



MINISTÉRIO PÚBLICO FEDERAL

PROCURADORIA REGIONAL ELEITORAL NO RIO GRANDE DO SUL

EXCELENTÍSSIMO(A) SENHOR(A) JUIZ(A) ELEITORAL EGRÉGIO TRIBUNAL REGIONAL ELEITORAL DO RIO GRANDE DO SUL

RECURSO ELEITORAL Nº 485-59.2012.6.21.0107 (RE)

PROCEDÊNCIA: CHIAPETTA - RS (107ª ZONA ELEITORAL – SANTO AUGUSTO)

ESPÉCIE: RECURSO ELEITORAL – REPRESENTAÇÃO - CAPTAÇÃO ILÍCITA DE SUFRÁGIO – CARGO – VEREADOR – PEDIDO DE APLICAÇÃO DE MULTA – PEDIDO DE CASSAÇÃO DO DIPLOMA – PEDIDO DE CASSAÇÃO DO REGISTRO – PEDIDO DE DECLARAÇÃO DE INELEGIBILIDADE - VEREADOR ABSOLVIDO EM 1º GRAU

RECORRENTE: COLIGAÇÃO UNIDOS POR UMA CHIAPETTA MELHOR (PT – PTB– PMDB – DEM - PSB)

RECORRIDO: EDER LUIS BOTH (Vereador de Chiapetta)

RELATOR: DR. LUIS FELIPE PAIM FERNANDES

PARECER

RECURSO ELEITORAL. REPRESENTAÇÃO. CAPTAÇÃO ILÍCITA DE SUFRÁGIO. ART. 41-A DA LEI N.º 9.504/97. PROVA TESTEMUNHAL. CONFIGURAÇÃO. O conjunto probatório permite concluir que restou configurada a conduta do artigo 41-A da Lei nº 9.504/1997. ***Parecer pelo provimento do recurso.***

I - RELATÓRIO

Trata-se de recurso eleitoral interposto pela COLIGAÇÃO UNIDOS POR UMA CHIAPETTA MELHOR (PT – PTB– PMDB – DEM – PSB) em face da sentença (fls. 202-204), que julgou improcedente a representação, sob a alegação de que não restou comprovada a captação ilícita, tendo em vista a ocorrência de flagrante preparado.

Em suas razões de recurso (fls. 206-209), a COLIGAÇÃO UNIDOS POR UMA CHIAPETTA MELHOR (PT – PTB– PMDB – DEM – PSB) alegou que, através da gravação ambiental – lícita -, restou comprovada a prática da captação ilícita pelo candidato representado, tendo em vista que ele mesmo estipulou o valor a ser pago em troca dos votos dos eleitores – Sr. Elcio Dassow Pommer e sua esposa.



MINISTÉRIO PÚBLICO FEDERAL

PROCURADORIA REGIONAL ELEITORAL NO RIO GRANDE DO SUL

Com contrarrazões (fls. 213-223), os autos subiram ao Egrégio Tribunal Regional Eleitoral e vieram a esta Procuradoria Regional Eleitoral para análise e parecer.

II – FUNDAMENTAÇÃO

II.I – PRELIMINARMENTE

II.I.I – Da Tempestividade

O recurso é tempestivo. A sentença foi publicada no dia 14/05/2013 (fl. 205), tendo o recurso da COLIGAÇÃO UNIDOS POR UMA CHIAPETTA MELHOR (PT – PTB – PMDB – DEM – PSB) sido interposto em 15/05/2013 (fl. 206), ou seja, dentro do tríduo legal previsto no artigo 31 da Resolução do TSE n.º 23.367/2011.

Merece ser conhecido o recurso.

II.I.II – Da licitude da prova obtida por meio de gravação ambiental realizada por um dos interlocutores

Doutrinariamente a gravação de diálogos (ambiental ou telefônica) é dividida em **a) interceptação** telefônica ou ambiental (modalidade em que terceira pessoa, sem o conhecimento dos interlocutores, realiza a gravação do diálogo destes), **b) escuta** telefônica ou ambiental (modalidade em que terceira pessoa, com o conhecimento de um dos interlocutores, realiza a gravação do diálogo destes) e **c) gravação** telefônica ou ambiental (modalidade em que um dos interlocutores realiza a gravação).

Indiscutível, tanto na jurisprudência quanto na doutrina, que a primeira hipótese (**interceptação**) necessariamente requer autorização judicial. Ocorre que o caso em tela se refere à modalidade **gravação** (situação em que um dos interlocutores realiza a gravação). Neste caso a prova somente será ilícita, se flagrante a violação da intimidade daquele que desconhece a situação de gravação.



MINISTÉRIO PÚBLICO FEDERAL

PROCURADORIA REGIONAL ELEITORAL NO RIO GRANDE DO SUL

Sob essa premissa – **ilicitude da gravação telefônica somente se flagrante a violação da intimidade** – entende-se que a prova dos autos é legal. Isso por duas razões: **(1)** somente se poderia falar em violação da intimidade do eleitor Sr. Elcio Dassow Pommer, pois as gravações foram realizadas em sua residência, sendo que os pressupostos de fato não permitem se inferir intimidade daqueles estranhos às relações familiares e pessoais dele, como é o caso do candidato que o procurou em sua casa); **(2)** logo, o argumento não aproveita ao candidato representado EDER LUIS BOTH, pois estava cometendo um ilícito que é sancionado tanto no âmbito estritamente eleitoral (art. 41-A da Lei 9.504/94), quanto na esfera criminal eleitoral (Código Eleitoral, art. 299), bem como, frise-se, não havia possibilidades fáticas de lhe prestigiar a intimidade.

Aliás, sequer, no presente caso, poderia se falar em preservação de intimidade, porque aquele que está a perpetrar um ilícito sancionado pelo Direito Penal está sujeito ao flagrante de sua conduta, bem como não haveria compromisso tutelado pelo Direito de o Sr. Elcio Dassow Pommer não revelar a conversa que tivera com o candidato EDER LUIS BOTH (frise-se: diálogo realizado na casa do Sr. Elcio Dassow Pommer, como bem destacado na sentença).

A jurisprudência do Supremo Tribunal Federal é unânime em ter por legal a gravação ambiental realizada por um dos interlocutores:

Ementa: QUESTÃO DE ORDEM. INQUÉRITO INSTAURADO A PARTIR DE CARTA DENÚNCIA E DE DEGRAVAÇÃO DE FITA MAGNÉTICA. GRAVAÇÃO AMBIENTAL. CONVERSAS NÃO PROTEGIDAS POR SIGILO LEGAL. AUSÊNCIA DE ILICITUDE. INDÍCIOS DE PARTICIPAÇÃO DE AGENTE DETENTOR DE PRERROGATIVA DE FORO. COMPETÊNCIA ORIGINÁRIA DO SUPREMO TRIBUNAL FEDERAL. QUESTÃO DE ORDEM RESOLVIDA, POR MAIORIA, PARA DETERMINAR O PROSSEGUIMENTO DAS INVESTIGAÇÕES NO STF . 1. É lícita a prova obtida mediante a gravação ambiental, por um dos interlocutores, de conversa não protegida por sigilo legal. Hipótese não acobertada pela garantia do sigilo das comunicações telefônicas (inciso XII do art. 5º da Constituição Federal). 2. Se qualquer dos interlocutores pode, em depoimento pessoal ou como testemunha, revelar o conteúdo de sua conversa, não há como reconhecer a ilicitude da prova decorrente da gravação ambiental. 3. A presença de indícios de participação de agente titular de prerrogativa de foro em crimes contra a Administração Pública confere ao STF o poder-dever de supervisionar o inquérito. 4. Questão de ordem resolvida no sentido da fixação da competência do Supremo Tribunal Federal para supervisionar as investigações e da rejeição da proposta de trancamento do inquérito por alegada ilicitude da gravação ambiental que motivou a abertura desse procedimento investigatório.

(Inq 2116 QO, Relator(a): Min. MARCO AURÉLIO, Relator(a) p/ Acórdão: Min. AYRES BRITTO, Tribunal Pleno, julgado em 15/09/2011, ACÓRDÃO ELETRÔNICO DJe-042 DIVULG 28-02-2012 PUBLIC 29-02-2012) (Grifou-se)



MINISTÉRIO PÚBLICO FEDERAL

PROCURADORIA REGIONAL ELEITORAL NO RIO GRANDE DO SUL

Recurso. Ação de Investigação Judicial Eleitoral. Captação ilícita de sufrágio e abuso de poder político e econômico. Art. 41-A da Lei n. 9.504/97. Eleições 2012. Procedência no juízo originário, para cassar os registros dos candidatos da chapa majoritária e de postulante ao pleito proporcional. Declaração de inelegibilidade, pelos próximos oito anos, dos candidatos a prefeito e à vereança, com aplicação de sanção pecuniária.

Licitude da prova obtida mediante a gravação ambiental, por um dos interlocutores, de conversa não protegida por sigilo legal.

Conjunto probatório coeso e apto a comprovar a prática da infração eleitoral tipificada no art. 41-A da Lei n. 9.504/97, decorrente da evidencição clara e convincente da compra de votos perpetrada pelo candidato vencedor das eleições majoritárias e pelo concorrente à vereança.

Não configurada a ocorrência do alegado abuso de poder, circunstância que impõe a reforma da sentença para afastar a declaração de inelegibilidade preconizada no inc. XIV do art. 22 da Lei Complementar n. 64/90.

Adequação da multa imposta, em consideração às condições econômicas dos representados, consoante preconizado no art. 367, inc. I, do Código Eleitoral.

Inteligência do art. 224 do Código Eleitoral, que, em decorrência da cassação dos diplomas da chapa eleita ao governo municipal e da nulidade dos votos por eles obtidos, impõe a realização de novo pleito. Execução imediata das decisões fundadas no art. 41-A da Lei n. 9.504/97.

Provimento parcial.

(Recurso Eleitoral nº 42918, Acórdão de 13/11/2012, Relator(a) DR. JORGE ALBERTO ZUGNO, Publicação: DEJERS - Diário de Justiça Eletrônico do TRE-RS, Tomo 222, Data 19/11/2012, Página 2)(grifou-se).

Ementa: AGRAVO REGIMENTAL EM AGRAVO DE INSTRUMENTO.

GRAVAÇÃO AMBIENTAL FEITA POR UM INTERLOCUTOR SEM CONHECIMENTO DOS OUTROS: CONSTITUCIONALIDADE. AUSENTE CAUSA LEGAL DE SIGILO DO CONTEÚDO DO DIÁLOGO. PRECEDENTES. 1. A gravação ambiental meramente clandestina, realizada por um dos interlocutores, não se confunde com a interceptação, objeto cláusula constitucional de reserva de jurisdição. 2. É lícita a prova consistente em gravação de conversa telefônica realizada por um dos interlocutores, sem conhecimento do outro, se não há causa legal específica de sigilo nem de reserva da conversação. Precedentes. 3. Agravo regimental desprovido.

(AI 560223 AgR, Relator(a): Min. JOAQUIM BARBOSA, Segunda Turma, julgado em 12/04/2011, DJe-079 DIVULG 28-04-2011 PUBLIC 29-04-2011 EMENT VOL-02511-01 PP-00097 LEXSTF v. 33, n. 388, 2011, p. 35-40) (Grifou-se)



MINISTÉRIO PÚBLICO FEDERAL

PROCURADORIA REGIONAL ELEITORAL NO RIO GRANDE DO SUL

Oportuno frisar que o precedente do Tribunal Superior Eleitoral – TSE, julgado no dia 28 de junho de 2012 (RO nº 1904-61.2010.6.23.0000), não guarda identidade fática com o caso dos autos. Vejamos.

(1) No caso em tela, estamos discutindo gravação ambiental (modalidade em que um dos interlocutores realiza a gravação), aceita pelo Supremo Tribunal Federal como legal.

(2) No caso do precedente do TSE, a corte eleitoral reconheceu a ilegalidade da prova por entender se tratar de interceptação ambiental (modalidade em que terceira pessoa, sem o conhecimento dos interlocutores, realiza a gravação do diálogo, sempre sujeita a autorização judicial). No precedente do TSE, entenderam os ministros tratar-se de operação policial; decorrência disso foi o reconhecimento da ilegalidade da prova. Nesse sentido e como forma de esclarecimento, traz-se excertos dos votos divergentes ao do relator que considerou a prova lícita, ou seja, dos votos que reconheceram a ilegalidade da prova:

Excerto do Voto do Eminente Ministro Henrique Neves: Senhora Presidente, peço vênica para divergir do eminente relator, Ministro Arnaldo Versiani, por entender que, no caso, o que aconteceu foi uma operação policial que terminou em interceptação ambiental sem que tenha sido precedida da devida e necessária autorização judicial para que se realizasse o ato. (Grifou-se)

Excerto do Voto do Eminente Ministro Marco Aurélio: o preceito constitucional refere-se às comunicações telefônicas, telegráficas e de dados. O que houve na espécie? Francisca tornou-se uma "espiã". Francisca, até certo ponto, foi plantada na reunião pela Polícia Federal, já que o agente admitiu que tentou ingressar no recinto munido de gravador e sem ordem judicial, mas não conseguiu. Então passou o gravador a Francisca, que seria ligada – pelo menos está revelado no memorial do recorrente – a uma secretária deste. (Grifou-se)

Excerto do Voto do Eminente Ministro Dias Toffoli: Senhora Presidente, peço vênica ao relator para acompanhar a divergência aberta pelo Ministro Henrique Neves e agora também acompanhada pelo Ministro Marco Aurélio, agregando apenas alguns elementos.

Excerto do Voto do Eminente Ministro Gilson Dipp: (...) pois foi interceptação feita por uma pessoa a pedido de um policial federal, de início, mesmo com autorização, um pedido de Polícia Federal deveria conter, pelo menos, indícios suficientes para entrar em prova altamente invasiva à intimidade que é a gravação, a captação, seja ambiental, seja telefônica. (Grifou-se)



MINISTÉRIO PÚBLICO FEDERAL

PROCURADORIA REGIONAL ELEITORAL NO RIO GRANDE DO SUL

Logo, conclui-se, por meio de comparação entre os pressupostos de fatos do caso em tela e o precedente do TSE, que ambos os casos tratam de hipóteses distintas de captação de diálogos. É dizer: o precedente do TSE foi considerado por tal Corte como sendo **interceptação ambiental e operação policial**, ao passo que o caso em tela é de gravação ambiental.

Pelas razões apresentadas fixa-se o entendimento de que a prova dos autos é legal.

Passo, assim, à análise do mérito.

II.II – Do Mérito

A controvérsia cinge-se no fato de ter se configurado ou não a captação ilícita de sufrágio - art. 41-A da Lei das Eleições -, tendo em vista a gravação de uma conversa realizada entre o eleitor Elcio Dassow Pommer e o candidato EDER LUIS BOTH, na qual houve promessa de dinheiro em troca de voto.

Entendeu o Juízo de primeiro grau pela improcedência da ação, tendo em vista que, em que pese a gravação ambiental realizada seja considerada prova lícita, houve induzimento à prática do delito, o que se assemelha aos casos de flagrante preparado, e, portanto, não restou suficientemente comprovado o dolo específico da conduta do artigo 41-A da Lei nº 9.504/1997 (fls. 202-204).

Entretanto, compulsando-se os autos, verificou-se que razão não assiste à decisão de primeiro grau.

A legislação que disciplina a matéria eleitoral tende a ponderar e conciliar os princípios da liberdade e da legalidade, tendo em vista o interesse público e social acerca do pleito eleitoral. E, por isso, vigora o princípio da isonomia, o qual pressupõe igualdade – pelo menos, no seu aspecto formal – de oportunidade entre os candidatos, haja vista a impossibilidade de se atingir uma igualdade material.

Portanto, conclui-se que o objetivo da legislação eleitoral é, de fato, a igualdade formal entre os candidatos, agremiações políticas e coligações partidárias, a fim de se coibir condutas que afetem o equilíbrio de oportunidades entre os candidatos, isto é, a isonomia do pleito.



MINISTÉRIO PÚBLICO FEDERAL

PROCURADORIA REGIONAL ELEITORAL NO RIO GRANDE DO SUL

Como sabido, o artigo 41-A da Lei nº 9.504/97 objetiva a proteção da vontade do eleitor e da sua liberdade no ato de votar, ao estabelecer que:

“Art. 41-A. Ressalvado o disposto no art. 26 e seus incisos, constitui captação de sufrágio, vedada por esta Lei, o candidato 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, desde o registro da candidatura até o dia da eleição, inclusive, sob pena de multa de mil a cinquenta mil Ufir, e cassação do registro ou do diploma, observado o procedimento previsto no art. 22 da Lei Complementar nº 64, de 18 de maio de 1990.”.

Os elementos necessários a comprovar a captação ilícita de sufrágio são: **a)** uma **conduta ocorrida durante o período eleitoral** (prática de uma ação: doar, prometer, etc.), com participação **direta ou indireta** do candidato; **b)** a especial finalidade de **obter o voto** (elemento subjetivo da conduta); **c)** o **direcionamento da conduta a eleitor(es) determinado(s)**. É este o entendimento doutrinário:

“A perfeição dessa categoria legal requer: a) realização de uma das condutas típicas, a saber: doar, oferecer, prometer ou entregar bem ou vantagem pessoal a eleitor, bem assim contra ele praticar violência ou grave ameaça; b) fim especial de agir, consistente na obtenção do voto do eleitor; c) ocorrência do fato durante o período eleitoral.”¹

Neste sentido também é o entendimento jurisprudencial:

AGRAVO REGIMENTAL. RECURSO ESPECIAL ELEITORAL. ELEIÇÕES 2008. PREFEITO. REPRESENTAÇÃO. CAPTAÇÃO ILÍCITA DE SUFRÁGIO. ART. 41-A DA LEI 9.504/97. CONFIGURAÇÃO. CONHECIMENTO PRÉVIO. DEMONSTRAÇÃO.

MULTA PECUNIÁRIA. PROPORCIONALIDADE E RAZOABILIDADE. NÃO PROVIMENTO.

1. A decretação de nulidade de ato processual sob a alegação de cerceamento de defesa - inobservância do art. 22, I, a, da LC 64/90 - pressupõe a efetiva demonstração de prejuízo, nos termos do art. 219 do CE, o que não ocorreu no caso concreto. Precedentes.

1 Gomes, José Jairo. *Direito Eleitoral*. 5. ed. Belo Horizonte: Del Rey, 2010, p. 505.



MINISTÉRIO PÚBLICO FEDERAL

PROCURADORIA REGIONAL ELEITORAL NO RIO GRANDE DO SUL

2. A caracterização da captação ilícita de sufrágio pressupõe a ocorrência simultânea dos seguintes requisitos: a) prática de uma das condutas previstas no art. 41-A da Lei 9.504/97; b) fim específico de obter o voto do eleitor; c) participação ou anuência do candidato beneficiário na prática do ato.

3. Na espécie, o TRE/MG reconheceu a captação ilícita com esteio na inequívoca distribuição de material de construção em troca de votos - promovida por cabos eleitorais que trabalharam na campanha - em favor das candidaturas do agravante e de seu respectivo vice.

4. O forte vínculo político e familiar evidencia de forma plena o liame entre os autores da conduta e os candidatos beneficiários. Na hipótese dos autos, os responsáveis diretos pela compra de votos são primos do agravante e atuaram como cabos eleitorais - em conjunto com os demais representados - na campanha eleitoral.

5. A adoção de entendimento diverso demandaria o reexame de fatos e provas, providência inviável em sede extraordinária, a teor da Súmula 7/STJ.

6. O valor da multa pecuniária foi fixado com fundamento na complexidade do esquema de aquisição, armazenamento e distribuição de materiais de construção e na reiterada prática dessa conduta visando à prática da captação ilícita de sufrágio.

7. Agravo regimental não provido.

(Agravo Regimental em Recurso Especial Eleitoral nº 815659, Acórdão de 01/12/2011, Relator(a) Min. FÁTIMA NANCY ANDRIGHI, Publicação: DJE - Diário da Justiça Eletrônico, Tomo 026, Data 06/02/2012, Página 28)(grifou-se).

No presente caso, por meio da análise da gravação realizada (fls. 162-165), conclui-se que **restaram configurados todos os elementos caracterizadores da captação ilícita**, tendo em vista que comprovou-se a atuação ativa do candidato EDER LUIS BOTH na captação ilícita de sufrágio, ou seja, na obtenção de voto, através da oferta de dinheiro ao eleitor Elcio Dassow Pommer e sua esposa.

Não merece prosperar a alegação da decisão de primeiro grau de que houve induzimento à prática do delito, assemelhando-se ao flagrante preparado, sob a alegação de que "(...) foi o eleitor que pediu dinheiro em troca do seu voto e não o candidato que ofertou ou prometeu vantagens. Não houve vício na manifestação de vontade do eleitor Elcio, uma vez que sua intenção era vender o seu voto, o que, aliás, configura o crime tipificado no art. 299 do Código Eleitoral."



MINISTÉRIO PÚBLICO FEDERAL

PROCURADORIA REGIONAL ELEITORAL NO RIO GRANDE DO SUL

Em que pese se tutele a vontade do eleitor, importante salientar que essa vontade não se trata de um bem jurídico por ele renunciável, mas, sim, de um bem indisponível, tendo em vista a sua relevância jurídica para a lisura do pleito. Caso fosse possível a sua renúncia, sequer estaria tipificado o delito de captação ilícita.

Ademais, o crime de captação ilícita trata-se de crime formal, sendo que não se exige que a conduta produza um efetivo vício na manifestação da vontade do eleitor, pois se penaliza o “oferecer” e o “prometer” vantagem em troca do voto. Oportuno salientar também que sequer se exige uma postura ativa do candidato beneficiado, tendo em vista que ele responderá pela infração pela mera anuência - explícita - na conduta de terceiro, bem como pela evidência do especial fim de agir.

Neste sentido ressalta-se a lição de Francisco de Assis Vieira Sanseverino²:

“(...) para o enquadramento da conduta no art. 41-A, deve haver a compra ou negociação do voto do eleitor, com promessas de vantagens mais específicas, de forma a corromper o eleitor. (...) O candidato responde pela infração eleitoral se, de qualquer modo, concorrer para a sua prática. Vale dizer, o candidato pode praticar a conduta pessoalmente. Por outro lado, admite-se também que, embora não praticando a conduta prevista na hipótese, se o candidato, de algum modo, participar de sua realização ou ainda, anuir ou concordar com a sua prática, também incide nas sanções cominadas.”(grifou-se).

Segundo o entendimento do Egrégio TSE, para a configuração da captação ilícita de sufrágio “(...) exige-se prova robusta de pelo menos uma das condutas previstas no art. 41-A da Lei nº 9.504/97, da finalidade de obter o voto do eleitor e da participação ou anuência do candidato beneficiado” (Recurso Especial Eleitoral nº 36335 – Rel. Aldir Passarinho – j. 15.02.2011).

Sendo assim, de acordo com a gravação realizada (fls. 162-165), restou nitidamente comprovada a captação ilícita de sufrágio, mais precisamente através da análise do seguinte trecho (fl. 163):

² SANSEVERINO, Francisco de Assis Vieira. *Direito Eleitoral. Porto Alegre: Verbo Jurídico, 2008, p. 208/209.*



MINISTÉRIO PÚBLICO FEDERAL

PROCURADORIA REGIONAL ELEITORAL NO RIO GRANDE DO SUL

"(...)Éder Luis Both: Até...Daí nós temos aí pra pedir uma mão aí, pedir um votinho pra vocês.

Élcio Dassow Pommer: Sim. Posso te ajudar.

Éder Luis Both: Podemo contar?

Élcio Dassow Pommer: Tu me dá uma mão também?

Éder Luis Both: Epa!

Élcio Dassow Pommer: Uns troco aí?

Éder Luis Both: Podemo, o que que era?

Élcio Dassow Pommer: Que eu tô numa pua, aí se tu puder me dar uma mão... O primeiro que me arruma uns troco eu voto.

Éder Luis Both: Ok. Quanto era esse troco aí?

Élcio Dassow Pommer: Tu que sabe. Quanto tu pode aí?

Éder Luis Both: Vocês dois que votam aqui?

Élcio Dassow Pommer: É.

Éder Luis Both: Onde é que vocês votam?

Élcio Dassow Pommer: Lá na Lorete.

Éder Luis Both: Na Lorete, os dois?

Élcio Dassow Pommer: Sim.

Éder Luis Both: Eu arrumo cem pila pra cada um.

Élcio Dassow Pommer: Cem pila pra cada um? Feito o brique.

Éder Luis Both: Feito.

Élcio Dassow Pommer: Feito.

Éder Luis Both: Amanhã cedo vem um carro meu aqui, pega vocês, leva lá pra votar.

Élcio Dassow Pommer: Tá beleza.

Éder Luis Both: Vocês votam, dizem como é que tá a foto, olhem bem a foto (...), e pegam o cem.

(...)

Éder Luis Both: Dexemo certo assim?

Élcio Dassow Pommer: Dexemo certo.

(...)



MINISTÉRIO PÚBLICO FEDERAL

PROCURADORIA REGIONAL ELEITORAL NO RIO GRANDE DO SUL

Éder Luis Both: Não, não. É bastante, tá louco. Vota primeiro vereador: onze, dois, dois, dois. Vai aparecer a fora, confirma. Depois aperta onze e confirma.

Élcio Dassow Pommer: E o que que eu tenho que prestar atenção? Na roupa?

Éder Luis Both: Quando aparecer do vereador, tu olha a roupa, se tá de gravata ou não. Isso já tá bom.

(...)

Éder Luis Both: Certinho então?

Élcio Dassow Pommer: Então tá.

Éder Luis Both: Contando com vocês...

Élcio Dassow Pommer: Uhum. Não conta pra ninguém daí...

Éder Luis Both: Não, não, não não vou contar...

(...)”(grifou-se).

Diante do exposto, não há falar em flagrante preparado, que é o flagrante obtido mediante a provocação de um terceiro (policial ou não), cuja ação é determinante para o cometimento do delito, o que enseja a sua invalidade. Essa invalidade, de acordo com Eugênio Pacelli de Oliveira e Douglas Fischer³, advém de dois fundamentos básicos, quais sejam (1) **a impossibilidade de consumação do crime**, conforme a Súmula 145 do Eg. Supremo Tribunal Federal⁴ e (2) **a intervenção da vontade do agente provocador de modo a viciar definitivamente a vontade do agente do crime**.

No presente caso, não houve o referido induzimento, visto que não houve a imposição, por parte do eleitor, de uma situação que por si só ensejaria o cometimento de um delito por parte do candidato. Mas, pelo contrário, o próprio candidato, inicialmente, requer a “ajuda” dos eleitores, tendo, inclusive, a possibilidade de deliberar acerca do bem a ser dado em troca, isto é, da quantia em dinheiro que ofereceu aos eleitores.

3 Oliveira, Eugênio Pacelli e Douglas Fischer. Comentários ao Código de Processo Penal e Sua Jurisprudência. São Paulo: Atlas, 2012. 4ª Edição. Pág. 589.

4 STF Súmula nº 145 - “Não há crime, quando a preparação do flagrante pela polícia torna **impossível a sua consumação**”.



MINISTÉRIO PÚBLICO FEDERAL

PROCURADORIA REGIONAL ELEITORAL NO RIO GRANDE DO SUL

Ainda que se pudesse falar em induzimento, como também já supramencionado, não haveria a impossibilidade da consumação do delito, tendo em vista que, por tratar-se de crime formal, a sua consumação dar-se-ia com a mera anuência do candidato na conduta de terceiro, além, é claro, da própria postura ativa de dar ou prometer dinheiro em troca do voto.

É neste sentido o entendimento do Eg. Superior Tribunal de Justiça em casos análogos de delitos formais:

HABEAS CORPUS. TRÁFICO DE DROGAS. CONDENAÇÃO. FLAGRANTE PREPARADO. INOCORRÊNCIA. DELITO JÁ CONSUMADO ANTERIORMENTE. ORDEM DENEGADA.

1. Não há falar em flagrante preparado se o comportamento policial não induziu à prática do delito, já consumado em momento anterior.

2. Hipótese em que o crime de tráfico de drogas estava consumado desde o armazenamento do entorpecente, o qual não foi induzido pelos policiais, perdendo relevância a indução da venda pelos agentes.

3. Writ denegado.

(HC 245.515/SC, Rel. Ministra MARIA THEREZA DE ASSIS MOURA, SEXTA TURMA, julgado em 16/08/2012, DJe 27/08/2012)(grifou-se).

HABEAS CORPUS. PRISÃO EM FLAGRANTE. TRÁFICO DE ENTORPECENTES.

ALEGAÇÃO DE FLAGRANTE PREPARADO. INOCORRÊNCIA. EXCESSO DE PRAZO.

SÚMULA 52. SENTENÇA CONDENATÓRIA.

O flagrante preparado se enquadra na hipótese em que há a figura do provocador da ação dita criminosa, que se realiza a partir da indução do fato, e não quando, já estando o sujeito compreendido na descrição típica, a ação se desenvolve para o fim de efetuar o flagrante.

In casu, o Paciente já guardava a droga, sendo posteriormente preso pelos agentes policiais.

Uma vez sobrevivendo a sentença condenatória, resta superada a alegação de excesso de prazo do sumário de culpa, não evidenciado eventual constrangimento pelo tempo da prisão em face da pena fixada e do enquadramento legal a que foi submetido o Paciente.

Ordem denegada e liminar cassada.

(HC 118.989/SP, Rel. Ministra MARIA THEREZA DE ASSIS MOURA, SEXTA TURMA, julgado em 09/02/2010, DJe 08/03/2010) (grifou-se).



MINISTÉRIO PÚBLICO FEDERAL

PROCURADORIA REGIONAL ELEITORAL NO RIO GRANDE DO SUL

HABEAS CORPUS. PENAL E PROCESSUAL PENAL. TRÁFICO ILÍCITO DE DROGAS E PORTE ILEGAL DE ARMA DE FOGO. ALEGAÇÃO DE FRAGRANTE PREPARADO. NÃO OCORRÊNCIA. IMPOSSIBILIDADE DE EXAME APROFUNDADO DE MATÉRIA FÁTICO-PROBATÓRIA. ATENUANTE GENÉRICA DO ART. 66 DO CÓDIGO PENAL.

TEORIA DA CO-CULPABILIDADE. IMPOSSIBILIDADE DE APLICAÇÃO, NO CASO. REGIME PRISIONAL MAIS GRAVOSO. PENA-BASE FIXADA ACIMA DO MÍNIMO LEGAL. CONSTRANGIMENTO ILEGAL NÃO EVIDENCIADO. MANIFESTAÇÃO DO MINISTÉRIO PÚBLICO ESTADUAL, EM SEGUNDA INSTÂNCIA. ATUAÇÃO DO PARQUET COMO CUSTOS LEGIS. SUPOSTA VIOLAÇÃO AOS PRINCÍPIOS DO CONTRADITÓRIO E DA AMPLA DEFESA. NULIDADE. INOCORRÊNCIA. ORDEM DE HABEAS CORPUS DENEGADA.

1. Inexiste flagrante preparado quando a atividade policial não provoca e nem induz ao cometimento do crime, sobretudo, em relação ao tipo do crime de tráfico ilícito de drogas, que é de ação múltipla, consumando-se, apenas, com o ato de "trazer consigo" a substância entorpecente, conforme restou evidenciado na espécie.

Precedentes.

2. A modificação do entendimento consolidado pelas instâncias ordinárias, a respeito da não ocorrência de flagrante preparado, requer, necessariamente, o exame aprofundado dos elementos fáticos-probatórios dos autos, o que se afigura inviável na via estreita do habeas corpus, remédio constitucional de rito célere e de cognição sumária. Precedentes.

3. A teoria da co-culpabilidade não pode ser erigida à condição de verdadeiro prêmio para agentes que não assumem a sua responsabilidade social e fazem da criminalidade um meio de vida.

4. Ad argumentandum tantum, mostra-se inviável, na via angusta do habeas corpus, a aplicação da teoria da co-culpabilidade, como atenuante genérica do art. 66 do Código Penal, pois exige, inevitavelmente, o exame percuciente de matéria fático-probatória, a fim de perquirir se a omissão do Estado em assegurar ao Paciente os direitos e garantias fundamentais previstos na Constituição da República contribuiu para a prática do crime.

5. Em segundo grau de jurisdição, o Ministério Público estadual atua, ao oferecer parecer, como custos legis, conforme expressamente previsto no artigo 610 do Código de Processo Penal, ressalvados os casos de ação originária. Assim, inexiste violação aos princípios constitucionais do contraditório e da ampla defesa, pois o oferecimento de parecer pela Procuradoria Geral de Justiça, em sede de apelação, é atribuição legal dada ao Parquet, que não atua como parte, mas desempenha atividade de fiscalização do cumprimento da lei. Precedentes.



MINISTÉRIO PÚBLICO FEDERAL

PROCURADORIA REGIONAL ELEITORAL NO RIO GRANDE DO SUL

6. Fixada a pena-base acima do mínimo legal, porque considerada, no caso concreto, circunstância judicial desfavorável ao Paciente, tem-se por justificada a fixação de regime prisional mais gravoso, a teor do disposto no art. 33, §§ 2.º e 3.º, c.c. o art. 59, ambos do Código Penal. Precedentes.

7. Ordem de habeas corpus denegada.

(HC 191.622/TO, Rel. Ministra LAURITA VAZ, QUINTA TURMA, julgado em 05/02/2013, DJe 15/02/2013)(grifou-se).

CRIMINAL. RECURSO ESPECIAL. FLAGRANTE PREPARADO. SÚM. 07-STJ. EXTORSÃO. **DELITO FORMAL. CONSUMAÇÃO.** RECURSO CONHECIDO E DESPROVIDO.

I. Não se procede à análise da alegada ocorrência de flagrante preparado se, além de as razões sustentadas para tanto revelarem o intuito de revolvimento do conjunto fático-probatório - o que encontra o óbice da Súmula nº 07 desta Corte - ainda restar evidenciada a caracterização do legítimo flagrante esperado.

II. A extorsão é delito formal que se perfaz com o efetivo constrangimento de alguém a fazer, deixar de fazer ou tolerar que se faça algo, não dependendo da obtenção de vantagem econômica para a sua consumação.

III. Recurso conhecido, mas desprovido.

(REsp 125.040/SP, Rel. Ministro GILSON DIPP, QUINTA TURMA, julgado em 11/04/2000, DJ 15/05/2000, p. 177)(grifou-se).

CRIMINAL. CORRUPÇÃO PASSIVA. FLAGRANTE.

- HABEAS CORPUS. ORDEM ACERTADAMENTE INDEFERIDA, NA ORIGEM, EM FACE DA **INOCORRENCIA DO CHAMADO FLAGRANTE PREPARADO, TIPO INCOMPATÍVEL COM A DINÂMICA FORMAL DO CRIME DE QUE SE TRATA.**

(RHC 5.369/SP, Rel. Ministro JOSÉ DANTAS, QUINTA TURMA, julgado em 20/08/1996, DJ 09/09/1996, p. 32377)(grifou-se).

Fechar os olhos para toda essa realidade, ou melhor, para a gravação lícita efetuada é virar as costas para o Princípio da Isonomia do pleito eleitoral, tornando inócua toda a legislação eleitoral. Segundo Márlon Reis⁵

“A expectativa da vigente ordem constitucional é de que a disputa eleitoral se dê entre candidatos que disputem em condições de “paridade de armas”. Repugna ao ordenamento jurídico que alguém seja beneficiado por razões pessoais (critérios de parentesco, de ocupação de certas posições políticas ou sociais, etc.) em detrimento de outros que igualmente desejam participar do prélio eleitoral.”

5 REIS, Márlon. Direito Eleitoral Brasileiro. Brasília: ALUMNUS, 2012.P. 86.



MINISTÉRIO PÚBLICO FEDERAL

PROCURADORIA REGIONAL ELEITORAL NO RIO GRANDE DO SUL

Portanto, conclui-se que restou plenamente configurada a ocorrência de captação ilícita de sufrágio, através da prova consistente carreada aos autos. Neste sentido é o entendimento jurisprudencial:

RECURSO ELEITORAL - REPRESENTAÇÃO - CAPTAÇÃO ILÍCITA - DISTRIBUIÇÃO DE CESTAS BÁSICAS - AUSÊNCIA DE PEDIDO - SENTENÇA EXTRA PETITA.

CONDUTA VEDADA E ABUSO DO PODER POLÍTICO E ECONÔMICO COMPROVADOS - EXISTÊNCIA DE POTENCIALIDADE LESIVA.

CAPTAÇÃO ILÍCITA - DISTRIBUIÇÃO DE TERRAS - CONFIGURAÇÃO - PROVA TESTEMUNHAL SEGURA.

- 1. A sentença extra petita deve ser declarada insubsistente na parte em que se excedeu, para o fim de afastar os efeitos da coisa julgada.*
- 2. A não inclusão do Vice-Prefeito no pólo passivo na inicial ou dentro do prazo decadencial através de emenda implica decadência com relação a este, e sua consequente exclusão do feito.*
- 3. A distribuição de terras a eleitores em período eleitoral tem a potencialidade de influenciar e viciar a vontade do eleitor e influir no resultado do pleito, ainda mais quando a diferença entre o primeiro e o segundo colocado for mínima.*
- 4. Existindo prova robusta da captação ilícita, aplica-se o disposto no artigo 41-A da Lei nº 9.504/1.997.*

Recurso conhecido e parcialmente provido.

(RECURSO ELEITORAL nº 3171, Acórdão nº 41869 de 15/02/2012, Relator(a) LUCIANO CARRASCO FALAVINHA SOUZA, Publicação: DJ - Diário de justiça, Data 21/03/2012)

Quanto às penalidades aplicadas aos representados, deve-se aplicar multa e a cassação do diploma do candidato representado, por ser uma sanção dúplice e não haver espaço para o princípio da proporcionalidade.

Neste sentido é o entendimento jurisprudencial:

CAPTAÇÃO DE SUFRÁGIO - COMINAÇÕES - CUMULATIVIDADE. As sanções previstas no artigo 41-A da Lei nº 9.504/1997 - multa e cassação do registro ou do diploma - são, necessariamente, cumulativas. Verificada a perda do objeto em virtude do encerramento do mandato, descabe a sequência do processo, sob a alegação de subsistir a cominação de multa.

(AGRAVO REGIMENTAL EM RECURSO CONTRA EXPEDIÇÃO DE DIPLOMA nº 707, Acórdão de 08/05/2012, Relator(a) Min. MARCO AURÉLIO MENDES DE FARIAS MELLO, Publicação: DJE - Diário de justiça eletrônico, Data 31/5/2012, Página 6) (grifou-se).



MINISTÉRIO PÚBLICO FEDERAL

PROCURADORIA REGIONAL ELEITORAL NO RIO GRANDE DO SUL

RECURSO ORDINÁRIO. PROVIMENTO PARCIAL. DEPUTADO DISTRITAL. COMPRA DE VOTOS. COAÇÃO DE FUNCIONÁRIOS. MANUTENÇÃO. ABUSO DE PODER. INELEGIBILIDADE. CASSAÇÃO DE DIPLOMA. INCIDÊNCIA. LC Nº 135/2010. RECURSOS ESPECIAIS PREJUDICADOS. ASSISTENTES SIMPLES. DESISTÊNCIA. RECURSO. ASSISTIDO.

1. A utilização da estrutura de empresa de considerável porte para a realização de campanha eleitoral em favor de candidato, mediante a convocação de 1000 (mil) funcionários para reuniões nas quais houve pedido de votos e disponibilização de material de propaganda, bem como a distribuição posterior de fichas de cadastros nas quais cada empregado deveria indicar ao menos dez pessoas, configura abuso do poder econômico, com potencial lesivo ao pleito eleitoral.

2. Tais condutas também configuram captação ilícita de sufrágio, na linha de entendimento da Corte, com ressalva do ponto de vista do relator.

3. Aplica-se o disposto no art. 22, XIV e XVI, da LC nº 64/90, com a redação da LC nº 135/2010, que estabelece a pena de cassação por abuso de poder, independente do momento em que a ação for julgada procedente, e aumenta o prazo de inelegibilidade de 3 (três) para 8 (oito) anos.

4. Não incide na espécie o princípio da anterioridade legal insculpido no art. 16 da Constituição Federal, uma vez que o dispositivo em comento, modificado pela Lei da Ficha Limpa, não altera o processo eleitoral.

5. O pedido de desistência do recurso interposto pelo assistido acarreta o prejuízo dos recursos manejados pelos assistentes, que não podem recorrer de forma autônoma.

6. Recurso Ordinário desprovido, para manter a cassação do diploma, a imposição de multa e a declaração de inelegibilidade por 8 (oito) anos, com base nos arts. 41-A da Lei nº 9.504/97 e 22, XIV e XVI, da LC nº 64/90, com a nova redação da LC nº 135/2010, em razão da prática de abuso do poder econômico e captação ilícita de sufrágio.

7. Recursos especiais prejudicados.

(Recurso Ordinário nº 437764, Acórdão de 17/11/2011, Relator(a) Min. MARCELO HENRIQUES RIBEIRO DE OLIVEIRA, Publicação: DJE - Diário da Justiça Eletrônico, Tomo 232, Data 09/12/2011, Página 34-35) (grifou-se).

AGRAVO REGIMENTAL. RECURSO ESPECIAL ELEITORAL. FUNGIBILIDADE RECURSAL. RECEBIMENTO COMO RECURSO ORDINÁRIO. SATISFAÇÃO DOS PRESSUPOSTOS PROCESSUAIS. AUSÊNCIA DE ERRO GROSSEIRO E MÁ-FÉ. ELEIÇÕES 2010. DEPUTADO ESTADUAL. CONDENAÇÃO POR CAPTAÇÃO ILÍCITA DE SUFRÁGIO. IMPOSIÇÃO APENAS DA PENA DE MULTA, EM RAZÃO DE O CANDIDATO NÃO TER SIDO ELEITO. INCIDÊNCIA DA CAUSA DE INELEGIBILIDADE DO ART. 1º, I, J, DA LC Nº 64/90, COM REDAÇÃO DA LC Nº 135/2010. NÃO PROVIMENTO.



MINISTÉRIO PÚBLICO FEDERAL

PROCURADORIA REGIONAL ELEITORAL NO RIO GRANDE DO SUL

1. Para a aplicação do princípio da fungibilidade recursal, basta que coexistam as circunstâncias de atendimento aos pressupostos recursais intrínsecos, extrínsecos e específicos, entre eles a tempestividade, e a ausência de erro grosseiro e de má-fé. Precedentes.

2. A Lei Complementar nº 135/2010 aplica-se às eleições de 2010, de modo que condenação por captação ilícita de sufrágio anterior à edição da LC nº 135/2010 enseja a aplicação da causa de inelegibilidade prevista na LC nº 64/90 com redação dada pela LC nº 135/2010. Precedentes.

3. A causa de inelegibilidade disposta no art. 1º, I, j, da Lei Complementar nº 64/90, com redação conferida pela Lei Complementar nº 135/2010, incide com a mera condenação por captação ilícita de sufrágio, independentemente de ter sido aplicada a sanção de cassação do registro ou do diploma cumulativamente com a de multa. Precedente. Isto ocorre porquanto, uma vez praticada a conduta de captação ilícita de sufrágio, é inafastável a aplicação da pena de cassação do registro ou do diploma, não sendo sua imposição objeto de juízo de discricionariedade do julgador. Precedentes.

4. Agravo regimental não provido.

(Agravo Regimental em Recurso Ordinário nº 97917, Acórdão de 05/10/2010, Relator(a) Min. ALDIR GUIMARÃES PASSARINHO JUNIOR, Publicação: PSESS - Publicado em Sessão, Data 05/10/2010) (grifou-se).

Por conseguinte, merece provimento o recurso da COLIGAÇÃO UNIDOS POR UMA CHIAPETTA MELHOR (PT – PTB – PMDB – DEM – PSB) (fls. 206-208), reformando-se a sentença, visto que restou comprovada a alegada captação ilícita de sufrágio.

III - CONCLUSÃO

Em face do exposto, opina o Ministério Público Eleitoral pelo provimento do recurso eleitoral da COLIGAÇÃO UNIDOS POR UMA CHIAPETTA MELHOR (PT – PTB – PMDB – DEM – PSB), nos termos da fundamentação.

Porto Alegre, 05 de junho de 2013.

MARCELO VEIGA BECKHAUSEN
PROCURADOR REGIONAL ELEITORAL SUBSTITUTO

N:\PRESubst. Dr. Marcelo 2013\Classe RE\Captação Ilícita de Sufrágio\48559 - Chiapetta - captação ilícita - comprovação - provimento - LCB.odt