

PARECER

01. CONSULTA - QUESITOS

O advogado Gustavo Bonini Guedes, advogado de MICHEL TEMER, honra-me com a solicitação de parecer sobre o reconhecimento (e as consequências deste reconhecimento) de litispendência, continência e conexão entre ações eleitorais em trâmite no Tribunal Superior Eleitoral (RP nº 8-46; AIME nº 761 e AIJE nº 194358). As três demandas foram propostas pela COLIGAÇÃO MUDA BRASIL e PARTIDO DA SOCIAL DEMOCRACIA BRASILEIRA contra DILMA ROUSSEFF, MICHEL TEMER, COLIGAÇÃO COM A FORÇA DO POVO, PARTIDO DOS TRABALHADORES e PARTIDO DO MOVIMENTO DEMOCRÁTICO BRASILEIRO. A solicitação veio acompanhada de cópia integral dos três processos.

Com o objetivo de examinar detidamente as questões jurídicas suscitadas pelo Consulente, é importante, antes de tudo, delinear e delimitar o escopo da análise, indicando os quesitos do parecer.

01) Há litispendência/continência entre a RP nº 846, a AIME nº 761 e a AIJE nº 194358?

02) Qual é a consequência do reconhecimento desta relação de identidade?

03) A AIME poderia ter sido proposta sem novas ou outras provas em relação à AIJE? As ações eleitorais admitem ampliação objetiva depois de ultrapassado o prazo decadencial? A AIME pode ser mantida para *receber novos fatos*?

04) O *status* constitucional da AIME impede a sua extinção parcial ou total por continência ou litispendência?

05) O que não se resolve em extinção pela litispendência/continência deve ser reunido por conexão ou risco de decisão conflitante?

É a consulta formulada.

02) A SÍNTESE DO CASO. ASPECTOS FACTUAIS

Terminada a eleição presidencial, em 18 de dezembro de 2014, a COLIGAÇÃO MUDA BRASIL e o PARTIDO DA SOCIAL DEMOCRACIA BRASILEIRA (AUTORES) propuseram *uma ação de investigação judicial eleitoral contra DILMA ROUSSEFF, MICHEL TEMER, COLIGAÇÃO COM A FORÇA DO POVO, PARTIDO DOS TRABALHADORES e PARTIDO DO MOVIMENTO DEMOCRÁTICO BRASILEIRO (REQUERIDOS).*

Tramita no Tribunal Superior Eleitoral sob o nº 194358 e, até a última decisão interlocutória, estava com a instrução praticamente concluída.

No ambiente da AIJE, os AUTORES indicaram o seguinte conjunto de fatos para compor a *causa de pedir remota*:

Abuso de poder político: (a) desvio de finalidade na convocação de rede nacional de emissoras de radiodifusão; (b) manipulação na divulgação de indicadores socioeconômicos; (c) uso indevido de prédios e equipamentos públicos para a realização de atos próprios de campanha; (d) veiculação de publicidade institucional em período vedado. **Abuso de poder econômico:** (a) realização de gastos de campanha em valor que extrapola o limite informado; (b) financiamento de campanha mediante doações oficiais de empreiteiras contratadas pela Petrobrás como parte da distribuição de propinas; (c) massiva propaganda eleitoral levada a efeito por meio de recursos geridos por entidades sindicais; (d) transporte de eleitores por meio de ONG que recebe verba pública para participação em comício em Petrolina/PE. **Abuso dos meios de comunicação social:** (a) utilização do horário eleitoral no rádio e televisão para veicular deslavadas mentiras.

O rol aqui apresentado retrata rigorosamente os mesmos títulos utilizados na inicial da AIJE. Como já mencionado, a instrução estava praticamente concluída.

Duas semanas depois da propositura da AIJE, os AUTORES, em 02 de janeiro de 2015, voltaram ao TSE para propor uma *ação de impugnação de mandato eletivo* contra os REQUERIDOS. A AIME repete integralmente a AIJE em relação ao conjunto de fatos indicados

acima, não indica nenhuma prova nova (ou meio de prova) e, ao final, acrescenta duas novas *causas de pedir remotas*:

- (a) despesas irregulares – falta de comprovantes idôneos de significativa parcela das despesas efetuadas na campanha dos Requeridos; (b) Fraude – disseminação de falsas informações a respeito da extinção de programas sociais.

A AIME tramita sob o nº 761 no TSE. Inicialmente, em decisão monocrática, a Ministra Relatora negou seguimento à *ação de impugnação* (art. 36, § 6º, RI TSE). Objeto de agravo, a decisão foi reformada por maioria para *receber* a AIME e determinar a regular instrução. As contestações já foram apresentadas pelos REQUERIDOS.

No mesmo dia da propositura da AIME, os AUTORES propuseram também uma Representação com fundamento no art. 30-A da Lei Eleitoral. As duas causas de pedir indicadas na Representação repetem integralmente o que já estava *contido* na AIJE e na AIME: (a) *realização de gastos de campanha em valor que extrapola o limite informado*; (b) *financiamento de campanha mediante doações oficiais de empreiteiras contratadas pela Petrobrás como parte da distribuição de propinas*. A Representação, enfim, nada acrescenta em relação ao que já estava deduzido em AIJE e AIME.

A Representação está tramitando com o nº 846 no Tribunal Superior Eleitoral. As defesas já foram apresentadas pelos REQUERIDOS. A ação estava em conclusão na Presidência do Tribunal diante da dúvida de competência suscitada pelo Ministro Relator sorteado – que indicou *semelhanças e identidades* entre as três ações e sugeriu a existência de conexão. Como a conexão enseja prorrogação de competência, a questão foi submetida ao

Presidente do TSE (art. 9º, RI TSE) e resolvida para reconhecer a conexão e determinar a reunião para julgamento simultâneo.

Mais recentemente, a Excelentíssima Ministra Relatora afastou a preliminar de litispendência/continência, consolidou a mera reunião dos processos, e reinaugurou a instrução para colher prova de *atos que não estavam descritos nas iniciais*.

A partir de tais pressupostos de fato, à luz dos quesitos formulados, é que são examinadas as questões jurídicas instrumentais às respostas apresentadas do parecer.

03) QUESTÕES JURÍDICAS INSTRUMENTAIS PARA A RESPOSTA

3.1 As ações sobrepostas do Direito Eleitoral

O *processo civil eleitoral* autoriza, em abstrato, uma sobreposição de *ações eleitorais típicas* com o mesmo objetivo. A leitura das iniciais das três ações propostas pelos AUTORES, todas com *causas de pedir dinâmicas* (plurifactuais), revela nitidamente a *utilização simultânea de mecanismos de impugnação pós-eleitoral*.¹ As três ações podem conduzir à *cassação* dos REQUERIDOS, com um espaço coincidente (*zona de intersecção*) nas causas de pedir.²

O TSE (e toda a jurisprudência eleitoral) até bem pouco tempo se recusava a reconhecer a possibilidade de litispendência, continência, coisa julgada e até mesmo conexão nestas ações

¹ Expressão de Rodolfo Viana Pereira. *Tutela Coletiva no Direito Eleitoral: Controle Social e Fiscalização das Eleições*. Lumen Juris, 2008, p. 106.

² A expressão “zona de intersecção” é de Felipe Lopes SOARES, ao tratar da “Litispendência entre ação civil pública e ação popular”. In: *Revista de Processo*. v. 171, ano 34. São Paulo: Editora RT, mai. 2009, p. 151.

sobrepostas – gerando *perplexidade processual*.³ Recentemente o TSE promoveu uma virada de entendimento em relação ao tema.⁴

Além do novo entendimento do TSE, a última reforma eleitoral (Lei nº 13.165/2015) teve a pretensão de estabelecer um *convívio processualmente harmônico* entre estas demandas. A resposta aos quesitos passa, em larga medida, pela nova orientação do TSE e pelo art. 96-B da Lei 9.504/97 (introduzido pela nº 13.165/2015), pois tem vigência imediata (art. 14 do NCPC)⁵ e aplicação aos processos em curso (regra de processo que é)⁶.

³ “O recurso contra expedição de diploma (RCED) é instrumento processual adequado à proteção do interesse público na lisura do pleito, assim como o são a ação de investigação judicial eleitoral (AIJE) e a ação de impugnação de mandato eletivo (AIME). Todavia, cada uma dessas ações constitui processo autônomo, dado possuírem causas de pedir próprias e conseqüências distintas, o que impede que o julgamento favorável ou desfavorável de alguma delas tenha influência no trâmite das outras” (RCED nº 698, Rel. Min. Félix Fischer, 05/10/2009).

⁴ A virada de entendimento pode ser identificada nesta decisão relatada pelo Ministro Henrique Neves: “a litispendência entre feitos eleitorais pode ser reconhecida quando há identidade da relação jurídica-base das demandas, não sendo possível afirmar aprioristicamente e de forma generalizada a impossibilidade de sua ocorrência”, devendo o seu reconhecimento ser feito “à luz do caso concreto” (RESpe nº 3-48 – Rel. Min. Henrique Neves, 12.11.2015). O julgado aponta uma série de recentes precedentes de TRE’s no mesmo sentido (nota 07 do acórdão). O TSE tem invocado o precedente para fundamentar outras decisões: “No recente julgamento do REspe 3-48/MS, o TSE modificou sua jurisprudência e firmou tese no sentido de que a litispendência entre ações eleitorais pode ser reconhecida, examinando-se caso a caso, na hipótese de plena identidade de relação jurídica-base das demandas” (Resp nº 760, Rel. Min. Herman Benjamin, decisão monocrática, 18/04/2016).

⁵ “Art. 14 (NCPC). A norma processual não retroagirá e será aplicável imediatamente aos processos em curso, respeitados os atos processuais praticados e as situações jurídicas consolidadas sob a vigência da norma revogada”.

⁶ É o que já reconheceu o TSE: “Com efeito, por tratar o art. 96-B, § 2º, introduzido na Lei das Eleições pela Lei 13.165, de 29 de setembro de 2015, de norma eminentemente processual, tem aplicação imediata” (RESpe nº 3-48, Rel. Min. Henrique Neves, 12.11.2015).

3.2 Semelhanças e identidades nas ações eleitorais. A reorientação da jurisprudência, o avanço da reforma eleitoral e o impacto nos casos em análise

A última reforma eleitoral introduziu o novo art. 96-B na Lei Eleitoral (Lei nº 9.504/97) para definir, no *caput*, que: “Serão reunidas para julgamento comum as ações eleitorais propostas por partes diversas sobre o mesmo fato”. Cria-se regra expressa para reunião de ações (efeito da conexão ou da continência e litispendência em processos coletivos) pela *identidade de fatos*. O CPC/73 e o NCPC referem-se a *objeto* e *causa de pedir*.

Por *objeto mediato* sempre se entendeu que se tratava do pedido.⁷ O pedido imediato (eficácia preponderante) é um elemento estranho para aferir identidade ou semelhança. Em relação à causa de pedir, só interessa a remota (narrativa fática).⁸ A causa de pedir próxima (fundamentação jurídica) também é algo indiferente. De lado os aspectos terminológicos (um tanto controvertidos em doutrina), importante perceber que a identidade ou semelhança podem ser flagradas pela identidade do *bem da vida* (objeto) ou pelos *fatos*.⁹

Antes da vigência do novo art. 96-B (e até recentemente), o TSE sustentava a ausência (definida em abstrato) de relação (ou

⁷ “(...) o objeto do processo consiste exclusivamente no pedido formulado pelo demandante. É ali que reside a pretensão cujo reconhecimento e satisfação o demandante quer” (DINAMARCO, Cândido Rangel. *Instituições de Direito Processual Civil*. 2 vol. 3. ed. São Paulo: Malheiros, 2003, p. 143).

⁸ “(...) basta a identidade da causa de pedir remota, isto é, dos fatos, para justificar a conexão que possibilita a reunião de duas causas” (GRECO FILHO, Vicente. *Direito processual civil brasileiro*. v. 1, 20. ed. São Paulo: Saraiva, 2007, p. 218).

⁹ Um bom texto sobre estes conceitos e a conexão está em MONIZ DE ARAGÃO, Égas Dirceu. Conexão e tríplice identidade. In: *Revista Ajuris*. Porto Alegre: AJURIS, 1983, n. 28.

ausência de influência) entre as diversas *ações eleitorais típicas* que podiam conduzir à cassação.¹⁰ Para sustentar esta ausência de relação, o TSE entendia que as ações típicas (AIJE, AIME e Representações) tinham – sempre abstratamente avaliadas – *causas de pedir próprias e consequências jurídicas distintas*. A orientação tinha premissas jurídicas duvidosas, o que agora está reconhecido na viragem recente de entendimento.

A identidade de causas de pedir (substrato factual) só é aferível a partir do cotejo entre casos concretos. Uma AIJE e uma AIME podem ou não ter identidade de causas de pedir. Em abstrato há *molduras legais* de causas de pedir *dedutíveis* (abuso em AIJE; fraude em AIME, por exemplo), mas as causas de pedir efetivamente *deduzidas* só podem ser identificadas à luz de casos concretos. É uma impropriedade processual defender, em abstrato (em desprezo ao critério casuístico), a ausência de identidade entre estas ações apenas porque batizadas com nomes distintos.¹¹

Idêntica conclusão em relação à existência de *consequências jurídicas distintas*. O *pedido mediato* nas ações de cassação, correndo o risco de dizer o óbvio, é a *cassação*.¹² E só pode ser esta a

¹⁰ “O recurso contra expedição de diploma (RCED), a Ação de Investigação Judicial Eleitoral (AIJE) e a Ação de Impugnação de Mandato Eletivo (AIME) possuem causas de pedir própria e consequência jurídica distinta. Assim, o julgamento favorável ou desfavorável de cada uma dessas ações não influencia no trâmite uma das outras” (TSE, AREspe 26.276/CE, Rel. Min. Marcelo Ribeiro, 7.8.2008; REspe 28.015/RJ, Rel. Min. José Delgado, 30.4.2008).

¹¹ Foi o que acabou por reconhecer o TSE no acórdão antes citado “o nome atribuído às ações não tem o condão de descaracterizar a litispendência, sobretudo quando a diferença decorre do período em que ajuizadas as demandas” (RESpe nº 3-48, Rel. Min. Henrique Neves, 12.11.2015).

¹² O pedido da AIJE é de cassação e inelegibilidade (art. 22, XIV, LC 64/90). As representações também cassam e a inelegibilidade decorre de efeito secundário da sentença (art. 1º, § 1º, “j”, LC 64/90). Não há, pois, discrepância de *objetos* nas ações que podem conduzir à cassação do mandato. Todas

consequência jurídica da qual trata a orientação do Tribunal Superior Eleitoral.

A aferição em torno de semelhanças e identidades, portanto, só pode ser adequadamente realizada à luz dos casos concretos.¹³ O antigo *critério apriorístico e abstrato* do TSE (nunca há conexão entre as diversas *ações típicas...*) era, para insistir, processualmente inadequado.¹⁴

3.3 Continência e litispendência nas ações eleitorais analisadas no parecer

Uma AIME pode reproduzir idêntica *situação jurídico-substancial* de uma AIJE proposta em momento anterior (o que só se

redundam em cassação e inelegibilidade por oito anos. E é necessário considerar que nestas ações há uma tipicidade de sanções que condicionam a formulação dos pedidos. Consequência desta natureza *ope legis* destas sanções, sequer há necessidade de pedido exposto (JORGE, Flávio Cheim e RODRIGUES, Marcelo Abelha. *Manual de Direito Eleitoral*. São Paulo: RT, 2014, pp. 319 e 397). Com outras palavras, foi o que reconheceu o Ministro Henrique Neves no Resp já mencionado: “*Em todos esses feitos, conquanto os pedidos imediatos possam ser diferentes - cassação do registro, cassação do diploma ou cassação do mandato -, a consequência jurídica intentada pela parte é rigorosamente a mesma: impedir que o réu exerça a representação popular*” (RESPe nº 3-48, Rel. Min. Henrique Neves, j. 12.11.2015).

¹³ Há bons julgados com este reconhecimento, ainda que isolados: “*Sabe-se que o Tribunal Superior Eleitoral tem reiteradamente afastado a litispendência entre os feitos eleitorais, por considerá-los autônomos, com causas de pedir próprias e consequências distintas. Esse entendimento, todavia, não pode ser aplicado de forma generalizada e abstrata, sob pena de fugir do real significado da litispendência, que somente pode ser apurada no caso concreto, tudo a depender da delimitação feita pelo autor da ação, pois, embora tenham causas de pedir próprias, há certa identidade entre seus fundamentos jurídicos*” (TRE-ES, AIME 2247 ES, Rel. Ricardo Almagro Vitoriano Cunha, 15/05/2013).

¹⁴ Como está neste julgado, entre tantos: “*As ações eleitorais são autônomas, com causas de pedir diversas, sendo inviável o reconhecimento, seja de conexão, seja de continência entre elas*” (ARESPe nº 36277, Rel. Min. Ricardo Lewandowski, 10/05/2010).

identifica a partir de elementos do caso concreto). Em processos distintos, *repete-se ação em curso*, para usar a expressão do NCPC (art. 337, § 3º).

Na hipótese de continência, flagra-se identidade de partes e causa de pedir, “*mas o pedido de uma, por sem mais amplo, abrange o das demais*” (art. 56, NCPC). Trata-se sempre de litispendência parcial.¹⁵ Em verdade a relação de continência não se afere apenas em relação ao pedido. A *ação continente*, explica DINAMARCO, também pode ter “*razões mais amplas*” em relação à ação contida (quando a causa de pedir é dinâmica – plurifactual).¹⁶ Importante consignar aqui que a observação de DINAMARCO tem especial relevância para as conclusões do parecer.

¹⁵ WLADECK, Felipe Sripes. *Código de Processo Civil Anotado*. CRUZ e TUCCI, José Rogério; FERREIRA FILHO, Manoel Caetano; APRIGLIANO, Ricardo de Carvalho; DOTTI, Rogéria Fagundes; MARTINS, Sandro Gilbert (Coords.). AASP-OAB/PR, 2015, p. 95.

¹⁶ DINAMARCO, Cândido Rangel. *Fundamentos do Processo Civil Moderno*. 6ª ed. Tomo I. São Paulo: Malheiros, 2010, p. 709. A que se considerar a questão da continência não apenas a partir do pedido, mas também da causa de pedir. Demandas eleitorais podem ter o mesmo pedido de cassação, mas podem ter causas de pedir coincidentes (sendo que uma das ações tem mais causas de pedir autônomas). Fredie Didier parece chegar à conclusão idêntica por outro caminho. Tratando de continência, sustenta que se a causa de pedir é distinta, distinto também é o pedido que se deduz a partir desta causa de pedir: “*Não se pode considerar igual aquilo que é diferente (princípio lógico da não-contradição): se os atos impugnados são distintos, distintos também são os pedidos*” (In: *Ações concorrentes: Prejudicialidade e preliminaridade. Conexão. Suspensão do processo. litispendência. Continência. Cumulação subsidiária de pedidos. Cumulação ulterior de pedidos. Honorários advocatícios*. RF 385/235). Além de reconhecer que a continência pode se dar pela discrepância de extensão das causas de pedir, WLADECK, Felipe Sripes também adverte que a continência pode ser reconhecida por uma dimensão mais ampla dos elementos subjetivos de uma demanda em relação a outra (*Código de Processo Civil Anotado*. CRUZ e TUCCI, José Rogério; FERREIRA FILHO, Manoel Caetano; APRIGLIANO, Ricardo de Carvalho; DOTTI, Rogéria Fagundes; MARTINS, Sandro Gilbert (Coords.). AASP-OAB/PR, 2015, p. 95).

Para o reconhecimento de litispendência (total ou parcial) o NCPC (assim também era para o CPC/73) exige tríplice identidade (mesmas partes, causa de pedir e pedido).¹⁷ Boa parte da doutrina, no entanto, sempre reconheceu a insuficiência da tríplice identidade para flagrar hipóteses de litispendência. A ideia é adotar um critério mais flexível, com uma diretriz que evite dois processos com o mesmo objetivo e resultados diferentes.¹⁸

Por um ou outro critério, a *identidade* (total ou parcial) entre AIJE nº 194358 a AIME nº 761 e RP nº 846 é inegável. Com efeito, o cotejo entre as três ações eleitorais revela, em longos trechos, reprodução *ipsis litteris* da narrativa factual. Os títulos das causas de pedir remotas são repetidos em todas as ações. Na AIME, a revelar mesmo uma mera reprodução da AIJE, em algumas oportunidades os REQUERIDOS são chamados de *Investigados* (nomenclatura inadequadamente importada da AIJE).¹⁹ A *identidade* é inequívoca.

¹⁷ Art. 301, § 2º, CPC; art. 337, § 2º, NCPC.

¹⁸ A chamada teoria dos três eadem (mesmas partes, mesma causa de pedir, mesmo pedido), conquanto muito prestigiosa e realmente útil, não é suficiente em si mesma para delimitar com precisão o âmbito de incidência do impedimento causado pela litispendência. Considerando o objetivo do instituto (evitar o bis in idem), o que importa é evitar dois processos instaurados com o fim de produzir o mesmo resultado prático (DINAMARCO, Cândido Rangel. *Instituições de Direito Processual Civil*. 4 ed., rev., atual., e com remissões ao Código Civil de 2002. São Paulo: Malheiros, pp. 62-63). Em boa medida é o que está reconhecido no recente acórdão do RESP nº 3-48, citando similar posição em MARINONI, Luiz Guilherme; MITIDIERO, Daniel. *Código de processo civil: comentado artigo por artigo*, 2. ed. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, p. 311.

¹⁹ O Ministro Henrique Neves tem uma boa explicação para isso: “A análise de reiterados casos confirma que, em grande parte, além da identidade das partes, há mera reprodução de peças processuais nas quais, quando ha major atenção, tem-se apenas a modificação da identificação da ação e da designação das partes (representante/autor - representado/réu). Em alguns casos, sequer ha essa

A RP, por sua vez, está integralmente *contida* na AIJE (e posterior AIME). E a AIME está parcialmente *contida* também na AIJE. O que sobra desta ampla *zona de intersecção* é apenas a parcela remanescente do rol de causas de pedir da AIME: (a) *despesas irregulares – falta de comprovantes idôneos de significativa parcela das despesas efetuadas na campanha dos Requeridos*; (b) *Fraude – disseminação de falsas informações a respeito da extinção de programas sociais*.

Não há dúvida, portanto, que há clara e integral *identidade* entre a RP nº 846 e a AIJE nº 194358 – a indicar *litispendência*. Já a AIJE, proposta antes, está integralmente *contida* na AIME, proposta depois. A relação aí é de *continência* (litispendência parcial). A AIME *continente*, proposta depois, repete a *ação de investigação*, mas tem “razões mais amplas” (expressão de DINAMARCO) em relação à AIJE *contida*. Há *atos essenciais* autônomos na AIME.

3.4 Consequência do reconhecimento da litispendência e da continência nas ações eleitorais em exame

A litispendência é um *requisito processual negativo* para o julgamento de mérito (art. 485, V, NCPC).²⁰ Desde o Direito

preocupação. E comum que se observem designações impróprias que não foram percebidas na técnica da ‘copia e cola’.” (RESP nº 3-48).

²⁰ “Diz-se que a litispendência de um primeiro processo é um pressuposto negativo para um segundo, com conteúdo idêntico, porque o segundo, mesmo preenchendo todas as condições de prosperar, em virtude de um elemento que lhe é extrínseco, isto é, pelo mero fato da existência de um primeiro processo igual, será trancado. Então, a litispendência anterior é um pressuposto processual negativo, impedindo a validade de uma segunda relação jurídica processual idêntica” (ALVIM, Arruda. Manual de Direito Processual Civil. Vol. 1: Parte Geral, 7 ed. rev. atual. e ampl. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, p. 523).

Romano é vedado o “ajuizamento de outra ação lastreada na mesma relação jurídica substancial”.²¹ Assim, flagrada a litispendência – e sendo idênticas as partes, como nas ações em análise –, a partir dos critérios indicados no tópico anterior, a segunda demanda *reproduzida* deve ser extinta (a identidade de partes desautoriza a simples reunião).²²

A continência – litispendência parcial – enseja a mesma consequência, mas apenas em relação à *zona de intersecção* (espaço de coincidência). Nos casos em que a *continente* (mais ampla) antecede a *contida* (menos ampla) a extinção é de todo o processo sem julgamento de mérito. Nada resta da *contida* posteriormente proposta em relação à *continente* que pudesse seguir.

É importante retomar que aqui a comparação entre as ações para flagrar semelhanças e identidades se dá a partir da análise das *causas de pedir* e do *pedido* (identificado pelas causas de pedir). As partes são idênticas nos casos em exame. Aqui os *atos essenciais* da RP nº 846 estão contidos na AIJE nº 194358, assim como o pedido (cassação na RP; cassação + inelegibilidade na AIJE).

²¹ CRUZ e TUCCI, José Rogério. A causa petendi no processo civil. São Paulo: RT, 1993, p. 29.

²² Como depois será mais especificamente abordada, a *extinção* só merece ser afastada quando forem diversos os polos ativos. O próprio art. 96-B trata de reunião das ações quando propostas por “*partes diversas*”. Nestes casos devem prevalecer as regras do microssistema dos processos coletivos. O art. 5º, § 3º, da Lei da Ação Popular – que manda reunir; não extinguir – deve ser subsidiariamente aplicado para *enriquecer* o § 1º do art. 96-B da Lei Eleitoral. Isso porque a “*extinção pura e simples com base da litispendência*” ou da continência de uma ação eleitoral “*poderá causar risco à efetiva tutela jurisdicional*” da lisura das eleições. Aqui, como os polos são idênticos, incogitável a simples reunião.

Assim, a RP nº 846, porque integralmente *contida* na AIJE nº 194358, *continente*, merece extinção sem julgamento de mérito. Nenhuma dúvida.

Distinta é a consequência para as hipóteses em que a *contida* (menos ampla) antecede a *continente* (mais ampla). É o que se apanha do confronto da AIJE com a AIME. A *ação de impugnação de mandato eletivo*, proposta depois, indicou duas *causas de pedir* ausentes na *ação de investigação judicial eleitoral* (ação antecessora). A AIME, posterior e mais ampla, é *continente* em relação à AIJE anterior e menos ampla, *contida*. Neste caso a extinção que se impõe é apenas da *zona de intersecção*.

Na linha de alguns julgados ainda à luz do CPC/73, o art. 57 do NCPC fixa que a extinção se impõe quando a contida tiver sido proposta depois da continente.²³ Na hipótese inversa (como a AIME em relação a AIJE), o dispositivo indica mera reunião. Não obstante, é certo que a reunião aí só pode ser apenas da *parcela remanescente*. É como explica MEDINA, já comentando o dispositivo do NCPC: “*sendo o segundo pedido mais abrangente, devem-se reunir as causas, havendo que ser parcialmente extinta a segunda ação*”.²⁴ A AIME merece extinção parcial.

Incogitável a simples reunião. A parcela da AIME coincidente está em litispendência com a AIJE. Assim, a parcela idêntica da AIME deve ser extinta porque *repete a AIJE em curso*. Supor o

²³ STJ, REsp 953.034/PR, Rel. Ministro Luiz Fux, Primeira Turma, 29/06/2009.

²⁴ MEDINA, José Miguel Garcia. Novo Código de Processo Civil Comentado. São Paulo: RT, 2015, p. 131. No mesmo sentido: “(...) a *continência* costuma ser apontada como uma *litispendência parcial*. Em parte a demanda de maior extensão coincide com a demanda menos ampla, e na parte que a excede ela é somente conexa a esta” (DINAMARCO, Cândido Rangel. *Fundamentos do Processo Civil Moderno*. 6ª ed. Tomo I. São Paulo: Malheiros, 2010, p. 710).

contrário é autorizar que o *mesmo autor* possa indefinidamente *renovar* a ação eleitoral, propondo novas e subsequentes demandas continentais. Bastaria sempre agregar uma nova causa de pedir a cada ação eleitoral subsequente, eternizando as demandas – que sempre seriam *apenas* reunidas. Para repetir a expressão do Ministro Henrique Neves no acórdão já mencionado, trata-se de inadmissível *excesso de jurisdição*.

A reunião também não é o que determina o novo art. 96-B da Lei Eleitoral. Como já mencionado, a reforma eleitoral só determinou a reunião para julgamento comum das ações eleitorais propostas por *partes diversas* (*caput* do art. 96-B). Aqui as partes (AUTORES e REQUERIDOS) são as mesmas nas três ações. A simples reunião sempre pressupõe *partes diversas*. É uma regra própria do microssistema do processo coletivo – inaplicável para ações propostas pelas mesmas partes. O mesmo autor não pode repetir idêntica ação popular, para ficar no exemplo do processo coletivo (fonte de inspiração do novo art. 96-B).

O § 1º do art. 96-B fixa que a propositura de ação eleitoral por candidato ou partido político não impede ação do Ministério Público no mesmo sentido. Regra típica do mesmo microssistema do processo coletivo. Diferente é a propositura de duas ou três ações *no mesmo sentido* pelos *mesmos autores*. Em idêntica orientação, o § 2º determina que a *parte diversa* passe a figurar como litisconsorte no feito principal. Ora, nesta hipótese os AUTORES (Coligação e PSDB) não podem figurar como *litisconsortes deles próprios*. Não há *partes diversas*.

Assim, como se depreende da aplicação do art. 96-B combinado, em diálogo autorizado pelo espaço da subsidiariedade, com o art. 57 do NCPC (a consolidar jurisprudência anterior sobre

o tema), a AIME deve ser parcialmente extinta em relação à *zona de intersecção* com a AIJE anteriormente ajuizada. Foi exatamente assim que decidiu o TSE, em decisão monocrática do Min. Herman Benjamin (abril de 2016). O caso era idêntico ao presente, como se apanha deste trecho da decisão:

À exceção da conduta descrita no item d, todas as demais constituíram objeto da AIJE 1354-74, ajuizada em momento anterior, contendo identidade de partes e de causas de pedir, com procedência de pedidos em primeiro e segundo graus de jurisdição para cassar os diplomas (...).²⁵

Exatamente como no caso em análise, o Min. Herman identificou uma extensa zona de coincidência entre a AIJE (menor; contida) e a posterior AIME (maior; continente). Havia apenas uma causa de pedir nova na AIME que estava na AIJE. O resto era simples repetição. Exatamente como no caso em exame (aqui são duas as causas de pedir novas, o que não muda em nada a consequência jurídica, por óbvio). E na decisão do TSE a consequência adotada foi idêntica à orientação assumida neste parecer: *extinguir o processo na extensão da zona de coincidência*:

Desse modo, considerando a identidade de partes, fatos e causas de pedir (...) **impõe-se reconhecer a litispendência quanto às oito condutas tratadas neste tópico (...) e extinguir o processo neste ponto**, sem resolução de mérito, nos termos do art. 267, V, do CPC.²⁶

No mesmo precedente parcela remanescente deu ensejo a uma *AIME reduzida*, mas a pretensão embasada na causa de pedir

²⁵ Resp nº 760, Rel. Min. Herman Benjamin, decisão monocrática, 18/04/2016.

²⁶ Houve aqui uma seleção de trechos para resumir a posição do julgador. Importante reconhecer que a decisão consigna a inexistência de novas provas no segundo processo – o que é assunto tratando em tópico próprio.

autônoma já tinha sido rejeitada pela corte de origem. Aqui a parcela remanescente poderia eventualmente ser reunida com a AIJE (que já está pronta para julgamento), embora não seja a melhor orientação (item 3.7). A propósito, a Excelentíssima Ministra Relatora, em decisão recente que afastou a preliminar de litispendência, reconhece que seria mesmo o caso de extinção parcial da AIME. Sustenta, no entanto, a inocuidade da medida, diante da reunião. Não deve haver reunião, como será demonstrado (item 3.7), e a extinção não é inócua.

Antes, porém, é necessário descartar a hipótese de manutenção integral da AIME para produzir *outras* ou *novas* provas sobre *atos novos* que não estavam na inicial. E aqui está a utilidade da extinção parcial da AIME, especialmente porque a AIJE merece seguir para a sentença – e não uma *instrução extra*, desconectada da inicial.

3.5 A AIME não pode ser preservada para *esperar fatos novos*. AIME não tinha (e não pode ter) novas provas em relação à AIJE. Estrita atenção aos prazos decadenciais

Na mencionada decisão do Min. Herman Benjamin há uma ressalva que merece detida análise, pois poderia representar óbice à extinção parcial da AIME. Para a decisão monocrática, a extinção se impõe “*quando no segundo processo não houver novas provas que permitam formar entendimento diverso*”.²⁷ É possível deduzir que a decisão está amparada no novo § 3º do art. 96-B da Lei Eleitoral, responsável por introduzir no Direito Eleitoral a coisa julgada *secundum eventum probationis*.

²⁷ Resp nº 760, Rel. Min. Herman Benjamin, decisão monocrática, 18/04/2016.

Antes de tudo convém consignar que a Lei 13.165/2015, veículo de introdução do art. 96-B na Lei Eleitoral, é posterior à data da propositura da AIME. Regra de processo que é, o artigo tem aplicação imediata, mas não retroativa.²⁸

Para argumentar, é possível considerar, com algum esforço, que esta hipótese já estava implicitamente admitida pela influência do microssistema dos processos coletivos no Direito Eleitoral.²⁹ E por isso a *AIME repetida* teria sido admitida.

Além disso, o § 3º só trata de repositura de ação com *outras* ou *novas provas* se já tiver havido, em relação ao processo original, trânsito em julgado.³⁰ Não obstante, o correto é mesmo interpretar que a partir de *outras* ou *novas provas* uma demanda repetida possa ser proposta ainda que a primeira não tenha sentença com trânsito em julgado.³¹ Afinal, os institutos da litispendência e da coisa julgada apenas se distinguem pelo momento de propositura da segunda demanda idêntica (ainda em trâmite a primeira *ou* já com trânsito em julgado).

A segunda ação duplicada, mesmo sendo idênticas as partes – como nas demandas em análise –, escaparia do efeito da litispendência (óbice à repositura) em razão da existência de

²⁸ “Art. 14. A norma processual não retroagirá e será aplicável imediatamente aos processos em curso, respeitados os atos processuais praticados e as situações jurídicas consolidadas sob a vigência da norma revogada”.

²⁹ É o que Fredie Diddie classifica de pseudonovidades normativas.

³⁰ Art. 96-B (...) § 3º Se proposta ação sobre o mesmo fato apreciado em outra cuja decisão já tenha transitado em julgado, não será ela conhecida pelo juiz, ressalvada a apresentação de outras ou novas provas.

³¹ RODRIGUES, Marcelo Abelha. Notas sobre a semelhança e identidade de causas no direito processual eleitoral (art. 96-B da Lei nº 9.504/97). In: TAVARES, André Ramos; AGRA, Walber de Moura; PEREIRA, Luiz Fernando (Coord.). *O direito eleitoral e novo Código de Processo Civil*. Belo Horizonte: Fórum, 2016, p. 187.

outras ou *novas* provas. Os processos seriam apenas reunidos para julgamento conjunto, solução alvitada pela Excelentíssima Ministra Relatora.

No entanto, em relação aos fatos que já estavam indicados na AIJE nº 194358, a AIME nº 761 não apresentou quaisquer *outras* ou *novas* provas. Basta cotejar as duas iniciais, nos fatos e nas provas apresentadas. Na *zona de intersecção* a identidade é absoluta. E nem poderia ser diferente, afinal apenas duas semanas separam os momentos da propositura da AIJE e depois da AIME. Não há nada que pudesse *dar fôlego* à AIME com fundamento no novo § 3º do art. 96-B (admitindo uma *aplicação retroativa*).

Não se alegue que o *passar do tempo* acabou revelando *outras* e *novas* provas na AIME que não estavam na AIJE. As *outras* e *novas* provas só autorizam a repropositura da ação idêntica se estiverem expressamente indicadas na petição inicial. Tal conclusão, antes de tudo, tem amparo na própria Constituição Federal – que condiciona a admissibilidade da AIME à inicial *instruída com provas* (art. 14, § 10º). Evidentemente que estas provas, para a sobrevida processual da AIME, devem ser *outras* ou *novas* em relação à AIJE.

A doutrina que comenta a técnica da coisa julgada *secundum eventum probationis* no Direito Eleitoral reconhece que esta indicação deve estar já na petição inicial, de forma a autorizar a admissão da segunda ação repetida.³²

O que não se admite é a repropositura pura e simples de uma demanda idêntica, com as mesmas partes, com os mesmos fatos e com a indicação, rigorosamente, das mesmas provas ou meio de provas. Este cenário torna incogitável qualquer exceção ao

³² RODRIGUES, Marcelo Abelha, ob. cit., p. 190.

principal efeito da litispendência (óbice à repositura de uma segunda demanda idêntica à primeira que já tramitava). A extinção se impõe e não é inócua.

Aqui, em verdade, o que se cogita não é propriamente a existência de *novas* ou *outras* provas na AIME que não estavam indicadas na AIJE. As iniciais da AIJE e da AIME indicam *causas de pedir dinâmicas*, plurifactuais. Há uma pluralidade de fatos essenciais que, isoladamente considerados, poderiam conduzir ao resultado cassação. Cada um dos fatos apontados, enfim, admite o pedido de cassação.

Um bom tempo depois de proposta a segunda ação, como reconhece o voto condutor da decisão de recebimento da AIME (Min. Gilmar Mendes), foram revelados *fatos novos* ou *fatos de conhecimento supervenientes*, especialmente relacionados a supostas irregularidades no financiamento da campanha eleitoral de 2014 (Operação Acarajé ou o caso da gráfica VTPB, por exemplo).

É evidente que a operação acarajé e o caso da gráfica não integram o *núcleo fático* original em que se funda a AIME. Revela-se aqui, a toda evidência, a existência de *novas causas de pedir*. As provas deferidas na recente decisão da Excelentíssima Ministra Relatora referem-se, enfim, a fatos estranhos aos núcleos fáticos da AIME e da própria AIJE. Estas *novas causas de pedir não podem* ser introduzida na ação em curso, antes de tudo, por conta da regra da estabilidade da demanda.

Como explica CRUZ e TUCCI, citando Corrado FERRI, “qualquer tentativa de modificação do núcleo fático em que se funda a demanda corresponde ao inválido exercício ex novo de um poder de ação

diverso daquele verificado na instauração do processo".³³ A partir de uma leitura clássica da regra de estabilização da demanda, está desautorizada esta modificação do núcleo fático da AIME (ou da AIJE).

Atualmente, é verdade, se reconhece certa mitigação da imutabilidade dos elementos subjetivos e objetivos da demanda. A doutrina reconhece que "*pode ocorrer que, em determinadas situações, sobretudo no momento da produção da prova, surja um fato novo, que conduza à mesma consequência jurídica pretendida pelo demandante*".³⁴ Nestes casos, excepcionalmente, admite-se esta *ampliação tardia dos elementos objetivos da demanda*, desde que assegurado o contraditório.

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*.

Supor o contrário é autorizar que uma AIME possa ser proposta com um núcleo fático lacônico, com categorização jurídica genérica (irregularidades na arrecadação, por exemplo), sempre a esperar que novas revelações possam, durante o tempo de tramitação, oferecer a robustez necessária à cassação pretendida. Admitir a hipótese é autorizar uma *demanda eleitoral vazia* para ser *preenchida (ampliação objetiva)* com o que viesse eventualmente a

³³ CRUZ e TUCCI, José Rogério. A causa petendi no processo civil, 3ª ed., São Paulo: *Revista dos tribunais*, 2009, p. 186.

³⁴ CRUZ e TUCCI, ob. cit., p. 189.

surgir depois, burlando os prazos decadenciais tão importantes para a estabilidade dos mandatos e da própria democracia.³⁵

A ampliação ulterior objetiva da demanda originária encontra, no Direito Eleitoral, portanto, o óbice intransponível dos prazos decadenciais das ações eleitorais. A permissão de alteração do núcleo fático estaria autorizada por uma técnica de economia processual, evitando a propositura de uma nova demanda autônoma, mas desde que esta alteração se dê no prazo limite para a propositura de demanda autônoma. E aqui este prazo se esgotou com a propositura da AIME.

É precisamente por esta razão que o TSE, depois decorrido o prazo decadencial próprio, não admite em nenhuma hipótese a *ampliação subjetiva* da demanda (inclusão de litisconsorte).³⁶ E se não admite a ampliação subjetiva, com mais razão não pode admitir a ampliação objetiva depois de decorrido prazo decadencial máximo (a *ratio* do precedente é perfeitamente aplicável nos dois sentidos). É como julga também o Superior Tribunal de Justiça. Tanto quanto a AIME, o mandado de segurança tem prazo decadencial. Por esta razão, decorrido o prazo de 120

³⁵ Importante notar que o TSE sempre se preocupou em estabelecer prazos limites para a propositura de representações, mesmo quando não há em lei um marco temporal certo. Em alguns casos o TSE, reconhecendo a ausência de prazo decadencial, valeu-se do reconhecimento da ausência do interesse de agir para obstar representações tardias. De qualquer forma, a AIME (é o que interessa neste caso) tem sim um prazo decadencial constitucionalmente previsto.

³⁶ “Não merece guarida a argumentação de que não foi concedida oportunidade de promover a citação do litisconsorte, nos termos do parágrafo único do art. 47 do CPC, porquanto tal providência seria inviável nesta via processual, pois já escoado o prazo decadencial para a propositura da demanda”. (Agravo Regimental em Recurso Especial Eleitoral nº 145082, Rel. Min. GILMAR MENDES, 05/03/2015).

dias, o STJ não admite emenda à inicial do *mandamus*, com ampliação objetiva, “*por implicar subversão do prazo decadencial*”.

A AIME (e nem mesmo a AIJE), enfim, não pode ser veículo disponível a abrigar *atos novos* ou *atos de conhecimento superveniente* que não poderiam amparar extemporânea ação autônoma. Na linguagem do STJ, não se pode subverter o prazo decadencial.

Com efeito, a flexibilização da regra de estabilização da demanda e, mais especificamente, a técnica *secundum eventum probationis* devem considerar, alerta Marcelo Abelha RODRIGUES, que no Direito Eleitoral *existem prazos fixos para a prática de determinados atos processuais que devem ser rigorosamente observados*. É por isso, segue o mesmo autor, que há um limite intransponível para a repropositura: o respeito aos “*prazos para ajuizamentos das demandas eleitorais*”.³⁷ Para reiterar, se não é possível propor uma *ação nova* fora do prazo decadencial, de igual forma não pode embutir uma *causa nova* em ação em trâmite.

3.6 A AIME pode ser total ou parcialmente extinta por litispendência e continência. O status constitucional da ação de impugnação não subverte esta conclusão

A AIME nº 761 foi, porque só poderia ser assim, proposta depois da AIJE nº 194358 (também a Representação nº 8-46). Como há continência, merece extinção parcial, em relação à *zona de intersecção*.

³⁷ RODRIGUES, ob. cit., p. 189.

Não há nenhuma particularidade juridicamente relevante que exclua a AIME das regras de *continência/litispêndência* aqui indicadas. Não obstante, o TSE já decidiu que “*não há como extinguir a AIME, ação de índole constitucional, pela mera circunstância da existência de ações anteriores*”.³⁸ Não é possível concordar. Os fenômenos da litispêndência e da coisa julgada não excluem de seus campos de abrangência as *ações de índole constitucional*.

As *ações de índole constitucional* estão previstas na Constituição Federal especialmente para dificultar a supressão do *remédio processual* pelo legislador ordinário, como já explicava BUZAID.³⁹ O bem jurídico tutelado pela AIME (normalidade e legitimidade das eleições; sem abusos) pode ser tutelado em uma AIJE, em uma Representação ou em qualquer outra ação eleitoral típica (ou atípica). Basta que estas *ações* contenham ilícitos eleitorais como causa de pedir remota e uma *sanção típica* de cassação. Neste aspecto não há qualquer relevância em relação à sede de previsão (constitucional ou infraconstitucional) dos instrumentos processuais aptos a concretizar direitos materiais.

No referido julgamento do TSE consignou-se que “*na AIME – muito mais do que em outras ações eleitorais – sobressai a tutela da legitimidade do pleito*”. Não parece a conclusão mais adequada. A legitimidade do pleito pode estar adequadamente tutelada em qualquer outra ação eleitoral (*ação processual abstrata*), indistintamente. A previsão constitucional da AIME não altera esta conclusão. Coincidentes os fatos, como na hipótese, não há nada na

³⁸ Trecho do voto no REspe nº 254, rel. Min. Henrique Neves, 20/11/2014.

³⁹ “*qualquer outra espécie de proteção conferida por lei ordinária poderia desaparecer ou ser diminuída ao fluxo das deliberações do Congresso, sujeito às vicissitudes das maiorias eventuais*” (BUZAID, Alfredo. *Do mandado de segurança*. São Paulo: Saraiva, 1989. p. 193).

AIME que não haja em uma AIJE ou mesmo em uma Representação que possa conduzir à cassação.

A Constituição Federal assegura a normalidade e legitimidade das eleições, impedindo o abuso (art. 14, § 9º). Assim, o fundamento processual da *tutela de legitimidade do pleito* está na própria Constituição Federal (art. 5º, XXXV), a prescindir de qualquer outra expressa previsão constitucional ou infraconstitucional.⁴⁰ Todos os direitos materiais são *acionáveis em juízo* por garantia constitucional à adequada tutela jurisdicional (inafastabilidade).⁴¹ Há um direito fundamental à efetividade da tutela jurisdicional.⁴² Não fosse a AIME, seria uma AIJE⁴³ ou qualquer outra *técnica de tutela* que fosse a “*expressão realizadora da*

⁴⁰ Ao tratar da AIME, COSTA, Adriano Soares da: “*Se se cria uma ação, é porque há algum interesse anterior a merecer proteção*” (*Instituições de Direito Eleitoral*. 9ª ed. Belo Horizonte: Fórum, 2013, p. 396). Este interesse anterior (direito material) pode ser *protegido* por *ação* com sede constitucional ou infraconstitucional. A resposta que Adriano oferece à tese de Konder Comparato sobre a “inexistência” da AIME elucida muito bem o tema.

⁴¹ Argumento similar é utilizado pelo próprio TSE ao “ampliar” o conceito de fraude e permitir a utilização da AIME. A mensagem do acórdão é parecida com aqui se defende. O direito material não pode ficar desprotegido por ausência de *ação típica* (RESPe nº 149, Rel. Min. Henrique Neves da Silva, 21/10/2015).

⁴² MARINONI, Luiz Guilherme. O direito à efetividade da tutela jurisdicional na perspectiva da teoria dos direitos fundamentais. In: *Revista de Direito Processual Civil*. n. 28, abr/jun. de 2003, ed. Gênese, p. 298/338.

⁴³ Em alguma medida a AIJE também tem status constitucional: “*É evidente, portanto, que a ação de investigação judicial eleitoral tem assento cativo no art. 14, § 9º, da CF/1998, pois é a técnica que o legislador encontrou de criar situações de inelegibilidade que visem a proteção da legitimidade e da normalidade contra a influência do poder econômico ou o abuso do exercício de função (...)*” (JORGE, Flávio Cheim; RODRIGUES, Marcelo Abelha. *Manual de Direito Eleitoral*. São Paulo: RT, 2014, p. 319).

ação de direito material”, para usar uma expressão de Ovídio BAPTISTA DA SILVA.⁴⁴

O mandado de segurança também tem *índole constitucional*. Atualmente, no entanto, não oferece nada que já não esteja contemplado pela tutela das obrigações de fazer e não fazer. E parece evidente que a *sede constitucional* não outorga ao MS nenhuma *técnica processual* que o CPC (*sede infraconstitucional*) não pudesse outorgar.⁴⁵ O abuso de poder não ficaria imune ao controle jurisdicional se houvesse a supressão do inciso LXIX do art. 5º da Constituição Federal. E o mandado de segurança, abstratamente considerado, não é *mais* (nada mais) em relação a uma demanda contra a administração que tenha um pedido (imediate) mandamental.

Para insistir, se não houvesse previsão alguma de natureza processual (constitucional ou infraconstitucional), todos os direitos materiais hoje tutelados pela AIME (ou pela AIJE) estariam assegurados pelo direito fundamental à efetividade da tutela jurisdicional (inafastabilidade). Ao Judiciário caberia conceber e oferecer *técnicas adequadas*.⁴⁶ Supor o contrário é imaginar que

⁴⁴ *Curso de Processo Civil*, vol. I. Porto Alegre: Fabris, 1993, p. 321.

⁴⁵ TALAMINI, Eduardo, explica que não se pode admitir que, por exemplo, a força mandamental “a dada ação fosse algo que só a Constituição pudesse atribuir” (As origens do mandado de segurança na tradição processual Luso-brasileira. In: *Aspectos Polêmicos e atuais do Mandado de Segurança*. BUENO, Cássio Scarpinella; ALVIM, Eduardo Arruda; Teresa Arruda Alvim Wambier (Coords.). São Paulo: RT, 2002, p. 312).

⁴⁶ “Se o dever do legislador editar o procedimento idôneo pode ser reputado descumprido diante de determinado caso concreto, o juiz, diante disso, obviamente não perde o seu dever de prestar a tutela jurisdicional efetiva. Por tal razão, o juiz tem o dever de interpretar a legislação à luz do direito fundamental à tutela jurisdicional, estando obrigado a extrair da regra processual, sempre com a finalidade de efetivamente tutelar os direitos, a sua máxima potencialidade”. (MARINONI, Luiz Guilherme. O direito à efetividade da tutela jurisdicional

poderia haver a garantia constitucional da legitimidade das eleições sem instrumentos processuais aptos à proteção, à tutela deste direito – o que é inconcebível.

Por tais razões não é possível concordar com o raciocínio jurídico do precedente do TSE. Não é porque a AIME está prevista na Constituição que deve ser reconhecida como o “*principal meio processual para se buscar a desconstituição do mandato*” (Resp 254, citado). A AIME é apenas mais um *meio processual*. O *meio processual principal* para desconstituir mandatos (leia-se aqui: técnicas processuais adequadas) poderia estar na legislação infraconstitucional. A sede constitucional, portanto, só tem a relevância apontada por BUZAID (dificultar a supressão pelo legislador infraconstitucional). Aliás, também para reiterar, como há *meios processuais hábeis* na legislação infraconstitucional (AIJE e Representações), a *desconstituição do mandato* prescinde da AIME em sede constitucional.

De lado as causas de pedir abstratamente dedutíveis, a única diferença entre a AIJE e AIME é o prazo decadencial para a propositura. Se a *relação jurídica-base* já está posta em uma AIJE, incogitável a simples repetição em AIME. A previsão constitucional, enfim, não subverte as regras de litispendência e continência.

Tanto é assim mesmo que o *status* constitucional do mandado de segurança nunca foi tal a provocar a derrogação da regra de litispendência. O Superior Tribunal de Justiça sempre reconheceu a necessidade de extinguir mandado de segurança proposto em

litispendência com ação ordinária anteriormente ajuizada.⁴⁷ É o entendimento que deve prevalecer no TSE. Assim, sendo a AIME parcialmente coincidente em relação à AIJE, merece extinção parcial.

O último argumento está no próprio art. 96-B. O § 3º define que se a *ação* (e pode ser uma AIME) *sobre o mesmo fato apreciado em outra* (uma AIJE, por exemplo) *cuja decisão já tenha transitado em julgado, não será ela conhecida pelo juiz*. Transitada em julgado a AIJE, a AIME que repetir os fatos não será conhecida. O status constitucional não altera esta conclusão.

Por fim, correndo o risco de dizer o óbvio, a extinção de uma AIME específica não põe em risco a *previsão em abstrato* da AIME na Constituição Federal. Em um determinado caso concreto, o *deslocamento* do julgamento de uma *relação jurídica-base* da AIME para a AIJE (porque repetida) não compromete o *status constitucional* da ação de impugnação; não subverte a vontade do constituinte, enfim. O que não se pode admitir é que a propositura da AIME seja instrumento de *repetição de ação já em curso*.

3.7 A reunião de processos, efeito jurídico da conexão, atende a um pressuposto de eficiência. Impossibilidade de reunir a AIJE e a AIME reduzida (parcela remanescente da AIME)

A AIME merece extinção parcial. Restará uma parcela remanescente, como se reconheceu. Aqui é importante deixar claro

⁴⁷ “Constatada a identidade de partes, causa de pedir e pedidos entre o presente mandamus e a ação ordinária [ajuizada anteriormente], resta configurada a litispendência nos termos do art. 301, § 2.º, do Código de Processo Civil. Processo extinto sem julgamento de mérito” (STJ, MS: 12640 DF 2007/0034634-5, Rel. Min. Marilza Maynard, 3ª seção, J. 04/12/2014)

que a reunião entre a *AIME reduzida*⁴⁸ e a AIJE não é tecnicamente recomendável. Isso porque, operada a extinção parcial, não há fatos comuns entre as duas demandas. Sobram duas causas de pedir na *AIME reduzida*: (a) *despesas irregulares – falta de comprovantes idôneos de significativa parcela das despesas efetuadas na campanha dos Requeridos*; (b) *Fraude – disseminação de falsas informações a respeito da extinção de programas sociais*. Esta demanda remanescente deve ser julgada de forma independente em relação à AIJE, sem risco de decisões conflitantes.⁴⁹ É nenhum o risco de *incompatibilidade lógica e prática entre os julgados*.⁵⁰

O risco de decisões conflitantes não se apura apenas pela coincidência do *pedido mediato*, a *cassação*. Se assim pudesse ser, todas as Representações, independentemente das causas de pedir deduzidas (art. 41-A, 30-A ou 73), deveriam ser reunidas para julgamento simultâneo em razão de coincidente pedido de *cassação*. Não é assim porque o pedido só se identifica (se distingue) pela particular causa de pedir.⁵¹ Já houve reunião, como está no relato inicial, mas é necessário reanalisar o tema à luz da extinção parcial da AIME. Especialmente porque há outro fato a desaconselhar a

⁴⁸ Por *AIME reduzida* entenda-se a parcela remanescente depois da extinção da *zona de intersecção* com a AIJE.

⁴⁹ Com o NCPC o risco de decisões conflitantes (conexão por prejudicialidade), expressamente, é *requisito autônomo* para reunião de demandas para julgamento conjunto (art. 55, § 3º, NCPC).

⁵⁰ LADEIRA, Ana Clara Viola. Identificação da conexão e da correta aplicação de seus efeitos. In: *Revista de Processo*. v. 238, ano 39. São Paulo: Editora RT, dez. 2014, pp. 74 e 78.

⁵¹ “Se a causa de pedir não integra o pedido, certamente o identifica” [WAMBIER, Luiz Rodrigues (Coord.). *Curso avançado de processo civil*. 7. ed. rev. E atual. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2005. v. 1: teoria geral do processo e processo de conhecimento. p. 303.

reunião da *AIME reduzida* à AIJE. É que a ação de investigação já estava com a instrução praticamente concluída.

A AIME deve seguir para resolver o pedido de cassação dos REQUERIDOS à luz das causas de pedir remanescentes antes mencionadas. E deve seguir, por dois motivos, de forma autônoma em relação à AIJE. Antes de tudo porque não há conexão – como já exposto. Em segundo lugar porque a reunião é efeito da conexão que só está autorizada quando representar técnica de *eficiência processual*.

A reunião de processo sempre deve ser ponderada, especialmente no Direito Eleitoral, à luz dos princípios da efetividade e da celeridade.⁵² Os processos não podem ser reunidos quando houver ofensa aos princípios da efetividade e da duração razoável do processo. Importante esclarecer que esta necessária ponderação não equivale à facultatividade. A síntese é: a reunião dos processos (efeito jurídico) se impõe sempre nos casos de conexão, mas desde que não haja ofensa ao princípio da efetividade e da celeridade.

A Súmula 235 do STJ define que “a conexão não determina a reunião de processos, se um deles já foi julgado”.⁵³ É assim também no

⁵² Assim também para Zilio: “Do exposto, a regra exposta no art. 96-B da LE deve receber uma interpretação de razoabilidade, de modo a equacionar, com equilíbrio, a duração razoável do processo e o devido processo legal eleitoral”. ZILIO, Rodrigo López. Breves observações sobre art. 96-B da Lei nº 9.504/97. In: TAVARES, André Ramos; AGRA, Walber de Moura; PEREIRA, Luiz Fernando (Coord.). *O direito eleitoral e novo Código de Processo Civil*. Belo Horizonte: Fórum, 2016, p. 199.

⁵³ E basta o julgamento; não é necessário o trânsito em julgado: “O fato de ainda não ter ocorrido o trânsito em julgado da sentença proferida na ação ordinária não afasta a aplicação do entendimento já sumulado pelo STJ de que a possível existência de conexão ou continência não determina a reunião dos processos, quando já

NCPC (art. 55, § 1º). Parece óbvio. A própria jurisprudência eleitoral (nos poucos e recentes casos em que reconhecia conexão) vedava a reunião não apenas quando um dos processos já tivesse sido julgado, mas também quando já estivessem em *fases processuais distintas*, como neste caso.⁵⁴

Como está na apresentação do caso, a AIJE estava com a instrução quase concluída. Enquanto isso, na AIME as defesas foram oferecidas há pouco tempo. Assim a reunião não se justifica, como já reconheceu o TSE: *“Os procedimentos eleitorais devem ser céleres (...). Daí porque, em determinadas situações – por exemplo, quando um feito já se encontra em fase avançada, próximo da sentença, e há o ajuizamento de outro – a reunião dos processos não se mostra recomendável ou producente”*.⁵⁵ O caso é idêntico.

O mesmo TSE, no precedente citado, nada mais fez do que reconhecer que o efeito jurídico da conexão atende também a um pressuposto de economia processual.⁵⁶ É como está na lógica que autoriza a prorrogação de competência. Assim, é necessário separar a *conexão* de seu *efeito jurídico* (reunião de processos). Mesmo constatada a *conexão*, o *efeito jurídico* não se justifica se um já

proferida a sentença num deles” (TRF4, AI nº 0013979 0.2012.404.0000, 3ª t., Rel. Des. Fernando Quadros da Silva, 14/03/2013).

⁵⁴ Importante reconhecer que desde 2013 flagrava-se um movimento do TSE em favor do reconhecimento de conexão, como no exemplo: *“Na hipótese, não há conveniência, porquanto os autos supostamente conexos encontram-se em fases processuais distintas”* (Recurso Ordinário nº 151449, Rel. Min. Laurita Vaz, Data 07/08/2013). No mesmo sentido: *“Não é possível determinar-se a conexão de feitos, em casos em que um deles já tenha sido julgado pelo Tribunal”* (TRE-MG, RCED nº 71109, Rel. Alberto Diniz Júnior, 09/07/2013).

⁵⁵ RESPe nº 3-48, Rel. Min. Henrique Neves, 12/11/2015.

⁵⁶ WAMBIER, Luiz Rodrigues; TALAMINI, Eduardo. *Curso avançado de processo civil: Teoria Geral do Processo e Processo de Conhecimento*. 11. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2010, p. 212.

estiver próximo do julgamento e o conexo estiver ainda no início, como aqui. Haveria violação à efetividade e à celeridade, especialmente no Direito Eleitoral.⁵⁷

As regras em relação aos efeitos da conexão sempre atendem a um postulado de efetividade. Se a reunião de processos estiver em desacordo com o vetor da efetividade e da duração razoável do processo, a conveniência deve ser avaliada em atenção ao critério casuístico.

Não se deve perder de vista que os processos de cassação de mandato devem estar julgados, em todas as instâncias, no máximo em um ano (prazo já expirado, aliás).⁵⁸ O *princípio da adequação* autoriza um juízo de conveniência da reunião (orientado pelo respeito aos princípios da efetividade e da celeridade).⁵⁹ E aqui este juízo de conveniência desautoriza a reunião. A AIJE deve ser julgada independentemente da instrução e posterior julgamento da AIME (da *AIME reduzida* pela continência, é claro).

⁵⁷ OLIVEIRA, Bruno Silveira de. *Conexidade e efetividade processual*. São Paulo: RT, 2008, p. 167-171. No mesmo sentido, reconhecendo que a reunião dos processos não justifica se houver sacrifício à celeridade e à economia processual, LADEIRA, Ana Clara Viola. Identificação da conexão e da correta aplicação de seus efeitos. In: *Revista de Processo*. v. 238, ano 39. São Paulo: Editora RT, dez. 2014, p. 68.

⁵⁸ Lei 9.504/97. “Art. 97-A. Nos termos do inciso LXXVIII do art. 5^ª da Constituição Federal, considera-se duração razoável do processo que possa resultar em perda de mandato eletivo o período máximo de 1 (um) ano, contado da sua apresentação à Justiça Eleitoral. § 1^º A duração do processo de que trata o caput abrange a tramitação em todas as instâncias da Justiça Eleitoral”.

⁵⁹ DIDIER JR., Fredie; ZANETI JR., Hermes. *Curso de direito processual civil: Processo coletivo*. 4^a Ed. Vol. 4. Salvador: Editora PODIVM, 2009, p. 170.

04) RESPOSTAS AOS QUESITOS

01) Há litispendência/continência na relação entre RP nº 846, AIME nº 761 e AIJE nº 194358?

Resposta: A conclusão toma em consideração a análises dos casos concretos. A RP nº 846 *repete integralmente ação em curso* (art. 337, § 3º, NCPC). Há coincidência absoluta do que já estava *deduzido e pedido* na AIME nº 761 e na AIJE nº 194358. A relação entre a AIME (mais ampla) e a AIJE (menos ampla) é de continência – litispendência parcial. Há parcela da AIME continente que não estava na AIJE. A AIME nº 761 tem razões mais amplas em relação à AIJE nº 194358.

02) Qual é a consequência do reconhecimento desta relação de identidade?

Resposta: A litispendência é um *requisito processual negativo* para o julgamento de mérito (art. 485, V, NCPC). Por esta razão a RP nº 846 merece extinção sem julgamento de mérito. A continência é litispendência parcial. Assim, a AIME nº 761 merece extinção parcial na parcela que coincide (*zona de intersecção*) com a AIJE nº 194358. A simples reunião só seria cogitável se não houvesse coincidência de partes autoras.

03) A AIME poderia ter sido proposta sem novas ou outras provas em relação à AIJE? As ações eleitorais

admitem ampliação objetiva depois de ultrapassado o prazo decadencial? A AIME pode ser mantida para receber novos fatos?

Resposta: Na zona de coincidência, a AIME repetia integralmente as *provas* e os *meios de prova* indicados na inicial da AIJE. Assim sendo, deveria ter merecido imediata extinção parcial em reconhecimento de continência (litispendência parcial). Esta regra não deve ser mitigada por aplicação do § 3º do art. 96-B, pois não havia novas ou outras provas (ou meios de provas). É inadmissível a alteração do núcleo fático da AIME, com ampliação objetiva da demanda, por inequívoca violação dos prazos decadenciais das ações eleitorais. Aplicação da *ratio* do precedente do TSE em relação à ampliação subjetiva.

04) O status constitucional da AIME impede a sua extinção parcial ou total por continência ou litispendência?

Resposta: A AIME pode ser integral ou parcialmente extinta sempre que houver litispendência ou continência (como aqui). A extinção de uma determinada relação jurídica-base deduzida em AIME, porque mera reprodução da mesma relação jurídica-base de uma AIJE anterior, não compromete a previsão constitucional. O status constitucional da AIME não subverte regras de continência e litispendência.

05) O que não se resolve em extinção pela litispendência/continência deve ser reunido por conexão ou risco de decisão conflitante?

Resposta: Não há conexão entre a parcela remanescente da AIME nº 761 e a AIJE nº 194358. Sobram dois pedidos informados a partir de causas de pedir independentes. Por tal razão, sequer há risco de decisões conflitantes. Além disso, a AIJE nº 194358 estava com instrução praticamente concluída, por isso, na iminência do julgamento. Ainda que houvesse conexão ou risco de decisões conflitantes, a reunião (efeito jurídico) é inconveniente neste caso – como já decidiu o TSE.

É o parecer. Curitiba, abril de 2016.

LUIZ FERNANDO CASAGRANDE PEREIRA

Mestre e Doutor em Direito pela UFPR (processo civil). Autor de diversos livros e artigos publicados nas áreas de processo civil e eleitoral. Professor e palestrante de inúmeras instituições nas áreas de concentração. Coordenador da pós-graduação de Direito Eleitoral da Universidade Positivo. Presidiu o V Congresso Brasileiro de Direito Eleitoral – Curitiba, abril de 2016.