

Superior Tribunal de Justiça

TutPrv no RECURSO ESPECIAL Nº 1.358.338 - SP (2012/0258620-4)

RELATORA : **MINISTRA ASSUSETE MAGALHÃES**
REQUERENTE : SISTEMA INTERIORANO DE COMUNICCAÇÃO LTDA E OUTROS
ADVOGADO : RAFAEL DE ALENCAR ARARIPE CARNEIRO E OUTRO(S)
REQUERENTE : ELMIR KALIL ABI CHEDID E OUTRO
ADVOGADO : ADIB KASSOUF SAD E OUTRO(S)
REQUERENTE : JESUS ADIB ABI CHEDID E OUTRO
ADVOGADOS : ADMAR GONZAGA E OUTRO(S)
RAFAEL DE ALENCAR ARARIPE CARNEIRO
FLÁVIO HAMILTON DA LUZ BUSCH
MARCELLO DIAS DE PAULA
REQUERIDO : MINISTÉRIO PÚBLICO DO ESTADO DE SÃO PAULO
INTERES. : MUNICÍPIO DE SÃO PAULO
PROCURADOR : JOSÉ TEIXEIRA JUNIOR E OUTRO(S)
INTERES. : FUNDAÇÃO BRAGANTINA DE RÁDIO E TELEVISÃO EDUCATIVA - TV ALTIORA
ADVOGADO : RODRIGO BIANCHI DAS NEVES
INTERES. : EXPRESSO FÊNIX VIAÇÃO LTDA
ADVOGADO : CARINA POLIDORO

DECISÃO

Trata-se de pedido de tutela provisória, formulado, em 28/06/2016 por JESUS ADIB ABI CHEDID, com fundamento no art. 1.029, § 5º, I, do CPC/2015, nos autos de Recurso Especial interposto contra acórdão do Tribunal de Justiça do Estado de São Paulo (fls. 5.042/5.055e).

Na origem, o MINISTÉRIO PÚBLICO DO ESTADO DE SÃO PAULO ajuizou Ação Civil Pública por Improbidade Administrativa, objetivando condenação dos ora recorrentes e outros pela prática de ato de improbidade administrativa, com fundamento no art. 11, **caput** e I, da Lei 8.429/92, em face da veiculação de publicidade institucional em período vedado pela legislação eleitoral.

Julgado procedente, em parte, o pedido, recorreram os réus, tendo sido reformada, em parte, a sentença, pelo Tribunal local. O acórdão em questão recebeu a seguinte ementa:

"IMPROBIDADE ADMINISTRATIVA. AÇÃO CIVIL PÚBLICA. PROPAGANDA INSTITUCIONAL. VEICULAÇÃO EM TEMPO VEDADO POR FORÇA DO CALENDÁRIO ELEITORAL. DESVIO DE FINALIDADE PARA O OBJETIVO DE PROMOÇÃO PESSOAL. ARGÜIÇÃO DE PRELIMINARES PROCESSUAIS. PRINCÍPIO DA PROPORCIONALIDADE DAS SANÇÕES.

1. COMPETÊNCIA: O STF, no julgamento da ADI 2.797, declarou, com o efeito constitucional *erga omnes*, a inconstitucionalidade da Lei nº 10.628/2002, que acrescentou os §§ 1 e 2º ao art. 84, CPP.

2. FALTA DE NOTIFICAÇÃO PARA DEFESA PRELIMINAR (§ 7º, ART. 17, LEI Nº 8.429/1992): Sobretudo mediando precedente inquérito civil, a falta da notificação inscrita no § 7º, art. 17, da Lei nº 8.429/1992 guarda paralelo com a situação de não-observância do preceito do art. 514 do Código de Processo Penal, quando a acusação se lastreia em inquérito policial, atraindo o estatuto da nulidade relativa (nesse sentido, cfr. *HC 60.826 -STF -1ª Turma -Min. Néri da Silveira -RTJ 110/601; HC 78.189 -STF - 1ª Turma -Min. Ilmar Galvão -RTJ 169/321; HC 65.261 -STF -1ª Turma -Min. Moreira Alves -RTJ 124/528; RECrIm 113.391 -STF -2ª Turma -Min. Carlos Madeira - RTJ 127/239; HC 67.209 -STF -1ª Turma -Min. Moreira Alves -RTJ 129/1.180; HC 68.621 -STF -2ª Turma -Min. Marco Aurélio -RTJ 137/285; REsp 131.280 -STJ -5ª Turma -Min. José Arnaldo da Fonseca; RHC 8.191 -STJ -5ª Turma -Min. Felix Fischer; RHC 9.067 -STJ -5ª Turma -Min. Felix Fischer). Caso em que não se aponta prejuízo singular para a defesa: *pas de nullité sans grief*.*

3. FALTA DE INTERESSE (E LEGITIMIDADE ATIVA) DO MINISTÉRIO PÚBLICO: 'O Ministério Público tem legitimidade para propor ação civil pública em defesa do patrimônio público' (verbete nº 329-STJ).

4. INIDONEIDADE DA AÇÃO CIVIL PÚBLICA PARA A POSTULAÇÃO DE RESSARCIMENTO DE DANOS: Ainda que não imune a críticas, o nome '*ação civil pública*' é de uso comum para referir a ação civil por improbidade administrativa, sendo firme na jurisprudência do STJ admitir-se a ação civil pública para o ressarcimento de danos ao erário.

5. INIDONEIDADE DA AÇÃO CIVIL PÚBLICA PARA INVALIDAR CONTRATOS: 'Embora o mesmo fato possa ensejar o ajuizamento simultâneo de ação civil pública e ação popular, as finalidades de ambas as demandas não se confundem. Uma ação não se presta a substituir a outra. Tendo em vista a redação do art. 11 da Lei n. 4.717/65, a ação popular é predominantemente desconstitutiva, e subsidiariamente condenatória (em perdas e danos). A ação civil pública, por sua vez, como decorre da redação do art. 3º da Lei n. 7.347/85, é preponderantemente condenatória, em dinheiro ou em obrigação de fazer ou não fazer' (Hely Lopes Meirelles). Extinção parcial, conseqüente, do processo, sem resolução de mérito, quanto ao pleito de anulação de contratos administrativos.

6. INIDONEIDADE DA AÇÃO CIVIL PÚBLICA PARA VERSAR QUESTÕES PRÓPRIAS DE DIREITO ELEITORAL E JÁ APRECIADAS PELA JUSTIÇA ESPECIALIZADA: Não há obstáculo a que, com variedade de pontos de vista, se apreciem e decidam, com distinção formal, por diversa Justiça competente, os mesmos fatos. É que, com a variação da perspectiva formal, a identidade de matéria se divide em distintas questões jurídicas. Nada impede, em linha de

princípio, que um só fato, posto sob diversa perspectiva, caracterize ora uma questão eleitoral, ora uma questão própria do direito comum, qual, no caso, a conduta que, com reflexo específico no campo do direito eleitoral, também ostente visos de eventual relevo para o domínio da responsabilidade por atos ímprobos.

7. ILEGITIMIDADE PASSIVA AD CAUSAM: O sistema processual brasileiro calça-se na autonomia do direito de ação, de sorte que o direito de agir em abstrato independe da procedência de mérito da pretensão. As disposições da Lei 8.429, de 1992, como se lê seu art. 3º, são aplicáveis *'àquele que, mesmo não sendo agente público, induza ou concorra para a prática do ato de improbidade ou dele se beneficie sob qualquer forma direta ou indireta'*.

8. INCONSTITUCIONALIDADE PARCIAL DA NORMA DO ART. 12 DA LEI Nº 8.429/1992: É da doutrina de José Afonso da Silva que essa norma constitucional se limita *'a traçar o esquema do instituto ali previsto'*, de maneira que seu complemento incumbe à norma subconstitucional, *'segundo a forma, critérios, requisitos, condições e circunstâncias...'*. Orientação conforme de Emerson Garcia, Marino Pazzaglini Filho, Pedro Roberto Decomain, Sérgio Monteiro Medeiros, Waldo Fazzio Júnior e Wallace Paiva Martins Júnior. Precedente cônsono do STJ: REsp 440.178 -1ª Turma - Min. Francisco Falcão.

9. JULGAMENTO ANTECIPADO DA LIDE: O julgamento antecipado da lide – assim emergiu na espécie – é de todo admissível, sem sacrifício do direito de ampla defesa, *'se os aspectos decisivos da causa se mostram suficientes para embasar o convencimento do magistrado'* (RE 96.725 -STF - 1ª Turma -Min. Rafael Mayer; cfr. também RE 101.171 -STF -2ª Turma -Min. Francisco Rezek).

10. MÉRITO: A procedência da ação concerta-se com a prova dos autos, pondo em relevo o extravio de propaganda governamental, convertida em propaganda pessoal de candidatos em pleito político, a que correspondeu dispêndio financeiro do erário. Harmonia da apreciação de origem com julgados, acerca da mesma situação de fato, proferidos tanto pelo Tribunal Regional Eleitoral de São Paulo (Juiz Paulo Alcides), quanto pelo Tribunal Superior Eleitoral (Min. Carlos Ayres Britto).

11. PROPORCIONALIDADE DAS SANÇÕES E GRAVIDADE DO ATO ÍMPROBO: Perfilhado o princípio da proporcionalidade das sanções aplicáveis no plano da improbidade administrativa, a infligência das medidas punitivas não deve ladear, entre outros critérios, o da gravidade do ilícito. Lê-se em julgado do STJ: *'A aplicação da pena, em improbidade administrativa, deve ser empregada de forma que seja considerada a gravidade do ilícito, a extensão do dano e o proveito patrimonial obtido'* (REsp 929.289 - 1ª Turma -Min. José Delgado). Ou ainda, na mesma Corte (REsp 300.184 -2ª Turma -Min.

Franciulli Netto: *'Para decidir pela cominação isolada ou conjunta das*

penas previstas no artigo 12 e incisos, da Lei de Improbidade Administrativa, deve o magistrado atentar para as circunstâncias peculiares do caso concreto, avaliando a gravidade da conduta, a medida da lesão ao erário, o histórico funcional do agente público etc'. No mesmo sentido, *inter plures*: REsp 513.576 -STJ - 1ª Turma -redator para o acórdão Min. Teori Albino Zavascki REsp 626.204 - 1ª Turma -Min. Denise Arruda; REsp 678.599 -2ª Turma -Min. João Otávio de Noronha).

12. GRAVIDADE DO ATO EM FOCO: *'A liberdade de escolha do eleitor é de ser respeitada, quer em momentos de normalidade do processo eleitoral, quer, principalmente, em situações de sérios desequilíbrios na igualdade entre os contendores'* (Min. Carlos Ayres Britto, no REspe 25.745- TSE). Do mesmo voto: *'...a conduta vedada (...), somada às veiculações das propagandas, deu-se por meio de órgão de comunicação de massa – propaganda institucional em emissora de televisão. O que é suficiente, ao meu ver, para acarretar sério desequilíbrio entre os contendores. Isso porque, de um lado, atingiu um contingente de eleitores de significativa dimensão e, de outro, a diferença de votos entre os principais concorrentes – primeiro e segundo colocados – foi menor de 10% (dez por cento) dos votos válidos (conforme noticiam os próprios recorrentes...)*. A esse fundamento, acresço a consideração de que o equilíbrio do pleito e a igualdade na disputa eleitoral tiveram suas balizas profundamente alteradas na reta final da campanha' (Min. Carlos Ayres Britto).

13. PENALIDADE DE MULTA: Não é de admitir que se postergue para etapa de acerto quantitativo da sentença uma inflição adicional de penalidade não imposta no título submetido à liquidação. Provimento parcial das apelações, para extinguir, em parte, o processo, sem resolução de mérito, quanto à anulação de contratos, e afastar a imposição da multa civil."

Opostos Embargos de Declaração, estes foram rejeitados (fl. 4.060e).

Sustenta o ora requerente, nas razões de seu Recurso Especial (fls. 4.072/4.111e), **in verbis**:

**"INFRAÇÃO À SÚMULA 98 DO STJ
DISSÍDIO JURISPRUDENCIAL CARACTERIZADO**

4 - Já de início é de ser recebido, conhecido e provido o presente recurso por dissídio jurisprudencial, uma vez que o acórdão proferido em sede de embargos de declaração choca-se frontalmente com o disposto na Súmula 98 deste Colendo STJ. (...)

Sempre com o devido respeito, não pode o Judiciário exigir prequestionamento para o conhecimento de Recurso Especial, e, ao mesmo tempo, impor multa ao jurisdicionado que busca justamente o

prequestionamento de questões federais em especial inadmitido por razões formais.

Já aqui, portanto, requer-se a admissão do presente recurso, bem como o seu provimento para que seja afastada a multa indevidamente imposta pelo Tribunal "a quo".

(...)

NULIDADE DO PROCESSO

AFRONTA AOS PRINCÍPIOS DA AMPLA DEFESA/CONTRADITÓRIO E DO DUE PROCESS OF LAW

DISSÍDIO JURISPRUDENCIAL E INFRAÇÃO AO ART. 17, §º 7, DA LEI 8.429/92

5 - AUSÊNCIA DE NOTIFICAÇÃO PRÉVIA E DE DEFESA PRELIMINAR

O presente feito feriu de morte, de uma só vez, o art. 17, §7º, da Lei 8.429/92, e os princípios constitucionais da ampla defesa/contraditório e do devido processo legal ao simplesmente "pular" a notificação prévia e a defesa preliminar da LIA. Ao assim fazê-lo, de quebra, decidiu o acórdão de forma diferente àquilo que vem decidindo o C. STJ, evidenciando dissídio jurisprudencial.

(...)

Não se olvide que tal norma processual é de aplicação cogente, traduzindo-se em um direito de qualquer réu em ação que trate de improbidade. Em que pese isso, ignorou-se tal regra neste feito.

(...)

6 - COTEJO ANALÍTICO ENTRE O CORPO DO ACÓRDÃO RECORRIDO E O CORPO DO ACÓRDÃO PARADIGMA, PARA CONFIGURAÇÃO DO DISSÍDIO JURISPRUDENCIAL.

O próprio acórdão recorrido, curiosamente, aponta precedentes do TJSP e deste C. STJ, no sentido de que a falta de notificação do requerido para apresentação de defesa preliminar, configura nulidade absoluta e insanável no processo, porque afronta o princípio fundamental da ampla defesa.

No entanto, e desconsiderando tais julgados, decidiu o acórdão que tal nulidade seria relativa, trazendo indevidamente, por analogia, o art. 514 do CPC, onde não se reconhece a nulidade quando a acusação se lastreia em inquérito policial.

Tal entendimento conflita, dentre outros, como seguinte trecho do acórdão paradigma, aqui anexado na íntegra:

(...)

NULIDADE DO PROCESSO

RESPONSABILIZAÇÃO DOS AGENTES POLÍTICOS POR IMPROBIDADE - FORO PRIVILEGIADO - PRECEDENTE DO C. SUPREMO TRIBUNAL FEDERAL

8 - Em julgamento histórico, o C. Supremo Tribunal Federal, interpretando os dispositivos da Constituição Federal, fixou os

contornos do sistema de responsabilização por improbidade administrativa em nosso país. Nesse prisma, negou-se a aplicabilidade da Lei de Improbidade Administrativa aos agentes políticos, eis que estes têm sua conduta submetida a outros mecanismos de responsabilização, em que se sobressai a punição pelo cometimento de crimes de responsabilidade.

Tal é o entendimento que veio a prevalecer através do histórico julgamento da Reclamação 2138, em que figurou como Ministro Relator para o Acórdão o Em. Min. GILMAR MENDES.

(...)

No que toca aos Prefeitos Municipais, o regime especial é complementado com as previsões do Decreto-Lei nº 201/67, que tipifica os seus crimes de responsabilidade regulando ainda o processo judicial de sua apuração. A competência originária para tal julgamento pertence ao Tribunal de Justiça do Estado, por incidência do artigo 29, X, da Constituição Federal.

(...)

Conclui-se, daí, que o processo judicial aqui examinado encontra-se viciado por insanável nulidade, já que os recorrentes não poderiam integrar o pólo passivo do feito. E, se pudessem, haveria de se lhes assegurar o foro privilegiado no artigo 29, X, da Constituição Federal" (fl. 4.087e).

(...)

MÉRITO

AUSÊNCIA DE PREJUÍZO

11 - O V. Acórdão recorrido considerou que a publicidade institucional contratada pela Prefeitura de Bragança Paulista/SP, teria sido convertida em propaganda pessoal de candidato em pleito político, PRESUMINDO a ocorrência de indevido dispêndio financeiro do erário, em prol de interesses particulares dos recorrentes. No entanto, ao mesmo tempo em que se chegou a tal conclusão (de todo equivocada), decidiu-se também pela **MANUTENÇÃO DOS CONTRATOS CELEBRADOS ENTRE A MUNICIPALIDADE E O SISTEMA INTERIORANO.**

Ora Exas., se os contratos reclamados neste feito acabaram sendo mantidos, tem-se que eles são válidos, sendo impossível (e também contraditória), a conclusão de ocorrência de indevido dispêndio de recursos públicos em prol dos recorrentes, até porque, fosse assim, e estaríamos diante de enriquecimento ilícito, a atrair o art. 9º da LIA, algo que sequer foi cogitado na exordial.

(...)

Pois bem: essa visão da improbidade administrativa, que reconhece a sua ocorrência mesmo sem a comprovação de efetiva lesão patrimonial aos cofres públicos, choca-se com julgados do C. Superior Tribunal de Justiça e de outros tribunais do país, que se manifestam

em sentido diametralmente oposto. Tais julgamentos, como se verá, condicionam a configuração da improbidade administrativa - e a punição de tais atos com base na Lei nº 8.429/92 - à comprovação de prejuízo sofrido pelos cofres públicos.

(...)

AUSÊNCIA DE DOLO

13 - Para que se verifique a ausência de dolo nas condutas dos recorrentes, como elemento caracterizador do ato de improbidade, necessária a revalorização das ordens de serviço emitidas pela Prefeitura à co-requerida SIC, que determinavam a captação de imagens externas. Nelas verifica-se o seguinte.

"PROIBIDA A EXIBIÇÃO NO PERÍODO ELEITORAL, CONFORME DECRETO Nº 12.809, DE 21/07/2004, PUBLICADO NO JORNAL 'GAZETA BRAGANTINA', EM 24/07/2004."

Essa proibição, diretamente comandada pelo agente público ao particular contratado, consta expressamente nas ordens de serviços entregues à contratada em 30/07/2004 (para serviços a serem realizados desde 02/08/2004 até 09/08/2004 e desde 13/08/2004 até 20/08/2004) e em 20/08/2004 (para serviços a serem realizados desde o dia 23/08/2004 até 13/09/2004).

Lamentavelmente o acórdão atacado deixou de lado esse dado relevante que, frise-se à exaustão, AFASTA QUALQUER DOLO/MA-FÉ na conduta questionada (lembra-se que sem dolo/má-fé não existe improbidade administrativa), nenhuma menção fazendo ao Decreto Municipal nº. 12.809/04.

(...)

Isto porque, frise-se, admitiu a configuração de improbidade administrativa com base no artigo 11 da Lei nº. 8.429/92, sem apontar conduta dolosa dos agentes públicos punidos.

Por tais razões, configura-se nesse tópico o cabimento do recurso especial, com supedâneo no artigo 105, III, "c", da Constituição Federal, em vista do do dissídio jurisprudencial aqui comprovado.

PROPORCIONALIDADE

17 - As penas aplicadas aos recorrentes não guardam proporção com as características do suposto ilícito apurado. É se se notar, desde logo, que a suposta irregularidade sequer exhibe contornos de verdadeira improbidade administrativa, na esteira de a jurisprudência apresentada nesta peça. Isto em virtude da ausência de prejuízo decorrente dos atos tidos por irregulares, e também em razão do não reconhecimento de má-fé por parte dos agentes públicos que atuaram no feito.

(...)

18 - No entanto, se assim não se entender, o que se admite para argumentar, ou seja, se das circunstâncias apresentadas neste feito

julgar-se ocorrente a improbidade administrativa, nem por isso poderá prevalecer em todos os seus termos a condenação aplicada aos recorrentes que, conforme embargos de declaração oferecidos por AMAURI SODRÉ DA SILVA, sequer tiveram suas condutas individualizadas. Basta ler o acórdão para se chegar à conclusão de falta de individualização de condutas.

(...)

20 - Isto significa dizer que as penas deverão ser dosadas, e somente poderão ser aplicadas com todo o rigor quando estiverem presentes os requisitos previstos no texto legal, ou seja, quando o ato de improbidade tenha provocado dano de grande extensão, e quando ocorrer também de modo abrangente o proveito patrimonial do agente administrativo envolvido.

Nesse quadro, sendo certas a boa-fé e a ausência de prejuízo, mostra-se excessivamente rigorosa a condenação que impôs aos recorrentes as penas previstas no artigo 12 da Lei de Improbidade, que incluem suspensão de direitos políticos e proibição de contratar ou receber benefícios do poder público.

(...)

25 - A decisão ora recorrida contrariou o texto legal, na medida em que aplicou sanções aos recorrentes em desconformidade com os critérios estabelecidos na lei, atuando ainda de maneira desproporcional e irrazoável em tal mister. Revela afronta ao artigo 12, parágrafo único, da Lei nº 8.429/92 (Lei de Improbidade Administrativa).

(...)

27- O que se pretende nesse ponto do presente recurso, em suma, não é o reexame do quadro fático/probatório cristalizado, de forma soberana, pelas instâncias ordinárias. A pretensão recursal, pelo contrário, vai no sentido de que a valorização dada pelo acórdão recorrido aos elementos probatórios dos autos, comprometeu o julgamento do mérito do presente feito, incorrendo em ERRO DE DIREITO.

(...)

29 - Ocorre que não se pode confundir publicidade institucional com programas de entrevistas, tal como fez o acórdão recorrido.

Assim, se temos como causa de pedir do presente feito a realização de publicidade institucional em período vedado pela legislação eleitoral, não poderia a ação ser julgada procedente (ainda que parcialmente), com base em dois programas de entrevistas (causa de pedir diversa daquela apresentada na inicial).

Tal situação gera indisfarçável afronta ao art. 460 do CPC, de onde se extrai ser defeso ao Magistrado condenar o réu em objeto diverso do que lhe foi demandado.

30 - Prosseguindo-se na gritante diferença existente entre publicidade

institucional e programa de entrevistas, há que se registrar que a própria Lei Eleitoral nº 9.504/97 faz clara distinção entre tratamento privilegiado ocorrido, por exemplo, em programas de entrevistas (art. 45, inciso IV e § 2º – conduta essa praticada por emissoras de rádio e de televisão e de sua exclusiva responsabilidade) e publicidade institucional (art. 73, inciso VI, "b" e parágrafos 4º e 5º – conduta essa praticada por agentes públicos ou tendo-os como beneficiários).

Tal registro é feito uma vez que a presente ação possui forte ligação como o Direito Eleitoral, e, principalmente, com a representação eleitoral nº. 180/04.

(...)

Assim, ou temos tratamento privilegiado (conduta que pode ser praticada, por exemplo, através de programas de entrevistas e que só pode ser praticada pela emissora de rádio e de televisão sem a utilização de recursos públicos), ou temos publicidade institucional (conduta que depende de contratação feita pelo Poder Público e que depende de recursos públicos)" (fls. 4.075/4.109e).

Requer, por fim, o provimento do Recurso Especial para:

- no que toca às preliminares, o pedido que se faz é de extinção do feito sem julgamento do mérito;
- no mérito, requer-se a improcedência da ação em questão, afastando-se o rosário de sanções impostas aos recorrentes.
- ainda no mérito, requer-se o afastamento da multa indevidamente imposta pelo Tribunal **a quo**, em sede de embargos de declaração" (fls. 4.111e)

Oferecidas contrarrazões (fls. 4.740/4.743e), o Recurso Especial foi admitido, pelo Tribunal **a quo** (fl. 4.750e), e remetido a esta Corte, tendo-me sido distribuído o feito (fl. 4.993e).

Narra o requerente, em sua petição de tutela provisória, o seguinte:

"Trata-se de pedido de atribuição de efeito suspensivo a este recurso especial interposto em Ação de Improbidade Administrativa, na qual se discute se configura ato de improbidade a suposta veiculação de publicidade institucional em período vedado pela legislação eleitoral. Dentre outras questões, o recurso especial a que se pretende atribuir efeito suspensivo ocupa-se de debater as seguintes teses jurídicas principais:

(a) nulidade processual grave, haja vista o desrespeito do órgão julgador ao prazo para manifestação sobre documento novo juntado pelo Autor, em sede de apelação, e tendo em vista que o

acórdão desfavorável aos réus fundamentou-se exatamente em tal documento, em nítido prejuízo à defesa; e (b) impossibilidade de transposição automática da conduta vedada eleitoral para fins de condenação no âmbito da improbidade administrativa, tendo em vista que este instituto de direito administrativo possui sua própria principiologia e seu próprio regramento.

Ressalte-se que, às fls. 5006/5039 e-STJ, juntou-se a estes autos Parecer Jurídico da lavra do ilustre jurista e Ministro Aposentado desta colenda Corte, Gilson Dipp, que fez acurado exame sobre as questões acima mencionadas, mostrando-se favorável às teses recursais, conforme será detalhado adiante.

A suspensão dos efeitos do acórdão recorrido é medida de extrema relevância e urgência para este Requerente, que é pré-candidato ao cargo de Prefeito no Município de Bragança Paulista/SP (docs. em anexo), e que se encontra injustamente condenado, em segunda instância, à suspensão dos direitos políticos pelo período de 5 (cinco) anos.

Assim, considerando que se aproxima o período de convenções partidárias e de registro de candidaturas, e que a produção de efeitos do acórdão que o condenou à suspensão de direitos políticos pode fazer este Requerente ser considerado inelegível, é urgente deferimento da presente medida.

Importante mencionar, desde logo, que este STJ tem reconhecido, em virtude da proximidade das eleições, a urgência na apreciação de requerimentos dessa natureza, atribuindo efeito suspensivo aos recursos especiais nos casos em que se demonstra a plausibilidade do direito vindicado.

Nesse sentido, veja-se o seguinte julgado desta colenda Corte, relativo às eleições de 2016:

(...)

Sabe-se que o requisito da fumaça do bom direito, em sede de tutela provisória de urgência cujo objeto é a atribuição de efeito suspensivo a recurso especial, consubstancia-se na forte probabilidade de provimento do apelo pelo Superior Tribunal de Justiça. Ou seja, importa ficar demonstrado, para fins de concessão da tutela de urgência requerida, que o acórdão recorrido efetivamente negou vigência à legislação federal e/ou à jurisprudência pacífica do colendo STJ.

No presente caso, revelam-se altíssimas as chances de acolhimento da pretensão recursal, haja vista estar-se diante de inequívoco caso de nulidade processual (acompanhado de grave prejuízo ao direito de defesa), bem como de incorreta aplicação automática de preceitos eleitorais em ação de improbidade administrativa – o que, data máxima vênia, representa verdadeira

deturpação do ordenamento jurídico pátrio.

(...)

No intuito de demonstrar a presença do **fumus boni iuris**, o ora Requerente explicitará, de forma sucinta, as violações perpetradas pelo acórdão recorrido e que permitem reconhecer, **primo icto oculi**, a probabilidade de provimento da pretensão recursal.

a. **Da nulidade processual – do julgamento de recurso antes do término do prazo para manifestação das partes e do nítido prejuízo Conforme se noticiou no recurso especial interposto, o Ministério Público de São Paulo, autor da ação, juntou aos autos, quando a apelação já estava pendente de apreciação pelo eg. TJSP, documento novo (fls. 3517/3571 e-STJ) – qual seja, o acórdão proferido pela Justiça Eleitoral no REspe 25.745.**

Perante tal circunstância, o Desembargador relator intimou os apelantes para tomarem ciência do documento colacionado pelo prazo de 10 (dez) dias (fl. 3815, e-STJ).

Ocorre que, antes mesmo do vencimento do prazo concedido, e sem que os réus pudessem se manifestar, o relator pautou o processo e o recurso foi julgado em desfavor do ora Requerente.

Mas não é só isso: o acórdão proferido não apenas foi desfavorável, como ainda o documento sobre o qual as partes foram obstaculizadas de se manifestar foi exatamente o fundamento da decisão. Com efeito, o acórdão impugnado se valeu até mesmo de transcrições do decisum eleitoral para fundamentar sua decisão.

Desta forma, é gritante não apenas o cerceamento de defesa sofrido pelo recorrente, como o grave e concreto prejuízo, de modo a configurar verdadeira nulidade processual – tornando imprescindível e inafastável o provimento recursal para anular o acórdão e sanar o vício mencionado.

Nesse sentido, é bastante elucidativo o argumento explicitado no já mencionado parecer do jurista e Ministro aposentado Gilson Dipp, segundo o qual o julgamento do recurso antes do prazo concedido pelo próprio Judiciário configura verdadeiro **venire contra factum proprium**. Vejamos:

98. Além disso, é possível identificar verdadeiro **venire contra factum proprium** praticado pelo Judiciário paulista frente aos jurisdicionados, em afronta à boa-fé objetiva. Isto porque, ainda que o magistrado entendesse não se tratar de determinação **ope legis** – hábil a impor a efetivação do contraditório independentemente do crivo do julgador, mas por expressa exigência legal –, concedeu, mesmo assim, vista para que as partes se manifestassem sobre o novo documento. Ora, se voluntariamente abriu vista para manifestação das partes, é porque

reconheceu ser necessário e relevante que se manifestassem sobre o documento juntado. Assim, posicionar-se contrariamente, em momento posterior, sustentando não se tratar de documento novo, ou afirmando se tratar de documento com publicação compulsória, que supostamente dispensaria a importância da manifestação das partes, implica contradição lógica – o que justificaria verdadeira presunção de prejuízo (pois se fere a lógica, por óbvio, fere a expectativa das partes). Em síntese: se houve despacho, o prazo deveria necessariamente ser observado (fl. 5036 e-STJ).

Evidenciada a grave nulidade processual, reitera-se a conclusão de que é necessário o provimento do recurso especial, para anular o acórdão recorrido, a fim de sanar o vício apontado.

b. Da impossibilidade de utilização automática dos fundamentos eleitorais para os casos de Improbidade Administrativa – Da necessária demonstração do dolo

Ainda que a grave nulidade processual acima demonstrada já represente fundamento suficiente para o provimento do recurso especial, também assiste razão ao Recorrente quanto à matéria de mérito da ação de improbidade, notadamente no que tange à tese de impossibilidade de transposição automática entre os institutos da conduta vedada eleitoral e da improbidade administrativa.

O Tribunal a quo condenou o ora Requerente, então Prefeito de Bragança Paulista/SP, por suposta prática de improbidade administrativa consubstanciada na veiculação de publicidade institucional em período vedado pela legislação eleitoral. Com esse entendimento, determinou, dentre outras sanções, a suspensão de seus direitos políticos por 5 (cinco) anos.

Com o devido respeito, a necessidade de reforma do acórdão estadual é evidente, diante da jurisprudência firmada deste c. STJ acerca da improbidade administrativa, senão vejamos.

Inicialmente, é cediço que esta Corte Superior firmou entendimento de que improbidade administrativa não é o mesmo que mera ilegalidade ou irregularidade, visto que o ato ímprobo é a ilicitude qualificada por extraordinário dano à moralidade administrativa e dotado de imprescindível elemento subjetivo na conduta.

(...)

De modo diverso, a condenação eleitoral pela prática de conduta vedada dispensa a presença do elemento subjetivo da atuação do agente, bastando o simples cometimento do ato tipificado na Lei nº 9.504/97.

Nesse sentido, é pacífica a jurisprudência do c. TSE ao reconhecer a responsabilidade objetiva pela prática de conduta vedada eleitoral, senão vejamos:

(...)

Assim, demonstrada a diferença fundamental entre os institutos, é de se concluir pela impossibilidade de condenar determinado agente por improbidade administrativa, com base nos fundamentos de acórdão eleitoral sobre conduta vedada.

(...)

Isso porque o ato supostamente ímprobo ora em exame nestes autos é a veiculação de publicidade institucional alguns meses antes das eleições municipais. Desse modo, para que tal ato, além de mera conduta vedada eleitoral, viesse a configurar improbidade administrativa, seria necessária a caracterização da intenção de promoção pessoal do ora Requerente – elemento subjetivo imprescindível, conforme explicitado supra.

Em outras palavras, para condenar o ora Requerente por improbidade administrativa, o Tribunal **a quo** não poderia ter se baseado nos fundamentos do acórdão eleitoral que reconheceu objetivamente a ilicitude na veiculação de propaganda institucional em período vedado, visto que tais fundamentos sequer levaram em consideração a existência ou não de intuito de promoção pessoal na conduta do agente.

Com o devido respeito, a equivocada aplicação do direito ao caso mostra-se ainda mais gritante quando se verifica que o Tribunal **a quo** utilizou os critérios adotados pelo mencionado acórdão eleitoral como único fundamento para condenar o ora Requerente por suposta prática de ato de improbidade.

Nesse sentido, até mesmo quando menciona ter havido hipotético intuito de promoção pessoal, o faz com base no acórdão do c. TSE, o que, devido às demonstradas diferenças fundamentais entre os institutos, representa verdadeira subversão tanto da conduta vedada, quanto da improbidade administrativa.

Como se vê, são incontroversos e não demandam reexame fático-probatório: (i) que o Tribunal **a quo** justificou suposta promoção pessoal do agente, com base nos critérios eleitorais aplicáveis ao instituto das condutas vedadas; e (ii) que tais fundamentos são absolutamente insuficientes para configuração de improbidade administrativa, nos termos da jurisprudência do c. STJ.

Ademais, ressalte-se que o parecer do Ministro aposentado Gilson Dipp, juntado às fls. 5006/5039 e-STJ, reconheceu que esta tese recursal possui total amparo jurídico na legislação federal e na jurisprudência do c. STJ, como se denota do seguinte trecho:

“69. Conclui-se, portanto, em resposta ao questionamento formulado no início deste subtópico, que a condenação dos requeridos ao cometimento de ato ímprobo se deu não com base na perspectiva do

direito administrativo (vez que ausentes os requisitos da promoção pessoal e da intenção de malversar a coisa pública), mas por meio da automática subsunção das premissas e requisitos eleitorais de conduta vedada ao processo de improbidade administrativa. E a ausência de variação da perspectiva jurídica fez com que fosse duplamente analisada a mesma questão em instâncias diversas, ensejando penalidades distintas. Houve, em suma, o que se poderia chamar de **bis in idem** quanto à análise dos fatos.

70. Importante salientar também que, como se viu, tais equívocos são plenamente extraíveis do próprio acórdão. São inúmeros os trechos em que o **decisum** explicitamente demonstra (i) tomar como premissa a publicidade institucional – e não a promoção pessoal – para configuração do ato de improbidade administrativa (estando alguns excertos, inclusive, transcritos neste parecer); e (ii) condenar os requeridos com base em meros indícios, sem qualquer prova concreta que ateste o elemento subjetivo. [...]

72. Sendo assim, há que se concluir pelo equívoco do acórdão recorrido na análise dos pressupostos necessários à configuração do ato de improbidade administrativa alegado pelo **Parquet**, uma vez que a moldura fática nele descrita não permite inferir a prática de ato ímprobo pelos requeridos.” (fls. 5029 e-STJ).

Nesse contexto, conclui-se que, não havendo conduta subjetiva do ora Requerente, não houve improbidade administrativa.

Por fim, em situações como esta, a jurisprudência desta Corte Superior demonstra que o recurso especial merece provimento, ainda que seja para determinar o retorno dos autos à origem para que a Corte **a quo** se pronuncie sobre o elemento subjetivo da conduta.

Confira-se:

(...)

Diante do exposto, está demonstrada a fortíssima probabilidade de provimento deste recurso especial, evidenciando-se assim a presença do **fumus boni iuris** do Requerente, para fins de atribuição do efeito suspensivo ora pleiteado.

III. DO PERICULUM IN MORA: da urgência na concessão da medida, face ao iminente vencimento dos prazos para convenções partidárias e registro de candidaturas municipais

O recorrente é atuante na vida política de Bragança Paulista/SP, já tendo vencido eleições para os cargos de Vereador e de Prefeito em duas ocasiões (anos de 2000 e 2004), sempre com reconhecimento de boa administração por parte da população do município. Tanto é assim que, a despeito da idade avançada, sente-se apto e vocacionado para disputar as eleições municipais de 2016.

Ocorre que a injusta condenação imposta pelo eg. TJSP, ao

determinar a suspensão dos direitos políticos do ora Requerente, colocou-o em situação de grave risco de dano irreparável.

É que, em casos de suspensão de direitos políticos determinados por condenação em segunda instância, os Tribunais Regionais Eleitorais podem indeferir os registros de candidatura, por reconhecer situação de inelegibilidade, com fundamento no art. 1º, I, I, incluído pela Lei da Ficha Limpa (LC 135/2010) na Lei Complementar 64/90, verbis:

(...)

Além do mais, o prejuízo do Requerente pode ser consumado em momento ainda anterior: na própria convenção partidária para escolha dos candidatos municipais. Vale dizer, dado o risco de ser considerado inelegível pelo TRE/SP, seus correligionários podem preterir este Requerente, alijando-o prematuramente da disputa eleitoral.

(...)

Ressalte-se que já se aproximam os prazos finais tanto para escolha de candidatos nas convenções partidárias, quanto para os registros de candidatura. Com efeito, as escolhas dos candidatos poderão se dar entre os dias 20 de julho e 05 de agosto; e os registros, até dia 15 de agosto, nos termos da legislação eleitoral, verbis:

'Lei 9.504/97:

Art. 8º - A escolha dos candidatos pelos partidos e a deliberação sobre coligações deverão ser feitas no período de 20 de julho a 5 de agosto do ano em que se realizarem as eleições, lavrando-se a respectiva ata em livro aberto, rubricado pela Justiça Eleitoral, publicada em vinte e quatro horas em qualquer meio de comunicação.

Art. 11. Os partidos e coligações solicitarão à Justiça Eleitoral o registro de seus candidatos até as dezenove horas do dia 15 de agosto do ano em que se realizarem as eleições.'

Os referidos prazos demonstram que o risco de grave dano, no presente caso, é iminente, não sendo razoável aguardar a decisão final de mérito desta colenda Corte. Daí a extrema urgência na concessão da medida ora postulada.

(...)

Por fim, necessário ressaltar a **PLENA REVERSIBILIDADE DA MEDIDA ORA PRETENDIDA**, haja vista que, caso eventualmente o recurso especial venha a ser desprovido – o que se admite por

mera argumentação – e caso o órgão eleitoral entenda haver inelegibilidade, o registro de candidatura que houver sido deferido poderá ser desconstituído posteriormente, conforme reconhecido pela jurisprudência do STJ:

(...)

Noutro giro, as consequências da não concessão do efeito suspensivo pretendido são irreversíveis para o recorrente, vez que, ultrapassados os prazos determinados pela legislação eleitoral, restará tolhido em definitivo seu direito de concorrer ao almejado cargo de Prefeito.

Dito isso, evidente o perigo da demora" (fls. 5.042/5.055e).

Em vista dos fatos narrados, pede o requerente, a título de tutela provisória:

"Diante de todo o exposto, requer-se o deferimento da tutela provisória para atribuir efeito suspensivo ao Recurso Especial nº 1.358.338/SP, susstando imediatamente os efeitos da decisão recorrida até seu julgamento definitivo por esta c. Corte, ante a inequívoca probabilidade de acolhimento da pretensão recursal e do risco de grave dano ao recorrente" (fl. 5.055e).

A tutela provisória está disciplinada no Código de Processo Civil de 2015, que assim dispõe sobre o instituto:

"Art. 294. A tutela provisória pode fundamentar-se em urgência ou evidência.

Parágrafo único. A tutela provisória de urgência, cautelar ou antecipada, pode ser concedida em caráter antecedente ou incidental."

"Art. 299. A tutela provisória será requerida ao juízo da causa e, quando antecedente, ao juízo competente para conhecer do pedido principal.

Parágrafo único. Ressalvada disposição especial, na ação de competência originária de tribunal e **nos recursos a tutela provisória será requerida ao órgão jurisdicional competente para apreciar o mérito.**"

"Art. 300. A tutela de urgência será concedida quando houver elementos que **evidenciem a probabilidade do direito e o perigo de dano ou o risco ao resultado útil do processo.**

1º Para a concessão da tutela de urgência, o juiz pode, conforme o caso, exigir caução real ou fidejussória idônea para ressarcir os danos que a outra parte possa vir a sofrer, podendo a caução ser dispensada

Superior Tribunal de Justiça

se a parte economicamente hipossuficiente não puder oferecê-la.

§ 2º **A tutela de urgência pode ser concedida liminarmente ou após justificação prévia.**

§ 3º A tutela de urgência de natureza antecipada não será concedida quando houver perigo de irreversibilidade dos efeitos da decisão."

No que tange à concessão de efeito suspensivo a recurso especial, o CPC/2015, alterado pela Lei 13.256/2016, determina que:

"Art. 1.029. O recurso extraordinário e o recurso especial, nos casos previstos na Constituição Federal, serão interpostos perante o presidente ou o vice-presidente do tribunal recorrido, em petições distintas que conterão:

(...)

§ 5º. **O pedido de concessão de efeito suspensivo a recurso extraordinário ou a recurso especial poderá ser formulado por requerimento dirigido:**

I – ao tribunal superior respectivo, no período compreendido entre a publicação da decisão de admissão do recurso e sua distribuição, ficando o relator designado para seu exame preventivo para julgá-lo;

II - ao relator, se já distribuído o recurso;

III – ao presidente ou ao vice-presidente do tribunal recorrido, no período compreendido entre a interposição do recurso e a publicação da decisão de admissão do recurso, assim como no caso de o recurso ter sido sobrestado, nos termos do art. 1.037."

Da leitura sistemática dos dispositivos destacados, pode-se concluir que o pedido de tutela provisória, quando tem por objetivo a concessão de efeito suspensivo a recurso especial, exige a presença concomitante dos seguintes requisitos: a) **fumus boni iuris**, caracterizado pela plausibilidade do direito postulado no recurso especial; b) **periculum in mora**, consistente na demonstração de perigo de dano ou de risco ao resultado útil do processo, decorrentes da demora na prestação jurisdicional.

No caso em tela, em sede de exame perfunctório, vislumbro, em princípio, a ocorrência do **fumus boni iuris**, tendo em vista as alegações, deduzidas no pedido de tutela provisória, referentes à nulidade processual, em face da suposta impossibilidade de manifestação dos então apelantes acerca de documento novo, juntado com as contrarrazões de apelação oferecidas pelo Ministério Público do Estado de São Paulo, em 06/09/2007, consubstanciado no acórdão proferido pela Justiça Eleitoral, em 31/05/2007, no REspe 25.745, conforme consta das razões expendidas nos Recursos Especiais dos corrêus, na Ação de Improbidade Administrativa.

Com efeito, sustenta-se, nos Recursos Especiais de corrêus – que serão

Superior Tribunal de Justiça

julgados simultaneamente –, a ocorrência de nulidade processual, por ter sido julgado o feito, em 2º Grau, quando ainda em curso o prazo para manifestação dos apelantes sobre o aludido documento, produzido em 31/05/2007, posteriormente à prolação da sentença, em 09/03/2007. Alega-se, ainda, que referido documento – juntado pelo Ministério Público Estadual em contrarrazões aos recursos dos réus, em 06/09/2007 (fl. 3.679e) – teria sido usado, no acórdão, para manter a condenação dos requeridos (fls. 4.177/4.180e e 4.523/4.525e).

Trata-se de processo volumoso, com vários réus e Recursos Especiais, com fundamentos vários, de tal sorte que o deslinde definitivo da controvérsia somente poderá ser feito a final.

Entretanto, vislumbra-se, em princípio e sem prejuízo de reapreciação da matéria, a final, a presença do **fumus boni iuris**.

De outra parte, restou demonstrada a presença do **periculum in mora**, uma vez que as escolhas dos candidatos para concorrer às eleições municipais ocorrerão entre "os dias 20 de julho e 05 de agosto; e os registros, até dia 15 de agosto, nos termos da legislação eleitoral" (fl. 5.053e), na forma da Lei 9.504/97.

Cumpre ressaltar, ainda, a plena reversibilidade da medida ora adotada, conforme destaca o seguinte precedente desta Corte:

"MEDIDA CAUTELAR. RECURSO ESPECIAL. PLAUSIBILIDADE DO DIREITO ALEGADO. LEI DA FICHA LIMPA. URGÊNCIA. VIABILIDADE DO APELO. JUÍZO DE COGNIÇÃO SUMÁRIA. LIMINAR DEFERIDA.

1. Busca o requerente resguardar a efetividade do julgamento a ser proferido no recurso especial interposto contra aresto do Tribunal de Justiça do Estado de Rondônia, proferido nos autos de ação civil pública por improbidade administrativa, ajuizada pelo Ministério Público Estadual, com fundamento nos artigos 9º, 10, 11, 12 e 17, da Lei 8.429/92, de forma a afastar o óbice indicado no art. 1º, I, "I", da LC 64/90, com a redação incluída pela LC 135/10, Lei da Ficha Limpa.

2. Em situações excepcionais, o Superior Tribunal de Justiça admite a concessão do provimento cautelar para assegurar a utilidade do julgamento do recurso especial regularmente interposto, desde que efetivamente demonstradas: (a) a plausibilidade do direito alegado; (b) a urgência da prestação jurisdicional; e (c) a viabilidade do apelo nesta Corte.

3. No caso, a regra do art. 26-C da Lei Complementar 64/90, incluído pela Lei Complementar 135/10, dispõe que "[o] órgão colegiado do tribunal ao qual couber a apreciação do recurso contra as decisões colegiadas a que se referem as alíneas d, e, h, j, l e n do inciso I do art. 1º poderá, em caráter cautelar, suspender a inelegibilidade sempre que existir plausibilidade da pretensão recursal e desde que a providência tenha sido expressamente requerida, sob pena de

preclusão, por ocasião da interposição do recurso".

4. Em juízo de cognição sumária, vislumbro atendidos os requisitos para o deferimento da medida, principalmente porque a controvérsia travada no especial, em sua grande extensão, limita-se a questões processuais que, se eventualmente acolhidas, podem resultar na alteração do julgado proferido pelo Tribunal a quo. Desse modo, afiguram-se, a princípio, plausíveis as alegações veiculadas no recurso especial.

5. A urgência da prestação jurisdicional fica demonstrada com a proximidade das eleições gerais de 2010, marcadas para o próximo dia 03 de outubro, posto que a demora no deferimento da medida inviabilizará qualquer pretensão eleitoral do requerente.

6. O contexto fático criado com a suspensão do aresto recorrido, o qual confirmou a sentença que condenou o requerente por ato de improbidade administrativa, é perfeitamente reversível, na hipótese de o especial não lograr êxito no âmbito desta Corte, consoante o disposto nos §§ 2º e 3º, do art. 26-C, da LC 64/90, incluído pela LC 135/10, in verbis: "§ 2º Mantida a condenação de que derivou a inelegibilidade ou revogada a suspensão liminar mencionada no caput, serão desconstituídos o registro ou o diploma eventualmente concedidos ao recorrente. § 3º A prática de atos manifestamente protelatórios por parte da defesa, ao longo da tramitação do recurso, acarretará a revogação do efeito suspensivo".

7. Medida liminar deferida" (STJ, MC 17280/RO, Rel. Ministro CASTRO MEIRA, SEGUNDA TURMA, DJe de 24/09/2010).

Nesse contexto, estão presentes o **fumus boni iuris** e o **periculum in mora**, restando possibilitada a atribuição de efeito suspensivo ao Recurso Especial, interposto pelo ora requerente.

Esclareço que o presente pedido foi apresentado ao STJ, em 28/06/2016, quando já não mais existia possibilidade de sua apreciação colegiada, pelo órgão competente.

Ademais, em face do cronograma de pautas da Segunda Turma, não mais será possível incluir processos para as pautas de julgamento de 02/08/2016 e 04/08/2016, findando em 05/08/2016, o prazo para as convenções escolherem seus candidatos.

Tais circunstâncias recomendam o deferimento do pedido, em face do perigo da demora, devendo o processo ser incluído na pauta de 09/08/2016, para julgamento dos Recursos Especiais.

Diante de todo o exposto, em princípio e em sede de cognição sumária, com fundamento nos arts. 299, 300 e 1.029, § 5º, II, do CPC/2015 e art. 288, § 2º, do RISTJ, **defiro** o pedido de tutela provisória, em caráter liminar, para conferir efeito

Superior Tribunal de Justiça

suspensivo ao Recurso Especial interposto por JESUS ADIB ABI CHEDID.

Dê-se ciência desta decisão, com urgência, ao Tribunal Regional Federal da 3ª Região e ao Ministério Público Federal.

Inclua-se o presente feito em pauta, para julgamento dos Recursos Especiais, na sessão do dia 09/08/2016.

Cumpra-se.

I.

Brasília (DF), 30 de junho de 2016.

MINISTRA ASSULETE MAGALHÃES
Relatora

