Uma proposta para aproveitamento do voto do eleitor

Por Fernando Setembrino Márquez de Almeida



Advogado, ex-presidente do Conselho Penitenciário do Estado do Rio de Janeiro, foi juiz substituto do Colegiado do TRE-RJ no biênio 1987-89 e juiz titular por três mandatos (1989-1991, 1991-1993 e 1999-2001). Como professor da OAB-RJ, ministrou aulas para serventuários da Justiça e advogados recém-formados, na cadeira de Prática Forense e Organização Judiciária (1982). Ganhador do Prêmio San Tiago Dantas, no concurso realizado pela OAB/RJ, em 1981, com a monografia "A Revisão Judicial dos Contratos". É colaborador da Revista Brasileira de Direito Processual Civil e da Revista Forense (ambas da Editora Forense), da Revista de Direito Civil e da Revista de Processo (ambas da Editora Revista dos Tribunais), da Revista de Jurisprudência do Tribunal de Justiça e outras revistas jurídicas.

Dispõe o § 3º do art. 175 do Código Eleitoral, que:

"Art. 175 .....

§ 3º **Serão nulos**, para todos os efeitos, **os votos** dados a **candidatos inelegíveis ou não registrados**." [*destacou-se]*

De outro lado, o § 4º do mesmo artigo estabelece que:

"§ 4º O disposto no parágrafo anterior **não se aplica quando a decisão de inelegibilidade ou de cancelamento de registro for proferida após a realização da eleição** a que concorreu o candidato alcançado pela sentença, **caso em que os votos serão contados para o partido pelo qual tiver sido feito o seu registro**." [*destacou-se]*

A análise conjunta dos dois dispositivos legais acima transcritos mostra haver uma omissão legislativa, não estando bem definido o que vem a ser "decisão de inelegibilidade".

Para a solução do impasse, pode-se buscar ajuda no art. 512 do Código de Processo Civil, que consagra a regra de direito processual pela qual a última decisão proferida sempre substitui a anterior, entendendo-se por decisão também as sentenças e os acórdãos.

Abra-se um parêntesis para lembrar as lições de **BARBOSA MOREIRA**, em seus Comentários ao CPC, Forense, 1985, 5ª edição, segundo as quais:

"Na linguagem forense, costuma dizer-se, respectivamente, que o tribunal reformou ou que confirmou a decisão impugnada. Essa maneira de falar não autoriza a suposição de que, uma vez desprovido o recurso, prevaleça o pronunciamento do juízo a quo. Nada importa, na perspectiva que agora nos situamos, que a decisão de grau superior tenha conteúdo idêntico ao da outra: de qualquer sorte, há substituição." (pág. 385) grifou-se

"Em geral, a decisão inferior, que vem a ser substituída, justamente porque não passara em julgado, era decisão ainda ineficaz. Como o órgão ad quem conheceu do recurso, ela jamais alcançará a auctoritas rei iudicatae. Transitará em julgado, isso sim, a decisão do órgão ad quem ..." (pág. 387) [grifou-se]

" A primeira decisão indeferitória do registro de uma candidatura, não tem eficácia alguma no plano jurídico, caso contra ela tenha sido interposto recurso, desde que conhecido, mesmo que desprovido; e, contra esse desprovimento tenha sido interposto outro recurso, para tribunal superior, que também venha a conhecido, porém desprovido, com decisão final após a realização das eleições, somente aí adquirindo eficácia plena a decisão de indeferimento do registro de uma candidatura"

Assim, partindo-se do princípio, incontroverso, segundo o qual uma decisão posterior substitui a anterior, mesmo quando a mantém, quando o § 4º do referido art. 175 do Código Eleitoral fala em decisão "proferida após a realização da eleição" a interpretação deve ser a mais abrangente possível, entendendo-se que tal decisão seja a última proferida.

Com esse entendimento é possível sustentar-se que a primeira decisão indeferitória do registro de uma candidatura, não tem eficácia alguma no plano jurídico, caso contra ela tenha sido interposto recurso, desde que conhecido, mesmo que desprovido; e, contra esse desprovimento tenha sido interposto outro recurso, para tribunal superior, que também venha a conhecido, porém desprovido, com decisão final após a realização das eleições, somente aí adquirindo eficácia plena a decisão de indeferimento do registro de uma candidatura.

A proposição jurídica colocada em debate para reflexão é a seguinte: a aplicação do § 3º do art. 175 do Código Eleitoral há de ser feita em conjunto com o seu § 4º e, ainda mais, em conjunto com a regra do art. 512 do Código de Processo Civil, para que não se entenda plenamente eficaz decisão que ainda está no plano jurídico da ineficácia, porquanto ainda não transitada em julgado e passível de substituição.

O art. 175, § 4º, do Código Eleitoral foi redigido de outra maneira na Resolução -TSE nº 22.712, valendo a pena fazer a sua transcrição lado a lado:

Código Eleitoral Art. 175	Resolução TSE 22.712 Art. 152 .....
§ 3º **Serão nulos**, para todos os efeitos, **os votos** dados a **candidatos inelegíveis ou não registrados.** § 4º O disposto no parágrafo anterior **não se aplica quando a decisão de inelegibilidade ou de cancelamento de registro for proferida após a realização da eleição** a que concorreu o candidato alcançado pela sentença, **caso em que os votos serão contados para o partido pelo qual tiver sido feito o seu registro.**	§ 2º **Os votos atribuídos a candidato com registro indeferido após a eleição serão computados para a legenda do partido pelo qual tiver sido feito o registro** (Código Eleitoral, artigo 175, § 4º). § 3º Na eleição proporcional, **se a decisão** de inelegibilidade ou de cancelamento de registro **for proferida antes** da realização das eleições, **os votos serão considerados nulos**.

Como se vê, em nenhum momento está dito, nem na Lei, nem na Resolução, que a decisão de inelegibilidade a gerar a nulidade dos votos seja a primeira, a segunda ou a última.

A Lei fala em decisão de inelegibilidade "proferida após a realização da eleição". A Resolução fala a mesma coisa, de forma inversa, usando a expressão decisão de inelegibilidade "antes da realização das eleições".

A inversão não alterou o produto final, na medida em que a Lei diz que os votos serão válidos (não serão nulos) se a decisão for proferida somente após a realização das eleições; e, a Resolução diz que os votos somente serão nulos se a decisão de inelegibilidade for proferida antes da realização das eleições.

Cabe repetir que não está dito, nem na Lei, nem na Resolução, se a decisão seria a de 1º grau ou a de 2º grau, nem mesmo se seria a final, das instâncias superiores.

A regra basilar de direito processual, como acima já se viu, é no sentido de que uma decisão atacada por recurso, mesmo sendo mantida, é substituída pela nova decisão, não se podendo tirar qualquer efeito da decisão substituída, por não ter ela eficácia alguma, sendo eficaz somente a decisão posterior, mesmo que a mantenha ou a confirme, segundo as palavras de **BARBOSA MOREIRA** já citadas.

O nosso sistema eleitoral proporcional está guiado no sentido do máximo aproveitamento dos votos dos eleitores, sendo eles computados primeiro para o candidato; e, em seguida, observado o quociente eleitoral, computados para os partidos/coligações, sendo, ainda, computados, a final, como sobras.

Na atualidade, após as inúmeras decisões do **SUPREMO TRIBUNAL FEDERAL** e do **TRIBUNAL SUPERIOR ELEITORAL**, no sentido de que o mandato obtido nas urnas pertence à agremiação político-partidária *(coligação ou partido, conforme o caso)* e não ao candidato, parece ter chegado a hora de rever-se a jurisprudência sobre o tema, para se passar a entender que, na forma do princípio insculpido no art. 512 do Código de Processo Civil; e, na dicção do § 4º do art. 175 do

Código Eleitoral, os votos dados a candidatos com os registros indeferidos, mas que ainda estão com recursos pendentes de julgamento no dia da eleição, deverão ser computados para o partido ao qual pertencem *(ou à Coligação que o seu partido integre)*, mesmo que os recursos somente venham a ser desprovidos após a data da eleição.

Assim estaria sendo aproveitado o voto do eleitor que, mesmo tendo votado num candidato cujo registro acabou sendo indeferido, teria a sua vontade eleitoral aproveitada em prol da legenda do Partido do seu candidato ou da Coligação por ele integrada.

Lembre-se que os dois primeiros algarismos, do número do candidato, representam a dezena indicativa do seu partido político.

Sobre o tema não é demasiado transcrever as palavras do Ministro **MARCO AURÉLIO**, em voto proferido no AgRg no AI nº 11.326-RJ, em 1º.02.11, a saber:

> "A regra basilar de direito processual é no sentido de que uma decisão atacada por recurso, mesmo sendo mantida, é substituída pela nova decisão, não se podendo tirar qualquer efeito da decisão substituída, por não ter ela eficácia alguma, sendo eficaz somente a decisão posterior, mesmo que a mantenha ou a confirme"

"O que importa saber é se os eleitores sufragaram o candidato, ainda pendente o registro. O número digitado estampa não só a identificação do concorrente, como também a do Partido Político, e não cabe, ante o preceito legal, estender a inelegibilidade a este último, pois ela é pessoal. A inelegibilidade é do candidato e não do Partido."

Não se pode esquecer que em matéria de substituição de candidato o colendo **TRIBUNAL SUPERIOR ELEITORAL** não hesita em decidir que "Na pendência de recurso contra decisão que indeferiu o registro de candidatura, não corre prazo para a substituição prevista no art. 13 da Lei nº 9.504/97" (RESPE nº 22.859/GO, Rel. Min. **HUMBERTO GOMES DE BARROS**, publicado na sessão de 18.9.2004, citado pelo Min. **FELIX FISCHER** na decisão do Respe nº 35.384-RJ, no DJE do TSE nº 82/2009, págs. 34-35), principalmente porque a decisão recorrida, além de não ter eficácia alguma, será substituída pela posterior, mesmo que venha a, no mérito, mantê-la.

Estas são algumas reflexões sobre o tema, merecedoras de análise e apreciação para a modernização da jurisprudência ou, até mesmo, para alteração legislativa, se necessário, para que o voto do eleitor possa sempre ser aproveitado.

Rio de Janeiro, 07 de maio de 2011

FERNANDO SETEMBRINO MÁRQUEZ DE ALMEIDA

OAB-RJ 31.564