

DECISÃO

Cuida-se de ação cautelar com pedido de liminar ajuizada por José Bernardo Ortiz Monteiro Júnior, prefeito do Município de Taubaté/SP na eleição de 2012, visando à concessão de efeito suspensivo a agravo interposto contra decisão que negou seguimento a recurso especial manejado contra acórdão do Tribunal Regional Eleitoral de São Paulo (TRE/SP) que julgou parcialmente procedente ação de investigação judicial eleitoral (AIJE) pela prática de abuso do poder econômico em razão de fraude a licitações com finalidade de financiar campanha eleitoral, cassou seu diploma e determinou a realização de novas eleições.

O autor apresenta as seguintes alegações:

- a) foi eleito para o cargo de Prefeito no Município de Taubaté/SP com quase 100.000 (cem mil) votos, correspondentes a 62,92% dos votos válidos obtidos em segundo turno;
- b) no acórdão regional, "foi afirmado equivocadamente que o fato tido como pretensamente caracterizador de ilícito eleitoral foi apurado concomitantemente em inquérito civil público, instaurado para apuração de pretenso ato de improbidade administrativa" (fl. 4);
- c) foram opostos embargos de declaração nos quais se demonstrou a ocorrência de erro material quanto à falsa premissa, os quais foram rejeitados sob o fundamento genérico de que o julgador não está obrigado a responder a todos os argumentos das partes;
- d) no recurso especial interposto contra as decisões do TRE/SP foram apontadas violações aos arts. 275 do Código Eleitoral, 14, §§ 10 e 11, da Constituição Federal, "por ter ocorrido cassação do mandato em ação de investigação judicial eleitoral, sem a necessária ratificação em ação de impugnação de mandato eletivo" (fl. 5), bem como aos arts. 105-A da Lei nº 9.504/97 e 22 da LC nº 64/90 por ter sido considerado o abuso sem que as premissas fáticas autorizassem tal conclusão;
- e) em 29 de dezembro de 2014, o Presidente da Corte Regional negou seguimento ao Respe, seguindo-se a interposição de agravo e "[...] tendo em vista que o aludido recurso não possui efeito suspensivo, aliada à forte verossimilhança do sucesso do agravo e do próprio especial nessa Superior Instância, presente também o grave prejuízo, inclusive pela inoportuna alternância do poder, é que se formula o presente pedido de concessão de medida liminar" (fl. 7);
- f) a controvérsia objeto do acórdão dizia respeito ao fato de que o requerente, sendo filho do Presidente do Fundo para o Desenvolvimento da Educação (FDE), organizou com fornecedores da referida estatal um cartel para fraudar licitações e obter 5% do valor do contrato, recursos estes que seriam destinados a custear sua campanha eleitoral;
- g) uma das teses apresentadas foi quanto à inobservância do art. 105-A da Lei nº 9.504/97, pois a AIJE se baseou em inquérito civil público e, a propósito, o acórdão padece de erro material, na medida em que "enquanto o inquérito civil público foi instaurado em junho de 2012, com oitivas realizadas em julho e agosto do mesmo ano, a AIJE somente foi ajuizada em outubro seguinte" (fl. 8), violando-se, na espécie, o art. 275 do CE pois o tema não foi apreciado pelo Tribunal a quo;
- h) o acórdão diverge da jurisprudência em vigor no sentido de que os embargos são a via adequada para correção de erro material e, incidiu, ademais, em afirmação incompreensível, ao reconhecer que a AIJE teve origem em investigação feita pelo Ministério Público, mas, ao mesmo tempo, negar que a AIJE tenha decorrido de ICP, desafiando o disposto no art. 105-A da Lei nº 9.504/97;
- i) "[...] ao propor esta ação, o Dr. Promotor Eleitoral de Taubaté apresentou supostas `provas` obtidas

num inquérito civil conduzido por ele próprio e também por outro inquérito civil produzido por outro membro do Parquet, em São Paulo" (fl. 8);

j) foi demonstrada violação ao art. 14, § 10, da CF/88, pois em recente decisão (AC nº 622-22/RS) o Ministro Dias Toffoli decidiu que a ação de impugnação de mandato eletivo é o único meio processual hábil a desconstituir o diploma ou mandato conferido nas urnas, de modo que os fatos julgados em AIJE julgada após a diplomação deve ser reiterado naquela ação constitucional para que possam ensejar a cassação;

k) "ou bem se reconhece que o Tribunal Regional claudicou na arte de julgar, ao afirmar em descompasso com os autos de que houve simultaneidade entre inquérito civil público e AIJE, ou bem se enfrenta a alegação de afronta ao art. 105-A da Lei nº 9.504/97" (fl. 14);

l) também foi violado o art. 22, caput, e inciso XIV, da LC nº 64/90, pois o abuso de poder objeto de AIJE é aquele que se reverte em proveito eleitoral e, no caso dos autos, a corrente majoritária, liderada pelo Juiz Roberto Maia Júnior, cingiu-se ao exame da alegação de que o recorrente teria formado um grupo durante o ano de 2011, para fraudar licitação de compra de mochilas pelo FDE, sem demonstrar a utilização de tais recursos na disputa eleitoral;

m) o Presidente do TRE/SP obstaculizou o trâmite recursal por entender que incidiriam os óbices das Súmulas nos 7/STJ e 279/STJ, mas no agravo ao qual se pretende atribuir efeito suspensivo se apontou que o exame do Respe demanda apenas o reenquadramento jurídico dos fatos delineados no acórdão regional;

n) o aresto fundou-se no depoimento de uma única testemunha que surgiu como "delator" de suposto esquema de fraude para aquisição de material escolar no âmbito da FDE, a qual atestou, de forma genérica, que o suposto produto da atividade criminosa seria sua futura utilização na campanha eleitoral;

o) a testemunha Djalma trabalhou na empresa Diana Paolucci até novembro de 2011, mas "[...] a vencedora da licitação apontada como viciada não foi a empresa para a qual trabalhava, mas sim a EXCELL 3000, revelando-se, no mínimo, surpreendente que a suposta fraude perpetrada com a sua colaboração tenha revertido em benefício de empresa concorrente" (fl. 19);

p) os fatos expostos no depoimento ocorreram no ano de 2011, muitos meses antes das eleições e a conclusão do acórdão regional se deu com base em testemunha no mínimo suspeita para concluir que um cheque que ela (testemunha) teria dado a uma terceira pessoa teria a campanha de Ortiz Júnior como seu destino final;

q) "conforme ponderado pelo eminente Juiz ALBERTO TORON, que dissentiu da maioria no julgamento do feito, 'Djalma fala em R\$ 104 milhões, mas não viu o recebimento do dinheiro por parte de Ortiz Júnior... Deixando de lado a crítica que se possa fazer ao depoimento de Djalma, impressiona a facilidade com que ele fala disso e de outras coisas'" (fl. 23);

r) "mesmo sob o aspecto do abuso de poder político, também não se sustentam as conclusões do v. acórdão regional, pois os supostos expedientes fraudulentos junto à FDE teriam ocorrido também no citado ano de 2011, não afetando qualquer candidato em particular" (fl. 25);

s) conforme submetido ao Tribunal a quo em sede de embargos, o inquérito policial envolvendo os mesmos fatos em relação ao embargante Ortiz Júnior, então prefeito de Taubaté/SP, mas aquela Corte entendeu que as esferas penal e eleitoral são independentes;

t) está presente o periculum in mora, pois "[...] não obstante a legítima opção política manifestada pelo eleitorado local, o requerente encontra-se em vias de ser afastado do exercício do mandato [...]" e "esse tempo perdido não é subtraído apenas ao peticionário, mas também àqueles que lhes outorgaram o mandato (quase 100 mil eleitores de Taubaté e 62,92% dos votos válidos)" (fl. 29); e

u) "a inconveniência de se promover sucessiva alternância na condução da Administração Pública, de

outro lado, é circunstância que essa colenda Corte Superior dá especial atenção [...]" (fl. 31).

Requer o deferimento da medida liminar, para conferir efeito suspensivo ao agravo em recurso especial, sustando-se a execução do julgado recorrido até o pronunciamento desse colendo Tribunal Superior Eleitoral.

Os autos vieram conclusos à Presidência nos termos do art. 17 Regimento Interno do TSE (fl. 3.398).

É o relatório.

Decido.

Pretende o autor a atribuição de efeito suspensivo a agravo interposto perante a instância regional em 6 de janeiro de 2015 (fls. 166-190) contra decisão que negou seguimento ao recurso especial interposto no RE nº 587-38/SP.

Em juízo sumário, inerente à cognição das medidas cautelares, entendo pela existência dos requisitos que autorizam a concessão da liminar.

O acórdão regional manteve a sentença que julgou parcialmente procedente a AIJE sob o fundamento de que o ora requerente José Bernardo Ortiz Monteiro Júnior, filho do então Presidente do Fundo para o Desenvolvimento da Educação (FDE), teria participado de fraudes a procedimentos licitatórios a fim de angariar fundos para sua campanha eleitoral.

Consta do voto do relator que os fatos "[...] começaram a ser conhecidos a partir de investigação realizada pelo Ministério Público Eleitoral" (fl. 3.253) no Inquérito Civil nº 14.0678.0005472/2012-5, razão pela qual julgo plausível, neste juízo superficial, a apontada violação ao art. 105-A da Lei nº 9.504/97.

No debate que envolveu a matéria, o relator afastou a prejudicial de ilicitude da prova consignando que o ICP teria sido instaurado concomitantemente à AIJE (fl. 3.003), mas o Juiz Silmar Fernandes, em seu voto-vista, afirmou que a limitação instituída pelo art. 105-A da Lei nº 9.504/97 não poderia prevalecer diante das prerrogativas asseguradas ao Ministério Público pelo art. 129 da Constituição Federal.

Tal orientação, em primeiro exame, diverge da jurisprudência do TSE no sentido de que "conforme decidido por esta Corte no julgamento do RO nº 4746-42/AM, o Ministério Público Eleitoral não pode se valer do inquérito civil público no âmbito eleitoral, consoante a limitação imposta pelo art. 105-A da Lei das Eleições" (AgR-RO nº 4888-46/AM, Rel. Min. Dias Toffoli, DJE de 11.4.2014).

Ademais, tanto a simultaneidade entre o ICP e a AIJE quanto a licitude do ICP foram afastadas no voto-vista do Juiz Alberto Zacharias Toron (fls. 3.021-3.034), o que merecerá análise mais aprofundada nos autos principais.

Também se vislumbra a existência do periculum in mora, na medida em que o TRE/SP rejeitou os embargos de declaração em acórdão de 15 de dezembro de 2014, mantendo-se, portanto, a cassação do diploma do ora requerente e a determinação para a realização de novas eleições nos termos do art. 224 do Código Eleitoral.

Diante do quadro, considerando que o autor foi eleito com mais de 60% (sessenta por cento) dos votos válidos, deve-se manter a estabilidade política no município, evitando-se a alternância na chefia do executivo, conforme os seguintes precedentes do TSE:

[...]. 2. Deve-se evitar a alternância de poder na chefia do Executivo municipal. Precedentes.

3. O exame do fumus boni juris, consubstanciado na plausibilidade do direito alegado, compreende um juízo superficial de valor, o que não se confunde com o julgamento do recurso interposto.

4. Agravo regimental a que se nega provimento.

(AgR-AC nº 3431-87/MG, Rel. Min. Marcelo Ribeiro; DJE de 11.2.2011); e

[...] 2. O posicionamento desta Corte é no sentido de se evitar a sucessiva alternância na chefia do Poder Executivo Municipal.

3. Liminar deferida tão somente para suspender a realização de novas eleições até o julgamento do mérito do recurso por esta Corte.

(AC nº 32-73/SC, Rel. Min. Marcelo Ribeiro, de 18/09/2009, Página 22/23).

Ante o exposto, defiro a liminar pleiteada para determinar a permanência do autor no cargo de prefeito do Município de Taubaté/SP até o julgamento do agravo interposto no RE nº 587-38/SP.

Comunique-se, com urgência, ao TRE/SP.

Em seguida, encaminhem-se os autos ao meu Gabinete.

Publique-se.

Brasília/DF, 12 de janeiro de 2015.

Ministro JOÃO OTÁVIO DE NORONHA

Presidente em exercício

(RITSE, art. 10 c/c art. 17)