

## Recurso Contra Expedição de Diploma

Tarcisio Vieira de Carvalho Neto

Professor da Faculdade de Direito da Universidade de Brasília, Mestre em Direito do Estado pela Faculdade de Direito da Universidade de São Paulo, Subprocurador-Geral do Distrito Federal e advogado especializado em matéria eleitoral

**Palavra-chave:** Recurso Contra Expedição de Diploma

Sumário: **1** Localização do tema – **2** Previsão Normativa – **3** Nomenclatura – **4** Topografia no Código Eleitoral – **5** Competências dos órgãos jurisdicionais eleitorais – **6** Natureza jurídica: recurso ou ação? - **7** Hipóteses de cabimento – **8** Rito procedimental – **9** Legitimação *ad causam* e litisconsórcio – **10** Desistência – **11** Prova pré-constituída – **12** Efeito suspensivo e reflexos derivados da ação de investigação judicial eleitoral - AIJE

### 1. Localização do tema

O tema em debate está inserido no capítulo do Direito Processual Eleitoral, mais precisamente no campo de incidência do chamado Processo Judicial Eleitoral<sup>1</sup>.

Diz com os recursos eleitorais ou, divergências doutrinárias de lado, com as demais ações eleitorais em espécie<sup>2</sup>.

---

<sup>1</sup> Adota-se, no particular, classificação que leva em consideração o Direito Processual Eleitoral em contraposição ao Direito Material Eleitoral e como subgênero do qual são espécies o Processo Administrativo Eleitoral e o Processo Judicial Eleitoral.

<sup>2</sup> Para Tito Costa: “o recurso contra a diplomação situa-se dentro do gênero *recurso ordinário* que, pelo menos, quando oferecido perante o juiz eleitoral (relativamente à diplomação de eleitos na área municipal), não deve ser confundido com o recurso ordinário cabível contra decisões dos TER, nos casos do art. 276, II, a, do CE.” (In: *Recursos em Matéria Eleitoral*. 8. ed. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2004. p. 115).

## **2. Previsão normativa**

O Recurso Contra Expedição de Diploma – RCED já estava previsto no Código Eleitoral de 1950, que, em seu art. 170, em enumeração taxativa, ventilava as seguintes hipóteses de cabimento: a) inelegibilidade de candidato; b) errônea interpretação da lei quanto à aplicação do sistema de representação proporcional; c) erro de direito ou de fato na apuração final, quanto à determinação do quociente eleitoral ou partidário, contagem de votos, e classificação de candidato, ou a sua contemplação sob determinada legenda; d) pendência de recurso anterior, cuja decisão possa influir na determinação de quociente eleitoral ou partidário, inelegibilidade ou classificação de candidato.

A última hipótese, alijada do regime atual, se afigurava deveras interessante porque dava azo à natureza residual do instituto ao se referir a “pendência de recurso anterior”.

Presentemente, o Recurso Contra a Expedição de Diploma – RCED está previsto, expressamente, no art. 262, do Código Eleitoral. Habita, pois, na legislação infraconstitucional.

Difere, assim, substancialmente da Ação de Impugnação de Mandato Eletivo – AIME, na justa medida em que esta tem assento constitucional, tanto em relação ao cabimento quanto no que diz com as linhas mestras.

## **3. Nomenclatura**

O Recurso Contra Expedição de Diploma – RCED está mal batizado.

Sendo certo de que é cabível, nos termos do disposto no art. 262, inciso IV, do Código Eleitoral, também em face da “denegação do diploma”, ou seja, diante da diplomação denegada, melhor seria, sob o prisma científico, inclusive, denominá-lo de “Recurso da Diplomação”.

Quanto às demais hipóteses de cabimento (incisos I, II e III, do art. 262, do CE), a terminologia se infensa a críticas.

#### **4. Topografia no Código Eleitoral**

Do ponto de vista legal, o RECD faz parte do Título III (Dos Recursos), Capítulo I (Disposições preliminares), do Código Eleitoral.

A mensagem legislativa, portanto, é na linha de que a ele se aplicam todas as demais disposições inseridas neste específico micro-sistema do Código Eleitoral.

Se assim é, forçoso concluir que o RCED:

- a) Deve ser interposto em 3 (três) dias;
- b) Não pode versar matéria atingida pela preclusão de que trata o art. 259 do CE;
- c) Enseja prevenção, nos termos do art. 260 do CE;
- d) Atrai a competência do TRE e do TSE.

#### **5. Competência dos órgãos jurisdicionais eleitorais**

Quanto às eleições municipais, relativamente a Prefeitos e Vereadores, a competência para exame do RCED é dos Tribunais Regionais Eleitorais<sup>3</sup>. Em se tratando de eleições estaduais e federais, alusivamente a Deputados Estaduais e Federais, Senadores e Governadores, a competência é do Tribunal Superior Eleitoral. Se o ato de diplomação disser respeito à eleição presidencial, discute-se acerca da competência do Supremo Tribunal Federal<sup>4</sup>, tergiversando a doutrina, ainda, sobre o eventual cabimento de mandado de segurança<sup>5</sup>.

---

<sup>3</sup> Cf. TSE - Agravo Regimental no Recurso Especial Eleitoral nº 25.284/PR, Rel. Min. Gerardo Grossi.

Parece mais adequado, todavia, o entendimento de que compete ao Tribunal Superior Eleitoral, órgão de cúpula da Justiça Especializada em matéria eleitoral, processar e julgar o RCED manejado em face de diplomas nas eleições presidenciais<sup>6</sup>.

O recurso é processado no juízo *a quo* (da diplomação) e julgado no juízo *ad quem*.

Em virtude da falta de ortodoxia sistêmica, animam-se doutrina e jurisprudência em proclamar-lhe a natureza jurídica de ação, mormente porque a diplomação pode ser tida, em linha de princípio, como ato administrativo da Justiça Eleitoral.

## 6. Natureza jurídica: recurso ou ação?

É mesmo estranha a inclusão do RCED no rol de recursos do Código Eleitoral.

De fato, não se impugna, mercê do RCED, decisão judicial típica, mas sim ato administrativo da Justiça Eleitoral.

Atente-se para o fato de que o Código Eleitoral, no art. 215, trata do diploma como a coroação de processo administrativo de apuração das eleições e proclamação dos eleitos.

---

<sup>4</sup> Para Tito Costa: “Se se tratar de expedição de Presidente e Vice-Presidente da República, ato da competência do Presidente do TSE, parecerá, à primeira vista, não haver recurso cabível. E não há, mesmo, previsão legal nesse tocante. Mas isso é inadmissível, mesmo em face do preceito que estabelece a irrecorribilidade das decisões do TSE, com suporte em mandamento da Lei Maior.” (*Op. cit.*, p. 116).

<sup>5</sup> Tito Costa afirma ser cabível o mandado de segurança, em nome do princípio constitucional da inafastabilidade do controle jurisdicional, para garantia do cidadão, do candidato e do partido político, e diante do que se contém, a *contrario sensu*, no enunciado nº 269, da Súmula do STF: “não cabe mandado de segurança contra ato judicial passível de recurso ou correição.” (*Op. cit.*, p. 116-7).

<sup>6</sup> Comungamos do entendimento de Emerso Garcia de que a competência para diplomar nas eleições presidências, por interpretação sistemática, é do Tribunal Superior Eleitoral e não propriamente de seu Presidente, a partir de interpretação literal do art. 215, do CE. Na explicação do autor, “assim entendemos por ser o Tribunal Superior o condutor de todo o processamento eletivo nas eleições presidências, bem como por ser a diplomação precedida da indispensável apuração dos votos, que deve ser aprovada em sessão especial do Tribunal.” (In: *Abuso de Poder nas Eleições – Meios de Coibição*. 3. ed. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2006. p. 175).

Está-se, pois, diante de atuação administrativa da Justiça Eleitoral, ou, quando não muito, sob o manto de jurisdição voluntária da Justiça Eleitoral, tomando-se o Juiz Eleitoral como administrador público de interesses privados, a saber, de partidos e candidatos.

Pergunta-se: na diplomação, qual é o papel da Justiça Eleitoral? Está-se diante de resolução de litígio?

A questão não é tão simples porque também não se está frente a frente com ato administrativo típico. Isto porque a diplomação implica conseqüências jurídicas e políticas evidentes. É, por assim dizer, o ponto culminante do processo eleitoral. Conclui, numa tal linha de explicitação, o processo eleitoral e encerra, de forma cabal, o chamado período eleitoral que havia sido deflagrado pelos pedidos de registro de candidatura ou, então, não sem divergências, com a realização das convenções partidárias voltadas à escolha dos candidatos.

Interessante assinalar que a diplomação pode encerrar o chamado período eleitoral, mas não a competência da Justiça Eleitoral, mormente porque, em prazo maior do que o reservado em lei para o manuseio do RCED, de 3 (três) dias, descortina-se a Justiça Eleitoral como palco fértil ao exame e julgamento da ação constitucional de impugnação de mandato eletivo – AIME, a ser intentada no prazo (decadencial) de 15 (quinze) dias contados também da diplomação.

Note-se, ainda, que o RCED não é propriamente interposto contra a diplomação, ou contra o ato de diplomação em si, mas sim contra situações pretéritas, representativas de máculas atentatórias à verdade eleitoral, vale dizer, o resultado da eleição, ato certificado do diploma.

Com razão, então, o Ministro Sepúlveda Pertence, ao definir o RCED como ação impugnativa de diploma em primeiro grau pelos tribunais<sup>7</sup>.

Sucedo que, mesmo considerado ação, o RCED é processado como se recurso fosse, com certa subversão da lógica<sup>8</sup>.

---

<sup>7</sup> Em sentido contrário, colhe-se o respeitável ponto de vista de Carlos Mário da Silva Velloso e Walber de Moura Agra para quem:

“O posicionamento adotado é que o mencionado instituto se configura como um recurso, em decorrência de ser a diplomação um pronunciamento judicial, desaguadouro de todo um processo, importando na última fase do Direito Eleitoral.

A diplomação foge do enquadramento de ser classificada como um simples ato administrativo, pois provoca conseqüências jurídicas que outros atos judiciais não teriam condições de produzir, como a coisa julgada formal. Inexistem diferenças ontológicas entre os atos judiciais e os administrativos; quem realiza essa diferenciação de forma discricionária é o legislador, de acordo com a carga axiológica imperante em dado momento na sociedade. A diferenciação maior está em sua formação e em seus efeitos, já que os atos jurídicos necessitam de procedimentos rígidos para sua feitura, fazem coisa julgada e possuem auto-executoriedade.

(...)

O fato de ser ato da jurisdição voluntária não quer dizer que o remédio específico para sua impugnação não sejam as vias recursais. Todavia, o legislador eleitoral outorgou a possibilidade, haja vista a especificidade da jurisdição não contenciosa, de interposição de algumas ações para suprir sua validade, como, por exemplo, a ação de impugnação de mandato eletivo.

De forma alguma se quer dizer que os procedimentos pertinentes à diplomação tenham caráter litigioso, não os têm como todos os outros típicos de jurisdição voluntária. Mesmo com essa taxonomia, exigiu o legislador que esses atos fossem validados com a homologação através de pronunciamento da Justiça Eleitoral.” (In: *Elementos de Direito Eleitoral*. São Paulo: Saraiva, 2009. p. 309).

<sup>8</sup> Colhe-se, no particular, a visão de Adriano Soares da Costa:

“No caso específico do recurso contra a diplomação, deu-se a uma ação de direito material a atuação judicial através do rito de recurso. Tal solução legislativa foi de má técnica, uma vez que suprimiu parcela da cognição judicial do juízo competente, além de limitar os meios de provas dos fatos deduzidos.

Os recursos são interpostos contra decisões judiciais, devolvendo o conhecimento da matéria, total ou parcialmente. De uma decisão em ação de impugnação de registro de candidato (AIRC), prolatada por juiz eleitoral, cabe recurso ordinário para o TER, devolvendo o conhecimento integral da matéria. Do acórdão proferido pelo TER, caberá recurso especial, pelo qual se debaterão possíveis afrontas à legislação federal ou dissenso jurisprudencial. Como se tomou o remédio jurídico contra a diplomação como recurso, partindo do pressuposto de que a diplomação fosse uma decisão judicial, cortou-se a possibilidade de maior debate sobre o litígio. Como a diplomação não é decisão, não chegando a enfrentar, por ex., a inelegibilidade do candidato, o recurso contra diplomação dela irá tratar originariamente, isto é, pela primeira vez, sendo julgado pelo TER, suprimindo-se a instância do juiz eleitoral (obviamente em caso de eleição municipal, que é o cenário com o qual estamos trabalhando.” (In: *Instituições de Direito Eleitoral*. 8. ed. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2009. p. 320).

## 7. Hipóteses de cabimento

De acordo com o Código Eleitoral (art. 262), é cabível o RCED em 4 (quatro) hipóteses:

- a) Inelegibilidade ou incompatibilidade de candidato<sup>9</sup>;
- b) Errônea interpretação da lei quanto à aplicação do sistema de representação proporcional;
- c) Erro de direito ou de fato na apuração final quanto à determinação do quociente eleitoral ou partidário, contagem de votos e classificação de candidato, ou a sua contemplação sob determinada legenda;
- d) Concessão ou denegação do diploma em manifesta contradição com a prova dos autos, nas hipóteses do art. 222 do Código Eleitoral e do art. 41-A da Lei nº 9.504/97.

Quanto à hipótese descrita no item “a” supra, tenha-se em mente que as inelegibilidades só podem ser definidas na Constituição Federal ou, quando não muito, em caráter excepcional, por decorrência de lei complementar federal, em virtude, neste caso, de expressa autorização constitucional, para a proteção da probidade administrativa, da moralidade para o exercício do mandato, considerada a vida pregressa do candidato, e a normalidade e legitimidade das eleições, contra a influência do poder econômico ou o abuso do exercício de função, cargo ou emprego na administração direta ou indireta (art. 14, § 9º, da CF/88).

---

<sup>9</sup> Para Pinto Ferreira, a inelegibilidade é um impedimento à eleição. A incompatibilidade, de sua vez, tem lugar após a eleição, obrigando o candidato à escolha entre o mandato e o cargo que ocupa. (In: *Código Eleitoral Comentado*. 4. ed. São Paulo: Saraiva, 1997. p. 340).

Com exceção das inelegibilidades supervenientes ao registro e as de ordem constitucional, todas as demais devem ser alegadas na ação de impugnação de registro de candidatura – AIRC, sob pena de preclusão<sup>10</sup>. Em destaque, o art. 259, do CE, *caput*, no sentido de que são preclusivos os prazos para interposição de recursos, salvo quando neste se discutir matéria constitucional, sendo certo que, de acordo com o parágrafo único do mesmo dispositivo legal, o recurso em que se discutir matéria constitucional não poderá ser interposto fora do prazo, mas perdido o prazo numa fase própria, só em outra que se apresentar poderá ser interposto<sup>11</sup>.

Assim como as inelegibilidades, as incompatibilidades também só podem ser versadas em sede de AIME, diante da logicidade do sistema eleitoral, com a apresentação de prova pré-constituída completa.

Quanto às chamadas condições de elegibilidade, deve ser rechaçada a interpretação extensiva do inciso I, do art. 262, do CE, que se refere, tão-só, às inelegibilidades e às incompatibilidades. Não podem elas, assim, ser versadas no âmbito do RCED por falta de previsão legal<sup>12</sup>.

---

<sup>10</sup> De acordo com Carlos Mário da Silva Velloso e Walber de Moura Agra: “A preclusão no Direito Eleitoral impede que determinadas matérias não argüidas em seu momento específico possam ser ventiladas em outra oportunidade. A necessidade de se apresentar o resultado cristalino das eleições não comporta tergiversações temporais. Não sendo argüidas as inelegibilidades e incompatibilidades no momento oportuno, elas apenas podem ser ventiladas no recurso contra diplomação se forem supervenientes ou se contiverem supralegalidade, apanágio inerente aos dispositivos constitucionais.” (*Op. cit.*, p. 312).

<sup>11</sup> Na mesma linha de compreensão, confira-se a visão de Pinto Ferreira:

“Atualmente, a inelegibilidade para fundamentar o recurso contra a diplomação deve ser apontada tempestivamente. O Tribunal Superior Eleitoral já tem decidido que, não tendo havido recurso da decisão que concedeu registro ao candidato, e não tendo a inelegibilidade ocorrido após o registro, ocorre ao mesmo tempo a preclusão: *deferido o pedido do registro, não havendo interposição de recurso, transitada a sentença em julgado, a matéria fica preclusa*. Igualmente, sendo feita a argüição da inelegibilidade, na ocasião apropriada, que é a do registro, e sendo ele desprezado pela Junta com a denegação do recurso respectivo, que também transitou em julgado, não pode mais a Justiça Eleitoral apreciar novamente a matéria, pela ocorrência da coisa julgada ou da preclusão.” (*Op. cit.*, p.341).

<sup>12</sup> Emerson Garcia sustenta que “ao art. 262, I, do Código Eleitoral, pela própria natureza do bem jurídico tutelado, não deve ser dispensada interpretação extensiva, impedindo que o vocábulo inelegibilidade tenha o seu sentido ampliado de modo a alcançar a ausência das condições de elegibilidade.” (*Op. cit.*, p. 170). Para Antônio Carlos Martins Soares, o Tribunal Superior Eleitoral “vem incidindo no grave equívoco de distinguir falta de condição de inelegibilidade e inelegibilidade.” (In: *Direito eleitoral – questões controvertidas*. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2006. p. 96).



Quanto à hipótese da alínea “b”, mister assinalar que, com a progressiva e expressiva informatização da Justiça Eleitoral, que, inclusive, detém programa de computador próprio, supostamente em constante aperfeiçoamento e controle, para a realização dos cálculos do quociente eleitoral e do quociente partidário, tornou-se muito improvável, para não dizer quase impossível, a verificação concreta de RCED por erro de interpretação da lei quanto à aplicação do sistema de representação proporcional.

De todo modo, a hipótese só se aplica às eleições proporcionais, ou seja, para vereadores, deputados estaduais e deputados distritais, não dizendo com as majoritárias, mercê das quais são escolhidos os Senadores da República<sup>13</sup>.

De acordo com entendimento da Justiça Eleitoral, o dispositivo diz com cálculos matemáticos e fórmulas prescritos em lei e necessários para alcançar-se o resultado final das eleições proporcionais (Ac. 586/2001).

Quanto houver erro no resultado final da aplicação das fórmulas criteriosamente referidas na lei, o RCED não deve estar fundado no inciso II, mas sim no inciso III, do art. 262, do CE<sup>14</sup>.

---

<sup>13</sup> Confirma-se, no particular, o entendimento de Emerson Garcia: “O inciso II do art. 262 apresenta certa similitude com o inciso III do mesmo dispositivo legal. Enquanto aquele fala em errônea interpretação da lei quanto à aplicação do sistema proporcional, este dispõe sobre a ocorrência de erro de direito (ou de fato), na apuração final, quanto aos diferentes prismas do sistema proporcional – determinação do quociente eleitoral ou partidário, contagem de votos e classificação de candidato ou a sua contemplação sob determinada legenda. (...) Tais dispositivos visam resguardar a idoneidade do sistema de representação proporcional, permitindo aos partidos de menor representatividade eleger seus representantes junto à Câmara dos Deputados, às Assembléias Legislativas e às Câmaras Municipais.” (*Op.cit.*, p. 171).

<sup>14</sup> Assinala Emerson Garcia, detectando certa sobreposição de conteúdos entre os incisos II e III, do art. 262, do CE, que: “O inciso II do art. 262 apresenta certa similitude com o inciso III do mesmo dispositivo legal. Enquanto aquele fala em errônea interpretação da lei quanto à aplicação do sistema proporcional, este dispõe sobre ocorrência de erro de direito (ou de fato), na apuração final, quantos aos diferentes prismas do sistema proporcional – determinação do quociente eleitoral ou partidário, contagem de votos e classificação de candidato ou a sua contemplação sob determinada legenda. Considerando que um erro de interpretação conduz a um erro de direito, entendemos que o inciso II poderia ser facilmente suprimido, pois a matéria encontra-se disciplinada de forma mais ampla e satisfatória no inciso III.” (*Op.cit.*, p. 171).

Cumpra salientar, ainda, que não bastam meras alegações teóricas, divorciadas do que realmente constou documentalmente dos registros, mas sim evidências concretas de subversão da verdade material eleitoral.

O dispositivo deve ser interpretado conjuntamente com o que se contém nos arts. 106 e 107, do CE, sobre a metodologia jurídica de obtenção do quociente eleitoral (divisão do número de votos válidos apurados pelos lugares a preencher em cada circunscrição eleitoral, desprezada a fração igual ou inferior a meio, equivalente a um, se superior) e do quociente partidário (divisão pelo quociente eleitoral do número de votos válidos dados sob a mesma legenda ou coligação de legenda, desprezada a fração).

Quanto ao item “c”, tem-se que não se trata de erro de “interpretação”, mas sim erro na apuração, ou melhor, na aplicação das fórmulas matemáticas tendentes à obtenção dos quocientes eleitoral e partidário. São erros verificáveis nos cálculos propriamente ditos.

A possibilidade de erro, embora desnutrida pela informatização das eleições, não desapareceu por completo<sup>15</sup>. Em tese, embora pouco provável, pode haver o mau funcionamento da urna eletrônica e de itens dos próprios sistemas de informática que incidem sobre o “processo eleitoral eletrônico”. Enquanto produtos da intelectualidade do homem, as máquinas podem errar.

A nulidade da eleição não é causa de pedir suficiente para autorizar o manuseio do RCED.

A hipótese (taxativa) de erro na apuração final (quociente eleitoral ou partidário, contagem de votos e classificação de candidato) diz com fatos posteriores à votação, relacionados à chamada “apuração final”<sup>16</sup>.

---

<sup>15</sup> Na mesma linha ideológica, Carlos Mário da Silva Velloso e Walber de Moura Agra, para quem “com a adoção do processo de votação eletrônica, os erros de fato na apuração se mostram menos factíveis – mas não impossíveis.” (*Op.cit.*, p. 314).

<sup>16</sup> Como ensina Adriano Soares da Costa: “(...) Assim, terminada a apuração dos votos, sem que haja surgido incidente merecedor de impugnação, ou mesmo havendo, poderá ocorrer erro nos boletins de apuração, que não condiz com a realidade dos votos apurados. Nesse caso, caberá recurso contra diplomação, atacando o mapismo (fraude nos mapas eleitorais) havido, que terminou por induzir a erro no resultado final, podendo alterar o quociente eleitoral, a contagem de votos e até a classificação do

Segundo a firme jurisprudência do Tribunal Superior Eleitoral, o inciso III, do art. 262, do Código Eleitoral, se refere a erro na apuração em si mesma, não sendo cabível o RCED quando se tratar de suposto descumprimento do disposto no art. 224, do mesmo dispositivo legal<sup>17</sup>. E assim é porque, no Estado Democrático de

---

candidato. Outra possibilidade de fato ilícito a desafiar o recurso contra diplomação é a alimentação errada do *software* da Justiça Eleitoral, sendo passado para o computador números diferentes dos existentes nos Bus (boletins de urnas)". (In: *Instituições de direito eleitoral*. 8. ed. Rio de Janeiro: Editora Lumen Juris, 2009. p. 331). Confira-se, ainda, o escólio de Marcos Ramayana, que, ao comentar o art. 262, inciso III, do CE, esclarece que "*a hipótese é de ocorrência de erros dolosos (fraudes) ou culposos na contagem dos boletins de urna e na transferência do resultado das urnas eletrônicas para os Tribunais Superiores.*" (In: *Resumo de direito eleitoral*. 3. ed. Niterói/RJ: Editora Impetus, 2009. p. 310). No mesmo sentido, Péricles Prade para quem "*não trata o inciso de nulidade, cumpre salientar, mas de erro na apuração enquanto tal.*" (In: *Comentários ao código eleitoral*. São Paulo: Dialética, 2004. p. 339).

Na mesma trilha exegética, o seguinte precedente do Col. Tribunal Superior Eleitoral, *verbis*:

"RECURSO CONTRA A EXPEDIÇÃO DE DIPLOMA. FUNDAMENTO NO ART. 262, II E III, DO CE. IMPOSSIBILIDADE.

O inciso II do art. 262 do CE diz com os cálculos matemáticos e fórmulas prescritos em lei e necessários para alcançar-se o resultado final das eleições proporcionais.

Quando houver erro no resultado final da aplicação dessas fórmulas e, principalmente, na interpretação dos dispositivos legais que as disciplinam, haverá ensejo para recurso contra a expedição de diploma com fundamento neste inciso.

O inciso III refere-se a erro na apuração em si mesma.

Não tem aplicação quando se tratar de erro relacionado à decisão de registro de candidatura." (RCED 586, Rel. Ministro Nelson Jobim, DJ 10.08.01, p. 69).

<sup>17</sup> Dentre outros, confirmam-se os seguintes julgados, *verbis*:

"AGRAVO. ELEIÇÃO 2000. RECURSO CONTRA EXPEDIÇÃO DE DIPLOMA. ART. 262, III, CE. AUSÊNCIA DE VIOLAÇÃO A NORMA. DISSÍDIO NÃO CARACTERIZADO. NEGADO PROVIMENTO.

I – O recurso contra expedição de diploma fundado no inciso III do art. 262 do Código Eleitoral é cabível contra o erro de direito ou de fato ocorrido na apuração do resultado final da eleição, o que pode alterar o quociente eleitoral ou partidário, a contagem de votos e a classificação de candidato, ou a sua contemplação sob determinada legenda, não se admitindo para se questionar a necessidade de realização de nova eleição nos termos do art. 81 da Constituição Federal ou do art. 224 do Código Eleitoral. O rol do art. 262 do Código Eleitoral é taxativo. Precedentes.

(...)" (Ag 4.462/MG, Rel. Ministro Francisco Peçanha Martins, DJ 02.04.04, p. 105).

"RECURSO CONTRA A DIPLOMAÇÃO SOMENTE PREVISTO NO ART. 262 DO CÓDIGO ELEITORAL. DESCABIMENTO DO RECURSO PREVISTO NO ART. 265 DAQUELE DIPLOMA LEGAL.

Contra a diplomação, o recurso cabível é aquele previsto no art. 262 do Código Eleitoral, e somente nas hipóteses elencadas em seus incisos, sendo incabível o recurso previsto no art. 265 daquele diploma legal. Da mesma forma, não tem cabimento o recurso contra a diplomação previsto no art. 262 quando se tratar do alegado descumprimento do disposto no art. 224 do Código Eleitoral.

Recurso não conhecido." (Ag nº 3.543/PA, Rel. Ministra Ellen Gracie, DJ 01.08.03. p. 285).

"AGRAVO REGIMENTAL. NÃO-CABIMENTO DO RECURSO CONTRA DIPLOMAÇÃO, COM FUNDAMENTO NO ART. 262, III E IV, DO CÓDIGO ELEITORAL.

Direito, a autoridade do Estado encontra limites não só nos direitos individuais, mas também nas regras de competência<sup>18</sup>.

Assim, ofende o sistema de estruturação da regulação jurídica do poder político, deitado no equilíbrio entre autoridade e liberdade, a idéia de manuseio de recurso fora das hipóteses legais de cabimento, sendo certo que as do RCED estão taxativamente previstas no art. 262, do CE.

Finalmente, quanto ao cabimento do RCED na hipótese descrita no item “d”, deve estar evidenciado que a votação conferida ao diplomado foi tisonada de falsidade, fraude, coação, empregos dos meios a que se refere o art. 237, do CE, a saber, a interferência do poder econômico e o desvio ou abuso do poder de autoridade, em desfavor da liberdade do voto, ou, ainda, relativamente à reprochável prática da conduta descrita no art. 41-A, da Lei nº 9.504/97, ou seja, captação irregular de sufrágio consistente em doar, oferecer, prometer, ou entregar, ao eleitor, com o fim de obter-lhe o voto, bem ou vantagem pessoal de qualquer natureza, inclusive emprego ou função pública<sup>19</sup>.

---

O inciso III do art. 262 do Código Eleitoral refere-se a erro na apuração em si mesma, não sendo cabível quando se tratar do alegado descumprimento do disposto no art. 224 do Código Eleitoral, que não tem, inclusive, aplicação quando se tratar de cassação de diploma em decorrência de ação de impugnação de mandato julgada procedente. (...)”. (AgRg no RCED nº 599/PI, Rel. Ministra Ellen Gracie, DJ 22.11.02, p. 166).

<sup>18</sup> Como ensina o em. Prof. Carlos Ari Sundfeld: “Ao desempenharem o poder, os governantes exercitam *competências*, não *direitos subjetivos*. O juiz, o legislador, o administrador, não têm o direito de, respectivamente, julgar, legislar ou administrar, mas, sim, competência para fazê-lo. A expressão *competência* é usada no Direito com intenção muito definida. (...) Em outras palavras, a competência é um poder intensamente condicionado. (...) A competência – e este é seu mais importante condicionamento – é sempre outorgada pela norma, para que de seu exercício resulte atendida certa finalidade, estranha ou exterior ao sujeito. A competência é um meio para atingir fins determinados. Portanto, *a competência é um poder vinculado a certa finalidade.*” (In: *Fundamentos de direito público*. 5. ed. São Paulo: Malheiros, 2010. p. 112).

<sup>19</sup> A possibilidade de discussão de conduta relativa ao tipo do art. 41-A, da Lei nº 9.504/97, veio autorizada em virtude da nova redação conferida ao art. 262, inciso IV, do Código Eleitoral, pela Lei nº 9.840/99.

Em todos os casos, a melhor exegese é a de que os fatos devem estar cabalmente comprovados, pois seria uma temeridade a negação do diploma em nome de meras alegações, nem sempre palpáveis e suficientes para a reversão da presumidamente legítima vontade estampada nas urnas.

## **8. Rito procedimental**

Embora tenha natureza jurídica de ação impugnativa do diploma, o RCED é processado como recurso, ainda que atipicamente, com incoerências derivadas.

Se o RCED é da competência originária dos Tribunais Eleitoral, à moda das rescisórias que também não têm lugar no primeiro grau de jurisdição, pergunta-se: está-se diante de supressão de instância? E se assim for, isso é bom?

Tem havido progressiva ampliação do campo de cognição do RCED, admitindo-se dilação probatória, desde que com explicitação nas razões da súplica ou nas contra-razões do diplomado.

O RCED deve ser acompanhado de prova pré-constituída, ainda que não exaustiva, mas em que extensão?

Deve se entender que não pode haver pedido genérico de produção de provas, sendo ônus da parte especificar e demonstrar, circunstanciadamente, a necessidade de produção.

Se o RCED tem natureza jurídica de ação, as contra-razões só podem ter natureza jurídica de contestação. A consequência que daí deriva é a de que a falta ou deficiência de resposta ao RCED implica, automaticamente, presunção de veracidade dos fatos articulados pelo Impugnante do diploma.

No particular, abre-se ensejo à aplicação subsidiária do Código de Processo Civil, que, nos arts. 319 e seguintes, cuida da revelia e de seus efeitos, e, em seu art. 302, comete ao réu o chamado ônus da impugnação fática específica, ou, na clara dicção da lei, o dever processual do réu de se manifestar precisamente sobre os fatos narrados na petição inicial, sob pena de presunção de veracidade em relação aos fatos impugnados, salvo se não for admissível, a esse respeito, a confissão, se a petição inicial não estiver acompanhada do instrumento público que a lei considerar da substância do ato ou, então, se estiverem em contradição com a defesa, considerada em seu conjunto.

Não é demasiado lembrar que, nos termos do parágrafo único, do art. 302, do CPC, a regra acima explicitada, quanto ao ônus da impugnação especificada dos fatos, não se aplica ao advogado dativo, ao curador especial e ao órgão do Ministério Público.

Sobre a produção de provas, as balizas jurisprudenciais, produzidas em bom número na lacuna legal específica, ainda não estão fortemente alicerçadas. Tem-se entendido que a dilação probatória é possível e viável se e desde que tenha havido pedido expresso e circunstanciado na peça recursal e/ou na manifestação de defesa.

Parece correto o entendimento de que o (eloqüente) silêncio do interessado na produção de prova em RCED, que não se preocupou em formular tal pedido a tempo e a modo, ou seja, quando interpôs o RCED ou dele se defendeu, é representativo de preclusão.

Confira-se que o art. 270, do Código Eleitoral, redigido em termos suficientemente compreensíveis, permite a produção de provas se o recurso versar sobre coação, fraude, uso de meios de que trata o art. 237, ou emprego de processo de propaganda ou captação de sufrágio vedado por lei, mas desde que haja indicação das partes ao interpor ou impugnar o recurso.

Se a prova for necessária e, repita-se uma vez mais, desde que tenha havido requerimento oportuno, o Relator deferi-la-á em 24 (vinte e quatro) horas da conclusão, seguinte a produção no prazo “improrrogável” de 5 (cinco) dias.

A tipologia das provas guarda necessária correlação com o que se materializa no texto constitucional, que, em seu art. 5º, inciso LVI, não admite, no processo, as provas obtidas por meios ilícitos. No ponto, também se autoriza a aplicação subsidiária do Código de Processo Civil, que, em seu art. 332, harmonizado com a Constituição Federal, revela que todos os meios legais, bem como os moralmente legítimos, ainda que não por ele especificados, são hábeis a provar a verdade dos fatos, em que se funda a ação ou a defesa.

De qualquer modo, o § 1º, do art. 270, do CE, alude a justificações e perícias processadas perante o juiz eleitoral da zona, com citação dos partidos que concorreram ao pleito e do representante do Ministério Público. Tal indicação parece ser acidental, ou melhor, denotativa de rol meramente exemplificativo, tanto porque a lei se refere apenas a admissão, sem qualquer restrição, quanto porque em matéria eleitoral, em jogo não interesses individuais e disponíveis, há recorrente aplicação para o disposto no art. 23, da Lei Complementar nº 64/90, no preciso sentido de que *“o Tribunal formará sua convicção pela livre apreciação dos fatos públicos e notórios, dos indícios e presunções e prova produzida, atentando para circunstâncias ou fato, ainda que não indicados ou alegados pelas partes, mas que preservem o interesse público de lisura eleitoral”*.

Se o Relator trilhar o indeferimento da prova, serão os autos, a requerimento do interessado, nas 24 (vinte e quatro) horas seguintes, presentes à (primeira) sessão do Tribunal, que deliberará a respeito (art. 270, § 2º, do CE).

Juntadas aos autos as provas produzidas, ainda de acordo com o art. 270, § 3º, do CE, abrir-se-á, sem demora, vista dos autos às partes, no prazo sucessivo de 24 (vinte e quatro) horas.

Encerrada a dilação, os autos serão conclusos ao relator (CE, art. 270, § 4º).

Por aplicação analógica dos arts. 3º e seguintes da Complementar nº 64/90, seguem-se alegações finais, nos prazos e formas do denominado “rito ordinário eleitoral”, e, posteriormente, o julgamento propriamente dito.

## 9. Legitimação *ad causam* e litisconsórcio

Na lacuna normativa, conclui-se, por indução sistêmica, que estão plenamente legitimados para a interposição ou ajuizamento, como se queira, do RCED, partidos políticos<sup>20</sup>, coligações<sup>21</sup>, candidatos registrados<sup>22</sup> e o Ministério Público Eleitoral.

Ao eleitor, dir-se-á engajado eleitor, falece *legitimatío* ativa *ad causam* para a propositura do RCED<sup>2324</sup>, valendo destaque o que decidido pelo Tribunal Superior Eleitoral no Acórdão nº 12.255, de Capela do Alto Alegre/BA, de que foi relator o Min. Sepúlveda Pertence, de março de 1992.

Há litisconsórcio necessário entre o recorrido e o partido?

A questão é delicada e merece reflexão. É de se aquilatar, nas hipóteses do art. 262, do CE, a nota de individualidade. É dizer: pesquisar se a mácula é de ordem pessoal do candidato diplomado ou, então, se se está diante de questão jurídica relacionada a interesse jurídico primário da agremiação partidária. Assim, se se estiver diante de inelegibilidade do diplomado, por exemplo, versada no inciso I, do texto legal, está suficientemente claro que não há falar em litisconsórcio necessário formado entre ele e o partido que empunhou a respectiva candidatura. Já nas hipóteses dos incisos II e III, parece correto raciocinar acerca da necessidade de

---

<sup>20</sup> O Tribunal Superior Eleitoral, ao julgar o RCED nº 592/SP, de que foi relator o Min. Edson Vidigal, entendeu que “o Diretório Municipal de Partido não tem legitimidade para interpor recurso contra a diplomação de Deputado Estadual, na medida em que o cancelamento requerido não lhe trará qualquer benefício direto” (cf. item 1 da ementa do acórdão). Também já se entendeu, por evolução jurisprudencial, que os diretórios municipais podem interpor recurso especial para o Tribunal Superior Eleitoral (Acórdão nº 12.501/92, Rel. Min. Sepúlveda Pertence).

<sup>21</sup> Já se entende que a coligação partidária tem legitimidade concorrente com os partidos políticos e candidatos para a interposição de recurso contra diplomação (V. TSE – RCEDs nºs 643/2004 e 652/04).

<sup>22</sup> Seja qual for o pleito em disputa, conforme Tito Costa (*Op. cit.*, p. 120).

<sup>23</sup> Confira-se, no mesmo sentido, o balizado magistério de Pinto Ferreira (*Op. cit.*, p. 340). Idêntico o ensinamento de Tito Costa, para que “o ‘simples eleitor’, não sendo candidato registrado, não é parte legítima para recorrer contra a diplomação, segundo entendimento do TSE-BE 289/376; 285/165.” (*Op. cit.*, p. 119). Semelhante o ensinamento de Carlos Mário da Silva Velloso e Walber de Moura Agra, para quem o eleitor não pode manejar RCED “porque não há previsão legal nem ele possui legitimidade direta para se insurgir, muito embora tenha direito subjetivo a que o pleito eleitoral transcorra em absoluta lisura.” (*Op. cit.*, p. 315).

<sup>24</sup> Em sentido contrário se posiciona Emerson Garcia, para quem deve ser admitida a legitimidade do eleitor, “partícipe direto do procedimento eletivo e principal interessado em sua correção.” (*Op. cit.*, p. 177).



litisconsórcio entre diplomado e partido porque a errônea interpretação da lei quanto à aplicação do sistema de representação proporcional e o erro de direito ou de fato na apuração final quanto à determinação do quociente eleitoral ou partidário, contagem de votos e classificação de candidato, ou a sua contemplação sob determinada legenda, são temas que transbordam da situação pessoal do candidato para o campo de interesses de ordem pura e genuinamente partidários<sup>25</sup>.

Quanto à hipótese do inciso IV, a saber, concessão ou denegação do diploma em manifesta contradição com a prova dos autos, nas hipóteses do art. 222 do CE e do art. 41-A da Lei nº 9.504/97, a solução não se revela tão convincente assim, porquanto se produz uma mescla um tanto disforme de interesses pessoais do candidato e institucionais do partido, mas a situação colhida pelo candidato diplomado parece se aproximar um pouco mais da hipótese descrita no inciso I, e, assim, divergências de lado, não é caso de litisconsórcio necessário.

Ao julgar o RCED nº 703/SC, da relatoria do Min. Felix Fischer, o TSE decidiu pela existência de litisconsórcio necessário entre Governador e Vice, com necessidade de efetiva citação do segundo, suscetível de ser atingido pelo pronunciamento judicial, sobretudo se o vício alegado abrange a situação de ambos. Na oportunidade, teve-se o elogiável cuidado de asseverar que *“a alteração no entendimento jurisprudencial a respeito da qualidade em que o vice intera a relação processual na qual se questiona o diploma do titular do cargo eletivo não poderia causar surpresa aos jurisdicionados, em homenagem ao princípio da segurança jurídica, notadamente diante do fato de que, antes da decisão exarada no caso destes autos, não se vislumbrava a necessidade de o vice integrar a lide como litisconsorte passivo necessário”* (item 3 da ementa).

---

<sup>25</sup> Trilhando entendimento parcialmente diverso, Carlos Mário da Silva Velloso e Walber de Moura Agra (Obra citada, p. 315) afirmam que “configura-se imprescindível a formação de litisconsórcio necessário passivo entre o candidato que tenha a diplomação impugnada e seu partido político” porque, “efetivada a cassação de mandato, o partido perderá seu representante, ocasionando forte grave a seus interesses”. Nesses casos, assinalam os autores, “há relação intrínseca entre o impugnado e o partido, fazendo com que o deferimento do recurso contra diplomação provoque prejuízo para ambos, dado que o mandatário representa o partido e vice-versa.” (*Op. cit.*, p.315).

Não obstante isso, do mesmo julgado logo acima referido, colhe-se a revelação de que “*em razão da unicidade monolítica da chapa majoritária, a responsabilidade dos atos do titular repercute na situação jurídica do vice, ainda que este nada tenha feito de ilegal, comportando-se exemplarmente*” (item 4 da ementa).

Já entendeu o Tribunal Superior Eleitoral também que a Coligação não é litisconsorte passiva necessária no recurso contra a diplomação de candidatos da eleição proporcional porque não se evidencia, em regra, seu interesse jurídico, na medida em que “*na eventual cassação do diploma, os votos desses candidatos serão computados para a legenda (art. 175, § 4º, CE)*”<sup>26</sup>.

De outro lado, nada impede a formação de litisconsorte facultativo passivo, a critério do autor, ou, então, de assistência simples entre o recorrido (réu) e partido correlato.

## **10. Desistência**

Não se admite desistência de RCED.

Isto porque se está diante de interesses visivelmente indisponíveis e, assim, não se pode compactuar com a ilegalidade<sup>27</sup>.

## **11. Prova pré-constituída**

Só se afigura admissível o RCED acompanhado de prova pré-constituída.

---

<sup>26</sup> Cf. TSE - Agravo Regimental no Recurso Especial Eleitoral nº 25.284/PR, Rel. Min. Gerardo Grossi.

<sup>27</sup> Com inteira razão Torquato Jardim, quando afirma que: “Reveste natureza diversa do direito civil comum a tutela que nele se pede ao Judiciário; o interesse é de direito público indisponível, e não de direito privado transacionável.” (In: *Direito eleitoral positivo*. 2. ed. Brasília: Brasília Jurídica, 1988. p. 169).

Por prova pré-constituída, obviamente, não se entenda prova cabal, completa, mas prova parcial, suscetível de ser complementada em dilação probatória<sup>28</sup>, oportunamente requerida pelas partes, nos termos do art. 270, do Código Eleitoral<sup>29</sup>.

A prova produzida em ação de investigação judicial eleitoral – AIJE pode ser naturalmente aproveitada e não há necessidade de que esteja definitivamente certificada. Incabível se exigir, pois, para fins de RCED, provenha a prova pré-constituída de AIJE com decisão transitada em julgado. E assim é em prol da efetividade do processo eleitoral, na tutela da lisura das eleições e do incremento do valor democrático.

Noutro giro, inadmissível o aproveitamento de provas coligidas no seio de processo relacionado à representação do art. 96, da Lei nº 9.504/97, tanto diante da excessiva sumariedade do respectivo rito quanto porque é de fato a AIJE a ação eleitoral prévia mais vocacionada à persecução e combate do abuso de poder<sup>30</sup>.

Para Joel José Cândido, na hipótese do inciso I, obrigatória a prova pré-constituída plena da inelegibilidade ou incompatibilidade do diplomado. No caso do inciso IV, imprescindível a investigação do art. 237, do CE, procedida pelas Corregedorias Eleitorais.

---

<sup>28</sup> Correto o entendimento de Emerson Garcia: “Aperfeiçoando o entendimento já sedimentado, que restringia a concepção de prova pré-constituída às decisões proferidas em sede de investigação judicial eleitoral já transitadas em julgado, o Tribunal Superior Eleitoral resgatou a perspectiva de efetividade do recurso contra expedição de diploma. O entendimento anterior, é fácil concluir, praticamente inviabilizava a utilização desse recurso, pois seriam remotas as possibilidades de que, em poucos meses, a investigação judicial fosse ajuizada, instruída, julgada e, pior, ainda se verificasse o seu trânsito em julgado. Sensível à realidade, o Tribunal alterou a sua orientação, passando a admitir a utilização das provas obtidas naquela seara, ainda que a decisão judicial não tenha sido proferida ou transitado em julgado.” (*Op. cit.*, p. 172).

<sup>29</sup> Confira-se os seguintes trechos da ementa do RCED nº 671/MA, da relatoria do Min. Eros Grau, cujo julgamento, pelo Tribunal Superior Eleitoral, em março de 2009, redundou na cassação do Governador e do Vice-Governador do Estado do Maranhão, *verbis*:

“(…)

1. Admite-se a produção de prova em Recurso Contra Expedição de Diploma, desde que indicadas na petição inicial. Precedentes.

(…)

3. Após o encerramento da instrução processual não se admite produção de prova. Indeferimento de oitiva de testemunha. Princípio do livre convencimento do juiz.

(…)”

<sup>30</sup> Cf. GARCIA, Emerson. (*Op. cit.*, p. 174).

Recentemente, o Col. Tribunal Superior Eleitoral reviu sua posição tradicional e passou a admitir uma espécie de instrução processual sumária, jungida ao rito do art. 270, do CE. Definiu, ainda, em tom verdadeiramente didático, que a prova testemunhal se fez admissível apenas em relação a 6 (seis) testemunhas<sup>31</sup>, salvo litisconsórcio<sup>32</sup>.

A produção da prova em sede de RCED atende aos desígnios constitucionais de contraditório e ampla defesa, com os meios e recursos a ela inerentes (CF/88, art. 5º, LV)<sup>33</sup>.

---

<sup>31</sup> Confira-se a ementa do acórdão proferido na Questão de Ordem no RCED nº 671/MA, *verbis*: “RECURSO CONTRA EXPEDIÇÃO DE DIPLOMA. ELEIÇÕES 2006. GOVERNADOR DE ESTADO. AMPLA DILAÇÃO PROBATÓRIA. PROVA TESTEMUNHAL. POSSIBILIDADE.

1. A produção de todos os meios lícitos de provas traduz verdadeira homenagem à autenticidade do regime representativo, traduzido na idéia de: a) prevalência da autonomia de vontade do eleitor soberano; b) normalidade e legitimidade do pleito eleitoral contra qualquer forma de abuso de poder, seja ele econômico, político ou de autoridade; c) observância do princípio isonômico ou de paridade de armas na disputa eleitoral.
2. A Legislação infraconstitucional-eleitoral dispõe que na apuração de suposto ‘*uso indevido, desvio ou abuso do poder econômico ou poder de autoridade, ou utilização indevida de veículos ou meios de comunicação, em benefício de candidato ou partido*’ (art. 22 da LC 64/90), o julgador poderá determinar todas as diligências que julgar necessárias para o seu livre convencimento (incisos VI, VII e VIII do art. 22 da LC nº 64/90) E o ‘Tribunal formará sua convicção pela livre apreciação dos fatos públicos e notórios, dos indícios e presunções e prova produzida, atentando para circunstâncias ou fatos, ainda que não indicados ou alegados pelas partes, mas que preservem o interesse público de lisura eleitoral’ (art. 23 da Lei Complementar nº 64/90). Sem falar que o Tribunal Superior Eleitoral detém competência para ‘*tomar quaisquer providências que julgar convenientes à execução da legislação eleitoral*’ (inciso XVIII do art. 23 do Código Eleitoral), sobretudo quando formalmente provocado a se pronunciar. A salvaguardar a vontade do eleitor soberano, que exerce tal soberania pelo voto direito e secreto (caput do art. 14 da Constituição Federal).
3. O recurso contra expedição de diploma deve admitir todos os meios de prova, desde que particularizadamente indicados na petição inicial.
4. A amplitude probatória não retira as competências legais dos relatores em rechaçar, motivadamente, todos os requerimentos que se mostrem desnecessários ou protelatórios (art. 130 do Código de Processo Civil).
5. A prova testemunhal fica limitada ao número máximo de 6 para cada parte, independentemente da quantidade de fatos e do número de recorrentes ou de recorridos (inciso V do art. 22 da Lei Complementar nº 64/90)
6. Questão de ordem resolvida”.

<sup>32</sup> Ensina Marcus Vinícius Furtado Coelho que “devido ao novo entendimento sobre o litisconsórcio necessário entre o titular e o vice (RCED nº 703), decidiu o TSE, à unanimidade, por rever a jurisprudência que limitava o número de testemunhas a 6. Consignou o min. Cezar Peluso que o litisconsórcio necessário pressupõe que o vice tenha direito a apresentar defesa de forma ampla, ainda melhor do que a apresentada pelo titular. O devido processo legal não pode se subordinar à celeridade do processo eleitoral. É mais importante que as decisões sejam justas e não somente céleres (TSE, RESPE 25478, julgado na sessão do dia 27.3.2008).” (In: *Direito eleitoral e processo eleitoral*. Rio de Janeiro: Renovar, 2008. p. 370).

<sup>33</sup> Ao julgar o Agravo Regimental no Recurso Ordinário nº 2.359/SP, da relatoria do Min. Marcelo Ribeiro, o Tribunal Superior Eleitoral entendeu que “a atual jurisprudência deste Tribunal vem-se orientando no sentido de ser cabível a ampla dilação probatória nos recursos contra expedição de diploma, ainda que fundados no art. 262, IV, do Código Eleitoral, desde que o autor indique, na petição

## 12. Efeito suspensivo e reflexos derivados da ação de investigação judicial eleitoral - AIJE

O Recurso Contra a Expedição de Diploma – RCED não impede a posse e o regular exercício do mandato pelo candidato eleito e diplomado.

Milita, em seu favor, presunção de legitimidade ditada pelo resultado das urnas<sup>34</sup>.

Assim é que o art. 216, do CE, erigiu a regra segundo a qual *“enquanto o Tribunal Superior não decidir sobre o recurso interposto contra a expedição do diploma, poderá o diplomado exercer o mandato em toda a sua plenitude”*.

A regra tem natureza de norma especial, dentro do Código Eleitoral, e derroga a regra recursal geral, prevista no art. 257, do mesmo diploma, de que *“os recursos eleitorais não terão efeito suspensivo”*.

Por Tribunal Superior, entenda-se o TSE, em prol de uma harmonia de sistema, mesmo quando impugnados diplomas das eleições municipais.

Na hipótese de RCED manejado na mira de concessão de diploma, com esteio no inciso IV, parte inicial, do art. 262, do Código Eleitoral, parece correto sustentar a aplicação da regra geral do art. 257, do Código Eleitoral, negando-se o efeito suspensivo. Do contrário, estar-se-ia a propugnar a existência de “efeito suspensivo ativo” ou de “antecipação de tutela recursal eleitoral”, contrariamente à verdade presumida que se extraiu as urnas<sup>35</sup>.

---

*inicial, as provas que pretende produzir” e, mais, que “se a produção de provas requerida a tempo e modo pela parte não é oportunizada, e a ação é julgada improcedente por insuficiência de prova, configurado está o cerceamento de defesa.”* (Cf. itens 1 e 2 da ementa do acórdão).

<sup>34</sup> Para Carlos Mário da Silva Velloso e Walber de Moura Agra: “o mandatário, sobre o qual paire contestação contra sua diplomação por intermédio de Recurso contra Diplomação, exerce suas funções públicas na plenitude de suas prerrogativas, sem nenhuma *diminutio* em sua abrangência”, isto porque “o princípio constitucional da presunção de inocência lhe garante seu mandato até decisão judicial transitada em julgado.” (*Op. cit.*, p. 317).

<sup>35</sup> Na mesma linha, confira-se o magistério de Emerson Garcia: “tratando-se de recurso destinado à obtenção do diploma, conforme autoriza o art. 262, IV, do Código Eleitoral, aplicar-se-á a regra geral do art. 257, permanecendo o *status quo* de não diplomado até a apreciação dos recursos interpostos.” (*Op.*

Outro aspecto interessante diz com os reflexos do que decidido na Ação de Investigação Judicial Eleitoral – AIJE sobre o Recurso Contra a Expedição de Diploma – RCED em curso.

Muito embora o Tribunal Superior Eleitoral ostente o firme entendimento jurisprudencial de que a procedência ou improcedência de ação de investigação judicial eleitoral, de recurso contra expedição de diploma e de ação de impugnação de mandato eletivo não é oponível à admissibilidade uma das outras, mesmo quando fundadas nos mesmos fatos porque cada uma delas constitui processo autônomo que possui causa de pedir própria e conseqüências distintas, o que impede que o julgamento favorável ou desfavorável de alguma delas tenha influência no trâmite das outras, como denota, por exemplo, o que decidido no RCED nº 703/SC, de que foi relator o Min. Felix Fischer, parece que a posição exegética que melhor atende à lógica processual ruma em direção alternativa.

Não faz sentido que a certificação judicial sobre determinado fato seja solenemente ignorada porque se está em ambiente processual distinto. O que importa considerar, dentro da visão de que processo é realidade, para a extração de conseqüências eleitorais palpáveis, é se o fato ocorreu ou não<sup>36</sup>. Eventual contrariedade no plano lógico-pragmático pode ser representativa, na visão da platéia, de certa esquizofrenia da Justiça

---

*cit.*, p.178). De igual, atente-se para a lição de Joel J. Cândido: “Porém, se o recurso for para obter a diplomação, o que já dissemos ser possível, não será a interposição, obviamente, contra a expedição do diploma. Ao contrário, tentar-se-á, com ela buscar a diplomação; ou seus efeitos. Nesse caso, não existe, até que se mude a decisão hostilizada, o pressuposto para o exercício do mandato, que é a diplomação. Nessa hipótese, então, não incide a exceção do art. 216, que a ela não se refere, mas a regra geral do art. 257 do Código Eleitoral, segundo a qual, a princípio, os recursos eleitorais não têm efeito suspensivo. Enquanto não provida a irresignação, o recorrente não poderá exercer o mandato.” (In: *Direito eleitoral brasileiro*. 14. ed. São Paulo: Edipro, 2009. p. 245).

<sup>36</sup> Com inteira razão Djalma Pinto, para quem se a sentença de mérito da AIJE concluir pela improcedência do pedido em virtude da não-configuração de abuso de poder econômico, político ou uso indevido de meios de comunicação, essa decisão, transitada em julgado, deveria implicar a extinção do RCED relacionado aos mesmos fatos e às mesmas partes, de vez que a parte dispositiva da sentença se tornou *res judicata* em sentido material e formal. (In: *Direito Eleitoral: improbidade administrativa e responsabilidade fiscal. Noções gerais*. 4. ed. São Paulo: Atlas, 2008. p. 297).

Na mesma trilha a firma visão de Carlos Mário da Silva Velloso e Walber de Moura Agra, sobre não haver razão para nova irresignação se a Justiça Eleitoral já se pronunciou pela inexistência dos fatos imputados. Para os autores, “não haveria sentido na repetição do mesmo arcabouço fático quando já há decisão nesse sentido.” (*Op. cit.*, p. 317-8).

Eleitoral, ainda que impulsionada por inegável boa-fé, na mira do combate aos germes de contaminação dos caros valores tutelados pelo sistema constitucional-eleitoral em operação.