedada e a ela seria aplicada a multa, que tem gradações. E a respeito dessas gradações, a multa seria fixada no valor mínimo, médio ou máximo, de acordo com a gravidade da conduta. Dessa forma, se atenderia ao juízo de proporcionalidade.

O Sr. Ministro Carlos Ayres Britto (Presidente): Por esse raciocínio, a potencialidade e a proporcionalidade são excludentes: uma exclui a outra.

O Sr. Ministro Marcelo Ribeiro: Nem tanto. Porque, para cassar o registro, penso que o ato deva ser grave. Não é qualquer conduta que levará à cassação do registro.

Então, por exemplo, o sujeito passa um fax do gabinete da prefeitura, convocando para um comício. Essa atitude fará que se casse o registro do candidato? Outra situação: ele passou um fax da prefeitura. Esse ato levará a se aplicar uma multa, ou não? São conjunturas diferentes.

O Sr. Ministro Carlos Ayres Britto (Presidente): Pelo meu juízo, que estou esboçando – apenas – é um esboço para aprofundamento no devido tempo –, a potencialidade pode ser insuficiente. Pode-se dizer: houve potencialidade, mas insuficiente. Não foi suficiente para – e vem o juízo de proporcionalidade – justificar uma pena tão drástica quanto a cassação.

O Sr. Ministro Ricardo Lewandowski: Senhor Presidente, Vossa Excelência me permite apenas um raciocínio incidental ao belíssimo argumento que Vossa Excelência está desenvolvendo?

Eu até me sensibilizo com os argumentos do Ministro Felix Fischer, que assenta – e verifico isso – que o artigo 73, embora utilize a expressão “tendente”, arrola de forma taxativa, expressa e em *numerus clausus* as condutas vedadas.

Portanto essas condutas vedadas significam que não poderão ser intentadas de forma nenhuma, sob pena de sanção, por qualquer agente público, servidor ou não.

Então, o legislador foi bem incisivo, dizendo que aqui – e a meu ver com acerto – não cabe cogitar-se de potencialidade. A questão resume-se na dosimetria da pena, ou seja, nesse caso, sim, podemos nos valer do princípio da proporcionalidade avaliando não a potencialidade, mas a gravidade da conduta, como se aplica a dosimetria no âmbito penal.

O Sr. Ministro Carlos Ayres Britto (Presidente): Estou de pleno acordo. Apenas estou tentando conciliar a potencialidade com a proporcionalidade.

Determinada conduta tinha a propensão, a inclinação, a vocação, a potencialidade para interferir no equilíbrio de forças? Tinha. Mas isso é suficiente? Ou devemos perguntar: em que grau? Isso na perspectiva da pena. Nesse caso, já é o juízo de proporcionalidade.

O Sr. Ministro Marcelo Ribeiro: Na verdade, o Tribunal tem usado esse termo “potencialidade” já no sentido em que Vossa Excelência está usando como potencialidade com proporcionalidade grave, vamos dizer assim. É questão de terminologia. No fim, os termos têm o mesmo significado.

O Sr. Ministro Carlos Ayres Britto (Presidente): Estou apenas esboçando uma teoria, ou menos ainda: um rudimento de teoria.

O Sr. Ministro Marcelo Ribeiro: No final das contas, dá no mesmo. Ou seja, precisa ser grave a conduta para levar à cassação do registro. Agora, o Tribunal tem usado essa expressão “potencialidade”, então, dizendo-se “reconhecida a potencialidade”, já se está entendendo que é grave e que merece a cassação.

O Sr. Ministro Carlos Ayres Britto (Presidente): Estou estabelecendo graduação na proporcionalidade com o aporte dessa ideia de proporcionalidade, pelo seguinte: hoje, a melhor doutrina diz que não há devido processo legal se não for proporcional.

A proporcionalidade é um critério, um parâmetro. Aplicada à Justiça Eleitoral, a proporcionalidade é um parâmetro de aferição da conduta na perspectiva da pena que lhe corresponda abstratamente. Por isso estou mencionando a relação interna entre a conduta e a pena.

Uma coisa é entre a conduta e a potencialidade para quebrar o bem jurídico protegido, que é a paridade de armas; mas quebrar em que grau? Porque pode apenas tisonar, digamos assim. E, se não houver juízo de proporcionalidade nas nossas decisões, em qualquer justiça, o processo legal deixa de ser devido, passa a ser um indevido processo legal. Vale dizer, a proporcionalidade é o meio de que dispomos para conter a arbitrariedade ou os excessos do Poder do legislador. O legislador não pode instituir qualquer processo legal. É preciso que seja um processo legal devido. E, para ser devido, é preciso que seja proporcional.

Dessa forma, o critério de proporcionalidade hoje é elemento conceitual do devido processo legal substantivo. Não há devido processo legal substantivo senão proporcional. Então, não pode haver mais decisão judicial que não contemple a proporcionalidade – chamam de princípio, mas prefiro chamá-lo de parâmetro, critério da proporcionalidade.

Mas essa é discussão que estou aqui travando meio lateralmente, não interfere no belíssimo voto do Ministro Felix Fischer.

O Sr. Ministro Felix Fischer: Senhor Presidente, a única coisa que quis destacar é que, por um lado, não podemos fazer nenhuma distinção com o abuso de poder; por outro, pelo texto legal, que dá *numerus clausus*, e na descrição inicial diz-se que são tendentes a influenciar, a demonstração da potencialidade poderia, num caso concreto, levar a uma sanção bem grave. Mas, uma vez caracterizado o ilícito eleitoral daqueles que estão enumerados, teríamos um elastério para aplicar a sanção desde a pena pecuniária em diante, desde que houvesse proporcionalidade com a conduta.

No caso concreto, houve o ilícito, mas houve o reembolso. Então, parece-me drástica qualquer medida acima da pena pecuniária. Se fosse algo irrelevante, no momento do cometimento, poderia também ser deixada de lado qualquer sanção. O comportamento foi posterior ao reembolso, mas, no momento da conduta, houve o ilícito mesmo.

O que se pode ter como consequência do reembolso – pela proporcionalidade que o Ministro Marcelo Ribeiro demonstrou em outro voto –, é que a sanção pecuniária seria suficiente para o caso concreto. Mas não poderia ser dito que é irrelevante, porque, na hora em que foi cometido, não o era. Também, se fosse exigir potencialidade, viraria letra morta o que está no texto legal, pois o legislador dispõe condutas que são tendentes e enumera quais são os casos, em *numerus clausus*, que não podem ser evidentemente estendidos.

A Sra. Ministra Cármen Lúcia: Ministro Felix Fischer, se bem entendi, o ministro presidente faz uma pequena diferença, mas com muita repercussão, dentro desse belíssimo esboço que fez. Vossa Excelência está considerando que, quando a lei afirma que “são proibidas as seguintes condutas tendentes a afetar”, estaria implícito aqui “as seguintes condutas que são tendentes”. Então, são essas que são tendentes. E o presidente está dizendo é que podem ser tendentes. Isso faz grande diferença.

Parece-me, inclusive, Ministro Ricardo Lewandowski, que, apesar de a expressão ser a mesma do § 4º do artigo 60 da Constituição, “não será objeto de deliberação a proposta de emenda tendente a abolir”; na Constituição a leitura que se faz é assim: “que pode abolir quaisquer daquelas matérias, a depender do que se considerar na proposta”. E, no caso do artigo 73 da Lei n. 9.504/1997, o que o Ministro Felix Fischer, se entendi, está dizendo, é que essas condutas são tendentes; são vedadas porque são tendentes. E o presidente está dizendo que podem ser.

O Sr. Ministro Felix Fischer: Pelo texto legal, é isso.

A Sra. Ministra Cármen Lúcia: Parece-me que o presidente está lendo que podem ser tendentes e que vamos aferir no caso concreto.

O Sr. Ministro Carlos Ayres Britto (Presidente): Isso. São tendentes, mas em que grau?

A Sra. Ministra Cármen Lúcia: Não tenho voto neste processo, pois o Ministro Joaquim Barbosa já votou.

O Sr. Ministro Felix Fischer: Se fizéssemos essa transformação, não teríamos como distinguir as hipóteses de abuso de poder.

Com a devida vênua, penso que não haveria necessidade de a lei elencar em *numerus clausus* e depois misturar com abuso de poder, pois não se teria como distinguir.

A Sra. Ministra Cármen Lúcia: Entendi. O que Vossa Excelência está dizendo é que são essas que são tendentes, e parece-me que o presidente está dizendo que essas aqui podem ser tendentes. Então, há uma diferença depois entre as duas conclusões.

O Sr. Ministro Carlos Ayres Britto (Presidente): Em suma, todos nós aqui somos operadores do direito, estudiosos do direito. Umberto Eco diz que o papel do intelectual é incomodar, é questionar, é manifestar a sua inquietação mental.

A meu sentir, esse artigo 73 demanda de nossa parte um aprofundamento de discussão; uma retomada de reflexão.

O Sr. Ministro Ricardo Lewandowski: É muito valioso o seu aporte, Senhor Presidente, com relação ao devido processo legal substantivo. É preciso haver adequação axiológica e finalística na atividade judicante aos bens, aos valores perseguidos.

O Sr. Ministro Carlos Ayres Britto (Presidente): Não há como trabalhar hoje, no plano da decisão, sem o juízo de proporcionalidade, senão o que a lei criou como processo legal não é devido, é indevido. À falta de proporcionalidade, o que seria devido processo legal se torna indevido processo legal e, portanto, inconstitucional.

O Sr. Ministro Ricardo Lewandowski: Senhor Presidente, desculpe-me, não quero prolongar mais essa discussão, que é interessantíssima, mas

entendo que, neste momento, o Tribunal está resolvendo essa questão no âmbito da aplicação da pena, não no nível da avaliação da conduta.

O Sr. Ministro Arnaldo Versiani: Senhor Presidente, no início, fiquei preocupado com a possibilidade de estarmos desdizendo o que havíamos afirmado antes, ou seja, que precisaria haver o juízo de potencialidade e agora estaríamos dizendo que não precisaria do juízo de potencialidade.

Mas, depois, percebi que tenho o mesmo entendimento do relator, qual seja, se a hipótese é de conduta vedada, primeiro examino se ela ocorreu ou não; tendo ela ocorrido, passo a examinar a pena a ser aplicada, se de multa ou de cassação.

Para a cassação do registro, verificarei se houve potencialidade, porque – como o Ministro Marcelo Ribeiro lembrou –, não é a transmissão de um fax, não é a conduta que consta dos autos, que foi a de um vereador e um assessor que utilizaram um microcomputador e a Internet e passaram, segundo consta da decisão, uma mensagem eletrônica em apoio aos candidatos Geraldo Alckmin, José Serra e Guilherme Afif, na eleição.

Então, não aplicarei a pena de cassação por esse motivo.

Se, entretanto, não houve potencialidade para a cassação, aplicarei a multa, porque conduta vedada houve. Aplicarei a multa de acordo com o juízo de proporcionalidade, dependendo da gravidade da respectiva conduta.

O Sr. Ministro Felix Fischer: Ministro Arnaldo Versiani, eu não disse que estamos nos desdizendo; fiz apenas um levantamento dos posicionamentos do Tribunal nos últimos tempos.

O Sr. Ministro Arnaldo Versiani: Peço desculpas. Eu é que estava pensando que nos estaríamos desdizendo, quando não estamos.

Tenho feito assim: se a conduta não é grave, como parece não ser a dos autos, aplico, assim como Sua Excelência, a conduta mínima, até pelo efeito pedagógico que isso pode ter. Se há cessão de uso de bem público, como no caso houve, é preciso que essa conduta seja punida. Se temos duas punições – e podemos até estabelecer essa distinção entre multa e cassação

–, acredito que devemos impor a multa no seu grau mínimo, como foi aplicado.

O Sr. Ministro Ricardo Lewandowski: Senhor Presidente, Vossa Excelência me permite só mais uma pequena achega? Essa é discussão muito parecida com aquela que se travou com relação à Lei de Improbidade.

Lembro-me que, durante anos, no Tribunal de Justiça de São Paulo, quando a Corte se defrontava com a questão de improbidade administrativa, como o número de infrações é *numerus clausus*, taxativamente arrolado, a Justiça de modo geral e o nosso Tribunal em São Paulo aplicava todas as sanções: o ressarcimento aos cofres públicos, a multa, a suspensão dos direitos políticos, a proibição de contratar com a Administração Pública. Mas logo se viu que isso seria, em determinados casos, profundamente iníquo, injusto, não razoável, desproporcional e passou-se a aplicar a multa de forma gradativa, ou gradual, proporcional, razoável.

Então, essa discussão já se travou no passado com relação à Lei de Improbidade. Vejo que se repete agora também, e o Tribunal se encaminha no sentido de fazer gradação das penas.

O Sr. Ministro Carlos Ayres Britto (Presidente): O Ministro Felix Fischer está, não desconfirmando, mas confirmando aquele precedente segundo o qual a conduta descrita pela lei é vedada. No caso dos autos, não houve potencialidade para desequilibrar a competição.

O Sr. Ministro Felix Fischer: O que houve foi a relevância da questão, mas em um plano que enseja só a sanção pecuniária.

O Sr. Ministro Carlos Ayres Britto (Presidente): Não houve potencialidade, vamos dizer, como vínhamos dizendo até então, porém, é possível apenas essa conduta com multa. E Sua Excelência já partiu para um segundo juízo, o juízo de proporcionalidade.

De toda maneira, só interferi no debate, ainda que sob a forma rudimentar, embrionária, por entender que esse é um tema sobre o qual resta dizer alguma coisa.

VOTO

O Sr. Ministro Ricardo Lewandowski: Senhor Presidente, acompanho agora a divergência, com o intuito de prover o recurso para aplicar tão somente a multa.

VOTO

O Sr. Ministro Aldir Passarinho Junior: Senhor Presidente, não participei do início da votação e eu gostaria de um esclarecimento.

Vossa Excelência aplica a pena a quem? Aos dois?

O Sr. Ministro Felix Fischer: Sim.

O Sr. Ministro Aldir Passarinho Junior: Senhor Presidente, acompanhei atentamente os debates, e a minha interpretação também é a mesma do Ministro Felix Fischer: entendo que aqueles atos descritos nesse elenco do artigo 73 e seus incisos, automaticamente, já são tidos como condutas tendentes a afetar a igualdade de oportunidades entre os candidatos. Parece-me que a Lei, realmente, no caso, não dá margem a que se afaste a penalidade, uma vez caracterizado o comportamento de um desses incisos.

O que me parece é que a potencialidade, nesse ponto, é *ex vi legis*.

O Sr. Ministro Carlos Ayres Britto (Presidente): Ela se contenta com a materialidade do fato.

O Sr. Ministro Aldir Passarinho Junior: Exato. A lei já atribui a esse elenco de comportamentos, uma potencialidade. Uma vez reconhecida a ocorrência de qualquer desses atos, há potencialidade, cuja gradação cabe ao julgador dosar de acordo com a grandeza ou não, da quebra da igualdade de oportunidades.

É nesse sentido que estou interpretando o artigo 73 e seus incisos. E o que reforça a questão da dosimetria é que, de fato, a penalidade vai de 5

mil a 100 mil UFIRs – apenas pecuniária. Efetivamente, a Lei dá um leque de opções muito grande ao aplicador do dispositivo, o que reforça a ideia de que há potencialidade implícita na identificação desse comportamento.

Acompanho o eminente Ministro Felix Fischer, com essas considerações.

VOTO

O Sr. Ministro Marcelo Ribeiro: Senhor Presidente, já me antecipei. Concordo com que as condutas descritas como vedadas estão previstas; e, de acordo com a sua gravidade, verificaremos se haverá a aplicação de multa ou outro tipo de sanção.

No caso concreto, fico com um pouco de dúvida, porque, pelo que entendi, enviou-se um *e-mail*.

O Sr. Ministro Arnaldo Versiani: Na verdade, até quero retificar-me, porque vejo na decisão agravada que a ementa do acórdão recorrido deixa a impressão de que foi apenas uma mensagem eletrônica. Mas vejo, aqui, que houve o envio de correio eletrônico a 230 destinatários.

O Sr. Ministro Marcelo Ribeiro: Ministro Arnaldo Versiani, encaminhou-se *e-mail* para 230 pessoas?

O Sr. Ministro Arnaldo Versiani: Nem se fala se foi apenas um *e-mail*. Está dito somente que houve “o envio de correio eletrônico a 230 destinatários com conteúdo que pediu apoio a Geraldo Alckmin, José Serra e Guilherme Afif”.

O Sr. Ministro Marcelo Ribeiro: Neste caso concreto, acompanho o relator, porque foi utilizado o endereço da própria Câmara e encaminhado a 230 pessoas. O fato de essas 230 pessoas receberem esse *e-mail* vindo da Câmara tem conotação muito ruim: fica muito claro que está sendo utilizado um bem público em favor de uma candidatura, mesmo para quem recebeu o *e-mail*. Para quem for leigo, pode até pensar que a mensagem que está recebendo é oficial.

O Sr. Ministro Carlos Ayres Britto (Presidente): Com o timbre da Câmara.

O Sr. Ministro Marcelo Ribeiro: Isso é ruim. Se não fosse essa circunstância de o *e-mail* ficar... Não sei como se ressarce isso. O valor econômico é muito pequeno, porque se paga por mês o provedor. Paga-se o mesmo valor para o envio de quantos *e-mails* quiser: para enviar 1 *e-mail* ou 10 mil *e-mails*, paga-se o mesmo valor.

Diz-se que foi ressarcido. Não sei como isso foi feito.

Eu estava tendendo até a considerar que foi insignificante e não aplicar multa, mas, como houve esse envio com o endereço da Câmara, para essa quantidade - que não é um número desprezível de pessoas - por questão até educativa e pedagógica, é importante que haja punição. E o relator a está aplicando no grau mínimo, certo?

O Sr. Ministro Felix Fischer: A multa é de 5 mil UFIRs.

O Sr. Ministro Arnaldo Versiani: Há divergências, na verdade.

O Sr. Ministro Marcelo Ribeiro: A divergência é no tocante a se aplicar a pena no grau mínimo.

Então, acompanho o relator, mas fixando que, em alguns casos, mesmo a conduta estando prevista na Lei, se for insignificante, o Tribunal pode não aplicar pena alguma.

O Sr. Ministro Felix Fischer: Mas temos precedentes, Senhor Ministro, dos quais, inclusive, fui relator. Quando a conduta é totalmente insignificante, não se aplica a sanção; é totalmente irrelevante.

Neste caso, em horário de expediente, usando-se – pelo que está na moldura fática – serviços, computadores, impressoras durante o horário de trabalho e enviando-se *e-mail* para diversas pessoas, isso não é irrelevante.

O Sr. Ministro Marcelo Ribeiro: Senhor Presidente, acompanho a divergência.

O Sr. Ministro Carlos Ayres Britto (Presidente): Vossa Excelência utiliza-se de dois adjetivos muito importantes: irrelevante e insignificante. São dois bons adjetivos para se aferir a gravidade da conduta e exercer o juízo de proporcionalidade.

VOTO

O Sr. Ministro Arnaldo Versiani: Senhor Presidente, eu também tenho decidido dessa maneira individualmente. Acompanho a divergência, com a devida vênica do relator.