

Voto-vista no Recurso Eleitoral n. 587-38.2012.6.26.0141

Após o esmerado voto do em. Juiz ROBERTO MAIA, pedi vista para melhor examinar a hipótese dos autos.

Para rememorar o caso, ao sentenciar, a MM. Juíza de primeiro grau bem resumiu a hipótese tratada nestes autos. Temos aqui: *“a) contratação irregular de ‘apadrinhados políticos’ através de empresas terceirizadas; b) permissões indevidas de uso de bens móveis com finalidade eleitoral, a entidades beneficentes; c) fraude, formação de cartel e facilitação para a participação de empresas em certame licitatório, em troca de pagamentos de comissão”* (13º vol., p. 2.459).

Explicita a em. Magistrada sentenciante que *“finalizada a instrução probatória nestes autos, apenas o último item acusatório (c), conforme aqui discriminado, pode ser considerado suficientemente provado”* (p. 2.459). Foi idêntica a percepção do il. Relator sorteado ao asserir que ela agiu com acerto ao afastar *“as duas primeiras acusações (contratação irregular de funcionários e permissões indevidas de uso de bens móveis)”* (vol. 15, p. 8 do voto).

De resto, não é ocioso observar que a própria eg. PRE, em seu d. Parecer, salientou que *“a maior parte dos fatos **não são** (grifei) de competência da seara eleitoral, tampouco ocorreram em ano eleitoral, por isso, deve-se identificar minuciosamente quais são suas vinculações com o pleito municipal de 2012”* (fl. 2.882 v.). E conclui: *“das inúmeras alegações trazidas pelo Ministério Público em sua exordial, **as únicas que permitem qualquer ação e decisão, por ora, são as diretamente relacionadas às denúncias de Djalma da Silva Santos.** As demais alegações dependem de apuração na seara competente da (Justiça Comum) ...”* (fl. 2.883 v., grifei). Bem por isso, S. Exa., expressamente, assinala que a questão da manutenção dos contratos de mão-de-obra terceirizada e doações e permissões

indevidas de bens imóveis (itens nominados no Parecer como vii e viii) têm sua vinculação com o processo eleitoral “*insuficientemente provada*” (f. 2.883 v.).

E, de fato, o d. voto do em. Relator prestigia, não só o entendimento da r. sentença, mas também o do ilustrado Parecer ministerial, aliás, da lavra do preclaro Professor PAULO THADEU GOMES DA SILVA, quando toma como fundamento para impor a **perda do mandato** ao Recorrente JOSÉ BERNARDO ORTIZ MONTEIRO JÚNIOR o já referido depoimento do delator DJALMA DA SILVA SANTOS, que, como dito no voto (p. 15) e no Parecer, só procedeu à delação “*em virtude do não recebimento da totalidade de ‘comissões’ a ele prometidas para participar do esquema fraudulento*” (Parecer, fl. 2.882 v.).

O núcleo da acusação, portanto, está em que JOSÉ BERNARDO ORTIZ MONTEIRO JÚNIOR, Prefeito eleito em 2012 na cidade de Taubaté, teria se valido de fraude em procedimento licitatório para o fim de obter fundos para sua campanha eleitoral. Di-lo o em. Relator: “*após análise da prova documental e depoimentos prestados em Juízo, é forçoso concluir que houve mesmo o conluio visando fraudar o Pregão Eletrônico de Registro de Preços nº 36/00499/11/05, realizado pela Fundação para o Desenvolvimento da Educação (FDE) para aquisição de mochilas escolares, de iniciativa do recorrente JOSÉ BERNARDO ORTIZ MONTEIRO JÚNIOR, então candidato ao cargo de Prefeito do Município de Taubaté, com o intuito de angariar recursos para sua campanha eleitoral*” (p. 12 do voto, grifei).

Os fatos em análise se deram no ano de 2011, fora do período eleitoral, e, segundo o sempre reverenciado Relator, eles “*começaram a ser conhecidos a partir de investigação realizada pelo Ministério Público Eleitoral, com as informações prestadas pelo próprio envolvido Djalma...*” (p. 14/15 do voto). Esta investigação, explica o d. voto na nota de rodapé n. 4, se deu no Inquérito Civil n. 14.0678.0005472/2012, **fls. 45/392, vols. 1/05** e foi sucedido pela Ação Civil Pública “*ainda em andamento na Justiça Estadual (processo n. 00445527-93.2012.8.26.00053, fls. 268/308, v. 02*” (p. 14 do voto, grifei).

Sem embargo, neste caso o em. Relator ressaltou que “*não pode ser alegado que a existência de inquérito civil, instaurado pelo MP, geraria nulidade por infringir o disposto no art. 105-A da Lei das Eleições. Isto porque a presente AIJE foi ajuizada em **outubro de 2012** (fls. 44, grifei), simultaneamente ao inquérito civil iniciado no mesmo mês e ano (fls. 46/48). Assim, houve concomitante apuração na esfera eleitoral (por meio da AIJE) e no âmbito da Justiça Comum (em decorrência do inquérito civil)*” (p.p. 30/31)

Salvo melhor juízo e com a devida *venia*, o Inquérito Civil Público foi instaurado em **29 de junho de 2012** (fl. 51/52). A oitiva do Sr. DJALMA se deu no MP da Capital em 15 de **agosto** de 2012 (fls. 54/62) com a juntada de documentos (fls. 64/74). Depois, em 20 de **agosto** daquele mesmo ano, se ouviu a Sra. GLADIWA DE ALMEIDA RIBEIRO (fls. 75/82), a qual também juntou documentos (fls. 83/88). No dia seguinte, em 21 de agosto, ouviu-se novamente, sempre no MP, a Sra. GLADIWA (fls. 89/100) com a juntada de novos documentos (fls. 102/245). Em 10 de **setembro** ouviu-se novamente o Sr. DJALMA (fls. 246/47), com a juntada de cópia do cheque no valor de R\$ 34.000,00 (trinta e quatro mil reais), fls. 248/49.

Por outro lado, o Promotor de Justiça instaurou seu Inquérito Civil Eleitoral somente em **9 de outubro de 2012** após analisar as inúmeras peças do anterior Inquérito Civil instaurado, como já dito, em 29 de junho de 2012.

Ora, a AIJE só veio a ser proposta em **28 de outubro de 2012**! Então, *data venia* do em. Relator, não há simultaneidade. E, como procedentemente assinalou S. Exa., a investigação se deu no Inquérito Civil n. 14.0678.0005472/2012, instaurado em 09 de outubro, mas que, na verdade, traz consigo toda a prova amalhada no Inquérito Civil Público conforme se pode ver do ofício de fl. 49 subscrito pelo 4º Promotor de Justiça do Patrimônio Público e Social da Capital, Dr. SILVIO ANTONIO MARQUES.

Portanto, aqui, como no julgado da relatoria do em. Des. MARIO DEVIENNE FERRAZ, se pode, com a mesma segurança, dizer que *“as demais provas carreadas aos autos guardam relação com o questionado procedimento inquisitivo, motivo pelo qual, em razão da doutrina e jurisprudência sobre os frutos da árvore envenenada, não podem ser admitidas”* (RECURSO ELEITORAL Nº 83-14.2013.6.26.01, j. em 31/7/2014).”.

No ponto, respeitado o entendimento diferente do em. relator, penso como o em. Des. DEVIENNE FERRAZ no julgamento finalizado nesta Corte por maioria (e com a minha adesão) no **Recurso Eleitoral nº 83-14.2013.6.26.01** (j. em 31/7/2014). Ali prevaleceu o entendimento segundo o qual “as provas coletadas pelo *“parquet”*, obtidas tão somente por meio de inquérito civil público afrontam o artigo 105-A da Lei nº 9.504/97, o qual dispõe:

“Em matéria eleitoral, não são aplicáveis os procedimentos previstos na Lei nº 7.347, de 24 de julho de 1985”.

No voto-condutor do referido julgado o em. Relator salientou o seguinte:

“... enfrentando o tema pela primeira vez, o egrégio Tribunal Superior Eleitoral discutiu se a limitação prevista no artigo 105-A da Lei das Eleições abrangeria o inquérito civil, instrumento que está previsto não apenas na Lei da Ação Civil Pública, mas também na Constituição Federal e na Lei Orgânica do Ministério Público da União, razão pela qual instalou-se a controvérsia quanto à possibilidade' de se ajuizar ação de investigação eleitoral estribada tão somente nesse procedimento.

Nada obstante o voto do relator, afirmando que o preceito do artigo 105-A alcançaria tão somente a ação civil pública, decidiu-se, por maioria, que as provas advindas de inquérito civil seriam ilícitas, posto que esse procedimento também encontraria óbice no artigo 105-A da Lei das Eleições. Por relevante, transcreve-se trecho do respeitável voto da eminente Ministra Luciana Lóssio:

"Ao ler o artigo 105-A da Lei nº 9.504/97, quando afirma (pie: 'Em matéria eleitoral, não são aplicáveis os procedimentos da Lei nº 7.347, de

24 de julho de 1985, leva-me a concluir que se veda a veiculação, aplicação e o uso dos procedimentos previstos na lei. O inquérito civil público é um procedimento disciplinado na Lei de

Ação Civil Pública, embora a Constituição da República, assim como a Lei Complementar nº 75/93, cuide da mesma questão - como bem destacado no voto do Ministro Dias Toffoli - e afirme que o Ministério Público tem legitimidade e competência para inquéritos civis e ações civis públicas, não vejo como fugir à vedação trazida pela própria Lei nº 12.034/2009, ao acrescentar o artigo 105-A à Lei nº 9.504/97. Com estas breves palavras, peço licença ao eminente Relator para acompanhar a divergência inaugurada por Vossa Excelência, Ministro Marco Aurélio, e entender que estas provas seriam então ilícitas, pois derivadas de um inquérito o qual não poderia ter sido utilizado para tanto" (Recurso Ordinário nº 4746-42.2010.6.04.0000, relator originário: Ministro Dias Toffoli, relator para' o acórdão Ministro Marco Aurélio, julgamento em 26/11/2013).

Na oportunidade desse julgamento, ao inaugurar a divergência, afirmou o ilustre Ministro - Marco Aurélio:

"A meu 'ver, certo ou errado, com a Lei nº 12.034/2009, veio preceito afastando o procedimento previsto na Lei nº 7.347/ 1985. O dispositivo é categórico: 'Em matéria eleitoral não são aplicáveis os procedimentos', sem alusão à autoria do procedimento. O inquérito está previsto no § 1º do artigo 8º da Lei nº 7.347/ 1985. Não tenho a menor dúvida - e não vejo inconstitucionalidade no dispositivo - de que se afastou a possibilidade de o Ministério Público, por exemplo, provocar a formalização da investigação judicial eleitoral, em vez de proceder ao inquérito administrativo, interno, para posteriormente tomar , iniciativa no campo eleitoral".

Em decisão ainda mais recente, proferida em sessão realizada em 18/02/ 2014, o colendo Tribunal Superior Eleitoral, à unanimidade, reafirmou seu' posicionamento ao deixar expresso:

"1. 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. Ressalva do entendimento do relator. 2. In casu, a investigação foi instruída com documentos e mídia colhidos em inquérito civil público, não havendo outros elementos hábeis a comprovar os supostos abusos de poder político e econômico" (Agravio Regimental no Recurso Originário nº 4994-08.2010.6.04.0000, Manaus/AM, relator Ministro Dias Toffoli).

E ainda:

"3. 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 nº 9.504/97. Ressalva do entendimento do relator" (**Recurso Ordinário nº 4890-16.2010.6.04.0000 - Manaus/AM, relator Ministro Dias Toffoli, Sessão de 27/02/2014**).
No mesmo 'sentido: AgReg no RecOrd nº 4968-10.2010.6.04.0000, relator Ministro Dias Toffoli, Sessão, de 20/03/2014; AgReg no RecOrd nº 4994-08.2010.6.04.0000, relator Ministro Dias Toffoli, Sessão de 18/02/2014.

Nessa conformidade, reconheço a **nulidade do feito**, pois embasado em provas consideradas ilícitas nos termos do artigo 105-A da Lei das Eleições.

Superada que possa ser a questão da licitude das provas, há outro ponto de natureza processual concernente à aptidão da ação em causa para a apuração do malfeito em discussão.

Aqui, é de se lembrar que a MM. Juíza "a quo", numa primeira oportunidade, deixou de sentenciar o feito sob o argumento de que "*da análise desta e da exordial referente à ação civil em trâmite pela Col. 14ª Vara da Fazenda Pública da Capital, se extrai que a causa de pedir, representada pelos fatos e fundamentos jurídicos que embasam o pedido, em ambas, são coincidentes*" (13º vol., fl. 2.405). Adiante, explicita:

"Com efeito, naquela, baseando-se nos mesmo eventos descritos nesta e que envolveram os dois primeiros co-requeridos, afirma-se a ocorrência de: a) tráfico de influência; b) manipulação de resultado de certame licitatório; c) formação de cartel; d) cobrança de comissão das empresas vencedoras pelo co-requerido Ortiz Júnior, com destinação à sua campanha política; e) doação dissimulada de bens da fundação estadual, para obtenção de vantagens político-eleitorais; f) ... ; g)" (fl. 2.405).

E conclui que a ação proposta no juízo eleitoral “*é um desdobramento da Ação de Responsabilidade Civil por Atos de Improbidade Administrativa ajuizada na Capital*” (idem).

Daí porque, considerando a identidade do substrato fático entre as ações, para evitar eventual contradição entre decisões oriundas de juízos diferentes, entendeu que o processo mais antigo deveria ser sentenciado para só então o feito de caráter eleitoral seguir.

Sem embargo da logicidade da referida decisão de Primeiro Grau, este Tribunal, corretamente, em Mandado de Segurança impetrado pelo combativo representante do MP eleitoral e aqui relatado pelo preclaro Juiz PAULO GALIZIA, concedeu a ordem pleiteada para cassar a determinação de suspensão da AIJE, pois a justiça eleitoral é competente para apreciar fatos “*configurativos das condutas vedadas previstas na Lei das Eleições, que ainda poderão ser objeto de ação de improbidade administrativa*” (13º vol., fl. 2.441). Todavia, com apoio em julgado do col. TSE, ressaltou-se que “*as práticas que consubstanciem, tão-somente, atos de improbidade administrativa, devem ser conhecidas e julgadas pela Justiça comum* (TSE. **RO n. 1.717.231**, rel. Min. MARCELO RIBEIRO, j. 24/4/2012)” (fl. 2.441).

Por outras palavras, o que se está a decidir aqui é a ocorrência ou não de abuso do poder econômico decorrente de ato ilícito representado pelo montante auferido com vistas à campanha político-eleitoral.

Em caso similar, na **Ação Cautelar n. 62.222**, o em. Min. DIAS TOFFOLI, monocraticamente, decidiu:

“Observo que a ação de investigação judicial eleitoral por abuso de poder foi protocolada somente em 13.12.2012, em momento bem posterior à ocorrência dos fatos, e sem que tenha havido ratificação após a expedição do diploma do requerente, que se deu

em 19.12.2012.

Nesse sentido, reafirmo meu posicionamento de que após a diplomação do candidato, para que a ação possa ter o efeito de cassar o diploma do beneficiado, deverá haver a ratificação pela parte interessada mediante ação de impugnação de mandato eletivo (AIME), no prazo de 15 dias contados da diplomação, devendo essa ação tramitar sob segredo de justiça, na forma do artigo 14, §§ 10 e 11, da Constituição Federal.

Entendo, portanto, que após a diplomação do candidato, a impugnação do mandato, de acordo com a Constituição Federal, far-se-á por instrumento processual exclusivo. A partir da diplomação, a Carta Maior estabelece um único veículo capaz de retirar a legitimidade do mandato auferido nas urnas, que é a ação de impugnação de mandato eletivo - AIME.

Conforme me manifestei em outras oportunidades, não consigo vislumbrar - data venia da ampla jurisprudência desta Corte - outra forma processual de se atacar um diploma, além daquele constitucionalmente previsto, especificamente no art. 14, §§ 10 e 11.

No caso em exame, observo, em análise prefacial, que não houve a ratificação posterior da ação mediante a propositura da ação de impugnação de mandato eletivo, no prazo de 15 dias da diplomação.

Ante o exposto, diante da plausibilidade das razões recursais, defiro a liminar, para emprestar efeito suspensivo ao recurso especial interposto nos autos do RE nº 785-53/RS, e determino o

retorno do requerente ao cargo de vereador do Município de Porto Alegre/RS, até o julgamento do apelo nobre por esta Corte” (DJe 18/09/2013).

Ou seja, sem ratificação para que se processe a AIJE como AIME após a posse do prefeito, não seria de se dar trânsito ao feito e, no caso, não tendo sido feito isso, a hipótese seria de nulificação do processado como referido na petição de fls. 2.889/93.

Sem embargo da autoridade da r. decisão monocrática, penso que aqui há de prevalecer o princípio da instrumentalidade das formas e, como quer que seja, pelo meu voto, diante do disposto no art. 249, §2º, do CPC, não é de se declarar a nulidade.

A jurisprudência do col. TSE é toda no sentido de que em caso de abuso de poder econômico “faz-se necessária a presença de acervo probatório contundente no se sentido de que tanto a prática de corrupção eleitoral como a de abuso do poder econômico tiveram potencialidade para influenciar o resultado das eleições” (TSE, **Agr-AI n. 10466-BA**. Acórdão de 18/9/2012; rel. Min. ARNALDO VERSIANI; DJe 09/10/2012).

Neste TRE, idêntico entendimento é sufragado como se realçou, recentemente, no **Recurso Eleitoral n. 817-61**, do Guarujá, relatado pelo em. Juiz SILMAR FERNANDES: “as ações que envolvem possibilidade de cassação e inelegibilidade exigem a presença de **prova forte, consistente e inequívoca** (Acórdão 28928, j. em 10.12.2009)”.

A inicial da AIJE conta com 43 páginas e elenca um sem número de fatos e ilícitos de variada natureza. Ao final, como vimos, tudo ficou reduzido à questão denominada de “c” pela MM. Juíza *a quo*, consistente na “*fraude, formação de cartel e facilitação para a participação de empresas em certame licitatório*,”

em troca de pagamentos de comissão”, daí, como já dito, ter o próprio il. Representante da PRE assinalado que: “das inúmeras alegações trazidas pelo Ministério Público em sua exordial, as únicas que permitem qualquer ação e decisão, por ora, são as diretamente relacionadas às denúncias de Djalma da Silva Santos. As demais alegações dependem de apuração na seara competente da (Justiça Comum) ...” (fl. 2.883 v., grifei).

Contudo, a palavra de DJALMA que, embora confesse a participação nas falcatruas, não pode ser vista como isenta, pois é o homem ressentido que deixou de receber o que supostamente lhe caberia no butim. Mas, abstraída que possa ser a questão do ressentimento na avaliação da prova, de concreto o que há é o cheque mal explicado de R\$ 34.000,00 (trinta e quatro mil reais), fls. 248/49, emitido por DJALMA em favor de MARCELO TADEU R. PIMENTEL, apontado como “marqueteiro” da campanha de ORTIZ JÚNIOR o qual, ademais, mesmo arrolado como testemunha, deixou de depor sob o crivo do contraditório, pois sua defesa desistiu do seu depoimento. Vejamos mais detidamente.

O em. Relator dá como certo que *“houve mesmo o conluio visando fraudar o Pregão Eletrônico de Registro de Preços nº 36/00499/11/05, realizado pela Fundação para o Desenvolvimento da Educação (FDE) para aquisição de mochilas escolares, de iniciativa do recorrente JOSÉ BERNARDO ORTIZ MONTEIRO JÚNIOR”* (p. 12 do voto). No dizer do voto, ORTIZ JÚNIOR, contou com a licença do pai que era presidente da Fundação para o Desenvolvimento da Educação (FDE) e o auxílio de Cláudio Francisco Falotico para montar um “‘esquema’ organizado com o fim de arrecadar dinheiro para sua campanha eleitoral” (p. 12). Como mostra da influência de ORTIZ JÚNIOR, são citados, além de almoços com autoridades ou outros eventos da referida Fundação, um memorando no qual se fala de “Reunião com Jorginho Yunes (Editora IBEP) (f. 1010)”.

Na sequência, ancorado na prova, há menção a como ORTIZ JÚNIOR se aproximou de DJALMA, o qual era diretor comercial da empresa Diana Paolucci, fornecedora de produtos escolares. No andamento das negociações entre estes ORTIZ JÚNIOR teria solicitado um adiantamento pelos negócios realizados: um cheque de 33 mil reais e outro de 34 mil reais, “*que posteriormente, foi compensado por MARCELO TADEU PIMENTEL, tesoureiro da campanha eleitoral do representado*” (voto do Relator, p. 14).

Todavia e *data venia*, ao contrário do que afirma o em. Relator, estes fatos não começaram a ser conhecidos “a partir de investigação realizada pelo Ministério Público Eleitoral” (p. 14) e sim, como visto, no âmbito do Inquérito Civil Público onde, como acima elucidado, DJALMA já havia sido ouvido por duas vezes e, na última, juntado os cheques. Insista-se: é perante a **Promotoria da Cidadania**, no Inquérito Civil Público, que DJALMA conta sua saga (fls. 54/62) e é ali que ele é ouvido novamente (fls. 246/47), e vai juntar a cópia do cheque no valor de R\$ 34.000,00 (trinta e quatro mil reais), fls. 248/49, reiterando a narrativa anterior e esclarecendo todos os fatos de interesse eleitoral.

Veja-se um trecho elucidativo do depoimento de DJALMA prestado em juízo, aliás, citado pelo em. Relator:

JUIZ: Houve algum acerto por fora da contratação dessas mochilas? Do fornecimento dessas mochilas?

DEPOENTE: Houve o combinado do acerto, eu não presenciei o acerto.

JUIZ: E o que foi combinado?

DEPOENTE: Cinco por cento do valor faturado.

JUIZ: Esse valor sabe quanto seria?

DEPOENTE: R\$ 104 milhões.

JUIZ: 5% sobre R\$ 104 milhões?

DEPOENTE: **R\$ 104 milhões.**

JUIZ: E para quem iria esse dinheiro?

DEPOENTE: Ortiz Junior, campanha do Ortiz Junior.

JUIZ: Foi pago em cheque, em dinheiro vivo?

DEPOENTE: Não, não. Em dinheiro vivo.

JUIZ: Em dinheiro vivo?

DEPOENTE: **Eu não presenciei o pagamento**, mas é dinheiro vivo.

JUIZ: Quem pagou, você sabe?

DEPOENTE: A Excel (fls. 22/23 do voto do Relator).

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. Sem embargo, ouçamos o que o Ministério Público do Estado de São Paulo disse sobre a participação do Prefeito de Taubaté (15º vol., fl. 2908):

2 - Com relação ao crime de cartel, não se verifica a existência de indícios suficientes da participação do atual Prefeito de Taubaté JOSÉ BERNARDO ORTIZ MONTEIRO JUNIOR.

Isso porque os elementos de informação amealhados nos procedimentos investigatórios instaurados pelo Grupo Especial de Delitos Econômicos – GEDEC (procedimentos n. 9/2012 e 10/20112) evidenciam que a consumação do delito de formação do cartel de empresários é anterior aos certames licitatórios realizados pelo Fundo Para o Desenvolvimento da Educação – FDE.

Restou demonstrado que os empresários haviam ajustado entre si a redução ou supressão da concorrência em licitações voltadas ao fornecimento de material e uniforme escolares muito antes de manterem contato com o atual Prefeito de Taubaté, consoante se depreende do material probatório relacionado ao Pregão Presencial n. 101/SME/2008, promovido pela Prefeitura de São Paulo por intermédio da Secretária de Educação no ano de 2008.

A formação do cartel, portanto, já estava consumada quando, de acordo com as informações prestadas pelo delator DJALMA DA SILVA SANTOS, os empresários integrantes do cartel de empresas foram apresentados ao Prefeito de Taubaté.

Os elementos de informação coligidos na investigação levada a efeito pelo Grupo Especial de Delitos Econômicos também evidenciam a atuação do cartel de empresários em outros municípios localizados no Estado de São Paulo, o que reforça a certeza da atuação dos empresários cartelizados de maneira autônoma e independente do concurso do atual Prefeito de Taubaté.

Depois, com relação aos crimes de fraude à licitação — exatamente do que aqui se cuida — foi asserido o seguinte:

Idêntico raciocínio é aplicável aos crimes de fraude à licitação perpetrados pelos empresários participantes das licitações municipais que contaram com a atuação do cartel, isto é, as fraudes perpetradas nas licitações municipais em decorrência da atuação cartelizada dos empresários conluiados.

E, no que interessa a ORTIZ JÚNIOR, enfaticamente se sustentou que ele não teve participação nessas fraudes, *verbis* (f. 1908):

Em nenhuma dessas hipóteses houve participação do atual Prefeito de Taubaté, de maneira que não há justificativa para que a investigação pertinente a tais delitos, a saber, formação de cartel e fraude à licitação tramite em segundo grau.

Não é por outra razão, que o em. Des. GUILHERME STRENGER (TJSP) determinou a baixa dos autos para a primeira instância no que concerne à apuração destes crimes (f. 456).

É certo, por outro lado, que o em. Promotor de Justiça asseverou existir por parte de ORTIZ JÚNIOR elementos de convicção que indicam a prática do delito de corrupção eleitoral, *verbis*:

1 - Com relação ao Prefeito JOSÉ BERNARDO ORTIZ MONTEIRO JUNIOR, os elementos de convicção indicam a prática do delito de corrupção passiva, previsto no art. 299 da Lei nº 4.737, de 15 de julho de 1965 (Código Eleitoral), em tese, posto que a intenção do agente era reunir fundos para financiar sua campanha eleitoral para o cargo, esse o crime fim, onde valeu-se de fraudes a licitações para atingir seu objetivo criminoso.

Agiu em concurso com seu pai JOSÉ BERNARDO ORTIZ, razão pela qual, ante o disposto na Súmula 702 do Supremo Tribunal Federal (A COMPETÊNCIA DO TRIBUNAL DE JUSTIÇA PARA JULGAR PREFEITOS RESTRINGE-SE AOS CRIMES DE COMPETÊNCIA DA JUSTIÇA COMUM ESTADUAL; NOS DEMAIS CASOS, A COMPETÊNCIA ORIGINÁRIA CABERÁ AO RESPECTIVO TRIBUNAL DE SEGUNDO GRAU)

Independentemente do acerto da manifestação ministerial quanto ao crime do art. 299 do CE, neste feito, como se disse acima, só estamos cuidando, na linha do que disseram a em. Juíza de Primeiro Grau, o Parecer da PRE e o em.

Relator, da “*fraude, formação de cartel e facilitação para a participação de empresas em certame licitatório, em troca de pagamentos de comissão*”.

Não bastasse o pronunciamento do representante do *Parquet* estadual a afastar a participação de ORTIZ JÚNIOR no crime que enseja a caracterização do abuso de poder, há um outro aspecto que esvazia a possibilidade de se punir este recorrente e seu pai neste processo por abuso de poder econômico. É que o processo de Prestação de Contas do candidato, ao ser analisado pelo MM. Juiz Eleitoral de piso, embora resultasse em desaprovação, afasta a ideia de abuso de poder econômico. Vejamos as seguintes passagens:

“É notório que a campanha em foco foi a mais sofisticada e a que mais arrecadou recursos e a mais dispendiosa. **Não por menos, acabou tendo de transferir vultoso saldo devedor para a Direção Nacional do Partido da Social Democracia, do qual são filiados, conforme termo de fls. 1355.** Isso, porém, não autoriza deduzir que a campanha tenha sido marcada por uma série de irregularidades na arrecadação e nas despesas, em que pesem os argumentos apresentados pelo digno representante do Ministério Público Eleitoral, adiante analisados.

Segundo o Ministério Público Eleitoral, as despesas apresentadas, num total de R\$ 1.508.625,83, foram "muito pequenas em relação ao gigantismo da pré-campanha e posterior campanha eleitoral de Taubaté", tendo havido "desproporcionalidade entre essas despesas apresentadas, vistas em seu conjunto, pois as despesas de rádio e TV foram privilegiadas e o custo de todo o resto foi subestimado".

Com o devido respeito, trata-se de afirmação subjetiva, que carece de demonstração efetiva no que se refere à alegação de que o custo da campanha, excetuando-se as despesas de rádio e TV, foram subestimadas” (site do TRE-SP, acompanhamento processual – RE 944-18, grifei).

Em outra passagem, o d. magistrado, falando sobre as doações, disse o seguinte:

“No que diz respeito à doação de bens em valor estimado que devam constituir produto do próprio serviço ou da atividade econômica exercida pelo doador, pessoa física ou jurídica, ou de bens permanentes que integram o patrimônio destes antes do início da campanha, cumpre obtemperar que os candidatos, de modo satisfatório, comprovaram o atendimento à exigência legal, **justificando minuciosamente cada doação, identificando seus doadores, os bens doados e os valores que lhes foram estimados.** Nesse tocante, tanto o Ministério Público Eleitoral como o auditor do Tribunal de Contas apontaram falhas de modo genérico, sendo que suas críticas não resistiram às explicações apresentadas sobre a prestação de contas e sua retificação (fls. 531/538)” (site do TRE-SP).

Adiante, porém, apontou sérias irregularidades, mas que nada têm a ver com as declarações de DJALMA, *verbis*:

“No que se refere às doações por meio de depósitos bancários em espécie, é válida a suspeita de que estejam revestidas de alguma irregularidade, não porque estejam sem identificação, uma vez que a operação só se efetiva se o doador fornecer sua qualificação, mas pelo fato de que, nos dias de hoje, transferências "on line" são mais práticas e seguras.

A doação mencionada pelo Ministério Público Eleitoral, de R\$ 200.000,00, refere-se ao doador União Incorporadora e Construtora Ltda (fls. 8), que, apesar de vultosa, não se mostra desproporcional com o faturamento bruto previsto no referido Estatuto da Microempresa, de R\$ 3.600.000,00. Em todo caso, tal doação merece ser analisada melhor à luz de informações que poderão ser requisitadas, se necessário, à Receita Federal, pois não se sabe qual o faturamento bruto que a referida empresa auferiu no ano-calendário de 2011.”

(...)

No que pertine à alegação de que "há uma relação de despesas contraídas junto a pessoas jurídicas" comprovadas irregularmente, o Ministério Público Eleitoral cita apenas uma, contraída com a empresa E3 Propaganda & Marketing, cujo pagamento foi assumido pelo Diretório Nacional do PSDB, conforme documento

já referido. Porém, a omissão dos candidatos em apresentar nota fiscal correspondente aos serviços prestados por empresa que seria credora de mais da metade de todos os recursos arrecadados para a campanha soa como irregularidade grave, sem justificativa plausível, que conduz, por si só, à desaprovação das contas por comprometimento insanável de sua idoneidade.

A doação feita por pessoa jurídica de pequeno porte (Antonio J.Marques ME), de cem mil reais carece de esclarecimentos. Assim como quem recebe algo que, pelo preço ou pelas condições do autor da oferta, tem a obrigação legal de desconfiar da licitude da origem do bem ofertado e de recusá-lo caso a dúvida não se dissipe mediante prévia investigação, os candidatos deveriam, de plano, buscar informações sobre a idoneidade financeira e jurídica da referida microempresa. Isso porque, para ser enquadrada nessa categoria, a pessoa jurídica não pode ter faturamento anual superior a R\$ 360.000,00, consoante dispõe o art. 3º, I, da Lei Complementar nº. 123/2006. **Uma doação de R\$ 100.000,00 corresponde a 36% do faturamento máximo que, em tese, a empresa teria obtido no ano-calendário anterior.** Ou seja, além de superar em muito o limite estabelecido no artigo 25, II, da Resolução nº. 23.376 do TSE, a doação é incompatível com a própria sobrevivência e viabilidade econômica da pessoa jurídica. **E não se diga que a norma supracitada direciona-se exclusivamente ao doador, e não ao donatário, como sustentaram os candidatos, pois este fica sujeito, expressamente, ao processo de investigação judicial por abuso de poder econômico previsto no artigo 22 da Lei Complementar nº. 64/90, tal como disciplinado no artigo 25, § 2º, da citada Resolução.** E o fundamento dessa possível AIJ, no caso vertente, seria a suspeita de que o dinheiro doado apenas transitou na conta bancária do doador para maquiar uma movimentação financeira escusa.

Diante de todo o exposto, considerando as inconsistências supra, referentes ao aparente subfaturamento no pagamento das despesas com honorários advocatícios, à não apresentação de documento fiscal idôneo comprobatório da despesa de propaganda eleitoral realizada pela empresa contratada E3 Propaganda & Marketing e à doação feita pela empresa Antonio J.Marques ME, julgo **DESAPROVADAS AS CONTAS** apresentadas pelos candidatos a prefeito e a vice-prefeito pela coligação "Taubaté com tudo de novo", JOSÉ BERNARDO ORTIZ

MONTEIRO JÚNIOR E EDSON APARECIDO DE OLIVEIRA,
com fundamento no artigo 51, III, da Resolução TSE-23.376.

No **Recurso Eleitoral 944-18**, relatado pela preclara Des. DIVA MALERBI, conhecida e reconhecida pela criteriosidade de seus pronunciamentos, o recurso foi parcialmente provido em julgado assim ementado:

“RECURSOS ELEITORAIS. PRESTAÇÃO DE CONTAS. CAMPANHA ELEITORAL DE 2012. DESAPROVAÇÃO NA ORIGEM. IRREGULARIDADES: DÍVIDA, NÃO APRESENTAÇÃO DE DOCUMENTO FISCAL COMPROBATÓRIO DE DESPESA, AUSÊNCIA DE ESCLARECIMENTOS SOBRE A DOAÇÃO DE EMPRESA, DESPESAS COM COMBUSTÍVEIS QUE NÃO FORAM REGISTRADAS, BEM COMO NÃO TIVERAM EMISSÃO DE RECIBO ELEITORAL, E, DOAÇÕES DE RECURSOS ESTIMADOS EM DINHEIRO QUE NÃO FORAM DEVIDAMENTE COMPROVADOS. PRELIMINAR DE INTEMPESTIVIDADE DO RECURSO DOS CANDIDATOS AFASTADA.

- Trata-se de recursos eleitorais interpostos em face da r. sentença que desaprovou a prestação de contas dos candidatos a prefeito e vice-prefeito, referente à campanha eleitoral de 2012.

- A d. Procuradoria Regional Eleitoral e o órgão técnico deste Tribunal opinaram pela desaprovação das contas.

- Recurso tempestivo, (...).

- Irregularidades não sanadas/insanáveis que impediram a análise das contas, comprometendo a regularidade e confiabilidade da prestação de contas.

PRELIMINAR AFASTADA. RECURSOS PARCIALMENTE PROVIDOS, MANTENDO-SE A DESAPROVAÇÃO DAS CONTAS” (j. em 07/7/2014)

Relativamente às doações, lê-se do voto condutor do aresto, o seguinte:

Da análise dos referidos documentos, cumpre destacar que o candidato comprovou, na maioria dos casos, que os doadores poderiam realizar as mencionadas doações, sem infração ao disposto no parágrafo único do art. 23.

Porém, restaram as divergências a seguir apontadas:

Nº RECIBO	DOADOR	CNAE FISCAL DO DOADOR	NATUREZA DO RECURSO ESTIMÁVEL DOADO	VALOR (R\$)	divergência
0004571838 SP000087	AUTO POSTO PETROVAL LTDA	4731800	Combustíveis e lubrificantes	3.669,60	Divergência já relatada na Irregularidade nº 7 (vol.4 – fls. 633/636), sendo que o montante de R\$ 105,60 representa despesa financeira, não registrada na prestação de contas e cujo pagamento não transitou pela conta bancária específica de campanha
0004571838 SP000100	ONLY ENTRETENIMEN TOS LTDA ME	4754703	Comícios	15.000,00	Não apresentou comprovante de propriedade do caminhão (vol.4 – fls. 646/649)

Segue:

0004571838 SP000088	GEMMODI LOGISTICA INTEGRADA LTDA	4930202	Cessão ou locação de veículos	3.000,00	Não apresentou comprovante de propriedade do veículo (vol. 4 – fls. 650/656)
0004571838 SP000028	JOÃO ROBERTO ORTIZ MONTEIRO NETO		Cessão ou locação de veículos	2.400,00	O veículo constante no contrato de fls. 740/741 pertence a Kleberson Ronnie Zuin de Sousa Andrade, conforme fl. 745.
0004571838 SP000084	WOLFF & LOTUFO LTDA ME	7711000	Cessão ou locação de veículos	1.200,00	A fatura/duplicata apresentada indica a existência de prestação de serviço de locação (e não doação do serviço), representando despesa financeira não registrada na prestação de contas cujo pagamento não transitou pela conta bancária eleitoral (vol. 4 – fl. 664/665)

* Legenda da coluna "CNAE FISCAL DO DOADOR":

4731800 - Comércio varejista de combustíveis para veículos automotores

4754703 - Comércio varejista de artigos de iluminação

4930202 - Transporte rodoviário de carga, exceto produtos perigosos e mudanças, intermunicipal, interestadual e internacional

7711000 - Locação de automóveis sem condutor

Vê-se, com a devida *venia* de entendimento contrário, que os valores apontados são de pequena monta. Prestam-se à desaprovação das contas, mas não para a caracterização do abuso de poder econômico. Mas o que mais chama a atenção é que o d. voto da Des. DIVA MALERBI aponta irregularidade consistente no **inadimplemento** de uma dívida no valor de **R\$ 440.000,00**. Sim, quatrocentos e quarenta mil reais não pagos a uma empresa de marketing. Não é, convenha-se o comportamento de quem amealhou uma fortuna em razão de comissões auferidas das licitações como sustentou DJALMA.

Afora isso, o v. acórdão deste eg. TRE-SP na Prestação de Contas, relativamente à grandiosidade da campanha, disse o seguinte:

Em relação ao diminuto registro de despesas com pessoal, verifica-se que consta na prestação de contas, valores declarados para esse fim. Verifica-se, também, que apesar dos argumentos apresentados pelo Ministério Público Eleitoral, quanto a grandiosidade da campanha, em especial do ‘exército de entrevistadores’, centenas de contratados com bandeiras, divulgadores, motoristas entre outros, não foram trazidos aos autos provas que comprovem o alegado, motivo pelo qual não há como considerar a existência de falha.

Enfim, se o Prefeito não fez campanha comprovadamente “**grandiosa**” e, ainda, ficou devendo, é difícil diante desse quadro falar-se em **prova segura** e, menos ainda, em **prova “contundente”** para se cassá-lo.

Rendendo minhas homenagens ao douto Relator e respeitando seu ilustrado ponto de vista, pelo meu voto, dou provimento aos Recursos de JOSÉ BERNARDO ORTIZ MONTEIRO JÚNIOR e EDSON APARECIDO DE OLIVEIRA para decretar a nulidade do feito pela ilicitude das provas e, se ultrapassada a preliminar, julgar **improcedente** a AIJE em relação a todos. É o voto.