



MINISTÉRIO PÚBLICO FEDERAL
PROCURADORIA REGIONAL ELEITORAL NO RIO GRANDE DO SUL

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

Recurso Eleitoral nº 543-20.2016.6.21.0011

Procedência: BOM PRINCÍPIO - RS (11ª ZONA ELEITORAL – SÃO SEBASTIÃO DO CAÍ)

Assunto: RECURSO ELEITORAL - REPRESENTAÇÃO - CAPTAÇÃO ILÍCITA DE SUFRÁGIO - PEDIDO DE APLICAÇÃO DE MULTA - PEDIDO DE CASSAÇÃO DE REGISTRO - IMPROCEDENTE

Recorrente: COLIGAÇÃO SEGUE EM FRENTE BOM PRINCÍPIO (PMDB - PP)

Recorridos: COLIGAÇÃO JUNTOS PARA UM FUTURO MELHOR (PSDB - PTB - PPS - PCdoB)

FÁBIO PERSCH

JOÃO GUILHERME WESCHENFELDER

MÁRCIO RODRIGO SOARES

Relatora: DRA. MARIA DE LOURDES GALVÃO BRACCINI DE GONZALEZ

PARECER

RECURSO ELEITORAL. CAPTAÇÃO ILÍCITA DE SUFRÁGIO (ARTIGO 41-A DA LEI Nº 9.504/97). CERCEAMENTO DE DEFESA CONFIGURADO. Parecer pelo provimento do recurso, opinando-se pela anulação da sentença e o consequente retorno dos autos à origem, a fim de que sejam reincluídas ao feito as gravações ambientais e as suas respectivas degravações, consideradas lícitas, bem como seja procedida a oitiva da testemunha arrolada pela parte representante/recorrente, conforme decidido por essa Egrégia Corte, no julgamento do MS 0600073-70.2016.6.21.0000.



MINISTÉRIO PÚBLICO FEDERAL
PROCURADORIA REGIONAL ELEITORAL NO RIO GRANDE DO SUL

I – RELATÓRIO

Os autos veiculam recurso eleitoral interposto pela COLIGAÇÃO SEGUE EM FRENTE BOM PRINCÍPIO (PMDB - PP) (fls. 99-106) em face da sentença (fls. 96-97), que julgou improcedente a ação por captação ilícita de sufrágio (artigo 41-A da Lei nº 9.504/97), proposta em desfavor da COLIGAÇÃO JUNTOS PARA UM FUTURO MELHOR (PSDB - PTB - PPS – PCdoB), FÁBIO PERSCH, JOÃO GUILHERME WESCHENFELDER e MÁRCIO RODRIGO SOARES EDEGAR MUNARI RAPACH.

Entendeu o julgador *a quo* que o caso não apresenta prova cabal e conclusiva da alegação de captação ilícita de sufrágio. A sentença sob reexame foi prolatada em 16/11/2016 e publicada no DEJE/RS em 21/11/2016, restando assim fundamentada:

A captação ilícita de sufrágio, nos termos do art. 41-A da Lei nº 9.504/97, “aperfeiçoa-se com a conjugação dos seguintes elementos: (i) a realização de quaisquer das condutas típicas do art. 41-A (i.e., doar, oferecer, prometer ou entregar bem ou vantagem pessoal de qualquer natureza a eleitor, bem como praticar violência ou grave ameaça ao eleitor), (ii) o fito específico de agir, consubstanciado na obtenção de voto do eleitor e, por fim, (iii) a ocorrência do fato durante o período eleitoral” (GOMES, José Jairo. Direito Eleitoral, 8ª ed., São Paulo: Atlas, p. 520).

Os representantes afirmam, em apertada síntese, que os representados foram flagrados aliciando eleitores e indicam como evidência gravações ambientais e imagens de câmera, que não puderam ser obtidas (certidão de fl. 23).

A decisão de fls. 77/78, na esteira do que já decidiu o Supremo Tribunal Federal e do enunciado em sua Súmula 83, fragilizou o pilar central da presente representação - a gravação ambiental - ao apontá-la como clandestina. Por assim dizer, todas as provas apresentadas na presente representação estão conectadas por uma relação causal, ou seja, somente se obtiveram as demais por causa da primeira (originalmente ilícita).



MINISTÉRIO PÚBLICO FEDERAL
PROCURADORIA REGIONAL ELEITORAL NO RIO GRANDE DO SUL

Desta forma, verifico que a ilicitude da prova obtida com violação da intimidade dos representados contaminou, invariavelmente, a prova que dela decorreu, assim como a árvore envenenada gera os frutos aparentemente sadios, em sua essência também são envenenados (theory of the fruits of the poisonous tree).

Aliás, como bem apontado pelo douto parecer do parquet, nos casos em que não se apresentam cabais e conclusivas as provas de participação do candidato/coligação na captação ilícita de sufrágio, o TSE vem decidindo pela improcedência da representação. Ainda na esteira do raciocínio do nobre representante do Ministério Público Eleitoral, não se deve desconsiderar a beligerância judiciária das eleições no cenário político do Município de Bom Princípio, o que também reforça a necessidade de rigidez das provas apresentadas ao Judiciário, a fim de que este não interfira no veredito democrático de forma temerária e contrária aos magnânimos princípios da Nossa Magna Carta.

Considerando que “todo método de persuasão lícito, com o desiderato de obter a adesão do eleitor, é admitido no processo eletivo, porquanto a propaganda eleitoral, exercida nos limites da licitude, é um método fundamental para o aperfeiçoamento da ordem democrática” (ZILIO, Rodrigo López. Direito Eleitoral, 3ª ed., Porto Alegre: Verbo Jurídico, p. 492)., e ante flagrante infirmeza das provas apresentadas como prova da captação ilícita de sufrágio, a improcedência da representação é a medida que se impõe.

Ante o exposto, JULGO IMPROCEDENTE a representação apresentada pela coligação ¿SEGUE EM FRENTE BOM PRINCÍPIO¿ em face da coligação ¿JUNTOS PARA UM FUTURO MELHOR¿ e dos candidatos JOÃO GUILHERME WESCHENFELDER, FÁBIO PERSCH E MÁRCIO RODRIGO SOARES.

Inconformada, em suas razões recursais, a COLIGAÇÃO SEGUE EM FRENTE BOM PRINCÍPIO (PMDB - PP) noticia, inicialmente, a impetração do Mandado de Segurança nº 0600073-70.2016.6.21.0000, repisando seus fundamentos quanto ao prejuízo à instrução desta representação pela não realização da oitiva da testemunha de seu interesse e, também, devido ao desentranhamento da gravação e da degravação que embasaram a inicial. Pede o julgamento conjunto do presente recurso com o *mandamus*, bem como a anulação da sentença, em razão do cerceamento da prova.



MINISTÉRIO PÚBLICO FEDERAL
PROCURADORIA REGIONAL ELEITORAL NO RIO GRANDE DO SUL

Transcorreu *in albis* o prazo para o oferecimento de contrarrazões (fl. 108/verso).

Subiram ao TRE/RS e vieram com vista a esta Procuradoria Regional Eleitoral, para exame e parecer (fl. 111).

II – FUNDAMENTAÇÃO

II.I. Tempestividade

O recurso é tempestivo. Colhe-se dos autos que a sentença foi publicada no Diário Eletrônico da Justiça Eleitoral em 21/11/2016 (fl. 98), e que o recurso foi interposto em 23/11/2016 (fl. 99), observando o tríduo legal previsto pelo art. 41-A, § 4º, da Lei nº 9.504/97¹. Assim, merece ser conhecido.

Passa-se à análise.

II.II. Do Mandado de Segurança nº 0600073-70.2016.6.21.0000

A Coligação recorrente noticia que impetrou o Mandado de Segurança nº 0600073-70.2016.6.21.0000, em face da decisão às fls. 77-78, que determinou o desentranhamento dos autos da gravação e da degravação que embasaram a inicial, por ter o juízo *a quo* considerado provas ilícitas, e indeferiu seu pedido de inquirição de Lucas Daniel Klering, tendo em vista que esta testemunha foi um dos interlocutores da gravação considerada ilícita, sendo que seu depoimento estaria contaminado por derivação.

¹§ 4º O prazo de recurso contra decisões proferidas com base neste artigo será de 3 (três) dias, a contar da data da publicação do julgamento no Diário Oficial. (Incluído pela Lei nº 12.034, de 2009)



MINISTÉRIO PÚBLICO FEDERAL
PROCURADORIA REGIONAL ELEITORAL NO RIO GRANDE DO SUL

O noticiado *mandamus*, conforme consulta ao Processo Judicial Eletrônico, foi julgado pelo TRE/RS, em 23/11/2016, sendo acordado pela concessão da segurança, “*a fim de que seja determinada a inclusão, nos autos da Rp n. 54320, da gravação ambiental em questão e da sua degravação, bem como a realização da oitiva da testemunha Lucas Daniel Klering, arrolada pela representante*”.

O acórdão restou assim ementado:

Mandado de Segurança. Representação por captação ilícita de sufrágio. Pedido liminar indeferido.

Decisão de piso que indeferiu o pedido de oitiva de testemunha e determinou o desentranhamento de DVD e de sua respectiva degravação, sob o entendimento de que a gravação ambiental realizada por um dos interlocutores, sem o conhecimento dos demais, e sem prévia autorização judicial, consubstancia prova ilícita, não sendo apta a comprovar suposto ilícito eleitoral.

Licitude da gravação ambiental realizada por um dos interlocutores sem conhecimento do outro. Entendimento sedimentado em sede de repercussão geral pelo Supremo Tribunal Federal. Manutenção nos autos da referida mídia e da respectiva degravação, pois constituem provas aptas a embasar representação eleitoral tutelando a legitimidade e normalidade das eleições e passíveis de análise pelo juízo de origem.

Determinada ainda a oitiva da testemunha arrolada pela parte representante, em atenção ao disposto no art. 5º, inc. LV, da Constituição Federal.

Presença do direito líquido e certo da impetrante.

Concessão da segurança.

Assim, em razão da superveniência do acórdão regional, reconhecendo o direito à prova como líquido e certo, assiste razão à Coligação recorrente ao invocar a anulação da sentença.



MINISTÉRIO PÚBLICO FEDERAL
PROCURADORIA REGIONAL ELEITORAL NO RIO GRANDE DO SUL

II.III. Mérito

O Juízo de primeira instância sentenciou o feito entendendo que o caso não apresenta prova cabal e conclusiva da alegação de captação ilícita de sufrágio. Mencionou a decisão às fls. 77-78 (impugnada com o manejo do MS citado no tópico supra), na qual decidira pela ilicitude da gravação e da transcrição juntadas com a inicial, e pelo indeferimento da prova oral, por esta estar conectada com a prova considerada ilícita.

Com vênias ao posicionamento do magistrado, verifica-se que foi cerceado da Coligação ora recorrente o direito à prova.

(a) Da licitude da gravação ambiental

Inicialmente, destaca-se que é sedimentado o entendimento do Supremo Tribunal Federal de que a gravação de conversa feita por um dos interlocutores não se enquadra no conceito etimológico e jurídico de interceptação. Logo, não se amolda à disposição constitucional que exige autorização judicial para sua realização.

De acordo com o STF, é considerada lícita a prova colhida através da denominada "gravação clandestina", em que há gravação do diálogo por um interlocutor sem o conhecimento do outro, desde que não haja causa legal específica de sigilo nem reserva de conversação, como no caso concreto.

A título exemplificativo, vale citar os seguintes precedentes: HC 91613, Rel. Min. Gilmar Mendes, Segunda Turma, DJe 14.9.2012; AI 560223 AgR, Rel. Min. Joaquim Barbosa, Segunda Turma, DJe 28.4.2011; RE 402717, Rel. Min. Cezar Peluso, Segunda Turma, DJe 12.2.2009.



MINISTÉRIO PÚBLICO FEDERAL
PROCURADORIA REGIONAL ELEITORAL NO RIO GRANDE DO SUL

A matéria, inclusive, foi discutida, em questão de ordem, no Recurso Extraordinário nº 583.937, de relatoria do Ministro Cezar Peluso (DJe 18.12.2009), sendo reconhecida como de repercussão geral, conforme se lê:

Ementa: AÇÃO PENAL. Prova. Gravação ambiental. Realização por um dos interlocutores sem conhecimento do outro. Validade. Jurisprudência reafirmada. Repercussão geral reconhecida. Recurso extraordinário provido. Aplicação do art. 543-13, § 31, do CPC. É lícita a prova consistente em gravação ambiental realizada por um dos interlocutores sem conhecimento do outro.

Questão de Ordem:

A matéria em nada se entende com o disposto no art. 5º, XII, da Constituição da República, o qual apenas protege o sigilo das comunicações telefônicas, na medida em que as põe a salvo da ciência não autorizada de terceiro, em relação ao qual se configura, por definição mesma, a interceptação ilícita.

Esta, na acepção jurídica, vizinha à etimológica, na qual há ideia de subtração (<interceptus< intercipere< inter+capere), está no ato de quem, furtivamente, toma conhecimento do teor da comunicação privada da qual não é partícipe ou interlocutor.

A reprovabilidade jurídica da interceptação vem do seu sentido radical de intromissão que, operada sem anuência dos interlocutores, excludente de injuricidade, nem autorização judicial na forma da lei, rompe o sigilo da situação comunicativa, considerada como *proprium* dos respectivos sujeitos, que, salvas as exceções legais, sobre ela detêm disponibilidade exclusiva, como expressão dos direitos fundamentais de intimidade e liberdade.

Ora, quem revela conversa da qual foi partícipe, como emissor ou receptor, não intercepta, apenas dispõe do que também é seu e, portanto, não subtrai, como se fora terceiro, o sigilo à comunicação, a menos que seja recoberta por absoluta indisponibilidade legal proveniente de obrigação jurídica heterônoma, ditada pela particular natureza da relação pessoal vigente entre os interlocutores, ou por exigências de valores jurídicos transcendentais.

Diz-se com efeito:



MINISTÉRIO PÚBLICO FEDERAL
PROCURADORIA REGIONAL ELEITORAL NO RIO GRANDE DO SUL

'O que fere a inviolabilidade do sigilo é, pois, entrar na comunicação alheia, fazendo com que o que deve ficar entre sujeitos se comunicam privadamente passe ilegitimamente ao domínio de um terceiro. Ou seja, a inviolabilidade do sigilo garante, numa sociedade democrática, o cidadão contra a intromissão clandestina ou não autorizada pelas partes na comunicação entre elas. O objeto protegido pelo inc. XI do art. 5º da CF, ao assegurar a inviolabilidade do sigilo, não são os dados em si, mas sua comunicação. A troca de informações (comunicação) é que não pode ser violada por sujeito estranho à comunicação'.
(RE 583937 QO-RG, Rei. Min. CEZAR PELUSO, DJe 17.12.2009) (grifado).

Nessa assentada, o STF evidenciou a necessidade de preservação da verdade real não só no processo penal, mas também no civil, com mitigação do direito à privacidade, sob pena de se frustrar a própria atividade jurisdicional na solução das lides. Confira-se:

(...) Tirante as situações excepcionais em que, no fundo, prepondera a exigência de proteção da intimidade, ou de outra garantia da integridade moral da pessoa humana, nenhuma consideração pode sobrepor-se à divulgação do relato de conversa telefônica, cuja prova seja necessária à reconstituição processual da verdade e, pois, à tutela de direito subjetivo do proponente ou ao resguardo do interesse público da jurisdição. Nesse sentido já se ponderou:

'Entre os valores da proteção da intimidade das pessoas e de busca da verdade nos processos, qual o valor mais nobre? A meu ver, o que diz respeito à verdade. Foi-se o tempo em que o processo civil se contentava com a verdade formal. À semelhança do processo penal, o civil também há de se preocupar com a verdade material. Chega-se à verdade através da prova, cujo ônus incumbe ao autor, quanto ao fato constitutivo do seu direito. Mas existe fato de difícil prova! A saber, da produção de prova. Impedir que alguém a produza, digamos, por meio de gravação de conversas telefônicas, seria, ao meu sentir, o mal maior'. (grifado).

Aliás, ressalte-se, o STF analisou a licitude da prova à luz da tutela constitucional da privacidade e do sigilo das comunicações, pouco importando a natureza da causa em que discutida a questão – se penal, civil ou eleitoral.



MINISTÉRIO PÚBLICO FEDERAL
PROCURADORIA REGIONAL ELEITORAL NO RIO GRANDE DO SUL

Ora, não se pode admitir a existência de um princípio jurídico absoluto e tampouco que a tutela da intimidade e da vida privada sirva ao propósito de salvaguardar práticas ilícitas da efetivação das imposições legais, em prejuízo aos princípios do Estado de Direito e da legalidade, igualmente previstos constitucionalmente nos artigos 1º, *caput*; 5º, *caput* e inciso II, da Constituição Federal.

Destaca-se que o TRE-RS segue o entendimento do STF quanto à licitude da gravação ambiental, consoante depreende-se das ementas abaixo:

Recurso. Ação de investigação judicial eleitoral. Abuso de poder. Art. 22 da Lei Complementar n. 64/90. Representação. Captação ilícita de sufrágio. Condutas vedadas. Arts. 41-A e 73, incs. I e III, ambos da Lei n. 9.504/97. Eleições 2012. Matéria preliminar afastada. Licitude da gravação ambiental de reunião realizada em local público, com a presença de várias pessoas, sem qualquer indício de violação à intimidade ou quebra da expectativa de privacidade. Não vislumbrado o alegado cerceamento de defesa por tratamento desigual às partes ou indeferimento de prova pericial. Legalidade da denúncia apresentada com base em áudio entregue por terceiros ao Ministério Público Eleitoral, em conformidade com o art. 22 da Lei Complementar n. 64/90.

Reunião em sala de posto de saúde municipal, durante o horário de expediente dos agentes comunitários, com fins eleitorais. **Acervo probatório alicerçado em gravação ambiental** e prova testemunhal, apto a demonstrar a utilização da condição funcional - chefe do Poder Executivo, assessor jurídico municipal e secretário de saúde - para, mediante coação, captar votos e arregimentar força de trabalho para a campanha eleitoral dos representados candidatos. Ato de autoridade tendente a afetar a igualdade de oportunidades entre os disputantes ao pleito. Evidenciados o abuso de poder, a conduta vedada e a captação ilícita de sufrágio.

Sentença de procedência confirmada. Manutenção das penalidades de multa, da declaração de inelegibilidade e da exclusão dos partidos integrantes da coligação representada na distribuição dos recursos do Fundo Partidário, oriundos das multas aplicadas, nos termos do disposto no § 9º do art. 73 da Lei n. 9.504/97.

Provimento negado.



MINISTÉRIO PÚBLICO FEDERAL
PROCURADORIA REGIONAL ELEITORAL NO RIO GRANDE DO SUL

(Recurso Eleitoral nº 73795, Acórdão de 15/06/2016, Relator(a) DRA. GISELE ANNE VIEIRA DE AZAMBUJA, Publicação: DEJERS - Diário de Justiça Eletrônico do TRE-RS, Tomo 107, Data 17/06/2016, Página 5) (grifado).

Ação Penal. Imputação da prática do crime de corrupção eleitoral. Artigo 299 do Código Eleitoral. Eleições 2012.

Competência originária deste Regional para o julgamento, em razão do foro privilegiado por prerrogativa de função.

Matéria preliminar afastada. Licitude da gravação ambiental realizada por um dos interlocutores sem conhecimento do outro. Entendimento sedimentado em sede de repercussão geral pelo Supremo Tribunal Federal.

Não evidenciada a inépcia da inicial, vez que clara a descrição dos fatos.

Distribuição de cestas básicas a eleitores em troca de voto. Conjunto probatório frágil quanto à compra de votos narrada na inicial. Prova testemunhal contraditória, embasada em depoimentos de eleitores comprometidos com adversário político, que não conduz à certeza acerca da materialidade dos fatos alegados. Imprescindível, para um juízo de condenação na esfera criminal, a verdade material, alcançada por meio da produção de provas do fato e da respectiva autoria.

Improcedência.

(Ação Penal de Competência Originária nº 46366, Acórdão de 02/12/2015, Relator(a) DES. FEDERAL PAULO AFONSO BRUM VAZ, Publicação: DEJERS - Diário de Justiça Eletrônico do TRE-RS, Tomo 223, Data 04/12/2015, Página 4) (grifado).

Recursos. **Ação de investigação judicial eleitoral. Captação ilícita de sufrágio. Art. 41-A da Lei n. 9.504/97. Abuso de poder econômico.** Candidatos à majoritária. Procedência. Inelegibilidade. Multa. Eleições 2012.

Matéria preliminar afastada. 1. Nulidade do processo por ausência de litisconsórcio passivo necessário não configurada. A demanda proposta contra o agente público responsável pela prática de captação ilícita de sufrágio não impõe a obrigatoriedade de integração da lide por eventuais beneficiários. 2. **Licitude da gravação ambiental realizada por um dos interlocutores, já que o caso não inspira proteção constitucional da intimidade a justificar a restrição da prova.**

3. Suposições genéricas sobre a atuação do magistrado no procedimento de audiência não suportam a alegada violação aos princípios do contraditório e da ampla defesa. Ausência de ilegalidade processual. 4. Suposto comprometimento político das testemunhas, matéria vinculada à análise do mérito.



MINISTÉRIO PÚBLICO FEDERAL
PROCURADORIA REGIONAL ELEITORAL NO RIO GRANDE DO SUL

Alegado oferecimento de cargos públicos em troca de aliança política e de voto. Apoio à chapa majoritária e posterior assunção em cargos em comissão na prefeitura municipal. Não evidenciada a oferta de valores para que candidatos desistissem de suas candidaturas e apoiassem os representados, bem como não caracterizado o especial fim de agir para captar ilicitamente os votos dos apoiadores. Configurada a formação de aliança política e não a prática de ilicitude eleitoral. Reforma da sentença.

Provimento dos recursos.

(Recurso Eleitoral nº 88479, Acórdão de 03/06/2014, Relator(a) DR. HAMILTON LANGARO DIPP, Publicação: DEJERS - Diário de Justiça Eletrônico do TRE-RS, Tomo 99, Data 05/06/2014, Página 6-7) (grifado).

Ademais, o TSE, da mesma forma, no julgamento do REspe nº 166034, de 16/04/2015, da relatoria do Min. Henrique Neves da Silva, considerou lícita a gravação em local público, não havendo, dessa forma, violação à intimidade ou quebra da expectativa de privacidade, consoante se depreende da ementa abaixo:

RECURSOS ESPECIAIS. ELEIÇÕES 2012. REPRESENTAÇÃO. CAPTAÇÃO ILÍCITA DE SUFRÁGIO. GRAVAÇÃO AMBIENTAL. LICITUDE. VIA PÚBLICA.

1. Para que se possa afirmar a violação ao art. 275 do Código Eleitoral, o recorrente deve indicar qual vício levantado perante a instância recorrida não foi sanado e a sua relevância para o deslinde da causa.

2. Enfrentada a matéria a partir dos depoimentos prestados nos autos pelas testemunhas, não há falar em omissão em relação à posterior oitiva delas perante a autoridade policial, determinada pelo magistrado para a apuração do crime de falso testemunho.

3. Não ocorre violação ao art. 458 do CPC quando o acórdão recorrido registra os elementos de convicção que embasaram o julgamento.

4. Nos termos da atual jurisprudência do Tribunal Superior Eleitoral, a gravação ambiental realizada por um dos interlocutores, sem o conhecimento de um deles e sem a prévia autorização judicial, é prova ilícita e não se presta à comprovação do ilícito eleitoral, porquanto é violadora da intimidade. Precedentes: REspe nº 344-26, rel. Min. Marco Aurélio, DJe de 28.11.2012; AgR-RO nº 2614-70, rel. Min. Luciana Lóssio, DJe de 7.4.2014; REspe nº 577-90, rel. Min. Henrique Neves, DJe de 5.5.2014; AgR-REspe nº 924-40, rel. Min. João Otávio de Noronha, DJe de 21.10.2014.



MINISTÉRIO PÚBLICO FEDERAL
PROCURADORIA REGIONAL ELEITORAL NO RIO GRANDE DO SUL

5. Diversa é a situação em que a gravação registra fato que ocorreu à luz do dia, em local público desprovido de qualquer controle de acesso, pois, nesse caso, não há violação à intimidade ou quebra da expectativa de privacidade. A gravação obtida nessas circunstâncias deve ser reputada como prova lícita que não depende de prévia autorização judicial para sua captação.

6. Para rever a conclusão do acórdão regional no sentido de que "restou devidamente demonstrado, do cotejo de todos os elementos de convicção trazidos aos autos, o ilícito descrito no 41-A da Lei nº 9.504/97" e de que "a distribuição de dinheiro, inicialmente, foi evidenciada pelas imagens acostadas à inicial e, posteriormente, ratificada pela prova testemunhal", seria necessário o reexame do conjunto fático-probatório, o que encontra óbice nas Súmulas 7 do STJ e 279 do STF.

Recursos especiais aos quais se nega provimento.

(Recurso Especial Eleitoral nº 166034, Acórdão de 16/04/2015, Relator(a) Min. HENRIQUE NEVES DA SILVA, Publicação: DJE - Diário de justiça eletrônico, Tomo 90, Data 14/05/2015, Página 183/184) (grifado).

No presente caso, a gravação desentranhada, assim como a degravação, serve à comprovação de possível prática de captação ilícita de sufrágio e abuso de poder, tutelando, pois, indiretamente a legitimidade e normalidade das eleições, insculpidas no artigo 14, §9º, da Constituição Federal, e diretamente a liberdade do eleitor e o equilíbrio de oportunidade aos candidatos, como corolários da cidadania, soberania popular e do regime democrático previstos nos artigos 1º e 14 da Carta Maior.

Daí se verifica a adequação da gravação e da respectiva degravação, que, hoje, se encontram na contracapa destes autos. Trata-se de expediente proporcional, pois permitirá a efetivação máxima da tutela da soberania popular em face de singelo afastamento da tutela à intimidade. Nesse sentido, reitera-se que a intimidade não pode ser empregada para acobertar práticas ilícitas.

A prova, portanto, é regular, devendo ser, dessa forma, determinada a sua inclusão à RP nº 54320, juntamente com a sua degravação, tal, inclusive, como já decidido nos autos do MS 0600073-70.2016.6.21.0000.



MINISTÉRIO PÚBLICO FEDERAL
PROCURADORIA REGIONAL ELEITORAL NO RIO GRANDE DO SUL

(b) Do direito à oitiva de testemunha

Além de se ter reconhecida a ilicitude da gravação ambiental, ao contrário do entendimento pacificado no STF, TSE e TRE-RS, entendeu-se, na origem, pelo indeferimento da oitiva da testemunha Lucas Daniel Klering arrolada pela representante, sob o argumento de que *“(...) se trata de um dos interlocutores da malsinada gravação, estando, pois, seu relato contaminado ante a ilicitude da prova ora reconhecida”* (fls. 77-78).

Primeiro, como acima afirmado, importante destacar que se entende pela licitude da gravação ambiental em questão. Mas, a título de argumentação, ainda que não fosse o entendimento, tem-se que a conclusão de indeferimento da oitiva de testemunha também configurou ato ilegal e, portanto, cerceamento de defesa.

Segundo a teoria dos frutos da árvore envenenada, a prova ilícita contamina as demais provas que dela se originam. Conforme Renato Brasileiro²,

(...) Provas ilícitas por derivação são os meios probatórios que, não obstante produzidos, validamente, em momento posterior, encontram-se afetados pelo vício da ilicitude originária, que a eles se transmite, contaminando-os, por efeito de repercussão geral. (...)
Em outras palavras, não fosse a prova ilícita originária, jamais teria sido possível a prova que dela derivou.
(grifado).

² Lima, Renato Brasileiro de. Manual de processo penal, vol. I – 2ª Ed., Niterói, RJ: Impetus, 2012. Página 875.



MINISTÉRIO PÚBLICO FEDERAL
PROCURADORIA REGIONAL ELEITORAL NO RIO GRANDE DO SUL

Ocorre que, no presente caso, a oitiva de um dos interlocutores da gravação ambiental não se trata de prova que jamais seria possível sem a referida gravação, mas, **muito pelo contrário**, pois foi apenas a partir da testemunha que se obteve acesso à gravação, ou seja, essa derivou da conduta da própria testemunha, sem a qual sequer teria existido, razão pela qual não se pode concluir o contrário, ante a impossibilidade de uma prova antecedente ser considerada contaminada pela obtida em momento posterior.

Logo, trata-se de elementos de prova distintos, de modo que se verifica prejuízo à instrução com o indeferimento da oitiva da testemunha, por considerar o juízo *a quo* a contaminação pela ilicitude da gravação.

Ressalta-se ser de extrema importância a oitiva da testemunha em questão, tendo em vista ter sido a suposta conduta do art. 41-A da LE realizada em face da mesma, não podendo, dessa forma, ser considerada prova inútil e nem meramente protelatória.

Restou evidente o prejuízo sofrido pela representante, que teve cerceado o seu direito à produção probatória, o que prejudicou, inclusive, a instrução do próprio feito, levando-se em consideração ainda a gravidade da conduta a ser averiguada e a natural dificuldade de obtenção de prova em casos de captação ilícita de sufrágio.

Soma-se ao exposto o fato de tratar-se de hipótese de urgência, tendo em vista o exíguo prazo para ajuizamento das ações eleitorais como a presente, e de necessidade, pois, como mencionado, trata-se de prova indispensável para o deslinde do feito.



MINISTÉRIO PÚBLICO FEDERAL
PROCURADORIA REGIONAL ELEITORAL NO RIO GRANDE DO SUL

Ademais, incumbe ao autor a prova quanto à captação ilícita de sufrágio e, nos termos do art. 369 do CPC/15, aplicável subsidiariamente ao feito, as partes têm o direito de empregar todos os meios legais para provar a verdade dos fatos e poder influir na convicção do juiz.

Ante o desentranhamento de prova obtida por meio lícito e o indeferimento de prova testemunhal, restou violado o direito à produção de prova pela representante, impossibilitando, inclusive, a própria instrução probatória processual, ferindo-se, da mesma forma, o art. 5º, inciso LV, da Constituição Federal, que assim prevê: *“aos litigantes, em processo judicial ou administrativo, e aos acusados em geral são assegurados o contraditório e ampla defesa, com os meios e recursos a ela inerentes”*.

Assim, configurada a restrição ao direito de produção de prova, impõe-se o reconhecimento da nulidade da sentença, com o consequente retorno dos autos à origem, razão pela qual o recurso merece ser provido.

III – CONCLUSÃO

Ante o exposto, opina o MINISTÉRIO PÚBLICO ELEITORAL pelo provimento do recurso, anulando-se a sentença proferida, com o retorno dos autos à primeira instância, a fim de que sejam reincluídas as gravações ambientais e as suas respectivas transcrições, consideradas lícitas, bem como seja procedida a oitiva da testemunha Lucas Daniel Klering, arrolada pela parte representante/recorrente, conforme decidido por essa Egrégia Corte, no julgamento do MS 0600073-70.2016.6.21.0000.

Porto Alegre, 9 de janeiro de 2017.

Marcelo Beckhausen
PROCURADOR REGIONAL ELEITORAL

C:\conversor\tmlpef962q8o01h44h9v4vi075709887513454333170109230028.odt