

Excelentíssima Ministra ROSA WEBER – Tribunal Superior Eleitoral
AIJE's 1547-81 e 1943-58; AIME 7-61; Representação 8-46

Relator: Min. Herman Benjamin

MEMORIAL DE MICHEL MIGUEL ELIAS TEMER LULIA

CHAPA PRESIDENCIAL – NULIDADE 1: APURAÇÃO DE FATOS ESTRANHOS À INICIAL – NULIDADE 2: PROVA DECORRENTE DE VAZAMENTO ILÍCITO – NULIDADE 3: PARCIALIDADE DO RELATOR – PROVAS NÃO REQUERIDAS PELAS PARTES – MÉRITO: IMPROCEDÊNCIA – NÃO COMPROVAÇÃO DE ATOS ILÍCITOS – AUSÊNCIA DE DOCUMENTOS IDÔNEOS – INSTRUÇÃO LIMITADA ÀS PROVAS DE ACUSAÇÃO – INOCORRÊNCIA DE GRAVIDADE – SEPARAÇÃO DE RESPONSABILIDADES – MANUTENÇÃO DO MANDATO DE PRESIDENTE DA REPÚBLICA – AFASTAMENTO DA INELEGIBILIDADE.

1. NULIDADE 1: APURAÇÃO DE FATOS NÃO REQUERIDOS NA INICIAL

A Excelentíssima Ministra Relatora original, Maria Thereza Moura, depois de produzidas as provas relacionadas ao objeto original, reinaugurou a instrução para colher prova de *atos que não estavam descritos nas iniciais*. A indevida *ampliação objetiva* das demandas foi apontada e questionada pela defesa, merecendo a seguinte consideração:

“A questão de sua imprestabilidade ou não, e da suposta falta de correlação com os fatos narrados na inicial, será aferida quando da decisão final, momento em que será a prova analisada com a profundidade sob os aspectos formal e material, certamente aproveitando-se apenas o que servira um julgamento a se realizar nos estritos limites do pedido.” (fls. 2052 – Vol. 07)

A propósito, neste mesmo despacho (anexo), assim foram definidos os 23 fundamentos da causa de pedir constantes nas quatro ações:

AIJE Nº 1943-58.2014.6.00.0000/DF

2

Para fins de registro, consigno quadro representativo dos fatos tratados na inicial de cada um dos citados processos, conforme já consignei na AIME:



		AIJE 154781	AIJE 194358	AIME 761	RP 846
1	Uso dos Correios para envio de 4,8 milhões de folders sem chancela/estampa de franqueamento e criação de embaraços para impedir a propaganda eleitoral do adversário em MG	X			
2	Outdoors e propaganda da candidata mediante projeção de imagens na fachada de bens públicos e particulares e acima de 4 m ² , em pontos turísticos de intenso fluxo	X			
3	Utilização de ministros na campanha - entrevista concedida pelo ministro Mercadante no Palácio do Planalto, em 14/06/2014	X			
4	Utilização de bens, servidores e serviços públicos na campanha em visita da candidata com o ministro da Saúde a unidade básica de saúde (UBS) de Jardim Jacy - Guarulhos/SP no dia 4/08/2014 que recebera profissionais do Programa "Mais Médicos" veiculada na propaganda eleitoral gratuita de 28/08/2014	X			
5	Utilização de programa social, reforma de um fogão a lenha e doação de uma prótese dentária a uma eleitora, beneficiária do Programa "Água para Todos", que participou de filmagens para a propaganda eleitoral "após pedido do governo federal à Prefeitura de Paulo Afonso, BA.	X			
6	Veiculação de propaganda eleitoral na página da CUT na internet, com conteúdo de apoio à candidata	X			
7	Publicidade institucional em período vedado - Petrobras	X	X	X	
8	Propaganda extemporânea por meio de propaganda institucional da Caixa	X			
9	Pronunciamento da candidata em rede nacional de rádio e televisão no "Dia do Trabalho"	X	X	X	
10	Pronunciamento da candidata em rede nacional de rádio e televisão no "Dia Internacional da Mulher"		X	X	
11	Veiculação de propaganda institucional em período vedado - Banco do Brasil		X	X	
12	Veiculação de propaganda institucional em período vedado - Site do Ministério do Planejamento		X	X	
13	Manipulação de indicadores socioeconômicos pelo IPEA, IBGE e Ministério do Meio Ambiente		X	X	
14	Uso indevido de bens públicos - bate-papo virtual com o Ministro da Saúde em 18/07/2014		X	X	
15	Uso indevido de bens públicos - uso de telefone e email por servidor da Presidência da República em 12/06/2014 para obter lista de prefeitos que compareceram a almoço de apoio político		X	X	
16	Gasto acima do limite inicialmente informado à Justiça Eleitoral		X	X	X
17	Recebimento de doações oficiais de empreiteiras contratadas pela Petrobras como parte de alegada distribuição de propinas		X	X	X
18	Abuso praticado por terceiros através de campanhas promovidas por entidades sindicais		X	X	
19	Transporte de eleitores por ONG em comício de Petrolina, PE, no dia 21/10/2014		X	X	
20	Uso indevido de comunicação no horário eleitoral por veiculação de fatos negativos do adversário		X	X	
21	Despesas irregulares - falta de comprovantes idôneos de parcela das despesas da campanha			X	X
22	Fraude - disseminação de falsas informações a respeito da extinção de programas sociais			X	
23	Publicidade institucional em período vedado - Site Portal Brasil			X	

Logo, como se comprova pelo quadro acima, **as iniciais não mencionam ou sequer insinuam: (i) propina de R\$ 50 milhões da Odebrecht em 2009 – e utilizada somente em 2014; (ii) compra de apoio político de partidos para integrarem à coligação; e (iii) pagamento via caixa dois para JOÃO SANTANA e ou MÔNICA MOURA.**

Portanto, trata-se de tema estranho à inicial, surgido apenas no final do *avanço especulativo* da instrução de ofício, por meio dos depoimentos de delatores da Odebrecht (apenas em março de 2017, mais de dois anos após a inicial), sem requerimento pelas partes.

Depois de propostas as ações, como reconhece o voto condutor da decisão de recebimento da AIME (Min. GILMAR MENDES), foram revelados *atos novos* ou *atos de conhecimento supervenientes*. Não *provas novas*, mas *atos novos*, o que se tem como absolutamente vedado:

“o juiz decidirá a lide nos limites em que foi proposta, sendo-lhe defeso conhecer de questões, não suscitadas, a cujo respeito a lei exige a iniciativa da parte. Desse modo, é vedado ao magistrado decidir com base em fatos não constantes da petição inicial.” (TSE – Respe 428765026 – Relator Min. Dias Toffoli).

Ademais, no direito eleitoral, em função da decadência, deve ser analisado com ainda mais rigor a limitação da causa de pedir posta na inicial, como aponta parecer de LUIZ FERNANDO PEREIRA anexo:

“Em Direito Eleitoral, entretanto, a ampliação subjetiva e objetiva da demanda encontra um óbice intransponível: o prazo decadencial para a propositura das ações típicas de cassação de mandato. É dizer: se não é possível a propositura de uma *nova demanda* a partir de uma *causa de pedir nova*, em idêntica medida esta *nova demanda* não pode ser introduzida em *demanda em curso*.”

E nem se diga que o art. 23, da LC 64/90, se presta a autorizar esta situação, como já definiu o Supremo Tribunal Federal na ADI 1.082/DF, no voto do Min. LUIZ FUX:

“Na verdade, aqui não é uma indicação de uma causa petendi diversa, **porque nós sabemos que a regra é a de que o juiz não pode proferir uma decisão fora do pedido ou da causa petendi**; são fatos relativos ao pedido e a causa petendi que o juiz pode conhecer.”

Enfim, os fatos relativos a Odebrecht – recursos e pagamentos via caixa dois – porque não tratados na inicial, terão sua cognição limitada nesta fase processual, devendo, por isso, ser desconsiderados da apreciação desta Corte.

3. **NULIDADE 2: PROVA DECORRENTE DE VAZAMENTO ILÍCITO**

As partes foram submetidas às audiências de oitivas de executivos da Odebrecht fundamentada em vazamento ilegal das colaborações pela imprensa e, em virtude do sigilo ao qual estão submetidas aquelas não vazadas (incluindo de Marcelo Odebrecht), não tiveram acesso ao inteiro teor, significando claro cerceamento de defesa. Nessa linha, ANTONIO SCARANCA FERNANDES ensina que *“são elementos essenciais do contraditório a necessidade de informação e a possibilidade de reação”*¹.

Com efeito, a Lei n. 12.850/2013 é expressa ao assegurar o sigilo da delação até o recebimento da denúncia (art. 7, parágrafo terceiro). Logo, o vazamento das colaborações antes mesmo da homologação pôs em risco a própria validade das colaborações e inviabiliza por completo a utilização da prova obtida por meio dos depoimentos realizados no âmbito do TSE, por se tratar de prova obtida de maneira ilícita ou vedada.

¹ FERNANDES, Antonio Scaranca. Processo penal constitucional, 7. Ed., São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2012. p. 65

Segundo o STF, “revelam-se inadmissíveis, desse modo, em decorrência da ilicitude por derivação, os elementos probatórios a que os órgãos estatais somente tiveram acesso em razão da prova originalmente ilícita, obtida como resultado da transgressão, por agentes públicos, de direitos e garantias fundamentais e legais” (HC nº 93.050/RJ, Rel. Min. Celso de Mello)

A própria jurisprudência do Tribunal Superior Eleitoral converge quanto à impossibilidade de utilização de prova ilícita por derivação, nos termos do artigo 157 do Código de Processo Penal:

“1. No sistema processual brasileiro são inadmissíveis as provas obtidas por meio ilícito - à luz do disposto no art. 5º, LVI da Constituição Federal - e as delas derivadas, consoante prevê o § 1º do art. 157 do CPP, segundo o qual “são também inadmissíveis as provas derivadas das ilícitas, salvo quando não evidenciado o nexo de causalidade entre umas e outras, ou quando as derivadas puderem ser obtidas por uma fonte independente das primeiras (incluído pela Lei nº 11.690, de 2008)” (RO 1821 – Relator Min. Dias Toffoli).

Dessa forma, diante de seu conteúdo inacessível previamente às partes, com exceção de CLÁUDIO MELLO, vazada ilegalmente na imprensa, além de cercear o direito de as partes poderem se preparar para a audiência, realizar reperguntas e contraprovas, uma vez originária de violação ao sigilo, as oitivas de delatores da Odebrecht não poderão ser aceitas como provas válidas.

4. NULIDADE 3: PARCIALIDADE DO RELATOR. PROVAS NÃO REQUERIDAS PELAS PARTES

Na instrução conjunta determinada no âmbito da ação de investigação judicial eleitoral, constata-se, em diversas passagens, ter havido abuso dos poderes instrutórios do juiz com a busca *ex officio* de

fontes de prova não requeridas pelas partes, o que se deu, em particular, com base em vazamentos ilegais de delações premiadas.

Como se sabe, atribui-se aos juízes poderes instrutórios para melhor formação do *thema probandum*. A atribuição de tais poderes, no entanto, deve encontrar limites, sob pena de comprometer a imparcialidade do julgador. O juiz que tudo investiga assume a posição de parte, torna-se um inquisidor e perde a equidistância necessária ao julgamento da causa.

Nesse sentido, conforme lição de GUSTAVO BADARÓ (parecer anexo) é preciso considerar a distinção entre fontes e meios de prova para se avaliar a conduta dos juízes na atividade de reconstrução dos fatos:

“a distinção entre fonte de prova e meio de prova é relevante, na medida em que possibilita compatibilizar o processo penal acusatório com os poderes instrutórios do juiz. **O juiz não pode ser um investigador de fontes de provas.** Como já visto, **a atividade de investigação pressupõe a eleição mental,** ainda que provisória, **de uma hipótese preferível a ser investigada.** **E nessa escolha há um comprometimento psicológico com a hipótese eleita, que coloca em risco a imparcialidade do investigador.** Portanto, quem investiga não pode julgar”.²

Os abusos praticados no exercício dos poderes instrutórios pelo relator da ação de investigação judicial eleitoral, além de revelar comprometimento de sua imparcialidade, em atenção ao quanto disposto no art. 5º, inc. LVI da Constituição Federal, resultam na inadmissibilidade dessas provas, dada a sua ilicitude. Por consequência, todas essas provas devem ser desentranhadas do processo, nos termos do art. 157 do Código de Processo Penal para que não influenciem indevidamente a formação do convencimento judicial.

(2). Ver: *Processo Penal*, Rio de Janeiro: Campus, 2012, p. 270.

5. MÉRITO: INIDONEIDADE DAS PROVAS. AUSÊNCIA DE ILEGALIDADE

Até a segunda fase instrutória nenhuma prova de qualquer ilegalidade havia. Executivos de construtoras ouvidos (Queiroz Galvão, UTC, Camargo Corrêa etc) foram taxativos na ausência de ilicitude nas doações para a campanha presidencial de 2014, especialmente porque já iniciada a Operação Lava-Jato.

Em idêntico sentido, delatores e operadores da Petrobrás ouvidos alegaram pagamentos ilegais noutros anos, mas nada em 2014. **Numa síntese: até início do mês do março, com a instrução realizada até então, não havia prova, sequer indiciária, sobre a prática de ilegalidades na campanha presidencial apurada nestes autos.**

Com efeito, os *atos essenciais* relacionados à suposta entrega de dinheiro aos partidos e ao pagamento da parcela da publicidade surgem não apenas depois da estabilização da demanda, como exclusivamente de colaborações premiadas. E com delações ainda sigilosas. Neste caso o sigilo estava vigente (e ainda está) quando os depoimentos foram colhidos. A propósito, pode-se dizer que os depoimentos ao TSE romperam o sigilo.

De lado a impossibilidade que havia, reconhecida pela então Ministra Relatora, de ouvir aqui no TSE depoimento de colaborações ainda em sigilo, fato é **delação não é prova; não é meio de prova**. Na feliz observação do Ministro CELSO DE MELLO (STF, Petição 5.700), a chamada colaboração premiada “*acha-se legalmente disciplinada como instrumento de obtenção de dados e subsídios informativos*”³. Não mais do que isso. Vedada está a condenação apenas com fundamento exclusivo

³ <http://www.stf.jus.br/arquivo/cms/noticiaNoticiaStf/anexo/Pet5700.pdf>. Acesso em: 23/03/2017.

em colaboração premiada; e por idêntica razão: **não se pode cassar mandato popular apoiando-se apenas em depoimentos de colaboradores.**

É o que está, aliás, expresso no § 16, do art. 4º, da Lei nº 12.850: *“nenhuma sentença condenatória será proferida com fundamento apenas nas declarações do agente colaborador”*. O Supremo Tribunal Federal sempre reitera a vedação de condenações apenas a partir de depoimento de colaboradores (HC 94.034/SP, Ministra CÁRMEN LÚCIA, ex-presidente do TSE, por exemplo).

A impossibilidade de condenação penal (e cassação eleitoral, não pode haver dúvida) com fundamento exclusivo em depoimento prestado pelo agente colaborador tem a seguinte racionalidade jurídica: *“importante limitação de ordem jurídica que, incidindo sobre os poderes do Estado, objetiva impedir que falsas imputações dirigidas a terceiros ‘sob pretexto de colaboração com a Justiça’ possam provocar inaceitáveis erros judiciais, com injustas condenações de pessoas inocentes”*. (trecho da citada decisão do Min. Celso de Mello). **É inimaginável a cassação da chapa presidencial com fundamento apenas em depoimentos de colaboradores, com o devido acatamento.**

Ademais, em ilegal limitação na produção probatória, **foram indeferidas as oitivas dos presidentes dos partidos supostamente beneficiados.** Em alguma medida apressado, o i. Ministro Relator optou por substituir depoimentos por declarações escritas, mesmo com farta jurisprudência, inclusive do TSE, para a invalidade desta prova colhida sem o devido contraditório (Recurso Especial Eleitoral nº 144, 25/06/2015, Min. Henrique Neves). No caso do alegado *caixa dois* para a publicidade, nem mesmo ouvidos foram os supostos beneficiários dos pagamentos não oficiais.

Importa destacar também que as inúmeras contradições dos depoimentos colhidos no TSE (mal resolvidas em acareações) são

reveladoras. Assim, os depoimentos dos delatores corrêus, ainda que sob o crivo do contraditório, “*não confere à delação a natureza de um testemunho. Quando muito, seria um elemento de informação, uma prova anciliar, que, se obtida na fase policial, pode servir, por exemplo, de suporte para a denúncia*”. O que há nestes casos “*é apenas um juízo provisório sobre a existência de indícios de autoria e ao qual sucederá a prática de atos instrutórios em tese aptos à obtenção de outros elementos probatórios*”. Cassar uma chapa presidencial com prova anciliar? É também o entendimento da doutrina:

“O § 16 do art. 4º da Lei 12.850/13 aplica-se a todo e qualquer regime jurídico que preveja delação premiada. O § 16 do art. 4º da Lei nº 12.850/13, ao não admitir a condenação baseada exclusivamente nas declarações do delator, implica uma limitação ao livre convencimento, como técnica de prova legal negativa. **É insuficiente para o fim de corroboração exigido pelo § 16 do art. 4º da Lei 12.850/13 que o elemento de confirmação de uma delação premiada seja outra delação premiada, de um diverso delator, ainda que ambas tenham conteúdo concordante.** Caso o juiz fundamente uma condenação apenas com base em declarações do delator, terá sido contrariado o § 16 do art. 4º da Lei nº 12.850/13, sendo admissível o recurso especial para o controle da violação de tal regra legal sobre prova”.⁴

Por fim, não se pode dizer que haja qualquer *prova de corroboração* que possa ser reputada suficiente. Todos os documentos compartilhados nas ações aqui do TSE são documentos dos próprios colaboradores, ainda não submetidos ao contraditório junto ao Supremo Tribunal Federal ou demais juízos competentes.

⁴ BADARÓ, Gustavo. **O valor probatório da delação**: sobre o § 16 do art. 4º da Lei nº 12.850/13. Disponível em: <http://badaroadogados.com.br/o-valor-probatorio-da-delacao-premiada-sobre-o-16-do-art-4-da-lei-n-12850-13.html>. Acesso em 23/03/2017.

6. MÉRITO: SEPARAÇÃO DE RESPONSABILIDADES

Por fim, é preciso recordar não haver obrigatoriedade na abertura de conta pelo candidato a vice. Todavia, apenas quando o fizer, está obrigado à prestação de contas, conforme art. 12, §4º, da Resolução 23.406/2014: “Os candidatos a vice e a suplentes não serão obrigados a abrir conta bancária específica, MAS, SE O FIZEREM, OS RESPECTIVOS EXTRATOS BANCÁRIOS DEVERÃO COMPOR A PRESTAÇÃO DE CONTAS DOS TITULARES”.

Portanto, se o vice não optar pela abertura de conta corrente estará sujeito à sorte do titular, diante da impossibilidade de apuração individual das condutas (só há uma conta corrente de campanha); **contudo, na hipótese de exercer esta faculdade, além de responsabilizar-se integralmente por sua arrecadação, passa a ter o direito de ter sua conduta avaliada individualmente, diante do princípio constitucional da individualização (possível) da pena**, na linha de orientação do Supremo Tribunal Federal: “O postulado da intranscendência impede que sanções e restrições de ordem jurídica superem a dimensão estritamente pessoal do infrator.” (AC 1.033 – Relator Min. Celso de Mello – Data 16/06/2006)

O TSE, inclusive, já aceitou afastar a indivisibilidade da chapa em pelo menos dois precedentes, decididos em favor do integrante da chapa que não praticara qualquer ilegalidade:

“De acordo com o princípio da indivisibilidade da chapa única majoritária, segundo o qual, por ser o registro do governador e vice-governador realizado em chapa única e indivisível (art. 91 do Código Eleitoral), a apuração de eventual censura em relação a um dos candidatos contamina a ambos. A morte do titular da chapa impõe a interpretação de referido princípio com temperamentos.” (TSE – RO 2233/RR – Relator Min. Fernando Gonçalves – Data 16/12/2009)

“Em face da peculiaridade do caso dos autos, há de ser afastada a incidência do princípio da indivisibilidade da chapa majoritária para prevalecer o

princípio da segurança jurídica. (Recurso em MS 503-67/RJ – Relator Min. João Otávio de Noronha – Data 04/02/2014)

É rigorosamente o que se propõe aqui: permitida a relativização da incidibilidade na chapa majoritária a partir de peculiaridades do caso concreto, como se viu nos precedentes acima, sem dúvida o caso em análise está a indicar condutas suficientemente distintas, dada a movimentação financeira diversa entre DILMA ROUSSEFF e MICHEL TEMER, a ponto da sanção poder ser individualizada e não transcender àquele que não praticou nenhum ilícito, preservando-se assim o art. 5º, da Constituição Federal.

7. **CONCLUSÃO E PEDIDO FINAL**

Evidentemente havia um esquema de corrupção na Petrobrás, pelo menos desde o início dos anos 2000. Em maior ou menor escala, campanhas eleitorais – especialmente de 2006, 2008, 2010 e 2012 – foram abastecidas com propinas oriundas da estatal, por meio de doações, legais ou ilegais, às candidaturas.

Contudo, em nenhum depoimento – ABSOLUTAMENTE NENHUM – foi confirmado doações de recursos provenientes de contratos da Petrobrás para a campanha presidencial de 2014. Somente esta conclusão deveria ser enfrentada nesta ação, no que toca à arrecadação, dada a limitação decadencial da causa de pedir.

Em relação aos gastos, prestados os serviços ou, havendo dúvida sobre o destino dos recursos pagos às empresas, instaurado competente inquérito criminal, entende-se por matéria estranha a esta ação.

Assim, ausente prova cognoscível, bem como, sobretudo, gravidade em qualquer dos fatos legalmente enfrentados, espera-se a improcedência das ações, ou, sucessivamente, analisado o pedido de



separação, dadas as peculiaridades do caso. Tudo isso para a manutenção do mandato de MICHEL TEMER na Presidência da República.

Atenciosamente,

MARCUS VINICIUS FURTADO COELHO

OAB/DF 18.958

GUSTAVO BONINI GUEDES

OAB/PR 41.756