

Recebido em: 19.04.2021
Aprovado em: 17.06.2021

Universidade Lusófona do Porto
Portugal

Volume 2, Número 1,
Ano 2
2021

ISSN 2184-7487
Registado na Biblioteca
Nacional de
Portugal

www.revistaibericadodireito.pt

Da destinação dos votos proporcionais dos candidatos que tiveram seu registro, diploma ou mandato cassado após às eleições em razão de cometimento de ilícitos eleitorais: Análise a partir de decisum do TRE/SP

The votes destination of the proportional candidates who had their registration, post or mandate revoked after the elections due to the committing of illicit electoral acts: Analysis based on the decision of the TRE/SP

Brenno Henrique de Oliveira Ribas¹

Sumário: 1. Introdução; 2. Histórico Jurisprudencial; 3. Da Resolução 23.611 de 2019 referente as eleições 2020; 4. Posicionamentos Doutrinários; 5. Considerações finais.

Resumo: O presente artigo aborda o tema da destinação dos votos dos candidatos das eleições proporcionais no Brasil que tiveram seu registro, diploma ou mandato cassado após às eleições em razão de cometimento de ilícitos eleitorais. O estudo tem como base o mandado de segurança nº 060153871 julgado pelo Tribunal Regional Eleitoral de São Paulo, o qual denegou a ordem no sentido de anular os votos do candidato a vereador do município de Franco da Rocha e não permitir o aproveitamento deles para o seu partido político, haja vista o registro ter sido indeferido com fundamento na prática de ilícito eleitoral. Trata-se de tema de grande discussão na jurisprudência, razão pela qual aprofundamos no histórico dos julgados do TSE, evidenciando seu entendimento no sentido do aproveitamento dos votos para o partido político, desde que o registro do candidato não tenha sido indeferido em 1ª instância. Todavia, verifica-se em uma das resoluções referente às eleições 2020 editada pelo próprio TSE, um entendimento distinto dos seus últimos julgados no sentido de prever a impossibilidade do aproveitamento dos votos pelo partido do candidato que teve seu registro, mandato ou diploma cassado em razão do cometimento de ilícitos eleitorais. Com isso em vista, com suporte dos posicionamentos da doutrina acerca do assunto, é realizada uma análise sobre a possibilidade ou não dos partidos políticos aproveitarem os votos dos seus candidatos que cometeram ilícitos eleitorais.

Palavras-Chave: votos; partidos políticos; eleições proporcionais; ilícitos eleitorais.

Abstract: This article addresses the issue of the destination of votes of candidates in proportional elections in Brazil who had their registration, diploma or mandate revoked after the elections due to the committing of electoral illicit acts. The study is based on the writ nº.060153871 judged by the Regional Electoral Court of São Paulo, which denied the order to annul the votes of the candidate for councilor in the municipality of Franco da Rocha and not allow the use of them for his political party, given that the registration was rejected on the basis of the practice of electoral illicit. This is a topic of great discussion in the jurisprudence, which is why we delved into the TSE judgements' history, evidencing its understanding in terms of taking advantage of the votes for the political party, as long as the candidate's registration has not been rejected in the first instance. However, in one of the resolutions referring to the 2020 elections edited by the TSE itself, a different understanding from its last judgments in order to predict the impossibility of using the votes by the party of the candidate whose registration, mandate or diploma was revoked due the committing of electoral illicit acts. With this in mind, supported by the doctrine's positions on the subject, an analysis is carried out on whether or not political parties can take advantage of the votes of their candidates who have committed electoral illicit acts.

Keywords: votes; political parties; proportional elections; electoral offenses.

¹ Mestre em Ciências Jurídico-Publicísticas pela Universidade Lusófona do Porto, Portugal; Especialista em Direito Eleitoral pela Pontifícia Universidade Católica de Minas Gerais (PUC-MG) e Graduado em Direito pelo Centro Universitário Tabosa de Almeida (ASCES-UNITA).

1. Introdução

Ao denegar a ordem do mandado de segurança nº 060153871, o Tribunal Regional Eleitoral de São Paulo decidiu pela nulidade dos votos de vereador que concorreu ao pleito sub judice, mas que por força de decisão superveniente às eleições, teve seu mandato cassado em razão de prática de ilícito eleitoral.

In casu, conforme-se extrai do relatório do acórdão, a controvérsia reside na destinação dos votos obtidos pelo vereador Valdir José da Silva, do município de Franco da Rocha, que teve seu mandato cassado em sede de AIME, por cometimento de abuso de poder econômico. Ocorre que, na oportunidade não houve menção sobre o destino dos votos por ele recebido. Posteriormente, no procedimento da PET nº 61-68.2019.6.26.0192, foi realizada a retotalização da votação, sendo os votos endereçados ao vereador cassado, reaproveitados à agremiação pela qual aquele concorreu nas eleições de 2016.²

Em seguida, foi impetrado o mandado de segurança em questão, levando ao TRE/SP os seguintes questionamentos: a cassação do mandato eletivo implica a anulação dos votos dirigidos ao respectivo candidato, porque viciados como decorrência do abuso de poder econômico? Ou aqueles votos devem ser considerados para fins de retotalização, aproveitando, assim, à coligação pela qual Valdir José da Silva concorreu naquele pleito?

A resposta do TRE/SP, por meio do acórdão publicado em 12 de dezembro de 2019, foi a denegação da ordem de segurança e teve por base o voto divergente do relator designado, o MM. Juiz Marcus Elidius. Em sua ratio decidendi, alude o relator que permitir o aproveitamento de votos que sofreram indevida influência externa, teria como consequência a diluição da força de votos legítimos, algo que afrontaria os Princípios da Democracia, da Soberania Popular e da Lisura das Eleições, pilares para o Estado Democrático de Direito.³ Tal raciocínio, teve como sustentáculo legal os artigos 222 e 237 do Código Eleitoral, bem como os precedentes do próprio TRE/SP, além de um julgado de 2008 do TSE, que teve relatoria do Min. Cezar Peluzo.

Os supracitados arts. 222 e 237 prescrevem a hipótese de anulabilidade da eleição no caso de cometimento de ilícitos eleitorais, com a finalidade de proteger os fundamentos da lisura e da legitimidade do pleito. Todavia, apesar de não terem sido referidos pelo relator designado em seu voto, a questão julgada é também relacionada às previsões legais do §§ 3º e 4º do artigo 175 do Código e do artigo 16-A, parágrafo único, da Lei 9.504/97, as quais são envoltas por muitas polêmicas.

Isso porque o caput do artigo 175 do CE estabelece as hipóteses de nulidade das cédulas de votos, e no seu parágrafo 3º prevê que os votos dados a candidatos inelegíveis ou não registrados serão nulos para todos os efeitos. Porém, o seu parágrafo 4º traz exceção para eleições proporcionais, estabelecendo que os votos devem ser contados para o partido pelo qual o candidato irregular tiver feito o registro. Entretanto, foi incluído na Lei Eleitoral pela Lei nº 12.034, de 2009, o art. 16-A que condicionou esse cômputo ao partido ao deferimento do registro do candidato.

² SÃO PAULO. Tribunal de Justiça. Processo: 060153871 MS, Rel. Min. Marcus Elidius Michelli de Almeida. Diário da Justiça Eletrônico do TRE-SP, São Paulo, 12 dez 2019. p. 06.

³ SÃO PAULO. Tribunal de Justiça. Op. Cit. p. 08.

Então a primeira grande discussão em relação aos dois dispositivos diz respeito ao aparente conflito entre ambos, uma vez que ficamos com o § 4º do artigo 175 do CE de um lado, atribuindo os votos para o partido, e com o artigo 16-A da LE de outro lado, prevendo o condicionamento dessa distribuição dos votos ao deferimento do registro do candidato.

O TSE enfrentou a matéria no Agravo Regimental no Mandado de Segurança n.º 4034-63.2010.6.00.0000⁴, bem como no MS n.º 410820/RJ, publicado no DJ em 04-08-2011.⁵ Menciona-se ainda os precedentes: “MS n.º 418796/CE – DJe, t. 177, 7-8-2012”; “MS n.º 139453/CE – DJe 21-9-2012”; “AgRg na Ação Cautelar n.º 3.291/SP” e “Recurso Especial Eleitoral n.º 74918”.

Não obstante, fora igualmente objeto de muita discussão saber se o aproveitamento dos votos para a legenda pode ser aplicado às hipóteses de cassação de mandato decorrente de cometimento de ilícitos eleitorais. Sobre este ponto, destaca-se o Acórdão do Recurso Especial Eleitoral n.º 958, de relatoria da Min. Luciana Lóssio⁶, bem como, e, principalmente, o julgamento da liminar ajuizada em sede de Recurso em Mandado de Segurança n.º 060153871 (referente ao próprio caso em estudo de Franco da Rocha-SP).⁷

Esse é cenário a ser explorado nos tópicos subseqüentes, no intuito claro de se chegar a conclusão do entendimento mais adequado a matéria da destinação dos votos dos candidatos das proporcionais que tiveram seu registro, diploma ou mandato cassado após às eleições em razão de cometimento de ilícitos eleitorais.

2. Histórico Jurisprudencial

O parágrafo 4º, do artigo 175 do Código Eleitoral foi incluído pela Lei n.º 7.179 de 19 de dezembro de 1983. A sua redação prevê uma exceção ao parágrafo 3º do mesmo dispositivo, o qual estabelece a nulidade dos votos dados a candidatos inelegíveis ou não registrados.

Essa nova previsão legal, instituiu a possibilidade de contagem daqueles votos (que seriam considerados nulos, por terem sido dados a candidatos inelegíveis ou não registrados) para o partido político, caso a decisão de inelegibilidade ou de cancelamento de registro fosse proferida após a realização da eleição a que concorreu o candidato alcançado pela sentença.

O TSE, ao tratar sobre essa inovação legal, ainda nos anos 80 (período da sua entrada em vigência), estabeleceu logo uma distinção da aplicação dela, quando se trata de caso relacionado a chapa majoritária ou caso relacionado a chapa proporcional. O Min. Washington Bolívar de Brito, relator do Acórdão n.º 7993 de 13/06/1985, bem nos esclarece que apesar:

4 BRASIL. Tribunal Superior Eleitoral. Processo: 4034-63.2010.6.00.0000 AGR no MS, Rel. Marcelo Ribeiro. Diário da Justiça, Brasília, 15 dez 2010. p. 06.

5 BRASIL. Tribunal Superior Eleitoral. Processo: 4108-20.2010.6.00.000 MS, Rel. Min. Nancy Andrighi. Diário da Justiça, Brasília, 04 ago 2011. p. 17.

6 BRASIL. Tribunal Superior Eleitoral. Processo: 9-58. 2013.6.26.0297 Agr no RE, Rel. Min. Luciana Lóssio. Diário da Justiça, Brasília, 03 nov 2016. p. 01

7 BRASIL. Tribunal Superior Eleitoral. Processo: 0601538-71.2019.6.26.0000 RE em MS, Rel. Min. Tarcisio Vieira de Carvalho Neto. Diário da Justiça, Brasília, 19 mar 2020. p. 01.

(...) da regra pressupõe seja possível contagem dos votos em favor do Partido que registrou candidato considerado tardiamente inelegível, o que só pode ocorrer quando se trata de eleição pelo sistema proporcional ou no caso de eleição majoritária com sublegendas, que, para os efeitos da disputa intrapartidária, obedece a princípios semelhantes aos da eleição proporcional.⁸

Importante esclarecer, que na época, ainda era permitido as candidaturas por sublegenda, ou seja, a possibilidade legal de um partido apresentar mais de um candidato a um cargo majoritário⁹. Nessa hipótese (sublegenda) e nos casos de candidaturas proporcionais, o disposto no §4º do art. 175 do CE seria aplicável. É tanto que, no caso supracitado, por ser tratar de candidatura majoritária comum, os votos foram considerados nulos, sendo aplicado o §3º do art. 175 do CE.

Por sua vez, no acórdão nº 8821 de 18/06/1987, que decidiu caso relacionado a vereador que não preencheu requisito de elegibilidade, o TSE aplicou o disposto no §4º do art. 175 do CE, destinando os votos por ele obtido, para sua respectiva legenda.¹⁰ Destaca-se ainda, os seguintes precedentes: 1- RESPE Nº 15087 (REspe) - ES; 2 - RCED Nº 586 (RCED) – RN; 3 - MS Nº 3100 (MS) – MA e 4 - RCED Nº 607 (RCED) – ES.

Nesses julgados, além da questão da aplicação do disposto no §4º do art. 175 do CE apenas na eleição proporcional, percebe-se também o argumento de aplicação dessa norma para distribuir os votos para legenda do candidato sob juízo que venha a ter seu registro indeferido ou mandato cassado após as eleições, mas desde que tenha concorrido com o registro deferido. Vejamos:

(...) 3. No caso em tela, aplicou-se o disposto no art. 175, § 3º, do Código Eleitoral, afinal, **o candidato não teve seu registro deferido em momento algum. Logo, não pode a sua legenda obter proveito dos votos a ele dirigidos, sob pena de dar azo a possíveis fraudes na seara eleitoral.**

(...) 5. Embargos de declaração não providos¹¹. – **recorte e grifo nosso.**

Esse entendimento restou consolidado na corte, e acabou posteriormente se materializando numa inovação legislativa, qual seja: o artigo 16-A do Código Eleitoral. Porém, a inserção desse novo dispositivo ao ordenamento jurídico eleitoral gerou um aparente conflito com o §4º do art. 175 do CE.

Essa questão do conflito entre as normas do CE, foi “inaugurada” no TSE no Agravo Regimental no Mandado de Segurança nº 4034-63.2010.6.00.0000, restando decidido pela Egrégia Corte Eleitoral, que o § 4º do art. 175 do Código Eleitoral foi superado pelo parágrafo único do art. 16-A da Lei nº 9.504/97, o qual condiciona a validade dos votos ao deferimento do registro, inclusive para fins do aproveitamento

⁸ BRASIL. Tribunal Superior Eleitoral. Processo: 0000221-72.2003.6.00.0000 RESP. Relator(a) Min. Washington Bolívar de Brito. Diário de justiça, Brasília, 13 set 1985.

⁹ BRAGA, Diego Garcia. A ditadura civil-militar em Alegrete: partidos e sublegendas durante a eleição municipal de 1976. In: SIMPÓSIO NACIONAL DE HISTÓRIA, 28., 2015, Florianópolis. Anais do XXVIII Simpósio Nacional de História – Lugares dos historiadores: velhos e novos desafios. Florianópolis: ANPUH, 2015, p. 5.

¹⁰ BRASIL. Tribunal Superior Eleitoral. Processo: Ac nº 8821 RCED. Relator Min. Sérgio Gonzaga Dutra. Diário de justiça, Brasília, 18 jun 1987.

¹¹ BRASIL. Tribunal Superior Eleitoral. Recurso Especial Eleitoral nº 27041. Relator(a) Min. José Delgado. Diário de justiça, Brasília, 07 dez 2007. p. 213.

para o partido ou coligação.

Essa matéria voltou a ser objeto de discussão no TSE no MS nº 410820/RJ, no qual destacamos o voto vencido do relator originário, o min. Marco Aurélio, que declarou a inconstitucionalidade do artigo 16-A da LE, justificando-se na natureza das eleições proporcionais e na necessidade imperiosa de se definir as bancadas da Casa Legislativa antes do início da legislatura. Assim sendo, deferiu a ordem de segurança, determinando o refazimento dos cálculos dos votos, aproveitando-se os votos dos candidatos - com registro indeferido ou afastado por outro motivo - para sua respectiva legenda. Por esse entendimento, em qualquer hipótese, os votos recebidos por candidatos sob-judice serão aproveitados para legenda.¹²

Todavia, prevaleceu o entendimento da relatora designada a Min. Nancy Andrighi, no sentido que o cômputo dos votos atribuídos a candidatos sub judice, para os partidos políticos, fica sim condicionado ao deferimento desses registros. Mas, para além disso, a ministra fixou o entendimento que nos casos de o candidato sob judice concorrer com o registro deferido e, só posteriormente a eleição, sobrevier decisão de indeferimento, os votos dados a ele serão calculados para a legenda¹³. Na mesma linha, temos o voto vencedor do Min. Dias Toffoli, no Agravo Regimental no Recurso Especial Eleitoral nº 74918 do Rio Grande do Sul.¹⁴

Ressalta-se ainda, que o entendimento do TSE é no mesmo sentido até mesmo quando os votos obtidos, foram decorrentes de cometimento de ilícitos eleitorais. Senão vejamos:

(..) 9. No caso, a Corte Regional concluiu ter havido um grande esquema abusivo de captação ilícita de sufrágio, assentando ter ficado demonstrada a cooperação entre os candidatos a vereador com intuito específico de angariar votos de forma irregular. (...) **12. Os votos obtidos por candidato, cujo registro encontrava-se deferido na data do pleito eleitoral, não são anulados, mas contados a favor da legenda pela qual o parlamentar posteriormente cassado se candidatou, por força do disposto no art. 175, § 4º, do Código Eleitoral.** (...) ¹⁵ – grifo nosso.

Por fim, destacamos que TSE deferiu liminar em desfavor do acórdão em análise, determinando o aproveitamento dos votos para legenda. Vejamos:

(..) 3. In casu, considerado o pleito de 2016, tem-se, em juízo perfunctório da controvérsia, que **a determinação de retotalização mediante anulação dos votos atribuídos ao candidato cassado cujo registro estava deferido na data da eleição, sem o cômputo para a respectiva sigla, revela-se ilegal.**

4. Concessão da medida liminar referendada.¹⁶

Assim sendo, verificamos o entendimento no TSE de que a norma do parágrafo único do art. 16-A da Lei nº 9.504/97 é constitucional, e que a mesma não afasta a aplicação do § 4º do art. 175 do CE, bem como que na hipótese de candidato em

12 Op. Cit. BRASIL. Rel. Min. Nancy Andrighi. p. 14.

13 Op. Cit. BRASIL. Rel. Min. Nancy Andrighi. p. 18.

14 BRASIL. Tribunal Superior Eleitoral. Processo: 749-18. 20126.21.0094. Rel. Min. Dias Toffoli. Diário da Justiça, Brasília, 29 abr 2014. p. 15.

15 Op. Cit. BRASIL. Rel. Min. Luciana Lóssio. p. 11.

16 Op. Cit. BRASIL. Rel. Min. Tarcisio de Vieira Carvalho. p. 16.

eleição proporcional, cuja situação jurídica no dia do pleito era de deferimento sub judice, mas que teve posteriormente o seu pedido de registro indeferido ou mandato cassado (não importando se decorrente de ilícito ou de mera irregularidade), deverá ter seus votos aproveitados para a legenda.

3. Da Resolução 23.611 de 2019 Referente as Eleições 2020

Para fins de dispor sobre os atos gerais do processo eleitoral para as Eleições 2020, o TSE no uso de suas atribuições editou a resolução nº 23.611 de 2019. Dentre as suas disposições, destaca-se o previsto sobre a destinação dos votos na totalização proporcional nos artigos 196 a 199, uma vez que manifesta entendimento que destoa em parte do vinha se consolidando em seus últimos julgados.

Como vimos, o entendimento da suprema corte eleitoral é no sentido que os votos dos candidatos das proporcionais que tiveram registro deferido por decisão, mas que ainda é objeto de recurso ou que não foi apreciado ainda pela Justiça Eleitoral, devem ser aproveitados para a legenda do partido. Da mesma forma, chegaram ao consenso de não considerar possível aproveitar para legenda os votos daqueles que concorreram o pleito com o registro indeferido. Algo que, inclusive, foi replicado pela resolução. Vejamos:

Art. 196. No momento da totalização, serão computados como válidos os votos dados a candidato cujo registro se encontre em uma das seguintes situações:

I deferido por decisão transitada em julgado;

II deferido por decisão ainda objeto de recurso;

III não apreciado pela Justiça Eleitoral, inclusive em decorrência de substituição de candidato ou anulação de convenção.

(...)

§ 2º No caso dos incisos II e III, vindo o candidato a ter seu registro indeferido ou cancelado após a realização da eleição, os votos serão contados para a legenda pela qual concorreu.

Art. 198. Serão computados como anulados sub judice os votos dados a candidato cujo registro:

I - no dia da eleição, se encontrar:

a) indeferido, cancelado ou não conhecido por decisão ainda objeto de recurso, salvo se já proferida decisão colegiada pelo Tribunal Superior Eleitoral;

(...)

Ademais, nos termos dos últimos julgados do TSE, verifica-se ainda uma manifestação favorável ao aproveitamento dos votos para legenda daqueles candidatos das proporcionais que cometeram ilícitos eleitorais, como os que restam previstos no art. 222, 237 e 257, § 2º do Código Eleitoral, mas desde que tenham concorrido com registro deferido.

Todavia, esse entendimento não foi objeto de regulação pela presente previsão resolutiva. Pelo contrário, nos termos do que dispõe a alínea “b” do inciso I do artigo

198, temos exatamente o inverso. Vejamos:

Art. 198. Serão computados como anulados sub judice os votos dados a candidato cujo registro:

I - no dia da eleição, se encontre:

(...)

b) cassado, em ação autônoma, por decisão contra a qual tenha sido interposto recurso com efeito suspensivo (Código Eleitoral, arts. 222, 237 e 257, § 2º).

II - após a eleição, venha a ser:

a) não conhecido, nos termos da alínea “a” do inciso I;

b) cassado, nos termos da alínea “b” do inciso I (...)

Por tal previsão, temos que os votos obtidos em razão de cometimento de ilícitos eleitorais dos artigos 222, 237 e 257, § 2º do Código Eleitoral, não podem vir a ser reaproveitados pela legenda do partido.

Não obstante, relevante destacar que o disposto na resolução é aplicável tão-somente às eleições de 2020. Assim sendo, resta em aberto, ou seja, completamente indefinido no tocante as eleições seguintes qual o posicionamento deverá ser seguido, haja vista que as resoluções do TSE têm eficácia limitada ao pleito eleitoral que se propõe regular.

4. Posicionamentos Doutrinários

De início, destacamos o entendimento de José Jairo Gomes, no sentido que o ato nulo pode gerar efeitos, e, que o sistema proporcional é de voto binário, ou seja, voto no candidato e/ou na legenda¹⁷, e, por isso, os eleitores ao optarem por ele e seu partido ou coligação fizeram uma escolha consciente e válida, o que justifica o aproveitamento dos para legenda partidária.¹⁸

Seguindo essa linha de pensamento, o Promotor Eleitoral Rodrigo Lopes Zílio é firme ao afirmar que:

O entendimento mais adequado, no entanto, é que o art. 16-A da LE apenas regulamentou a situação do candidato com registro indeferido, mas sub judice no dia da eleição, possibilitando a realização dos atos de campanha e condicionando a validade dos votos para a legenda à existência de registro deferido no dia do pleito. Porque a essência do sistema proporcional é o fortalecimento das legendas – já -, é possível sustentar o aproveitamento dos votos para a legenda quando o candidato tenha o registro deferido no dia da eleição, mas com indeferimento posterior.¹⁹

Em sentido diverso, Edson Resende Castro considera que a expressão “sub judice”, no contexto do caput e parágrafo do artigo 16-A, não se dirige àqueles com registro deferido e que aguardam decisão final em recurso ofertado por algum legitimado, mas apenas aos candidatos com registro indeferido e recorrem dessa

17 GOMES, José Jairo. Direito Eleitoral. 13. Ed. São Paulo: Atlas, 2017, p. 641.

18 GOMES, José Jairo. Op. Cit. p.642.

19 ZILIO, Rodrigo López. Direito Eleitoral. 7º. ed. ver. ampl. e atual. Salvador: Editora JusPodivm, 2020. p. 90.

decisão, e na eleição encontram-se nessa situação. Para ele, “não faria qualquer sentido a lei garantir o óbvio, ou seja, a continuidade da campanha daquele que tem registro deferido”, assim, sendo a incidência do art. 16-A deve recair apenas aos candidatos com registro indeferido na 1º instância e que concorrem às eleições sub judice.²⁰

Todavia, alguns autores restringem esse entendimento de aproveitamento dos votos para legenda nos casos de candidatos das proporcionais que tiveram seu registro, diploma ou mandato cassado em razão de cometimento de ilícitos eleitorais.

Nessa hipótese, o próprio Rodrigo Lopes Zílio entende que tais votos se encontram viciados pelo cometimento de ilícito eleitoral e por isso não tem qualquer validade jurídica. Para o autor:

(...) o eventual aproveitamento dos votos do candidato cujo diploma tenha sido cassado - em caso de reconhecimento judicial da prática de um ilícito lato sensu - soa desarrazoado, significando um indevido proveito para a legenda que concedeu legenda para candidato infrator da legislação eleitoral. Não se trata de impor sanção a um terceiro - estranho à relação processual originária -, na medida em que a anulação dos votos nada mais é do que um efeito anexo ou ope legis de uma sentença judicial que reconheceu uma prática de um ilícito cometido por candidato que é filiado a uma determinada agremiação.²¹

Da mesma forma, o magistrado Marlon Reis entende que melhor seria promover a anulação total dos votos, ensejando novos cálculos para a redefinição dos quocientes partidário e eleitoral, pois computar os votos ao partido do praticante de ilícito, significaria premiar o mesmo que alinha em seus quadros praticantes de graves transgressões às normas eleitorais, e até estimula a conquista de candidatos desse jaez para suas fileiras, medida capaz de ampliar as vagas da agremiação no colegiado parlamentar. Segundo o mesmo, essa decisão não seria ilegal, pois o art. 175, §4º, do CE não se refere à cassação determinada com base nos arts. 41ª e 73, §5º, da Lei nº 9.504. Refere-se, apenas, às nulidades mencionadas no próprio art. 175.²²

Em linha de concordância, os autores Thales Cerqueira e Camila Cerqueira, em obra coordenada por Pedro Lenza, acrescentam como razão para anulação desses votos, a chamada “teoria do fruto da árvore envenenada” (Fruits of the Poisonous Tree Doctrine), a qual foi adotada no meio jurídico pela primeira vez pela Suprema Corte Norte-Americana.²³

Segundo os supracitados autores:

(...) se a “árvore” (candidato que incide na Lei da Ficha Limpa) está “envenenada”, os vícios da “planta são transmitidos aos seus frutos”. Em

20 CASTRO, Edson de Resende. Op. Cit. p. 139.

21 ZILIO, Rodrigo López. Nulidade dos votos no sistema proporcional: eficácia e efeitos da decisão judicial. Revista Brasileira de Direito Eleitoral – RBDE, Belo Horizonte, ano 5, n.º 8, p. 91-120, jan./jun. 2013. p. 97.

22 REIS, Márton. Direito Eleitoral Brasileiro. 2ª Ed. Brasília: Alumnus, 2014. p. 437.

23 CERQUEIRA, Thales Cerqueira; CERQUEIRA, Camila Albuquerque. Direito eleitoral esquematizado. São Paulo: Saraiva, 2011. p. 318.

outras palavras, os vícios de determinada votação contaminam os frutos que dela se originaram (votos para legenda), em aplicação analógica do art. 5º, LVI, da CF/88 e § 1º do novo art. 157 do CPP.²⁴

Assim sendo, por essa corrente doutrinária, a qual temos os autores Rodrigo Lopes Zílio, Marlon Reis, Thales Cerqueira e Camila Cerqueira, verificamos o entendimento que os votos, de candidatos das proporcionais que tiveram seu registro, diploma ou mandato cassado em razão de cometimento de ilícitos eleitorais, devem ser anulados por estarem “contaminados” por uma irregularidade que fora praticada com a finalidade de obtenção dos votos. Fora justamente essa corrente a seguida pelo MM. Juiz Marcus Elidius, no acórdão em estudo.

Porém, a posição dominante atualmente na jurisprudência do TSE é a de aproveitamento dos votos a legenda, desde que na 1º instância o registro tenha sido deferido, conforme já devidamente exposto no ponto anterior, a qual encontra apoio nos autores José Jairo Gomes e Edson Resende Castro também citados.

Destaca-se, por fim, o entendimento exposto nos votos vencidos do Min. Marco Aurélio nos “MS nº 410820/RJ – DJe, t. 148, 04-08- 2011” e “Agravo Regimental no Recurso Especial Eleitoral nº 74918 do Rio Grande do Sul”, o qual configura corrente distinta. Por essa linha de raciocínio, o artigo 16-A da LE é inconstitucional, em razão da natureza das eleições proporcionais e na necessidade imperiosa de se definir as bancadas da Casa Legislativa antes do início da legislatura.

5. Considerações Finais

Entendemos que a decisão do TRE/SP, de denegação a ordem do mandado de segurança nº 060153871, foi acertada, pois validar os votos obtidos em razão de cometimento de ilícito, contabilizando eles para a legenda, seria o mesmo de aprovar e incentivar a prática de ilícitos e isso não pode ser admitido pelo nosso ordenamento jurídico.

Compreendemos que o aproveitamento desses votos compromete a lisura e a legitimidade do pleito como um todo, sendo inadmissível o proveito destes para a legenda, na compreensão de que estes valores se sobrepõem àqueles.

Não faz sentido que uma legenda se beneficie de votos obtidos de forma ilícita, em que a vontade manifestada nas urnas não foi livre, mas sim viciada. Há um claro comprometimento da autenticidade eleitoral quando uma agremiação política aproveita para si voto obtido em razão de cometimento de fraude, corrupção, abuso de poder econômico ou político, dentre outros ilícitos.

Na linha da teoria da ‘árvore envenenada’, entendemos que os vícios da planta são transmitidos aos seus frutos, e, por consequência, resta impossibilitado o proveito de tais votos pela legenda. Por terem sido obtidos de forma fraudulenta, se esses votos “envenenados” fossem revertidos para as respectivas legendas dos candidatos cassados, tais votos estariam, de alguma forma, produzindo efeito, circunstância essa que, a princípio, se chocaria com o ideal da Justiça Eleitoral de preservar e admitir apenas e tão somente as manifestações não viciadas de eleitores.

24 CERQUEIRA. Op. Cit. p. 318.

Logo, foi de fato acertada a conclusão do relator do acórdão em estudo, de que tal situação culminaria na afronta os princípios norteadores do Direito Eleitoral, tais como os Princípios da Democracia, da Soberania Popular e da Lisura das Eleições, pilares para o Estado Democrático de Direito, bem como de que a contaminação da livre vontade do eleitor deve ser expurgada, por completo, do processo eleitoral.²⁵

Assim sendo, concluímos que os votos dos candidatos das proporcionais que tiveram seu registro, diploma ou mandato cassado após às eleições em razão de cometimento de ilícitos eleitorais, devem ser anulados nos termos dos artigos 222 e 237 do Código Eleitoral, como efeito anexo ou ope legis de uma sentença judicial que reconheceu uma prática de um ilícito cometido por candidato que é filiado a uma determinada agremiação.

Referências

BRAGA, Diego Garcia. A ditadura civil-militar em Alegrete: partidos e sublegendas durante a eleição municipal de 1976. In: SIMPÓSIO NACIONAL DE HISTÓRIA, 2015, Florianópolis. Anais do XXVIII Simpósio Nacional de História – Lugares dos historiadores: velhos e novos desafios. Florianópolis: ANPUH, 2015.

BRASIL. Tribunal Superior Eleitoral. Processo: 0000221-72.2003.6.00.0000 RESP. Relator(a) Min. Washington Bolívar de Brito. Diário de justiça, Brasília, 13 set 1985.

BRASIL. Tribunal Superior Eleitoral. Processo: Ac nº 8821 RCED. Relator Min. Sérgio Gonzaga Dutra. Diário de justiça, Brasília, 18 jun 1987.

BRASIL. Tribunal Superior Eleitoral. Recurso Especial Eleitoral nº 27041. Relator(a) Min. José Delgado. Diário de justiça, Brasília, 07 dez 2007.

BRASIL. Tribunal Superior Eleitoral. Processo: 4034-63.2010.6.00.0000 AGR no MS, Rel. Marcelo Ribeiro. Diário da Justiça, Brasília, 15 dez 2010.

BRASIL. Tribunal Superior Eleitoral. Processo: 4108-20.2010.6.00.000 MS, Rel. Min. Nancy Andrighi. Diário da Justiça, Brasília, 04 ago 2011.

BRASIL. Tribunal Superior Eleitoral. Processo: 749-18. 20126.21.0094. Rel. Min. Dias Toffoli. Diário da Justiça, Brasília, 29 abr 2014.

BRASIL. Tribunal Superior Eleitoral. Processo: 9-58. 2013.6.26.0297 Agr no RE, Rel. Min. Luciana Lóssio. Diário da Justiça, Brasília, 03 nov 2016.

BRASIL. Tribunal Superior Eleitoral. Processo: 0601538-71.2019.6.26.0000 RE em MS, Rel. Min. Tarcísio Vieira de Carvalho Neto. Diário da Justiça, Brasília, 19 mar 2020.

CASTRO, Edson de Resende. Curso de Direito Eleitoral, 9.^a ed. rev. atual. Belo Horizonte: Del Rey, 2018.

CERQUEIRA, Thales Cerqueira; CERQUEIRA, Camila Albuquerque. Direito eleitoral esquematizado. São Paulo: Saraiva, 2011.

GOMES, José Jairo. Direito Eleitoral. 13. Ed. São Paulo: Atlas, 2017.

25 SÃO PAULO. Tribunal de Justiça. Op. Cit. p. 08-09.

NEVES, Angela Cignachi Baeta. O art. 16-A da Lei n. 9.504/1997, introduzido pela Lei n. 12.034/2009, e sua interpretação conforme a Constituição. Revista Brasileira de Direito Eleitoral [recurso eletrônico]. Belo Horizonte, v. 4, n. 6, jan./jun. 2012. Disponível em: <https://dspace.almg.gov.br/handle/11037/2429>. Acesso em: 16 ago. 2020.

REIS, Márlon. Direito Eleitoral Brasileiro. 2ª Ed. Brasília: Alumnus, 2014.

SÃO PAULO. Tribunal de Justiça. Processo: 060153871 MS, Rel. Min. Marcus Elidius Michelli de Almeida. Diário da Justiça Eletrônico do TRE-SP, São Paulo, 12 dez 2019.

ZILIO, Rodrigo López. Direito Eleitoral. 7º. ed. ver. ampl. e atual. Salvador: Editora JusPodivm, 2020.