EXCELENTÍSSIMO SENHOR DESEMBARGADOR ELEITORAL RELATOR

EGRÉGIO TRIBUNAL REGIONAL ELEITORAL DO RIO GRANDE DO SUL

Recurso Eleitoral n.º 329-50.2016.6.21.0004

Procedência: CAMPOS BORGES - RS (4ª ZONA ELEITORAL – ESPUMOSO)

Assunto: RECURSO ELEITORAL - REPRESENTAÇÃO - CAPTAÇÃO ILÍCITA DE SUFRÁGIO - CARGO - PREFEITO - VICE-PREFEITO - PROCEDENTE - CASSAÇÃO DE DIPLOMA - MULTA - INELEGIBILIDADE

Recorrentes: EVERALDO DA SILVA MORAES, Prefeito de Campos Borges

ALTAMIRO TRENHAGO, Vice-prefeito de Campos Borges

Recorrido: MINISTÉRIO PÚBLICO ELEITORAL

Relator: DES. EDUARDO AUGUSTO DIAS BAINY

PARECER

RECURSO ELEITORAL. REPRESENTAÇÃO. CAPTAÇÃO ILÍCITA DE SUFRÁGIO. ART. 41-A DA LEI Nº 9.504/97. CANDIDATOS A PREFEITO E VICE-PREFEITO ELEITOS. PROVA LÍCITA. CONFIGURAÇÃO. ***1.*** Conforme entendimento sedimentado do Supremo Tribunal Federal, a gravação da 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. ***2.*** Da mesma forma, entende-se pela licitude das mídias à fl. 19, tendo em vista que a moldura fática do presente caso não permite a conclusão de ocorrência do flagrante preparado. ***3.*** Prova robusta da prática de captação ilícita de sufrágio, consubstanciada em gravação ambiental corroborada por prova testemunhal colhida em juízo e prova documental, a confirmar o preenchimento dos elementos configuradores da conduta ilícita: ***a)*** conduta ocorrida durante o período eleitoral (promessa), com participação direta do candidato; ***b)*** a especial finalidade de obter o voto (elemento subjetivo da conduta); ***c)*** direcionada a eleitora determinada. ***Parecer pelo afastamento da preliminar e, no mérito, pelo desprovimento do recurso, mantendo-se a sentença recorrida que cassou os diplomas de Prefeito e Vice-Prefeito aos representados EVERALDO DA SILVA MORAES e ALTAMIRO TRENHAGO, respectivamente, bem como lhes aplicou multa no valor de R$ 21.282,00 (vinte e um mil, duzentos e oitenta e dois reais) para cada um.***

I – RELATÓRIO

Os autos veiculam recurso eleitoral interposto por EVERALDO DA SILVA MORAES e ALTAMIRO TRENHAGO, Prefeito e Vice-prefeito de Campos Borges/RS, respectivamente, em face da sentença (fls. 548-554) que julgou procedente a representação por captação ilícita de sufrágio ajuizada pelo MINISTÉRIO PÚBLICO ELEITORAL, para o fim de cassar os diplomas conferidos aos ora recorrentes, condenando-os, ainda, consoante o art. 89 da Resolução TSE nº 23.457/15, ao pagamento de multa no valor de R$ 21.282,00 (vinte e um mil, duzentos e oitenta e dois reais) para cada um, bem como declarou a inelegibilidade dos representados e requisitou a abertura de inquérito, a fim de se apurar a pática dos crimes do art. 299 do CE.

Em face dessa sentença, os representados opuseram embargos de declaração (fls. 558-574), os quais não restaram acolhidos (fls. 577-578v.).

Irresignados, EVERALDO DA SILVA MORAES e ALTAMIRO TRENHAGO interpuseram recurso (fls. 581-633-A). Arguem a ilicitude da gravação ambiental juntada aos autos, pois, além de clandestina, sustentam caracterizar flagrante preparado, não tendo, dessa forma, os eleitores sua vontade viciada. Ademais, sustentam, em síntese, que não foi levado em consideração pela sentença a edição de imagens, o “áudio importante”, as atas notariais e a ocorrência policial registrada pela testemunha JOCIMARA em face dos denunciantes. Alegam que o plano de governo mencionado nos autos não pode ser interpretado subjetivamente como sinônimo de benesse para compra de votos, pois trata-se de material de campanha. Os recorrentes ressaltam, ainda, que as testemunhas negaram terem recebido dinheiro dos representados. Assim, sustentam que somente foram considerados vídeos desprovidos de ratificação judicial. Requerem, assim, a reforma da sentença, a fim de que a presente ação seja julgada improcedente.

Com contrarrazões (fls. 642-646), os autos subiram ao TRE-RS e vieram, na sequência, à Procuradoria Regional Eleitoral (fl. 655).

II – FUNDAMENTAÇÃO

II.I – PRELIMINARMENTE

II.I.I Da numeração das folhas dos autos

Ressalta-se que essa PRE, ao analisar os autos, percebeu que as folhas do volume 4 encontravam-se em desordem, tendo, assim, procedido à sua ordenação, contudo, registra-se a ausência da página de número 653.

II.I.II Da tempestividade

O recurso é **tempestivo**. A sentença foi publicada, no DEJERS, em 22/03/2017 (fl. 555), tendo os ora recorrentes oposto embargos de declaração em 23/03/2017 (fl. 558), os quais restaram desacolhidos em decisão publicada, no DEJERS, no dia 29/03/2017 (fl. 579).

Dessa forma, tendo o recurso sido interposto em 03/04/2017 (fl. 581), restou observando o tríduo legal previsto pelo artigo 41-A, § 4º, da Lei nº 9.504/97[1]. Logo, deve ser conhecido o recurso.

II.I.III Da licitude das gravações ambientais dos autos

A respeito do tema, conforme entendimento sedimentado no Supremo Tribunal Federal, a gravação da conversa feita por um dos interlocutores não se enquadra no conceito etimológico e jurídico de interceptação, razão pela qual não exige autorização judicial para sua realização.

[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)

De acordo com o Supremo, 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.

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 transcendentes.

> Diz-se com efeito:
> "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)

Nessa assentada, o STF evidenciou a necessidade de preservação da verdade real não só no processo penal, 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'.

Aliás, ressalte-se o Supremo 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.

No processo eleitoral, tanto penal quanto cível, o próprio TSE possui precedentes, alinhados ao STJ e ao STF, pela licitude da gravação ambiental (Agravos regimentais em Respe nºs 25.867, 25.258, 25.883, 25.558 e 36.992; Respe 28.588, AgR-AI nº 76984/SC, 2008; ARespe nº 27845/RN, 2009; AgR-REspe nº 36992/MS, 2010; REspe nº 49928/PI, 2011; AgR-REspe nº 54178/AL, 2012).

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 II, da Constituição Federal.

No presente caso, as gravações servem à comprovação da prática de captação ilícita de sufrágio, tutelando, pois, indiretamente a legitimidade e normalidade das eleições, insculpidos 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 das gravações. Trata-se de expediente proporcional, pois permite a efetivação 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.

Oportuno, assim, acolher os fundamentos da sentença, *in litteris*:

> (…) Adianto que tenho entendimento semelhante e cito os argumentos do Juiz da 45ª Zona Eleitoral, José Francisco Dias da Costa Lyra, no sentido de que a prova é lícita, embora não desconheça que a jurisprudência é dual, havendo entendimento no TRE e TSE no sentido de que a gravação ambiental obrada por um dos interlocutores, por violação do princípio constitucional da intimidade, é ilícita.

> Sob essa ótica, aduzo que sufrago do entendimento de que o eventual desconhecimento da gravação/filmagem por um dos interlocutores não dá margem à ilegalidade da prova. Até mesmo porque tornaria impossível tal meio de prova, protegendo a ilicitude em contraste com a moralidade, ética e a ordem constitucional vigente. (…)
> Ademais a filmagem foi realizada por um dos participantes do diálogo, para comprovação de fato relevantes. Então, não houve violação ao direito fundamental da intimidade e sigilo das comunicações, porque, insisto, a filmagem só seria ilícita caso fosse realizada sem a ciência de ambos interlocutores. E, diga-se, nessa hipótese só com autorização judicial, sob pena de ilicitude. Nesse sentido, a lição de Eugênio Pacelli (Curso de Processo Penal. 16. ed. São Paulo: Atlas, 2012, p. 338):
>
> (...) quando um dos interlocutores promove a gravação da conversa sem o consentimento do outro, a ilicitude não ocorrerá, efetivamente, do fato da gravação. E isso porque o conteúdo da conversa empreendida foi disponibilizado àquele interlocutor; assim, porque conhecedor do conteúdo, não haveria problema na gravação feita por este.
>
> No entanto, quando referido conteúdo for disponibilizado, aí sim, poderá haver a afetação a direitos de terceiros. Nesse caso, embora lícita a gravação, a revelação de seu conteúdo poderia não sê-lo, afinal, o que ali teria sido dito não se destinava a mais ninguém, pois realizada no âmbito da intimidade dos interessados. (…)
>
> Nesse sentir, a jurisprudência do STF quando assevera ser lícita a prova consistente em gravação de conversa por um dos interlocutores se não há causa legal ou específica de sigilo na conversação, sobretudo quando se destina a fazer prova, em juízo de inquérito, a favor de quem a gravou (STF, RE nº 402.717-8, PA, Rel. Min. Cezar Peluso, julgado em 02-12-2002. No mesmo sentido, RE nº 583.937, RJ).
>
> Comunga de tal entendimento o mestre Renato Brasileiro de Lima (Manual de Processo Penal. Vol. I. Niterói,RJ: Impetus, 2011, p. 904 e ss.), quando lecionando sobre a teoria do risco do Direito Norte-Americano, que confere validade da prova obtida mediante violação do direito à intimidade, argumentando que se a pessoa participa, espontaneamente, de eventos ilícitos, assume o risco quanto a documentação do fato por outrem. Nas palavras do autor,
>
> “no Brasil, não se tem registros da aplicação expressa da teoria do risco pelo Supremo Tribunal Federal, nem tampouco pelo Superior Tribunal de Justiça.

Não obstante, em relação às gravações clandestinas, em que um dos interlocutores grava uma conversa telefônica sem o consentimento do outro, o Supremo tem concluído pela sua admissibilidade no processo, desde que não haja causa legal de sigilo ou de reserva de conversação, in verbis: Como gravação meramente clandestina, que não se confunde com interceptação, objeto de vedação constitucional, é lícita a prova consistente no teor de 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, sobretudo quando se predestine a fazer prova, em juízo ou inquérito, a favor de quem a gravou".

A esse respeito, confiram-se os seguintes arestos do TSE:

Representação. Captação ilícita de sufrágio. Art. 41-A da Lei nº 9.504/97. 1. Ausente nos autos prova da publicação da sentença, não há como reconhecer a intempestividade do recurso interposto para o TRE. 2. **Segundo tem decidido o Tribunal, o desconhecimento da gravação de conversa por um dos interlocutores não implica nulidade da referida prova**. 3. Não há falar em cerceamento de defesa, em virtude do indeferimento da prova pericial, se, conforme assentou o Regional, ela se afigurou desnecessária e o próprio interlocutor da conversa, por livre e espontânea vontade, admitiu o diálogo como existente e verdadeiro. 4. Para afastar a conclusão do voto condutor do acórdão na Corte de origem - de que o fato narrado na representação não configurou compra de voto, mas, sim, mera tratativa de proposta de trabalho - necessário seria o reexame do contexto fático-probatório, o que é vedado em sede de recurso especial, nos termos da Súmula nº 279 do Supremo Tribunal Federal. Recurso especial a que se nega provimento. (Recurso Especial Eleitoral nº 35479, Acórdão de 09/06/2009, Relator(a) Min. ARNALDO VERSIANI LEITE SOARES, Publicação: DJE - Diário da Justiça Eletrônico, Volume -, Tomo 148/2009, Data 5/8/2009, Página 73-74)

1. Agravo regimental no recurso especial. Prova. Gravação de conversa ambiental. Desconhecimento por um dos interlocutores. Licitude das provas originária e derivada. Questão de direito. Precedentes. O **desconhecimento da gravação de conversa por um dos interlocutores não enseja ilicitude da prova colhida, tampouco da prova testemunhal dela decorrente**. 2. Prova. Gravação de conversa ambiental. Transposição de fitas cassete para CD. Mera irregularidade formal. Não incidência da teoria dos frutos da árvore envenenada. Retorno dos autos ao TRE para que proceda a novo julgamento do feito, como entender adequado. Agravo regimental a que se nega provimento. A prova formalmente irregular, mas não ilícita, não justifica a aplicação da teoria dos frutos da árvore envenenada. (AGRAVO REGIMENTAL EM RECURSO ESPECIAL ELEITORAL nº 28558, Acórdão de 11/09/2008, Relator(a) Min. JOAQUIM BENEDITO BARBOSA GOMES, Publicação: DJE - Diário da

> Justiça Eletrônico, Data 30/9/2008, Página 13)
>
> Também destaco que se aplica ao caso em liça, como argumento a tese da regularidade da prova, a teoria do risco, exceção à teoria de vedação da prova ilícita (*exclusionary rule*), que ensina que é válida a prova obtida mediante malferição ao direito à intimidade (no caso de filmagens, hipótese dos autos), daquele que fez, voluntariamente, revelações a respeito de sua participação em eventos ilícitos, pois assume o risco quanto à documentação do fato por outrem (Ver, no particular, Walter Nunes da Silva Júnior. Curso de direito processual penal - teoria (constitucional) do processo penal. Rio de Janeiro: Renovar, 2008, p. 521-523).

Nesse sentido, inclusive, é o entendimento do TRE-RS, conforme se verifica do precedente abaixo, proferido em 17/02/2017:

> Recurso. Ação de investigação judicial eleitoral. Representação. Captação ilícita de sufrágio. Art. 41-A da Lei n. 9.504/97. Condenação. Vereador. Cassação do diploma. Eleições 2016.
> **Afastadas as prefaciais de nulidade de gravação ambiental realizada por um dos interlocutores e de prova testemunhal. Teor de conversa não protegido pela privacidade. Provas não sujeitas à cláusula de sigilo. Sendo lícita a gravação, não se caracteriza como ilícita por derivação a prova consistente em depoimento de testemunha.**
> Entrega de dinheiro, a duas eleitoras identificadas, condicionada a promessas de voto. Comprovado o especial fim de agir para obter-lhes o voto, circunstância apta a configurar a captação ilícita de sufrágio. Cassação do diploma decorrente da simples prática do ilícito, independentemente do grau de gravidade da conduta. Incidência obrigatória. Fixação da multa de maneira adequada, bem dimensionada para o caso em tela.
> Provimento negado.
> (Recurso Eleitoral nº 57328, Acórdão de 17/02/2017, Relator(a) DR. JAMIL ANDRAUS HANNA BANNURA, Publicação: DEJERS - Diário de Justiça Eletrônico do TRE-RS, Tomo 30, Data 21/02/2017, Página 4) (grifado).

Ademais, o fato de as gravações terem ocorrido na residência da eleitora JOCILMARA não é elemento a macular a licitude da prova. Ocorrendo os diálogos na residência de JOCILMARA, a proteção constitucional da intimidade e da privacidade contemplavam a esfera individual da moradora, e não dos interlocutores representados.

Ainda, a referida eleitora, em seu depoimento em Juízo, não demonstrou qualquer insurgência quanto à divulgação dos diálogos gravados, não havendo, pois, qualquer violação ao seu direito à intimidade e à privacidade.

Vale acrescentar que também não há infringência de direitos fundamentais, como o direito à privacidade ou intimidade, porquanto, pelo que se depreende da gravação, o motivo da ida dos candidatos à casa da eleitora – nos dois momentos em que restou registrado - foi divulgar sua candidatura e pedir votos, de modo que, naquele momento, não estava envolvida a própria privacidade e intimidade, e, sim, justamente o contrário, onde a situação requeria a exposição das suas imagens e das suas ideias, nada diferindo, portanto, de um comportamento público e em público.

Quanto à alegação de que se tratou de circunstância previamente preparada pelos eleitores, semelhante à figura do flagrante preparado, o que caracterizaria crime impossível, tal colocação merece ser repelida do caso concreto.

Inicialmente, destaca-se que não se desconhece o entendimento do TSE quanto à possibilidade de reconhecimento da ilicitude de prova decorrente de gravação ambiental produzida mediante flagrante preparado, nos casos de captação ilícita de sufrágio. Contudo, a moldura fática do presente caso não permite a conclusão de ocorrência do flagrante preparado.

Sabe-se, nos termos da doutrina de CAPEZ[2], que o flagrante preparado constitui modalidade de crime impossível, pois, embora o meio empregado e o objeto material sejam idôneos, o conjunto circunstancial previamente preparado elimina totalmente a possibilidade da produção do resultado. Acrescenta TÁVORA[3] que, no flagrante preparado, o agente é induzido ou instigado a cometer o delito por uma verdadeira armadilha maquinada com intuito de gerar a situação de flagrante.

[2] CAPEZ, Fernando. Curso de Processo Penal. 11 ed. rev. e atual. São Paulo: Saraiva, 2010.
[3] TAVORA, Nestor, ALENCAR, Rosmar Antonni Rodrigues Cavalcanti de. Curso de Direito Processual Penal. Salvador: Juspodivm, 2008. p.464.

Em que pese a questão possa ser confundida com o mérito da causa, por exigir a valoração da prova – o que será efetuado substancialmente na análise do mérito-, é possível adiantar que, das circunstâncias das gravações à fl. 19, depreende-se que os candidatos agiram de forma livre, não tendo sido a sua vontade viciada.

Inicialmente, ressalta-se que a visita aos eleitores deu-se de forma espontânea, uma vez que, em seu depoimento, o candidato EVERALDO sustentou que passava de casa em casa, durante a campanha.

O fato de a iniciativa da conduta ter partido dos eleitores não retira a voluntariedade do diálogo perpetrado e da atuação dos representados, bem como não pode ser apta a desconfigurar o ato ilícito, tendo em vista que o art. 41-A da LE caracteriza-se como um ato bilateral.

Conforme leciona Rodrigo López Zilio, "**em determinados casos, porque se trata de ato bilateral, a iniciativa do negócio ilícito pode partir do próprio eleitor, situação em que somente haverá como configurada a vedação quando houver a aquiescência do candidato, através da promessa, entrega ou doação do bem ou vantagem em troca do voto**"[4].

Aliás, nos termos da jurisprudência do TSE[5], para a configuração do art. 41-A da LE, sequer se exige que a conduta seja praticada pelo próprio candidato, bastando haver prova da anuência do mesmo, isto é, da sua adesão consciente e voluntária na conduta ilícita praticada por outrem.

[4] ZILIO, Rodrigo López. Direito Eleitoral. 5ª edição – Porto Alegre: Verbo Jurídico, 2016. p 574
[5] Precedentes: Recurso Especial Eleitoral nº 36335, Acórdão, Relator(a) Min. Aldir Guimarães Passarinho Junior, Publicação: RJTSE - Revista de jurisprudência do TSE, Volume 22, Tomo 1, Data 15/02/2011, Página 146; Recurso Ordinário nº 318392, Acórdão, Relator(a) Min. Antonio Herman De Vasconcellos E Benjamin, Publicação: DJE - Diário de justiça eletrônico, Data 04/11/2016, Página 174.

No caso em análise, depreende-se das gravações, a participação direta do candidato EVERALDO, através da entrega de valores e promessa efetivada, e a aquiescência do candidato ALTAMIRO TRENHAGO - o que será devidamente analisado no mérito-, não havendo qualquer indicação de que os candidatos tenham sido obrigados, induzidos ou provocados a fazer as ofertas que realmente fizeram; pelo contrário, assim se dispuseram por vontade própria.

Como também, irrelevante a alegação de que os eleitores já estariam com o seu voto viciado porquanto é justamente o que o art. 41-A da LE busca verificar e evitar: a vontade do eleitor corrompida. Ademais, tratando-se de ato bilateral, a vontade efetivamente se corrompe com a entrega de dinheiro ou a promessa de vantagem.

Dessa forma, não se deve acolher a tese de ocorrência de "flagrante provocado ou preparado", uma vez que não é possível apreender das gravações que os eleitores tenham conduzido ardilosamente a conversa, mas, sim, que os candidatos agiram voluntária e livremente, conforme se analisará de forma exauriente na análise do mérito.

Ademais, destacam-se os argumentos exarados pela decisão que não acolheu os embargos de declaração (fls. 577-578):

> (…) Porém, no caso em questão, o art. 41 da Lei 9.504/97, visa controlar a ética do candidato, pois não exige o resultado, tratando-se infração formal, assim dizendo "constitui captação de sufrágio, vedada por esta Lei, o candidato doar, oferecer, prometer, ou entregar, ao eleitor".
> Como bem diz Rodrigo López Zilio (Direito Eleitoral, 5ª Edição, Verbo Jurídco, 2016): Porque se trata de infração formal, não é exigida a prova de que o eleitor tenha efetivamente votado no candidato que praticou o ilícito; in casu, a concretização do voto é mero exaurimento. (...) pg. 576.
> Não exigindo o resultado para tipificação da conduta, não há como aplicar a teoria do flagrante preparado que se funda na inexistência de resultado, em fatos que exigem resultado.
> Segundo, temos que verificar que o bem jurídico protegido em questão é a lisura do pleito mas não somente isso. A captação ilícita de sufrágio foi introduzida no ordenamento jurídico através de projeto de lei de iniciativa popular, uma conquista da cidadania e fruto de um movimento que prima pela ética e probidade no trato da coisa pública.

> Admitir que o candidato provocado por terceiro é passível de cometer ato de corrupção eleitoral, é ir contra a ética e probidade, objetivo da criação art. 41-A, sendo também objetivo desse.
> Possibilitar que um candidato durante a eleição se submeta a agente provocador, é possibilitar que o candidato eleito durante o cumprimento do mandato eletivo se provocado cometa ato improbo, indo contra o princípio da moralidade presente no art. 37 da CF. Terceiro, temos que botar em peso os direitos que estão sendo protegidos. No caso do direito penal temos o direito à liberdade do acusado versos o bem da vida protegido, direito patrimonial, saúde pública. Direitos de pesos diferentes, que confim de proteger o direito maior do acusado é facilitada sua defesa com uso da teoria em questão. No presente caso o direito maior não é o do réu capacidade eleitoral passiva, e sim do Estado e da Sociedade, de direito a um estado democrático de direito que só é alcançado com a lisura do pleito, ética e probidade. Quarto, para falarmos de flagrante preparado, temos que admitir a ocorrência do fato, o que a defesa até o presente momento não admite. A defesa alega a inexistência do fato e ao mesmo tempo a ocorrência de flagrante preparado. Ou seja, não o fiz, caso tenha feito foi flagrante preparado. A controvérsia na própria defesa o que descredibiliza a alegação.
> O flagrante preparado é aquele em que, admitida a ocorrência do fato, o crime não se consuma diante da tomada das devidas precauções pelo agente provocador. O que não é o caso visto, a quantidade de pessoas presentes nos fatos e a capacidade do agente provocador, que não tem nem um poder estatal, não se mostra certo que esse conseguiu evitar o resultado, ou tinha capacidade para tanto, não podendo prosperar a alegação de flagrante preparado. (...)

A gravação, portanto, é regular em todos esses sentidos.

II.II – MÉRITO

O MINISTÉRIO PÚBLICO ELEITORAL interpôs representação por captação ilícita de sufrágio em face de EVERALDO DA SILVA MORAES e ALTAMIRO TRENHAGO, sustentando, em síntese, que os demandados obraram captação ilícita de sufrágio no pleito de 2016, “comprando votos” de seus eleitores sob a efetiva entrega de dinheiro e a promessa de alcançar-lhes benefícios e proveitos econômicos, nos termos das provas juntadas aos autos. Requereu a procedência da representação com a cassação do registro e diploma dos representados, além da aplicação da pena de multa.

A representação foi julgada procedente para o fim de cassar os diplomas de Prefeito e Vice-Prefeito conferidos aos ora recorrentes EVERALDO DA SILVA MORAES E ALTAMIRO TRENHAGO, respectivamente, relativamente ao pleito de 2016, nos termos do art. 41-A da Lei nº 9.504/97, tendo sido condenados, ainda, conforme preconiza o art. 89 da Resolução STE nº 23.457/15, ao pagamento de multa no valor convertido de R$ 21.282,00 (vinte e um mil, duzentos e oitenta e dois reais) para cada um. Por fim, declarou-os inelegíveis por 8 (oito) anos a contar da data da eleição, nos termos do art. 1º, I, alínea "j" da Lei Complementar 64/90.

Compulsando os autos, verifica-se que **a sentença deve ser mantida**.

Primeiramente, cumpre salientar que 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.

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

Nessa perspectiva, 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 cinqüenta 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. (Incluído pela Lei nº 9.840, de 1999)

> §1º Para a caracterização da conduta ilícita, é **desnecessário o pedido explícito de votos**, bastando a evidência do dolo, consistente no especial fim de agir. (Incluído pela Lei nº 12.034, de 2009) (grifado).

A propósito, 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) ou determinável(eis).

Neste sentido também é o entendimento jurisprudencial:

> ELEIÇÕES 2012. AGRAVO REGIMENTAL NO AGRAVO DE INSTRUMENTO. REPRESENTAÇÃO. CARGO. VEREADOR. CAPTAÇÃO ILÍCITA DE SUFRÁGIO (ART. 41-A DA LEI N° 9.504/97). CAPTAÇÃO OU GASTO ILÍCITO DE RECURSOS FINANCEIROS DE CAMPANHA ELEITORAL (ART. 30-A DA LEI DAS ELEIÇÕES). QUESTÃO DE ORDEM RELATIVA AO ART. 105-A DA LEI N° 9.504/97. PRECLUSÃO. AUSÊNCIA DE VIOLAÇÃO AO ART. 275 DO CÓDIGO ELEITORAL. ARCABOUÇO FÁTICO-PROBATÓRIO QUE DEMONSTRA A CARACTERIZAÇÃO DA CAPTAÇÃO ILÍCITA DE SUFRÁGIO. PRESCINDIBILIDADE DA ANÁLISE QUANTO À CONFIGURAÇÃO DO ART. 30-A. INDEPENDÊNCIA DA PENA DE CASSAÇÃO DO MANDATO ANTE A CONSTATAÇÃO DA PRÁTICA DE CAPTAÇÃO ILÍCITA DE SUFRÁGIO. DESPROVIMENTO.
> 1. **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)**. (...)
> 6. Agravo regimental desprovido.
> (Agravo Regimental em Agravo de Instrumento nº 67293, Acórdão de 25/08/2016, Relator(a) Min. LUIZ FUX, Publicação: DJE - Diário de justiça eletrônico, Data 27/09/2016) (grifado).

No presente caso, toda a prova coletada – testemunhal e documental - demonstra suficientemente a concretização dos ilícitos pelos ora recorrentes, conforme muito bem dispôs a sentença (fls. 550-553v.), cujos fundamentos, no tocante, acolho:

> (…) **Analisando a prova oral (mídia audiovisual derivada da solenidade das fls. 394-396), tem-se que a testemunha, Jocimara Ignácio da Silva, autora das gravações, estranhamente, afirma que não recebeu o dinheiro do então candidato Everaldo, no momento do aperto de mãos. Segundo a mesma, ela já estava com o dinheiro nas mãos. Mais estranhamente ainda, após pergunta do Promotor de Justiça, se ela tinha o costume de "sacudir dinheiro em casa", a resposta foi que "de vez em quando" e quando perguntada sobre o motivo de mostrar o dinheiro, visivelmente nervosa, não responde nada. Parece claro que a testemunha não disse a verdade em juízo, já que a conduta dela no vídeo contradiz sua afirmação. No vídeo "movi003.avi", Jocimara, após apertar a mão do candidato, sacode as notas em frente a câmera, demonstrando sua intenção de comprovar o recebimento de dinheiro, se essa não fosse a sua vontade, não teria razão para realizar tal conduta**.
>
> No particular, depreende-se que aludida testemunha retratou-se em juízo, motivada por razões supervinientes as gravações que deram origem a Representação. **Razões estas que não tem o condão de desconstituir a prova**. **Não podendo ficar a avaliação da prova à mercê da testemunha**.
>
> Analisando o vídeo "movi003.avi", percebe-se que não há edição, ele começa com a chegada dos candidatos na residência e só é encerrado após a despedida com aperto de mãos do candidato Everaldo e a testemunha Jocimara. **Percebe-se claramente que Everaldo conta as notas no bolso, para posteriormente apertar a mão de Jocimara e repassar o dinheiro, em ato contínuo Jocimara recebe o dinheiro, passa as notas da mão direita para esquerda e sacode as mesmas em frente a câmera**. As imagens são claras, não restando dúvidas quanto a entrega dinheiro, tão pouco margem para alegação de edição do vídeo. **No mais se visualiza do vídeo em questão que a mão do réu estava em forma concha, claramente segurando algo, visando disfarçar a entrega do dinheiro**.

Da simples análise deste vídeo já demonstra-se configurada a captação ilícita de sufrágio, já que o candidato entregou uma quantia em dinheiro para a eleitora, com o fim de obter-lhe o voto no período de campanha eleitoral. **Fato que não foi negado pelos Representados, já que quando perguntados em audiência de instrução, confirmaram que eram eles as pessoas presentes nos vídeos, desta forma, não há que se falar em edição dos vídeos, como alegado pela defesa nos autos**. Ademais **o próprio perito contratado pela defesa é claro em seu testemunho ao afirmar que fora cortes no início e final da filmagem, não há qualquer edição no vídeo**.

Com tal prática, violou-se o disposto no art. 41-A da Lei nº 9.504/97, que tem por finalidade a proteção da liberdade de sufrágio, garantindo ao eleitor o direito de votar livremente (caro à democracia, num país marcadamente desigual e informado pelo patrimonialismo), destituído de pressões e influências sociais, psicológicas, materiais, etc, reprimindo, em última análise, a "mercancia eleitoral", prática costumeira, lamentavelmente, em nosso país.

Já a testemunha **Antônio Moreira** relatou que foi ao encontro dos candidatos a pedido de Jocimara.

Afirma que os representados não ofereceram dinheiro nem prometeram nada, sendo que **o pedido de R$ 500,00 (quinhentos reais), referia-se ao custo da viagem de 2 parentes que residem em Caxias do Sul**, mas que os candidatos permaneceram quietos e ele entendeu que o pedido não foi aceito. Logo após, os candidatos foram embora e ele não recebeu nada. Perguntado pelo Promotor de Justiça, o que ele entendia por plano de governo, relatou que acreditava se tratar de propaganda.

Analisando o vídeo movi002.avi, é possível verificar os candidatos chegando a casa de Jocimara e iniciando uma conversa com Antônio, conversa que começa com um pedido de apoio e críticas políticas. Logo Antônio toma a iniciativa da conversa e em certo ponto diz: " hoje eu liguei pro Marcelino, de manhã, ...aí eu disse prá ele, Marcelino fica na tua ali que qualquer coisa que eu me acertar com os "rapaz", eu te ligo amanhã cedo prá ti "vim"...então se nós se acertar aqui...aí amanhã eu ligo prá ele...aí nos vamo negociar...vai ter uns 6 (seis) votos...3 (três) nós vamos ter em casa, nós temos a Márcia que mora comigo, eu e a véia...e eles... 3 (três) que vem de lá, mas eu tinha feito uma ótica assim...de vocês me dar R$ 1.000,00 (mil reais), mas agora conversando com a mulher véia lá em casa, eu disse prá ela...eles vão gastar uns R$ 200 (duzentos) conto de gasolina prá ir e voltar...aí é claro que nós vamos ter que dar uma bóia prá eles aí, né?...

eu acho coisa mais certa...aí então vocês me dando R$ 500,00 (quinhentos) pila tá bom...se serve prá vocês assim? Everaldo e Altamiro se olham e Everaldo diz: É, mas hoje em dia é proibido dar dinheiro...Antônio responde: mas prá vir de lá...vem gastando...eu sei que não pode...vocês podem também não dá..."deixemo". Após esse trecho, Antônio ameaça sair do Partido, logo em seguido Everaldo diz: mas vamos ver, amanhã nós vamos lá conversar, vou lhe mostrar mais algumas propostas de governo e de trabalho. Antônio diz que está cheio de propostas deles (referindo-se ao folder) e Everaldo responde: mas daí nós vamos lá lhe mostrar as propostas...aí fica mais...vai amanhã lá, mas durante o dia, de manhã cedo, durante a manhã daí nós "vamo" ...Antônio diz: é amanhã encerra e Everaldo responde: pode ficar tranquilo...daí nós "levemo" uma "proposta".

Do contexto da conversa, percebe-se que Antônio Moreira solicita R$ 500, 00 (quinhentos reais) para que 3 (três) pessoas que estão residindo em outra cidade, mas que votam em Campos Borges, venham votar nos candidatos, pedido esse que em um primeiro momento, não é atendido.
Porém, minutos depois, após Antônio ameaçar sair do Partido, Everaldo pede que ele compareça a em algum lugar, no outro dia de manhã, para lhe mostrar as "propostas de governo", as quais Antônio diz já ter muitas (referindo-se ao fôlder de campanha), mas Everaldo insiste e afirma que ele pode ficar tranquilo que eles levarão uma proposta. **Parece evidente que, neste contexto, o termo "proposta de governo", na verdade é uma forma de dissimular a captação ilícita de sufrágio, já que Antônio afirma que já possuí várias cópias das propostas de governo dos candidatos, mas mesmo assim, Everaldo insiste que ele o encontre no outro dia de manhã e tranquiliza Antônio (deixando entender que atenderá o seu pedido) afirmando que no dia seguinte "levará uma proposta"**. **Além do mais, há várias relatos nos autos onde verifica-se que os candidatos sempre referiam-se a "propostas de governo" quando conversavam com os eleitores**.

Rodrigo dos Santos Vieira, testemunha, sinalou que foi ao encontro dos candidatos a pedido de Jocimara para saber o que eles estavam "aprontando" e confirmou que era ele que estava nas filmagens (movi002.avi).

Perguntando sobre o que seria o plano de governo referido na conversa, afirmou que era o folheto dos candidatos e que tinha o costume de pedir o plano de governo dos canidatos nas eleições. Questionado sobre a frase em que pergunta para o candidato Everaldo: **Tu não tem como me ajeitar um plano de governo bom aí?** respondeu que tratava-se do fôlder de campanha. Já em ralação **a frase dita pelo candidato Everaldo: "os planos de governo pro teu irmão foram bem certinho. Quem sabe ele te deu algum?"**, afirmou que não recebeu nada. O Promotor Eleitoral, questionou se ele pediu emprego, sendo que a resposta foi negativa.

Analisando o contexto da conversa e do relato da testemunha em juízo, percebe-se, mais uma vez, a utilização do termo "plano de governo". Qual seria o motivo da testemunha perguntar ao candidato se ele conseguiria "ajeitar" um plano de governo bom para ele?

Ora, o plano de governo do candidato é um só, não é diverso do plano apresentado aos demais eleitores. Mais uma vez, nota-se a utilização do termo "plano de governo" para dissimular a captação ilícita de sufrágio. Quando o eleitor pergunta: " tu não tem como me ajeitar um plano de governo bom aí", fica claro que está solicitando uma vantagem. O candidato não rechaça a proposta, inclusive cita que: " os planos de governo foram bem certinhos para o irmão da testemunha, e ainda questiona se por acaso ele (irmão) não deu algum para Rodrigo". No final da conversa Rodrigo passa o seu número de telefone para Everaldo e o candidato diz "Daí é o combinado: quando encerrar e der certo os planos de governo, tudo ok, né".

Esse é mais um ato que constitui captação de sufrágio pois para configuração não há necessidade de entrega de dinheiro, a simples promessa vantagem pessoal é suficiente, no caso a entrega de um "plano de gobverno" para o irmão de Everaldo e promessa de entrega para esse. Mesme que cogitamos a hipotese de que esse "plano de gobverno" não seja dinheiro fica evidente que é uma vantagem pessoal.

A testemunha Celso Menezes, perito Criminal do IGP, relatou que periciou a pedido dos Representados as cópias dos vídeos, sendo que constatou que existe um aúdio gravado através de um IPHONE e que os vídeos possivelmente seria originários de uma caneta espiã.

Afirmou que poderia haver 2 (dois) arquivos com o mesmo nome, desde que tivessem sido apagados, que houve supressão dos vídeos no início e no final, mas **confirmou que não há edição das imagens nos trechos trazidos aos autos**. **O Promotor Eleitoral perguntou, de forma enfática, se houve truncagem nas imagens, sendo que a resposta foi negativa**. **Desta forma, através da testemunha arrolada pelos próprios Representados, ficou claro que não houve edição ou truncagem dos vídeos**.

João Carlos Nunes, relatou que Jocimara entrou em contato com ele afirmando que tinha um vídeo e que estava sendo ameaçada por Valdir, Chimia e Sandra. Nas conversas com Jocimara, ela relatava que tudo foi armado, que Sandra (Prefeita) a chamou Prefeitura, onde foi revistada, e depois foram entregues R$ 200,00 (duzentos reais) e prometido a entrega de materiais de construção. Em troca Jocimara deveria prestar depoimento favorável aos seus interesses. Relatou ainda, que foi ameaçada por Valdir e Hugo.
Em virtude das ameaças Jocimara registrou uma ocorrência policial. No final, apresentou atas notariais comprovando as conversas via aplicativo WhatsApp, as quais posteriormente foram juntadas aos autos pela defesa.
A ocorrência policial de ameaça registrada por Jocimara, trata-se ade ato unilateral de livre manifestação, não tendo qualquer valor probatório.
As atas notariais com transcrições de conversas via aplicativo WhattsApp, não desconstituem as provas dos autos.

Os vídeos são bem claros, nitidamente percebe-se que os candidatos entregaram dinheiro para Jocimara (movi003.avi), só este vídeo já comprovaria a captação ilícita de sufrágio. Mas além deste vídeo, temos outro que comprova o oferecimento de vantagens a outros eleitores, através da expressão "plano/proposta de governo".

FATO CONFIRMADO PELA PROVA TESTEMUNHAL que confirma a negocioação de "planos de governor" claramente tentando enganar o juiz. Estes vídeos em conjunto com todo contexto probatório, são suficientes para a caracterização da captação ilícita de sufrágio, não tendo atas notarias com transcrições de conversas ocorridas posteriormente aos fatos que deram origem ao processo terem o condão de alterá-los.

Valdir Ribeiro, não prestou compromisso, já que notoriamente é interessado na causa, tendo em vista que já foi Secretário de Administração da Coligação contrária.

Em síntese relatou que no dia da eleição recebeu uma ligação de Rosa a pedido de Jocimara pedindo para marcar um encontro e que Jocimara teria prova de compra de votos pelos candidatos Everaldo e Altamiro (vencedores da eleição). Foi ao encontro delas no dia seguinte, Jocimara apresentou um pen-drive onde teria gravado as imagens, mas ao colocá-lo na televisão o mesmo não tinha nada. Valdir descobriu que a origem das imagens seria uma caneta espiã de propriedade do Drº Hugo Toledo. Valdir foi até o escritório de Hugo e pegou a caneta para levá-la para um técnico recuperar as imagens. Após a recuperação levou a caneta para o Ministério Público apresentar a denúncia.

Com tais práticas os Réus violaram disposto no art. 41-A da Lei nº 9.504/97, que tem por finalidade a proteção da liberdade de sufrágio, garantindo ao eleitor o direito de votar livremente (caro à democracia, num país marcadamente desigual e informado pelo patrimonialismo), destituído de pressões e influências sociais, psicológicas, materiais, etc, reprimindo, em última análise, a "mercancia eleitoral", prática costumeira, lamentavelmente, em nosso país.

Nesse passo, a doutrina de Edson Resende de Castro apud Antônio Augusto Mayer dos Santos (Campanha eleitoral: teoria e prática. Porto Alegre: Verbo Jurídico, 2016, p. 213):

O certo é que a captação ilícita do sufrágio, prevista no art. 41-A, ganhou expressiva importância no cenário eleitoral, tendo em vista o número significativo de casos que são levados à apreciação da Justiça Eleitoral, tornou-se um importante instrumento de moralização das campanhas eleitorais, de combate à corrupção do eleitorado e, portanto, de prevalência da liberdade de escolha do eleitor. O TSE, ao interpretar o dispositivo, consignou que o art. 41-A visa a proteger a liberdade de voto do cidadão eleitor contra a compra de voto, contra o oferecimento de qualquer tipo de bem ou vantagem que venha a levar o eleitor a votar naquele que lhe corrompe, que lhe deforma, a vontade livre de seu voto (AgR-REspe nº 36.601/GO).

A captação ilícita do sufrágio trata-se, na lição de Rodrigo López Zílio (Direito eleitoral. 5.ed. Porto Alegre: Verbo Jurídico, 2016, p. 573 e ss.), de um ato de compra de voto, devendo contar com os seguintes elementos: "a) a prática de uma conduta (doar, prometer, etc); b) a existência de uma pessoa física (o eleitor); c) o resultado a que se propõe o agente (o fim de obter voto); d) o período temporal específico (o ilícito ocorre desde o pedido até o dia da eleição)".

Cuida-se de crime **formal,** pois a captação ilícita de sufrágio, ainda na lição do referido jurista, se configura com a promessa de qualquer vantagem ou entrega de bem (Ob. Cit. p. 576-577).

Registra-se, por relevante, considerando-se a importância dos bens jurídicos tutelados (normalidade das eleições e a vontade livre do eleitor), que **a compra de um único voto é suficiente para configurar a captação ilícita de sufrágio, sendo desnecessário aferir o potencial lesivo da conduta e o eventual desequilíbrio da disputa**.

Dito de outro modo, segundo a jurisprudência do TSE, à qual me filio, é despicienda a potencialidade da conduta para influenciar no resultado, podendo consistir na "compra" de voto de um único eleitor, caso dos autos. Veja-se, nesse sentido, REsp 26.118/MG, Rel. Min. Geraldo Grossi, DJ 28/03/2007; REsp 27.737/PI, Rel. Min. José Delgado, DJ 01/02/2008).

Mas mesmo sendo despicienda a potencialidade da conduta, é importante frisar que a diferença de votos entre o eleito e a segunda colocada foi de 64 votos, ou seja, com a reversão de 32 votos teríamos um empate, em uma eleição tão concorrida uma única família e suficiente para alterar o eleito. Assim a compra de um voto tem potencialidade de alterar o resultado.

Ainda, cabe referir que não se aplica à hipótese o princípio da proporcionalidade na aplicação das sanções legais, na medida em que, segundo ensinamento de Zílio (Ob. Cit. p. 583-584), "o TSE tem assentado que a sanção a ser aplicada, em caso de procedência da representação pelo art. 41-A da LE, é necessariamente dúplice, ou seja: cassação do registro ou diploma e multa, não havendo espaço para aplicação do princípio da proporcionalidade". No limite, confira-se o excerto do Agravo Regimental em RO nº 97.917 do TSE, no sentido de que "**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**".

Saliento, por fim, que quando o advogado dos Representados diz nos autos que não teve acesso a caneta espiã, que está arquivada em cartório, refere-se ao pedido de carga da caneta (certidão de fls. 57), o que não poderia ser permitido por precaução, sob pena de risco de comprometimento da integridade das imagens. Nada impediria a solicitação de cópia, o que acredito não te ocorrido, pois já havia cópia nos autos, bem como, o fornecimento de cópias aos Representados, no momento das notificações. Além do mais, os Representados reconheceram suas imagens em audiência, bem como o perito arrolado por eles, relatou que não houve edição ou trucagem dos vídeos. Tendo os réus inclusive desistido da prova pericial. (…) (grifado).

Destaca-se que, no caso concreto, conforme analisado na preliminar de licitude da gravações à fl. 19, ao contrário do sustentado pelos recorrentes, não há se falar em flagrante preparado, tendo em vista que os candidatos agiram de forma livre, não tendo sido a sua vontade viciada.

Inicialmente, como bem observou a decisão de primeiro grau, os representados, em audiência, reconheceram-se nas imagens da mídia à fl. 19, bem como desistiram da prova pericial da referida gravação, tendo o perito arrolado por eles relatado a ausência de edição ou trucagem das imagens. Logo, as imagens correspondem à realidade dos fatos.

Em assim sendo, ressalta-se que a visita aos eleitores deu-se de forma espontânea, uma vez que, em seu depoimento, **o candidato EVERALDO sustentou que passava de casa em casa**, a fim de pedir voto, durante a campanha.

O fato de a iniciativa da conduta ter partido dos eleitores **não retira a voluntariedade da entrega de dinheiro a JOCILMARA pelo candidato EVERALDO, com aquiescência do candidato ALTAMIRO, conforme se depreende do vídeo à fl. 19** (MOVI0003.avi - aproximadamente, aos 00:25:09), **bem como das promessas de vantagens: "*mais umas propostas de governo*" a ANTÔNIO MOREIRA** (MOVI0002.avi -aproximadamente aos 00:13:40) e **uns "planos de governo" para RODRIGO DOS SANTOS VIEIRA** (MOVI0002.avi - aproximadamente aos 00:16:40). Inclusive, poderia se falar em promessa de emprego a JOCILMARA - "*vamos levar a JOCILMARA pra lá, ela vai ajudar muito nós*" (MOVI0003.avi).

Conforme leciona Rodrigo López Zilio, "**em determinados casos, porque se trata de ato bilateral, a iniciativa do negócio ilícito pode partir do próprio eleitor, situação em que somente haverá como configurada a vedação quando houver a aquiescência do candidato, através da promessa, entrega ou doação do bem ou vantagem em troca do voto**"[6].

[6] ZILIO, Rodrigo López. Direito Eleitoral. 5ª edição – Porto Alegre: Verbo Jurídico, 2016. p 574

Ademais, consoante p vídeo MOVI0002.avi (fl. 19), importante ressaltar que o próprio candidato EVERALDO, no início da conversa, dispôs estar "**pedindo** apoio e **voto**", e , quando o eleitor ANTÔNIO MOREIRA requer quantia para efetuar o deslocamento de eleitores para votar na chapa do candidato em questão, **teve a oportunidade de negar a oferta**, tendo, inclusive, sustentado ser proibido dar dinheiro. **Contudo, no instante seguinte, assim dispôs**: "***Mas vamos ver. Amanhã nós vamos lá conversar, pra lhe mostrar mais umas propostas de governo, de trabalho*", momento em que o eleitor, que estava com a cabeça para trás, olhando para o teto, vira-se rapidamente ao candidato, demonstrando ter entendido a aquiescência à sua proposta** - aproximadamente aos 00:13:40.

Da mesma forma, da análise do MOVI0003.avi (fl. 19), depreende-se o seguinte diálogo:

> Everaldo – Viemo aí, fazer um reforço, pedido de voto, de apoio, pra garantir as coisas.
>
> Mãe de JOCILMARA – Estava braba contigo, porque tu andavas por tudo e não vinha aqui. (…) agora vou querer uns troquinho pra votar.
>
> Everaldo – E o que seria isso?
> Mãe de JOCILMARA – Uns 300 pila já me serve, não é bastante, mas (…)
>
> Everaldo – É, mas depois vamos levar a Jocilmara pra lá, ela vai ajudar muito nós. Eu vi que ela é, tem vontade, espírito de guerreira. (…) (grifado).

Percebe-se que o candidato EVERALDO não nega o pedido de dinheiro em troca de voto e, após, fica um tempo mexendo no bolso, retirando algo do mesmo e entregando à JOCILMARA quando dela se despede com um aperto de mão, momento no qual a eleitora mostra para a câmera o que o candidato havia lhe entregado: DINHEIRO (MOVI0003.avi – 00:25:09).

Como bem sustentado pelo magistrado *a quo*, não merece prosperar a alegação de JOCILMARA de que já estava com dinheiro na mão, tendo em vista que da análise do MOVI0003.avi, aproximadamente, aos 00:25:09, depreende-se que, quando a eleitora foi despedir-se do candidato com um aperto de mão, **não tinha nada em suas mãos**, mas, logo após o aperto de mãos, estava com dinheiro e, inclusive, o mostra para a câmera.

No caso em análise, depreende-se das gravações, a participação direta do candidato EVERALDO, através da entrega de valores e promessa efetivadas, e a aquiescência do candidato ALTAMIRO TRENHAGO - presente no momento da realização das condutas-, não havendo qualquer indicação de que os candidatos tenham sido obrigados, induzidos ou provocados a fazer as ofertas que realmente fizeram; pelo contrário, assim se dispuseram de maneira livre e voluntária.

Como também, não merece prosperar a alegação dos recorridos de que a sentença está pautada meramente nas gravações à fl. 19, tendo em vista que a prova documental – termos de declarações às fls. 17-18 e 20 - e testemunhal (mídia à fl. 396) corroboram o que se depreende das gravações – inclusive do “áudio importante”.

Não há se falar em ausência de análise do boletim de ocorrência (fls. 398-399) e das atas notariais (fls. 400-417), tendo em vista o que bem destacou a sentença, isto é, tratam-se de provas unilaterais que não desconstituem os fatos - a configuração da compra de votos-, além de o conteúdo das mensagens veiculadas via aplicativo *WhatsApp*, constantes nas atas notariais, serem de difícil compreensão.

Portanto, da análise dos autos, não merece provimento o recurso, pois, no caso concreto, como acertadamente reconheceu a sentença, há prova suficiente da prática do ilícito previsto no artigo 41-A da Lei nº 9.504/97 – testemunhal e documental-, eis que restaram preenchidos todos os requisitos para a configuração da captação ilícita de sufrágio: ***a)*** conduta ocorrida durante o período eleitoral, consistente em entrega de dinheiro e promessa de vantagem pessoal ("planos de governo"), com **participação direta dos candidatos EVERALDO e ALTAMIRO**; ***b)*** com a especial finalidade de obter o voto (elemento subjetivo da conduta); ***c)*** direcionada aos eleitores JOCILMARA INGÁCIO DA SILVA, ANTÔNIO MOREIRA e RODRIGO DOS SANTOS PEREIRA.

Outrossim, a jurisprudência é uníssona no sentido de que a configuração da captação ilícita de sufrágio exige prova robusta, o que se verifica nos autos, diante da linearidade da prova coletada.

> ELEIÇÕES 2012. AGRAVO REGIMENTAL NO AGRAVO DE INSTRUMENTO. REPRESENTAÇÃO. CARGO. VEREADOR. CAPTAÇÃO ILÍCITA DE SUFRÁGIO (ART. 41-A DA LEI N° 9.504/97). CAPTAÇÃO OU GASTO ILÍCITO DE RECURSOS FINANCEIROS DE CAMPANHA ELEITORAL (ART. 30-A DA LEI DAS ELEIÇÕES). QUESTÃO DE ORDEM RELATIVA AO ART. 105-A DA LEI N° 9.504/97. PRECLUSÃO. AUSÊNCIA DE VIOLAÇÃO AO ART. 275 DO CÓDIGO ELEITORAL. ARCABOUÇO FÁTICO-PROBATÓRIO QUE DEMONSTRA A CARACTERIZAÇÃO DA CAPTAÇÃO ILÍCITA DE SUFRÁGIO. PRESCINDIBILIDADE DA ANÁLISE QUANTO À CONFIGURAÇÃO DO ART. 30-A. INDEPENDÊNCIA DA PENA DE CASSAÇÃO DO MANDATO ANTE A CONSTATAÇÃO DA PRÁTICA DE CAPTAÇÃO ILÍCITA DE SUFRÁGIO. DESPROVIMENTO.
> 1. 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).

> **2. A jurisprudência deste Tribunal pressupõe, ainda, a existência de provas robustas e incontestes para a configuração do ilícito descrito no art. 41-A da Lei nº 9.504/97, não podendo, bem por isso, encontrar-se a pretensão ancorada em frágeis ilações ou mesmo em presunções, nomeadamente em virtude da gravidade das sanções nele cominadas. Precedentes.** (…)
> 6. Agravo regimental desprovido. (Agravo Regimental em Agravo de Instrumento nº 67293, Acórdão de 25/08/2016, Relator(a) Min. LUIZ FUX, Publicação: DJE - Diário de justiça eletrônico, Data 27/09/2016) (grifado)

E, ao contrário do sustentado no recurso, "porque se trata de infração formal, não é exigida a prova de que o eleitor tenha efetivamente votado no candidato que praticou o ilícito; *in casu*, a concretização do voto é mero exaurimento do tipo"[7].

Ausente insurgência dos representado quanto à multa aplicada, no montante de R$ 21.282,00 (vinte e um mil duzentos e oitenta e dois reais) para cada representado, entende-se que tal capítulo da sentença transitou em julgado.

Por fim, ressalta-se que o Ministério Público Eleitoral de Espumoso/RS expediu ofício em 15/02/2017 – Ofício 023/2017-, encaminhando a cópia dos presentes autos a esta PRE, que precedeu à instauração da Notícia de Fato nº 1.04.100.000194/2017-77, a fim de averiguar a necessidade ou não de instauração de inquérito policial em face de EVERALDO DA SILVA MORAES, Prefeito eleito, ante a prerrogativa de foro conferida aos prefeitos municipais pelo art. 29, inciso X, da Constituição Federal c/c o art. 95, inciso XI, da Constituição do Estado do Rio Grande do Sul e com a Súmula nº 702 do STF.

Destarte, a sentença deve ser mantida, para o fim de cassar os diplomas de Prefeito e Vice-Prefeito da Cidade de Campos Borges/RS conferidos aos ora representados EVERALDO DA SILVA MORAES e ALTAMIRO TRENHAGO, respectivamente, relativamente ao pleito de 2016, nos termos do art. 41-A da Lei nº 9.504/97.

[7] ZILIO, Rodrigo López. Direito Eleitoral. 5ª edição – Porto Alegre: Verbo Jurídico, 2016. p 576

III – CONCLUSÃO

Ante o exposto, opina o MINISTÉRIO PÚBLICO ELEITORAL pelo afastamento da preliminar e, no mérito, pelo **desprovimento do recurso**, mantendo-se a sentença recorrida que cassou os diplomas de Prefeito e Vice-Prefeito da Cidade de Campos Borges/RS conferidos aos ora representados EVERALDO DA SILVA MORAES e ALTAMIRO TRENHAGO, respectivamente, bem como lhes aplicou multa no valor de R$ 21.282,00 (vinte e um mil, duzentos e oitenta e dois reais) para cada um.

Porto Alegre, 31 de maio de 2017.

Marcelo Beckhausen
PROCURADOR REGIONAL ELEITORAL

C:\conversor\tmp\igspfl4hg7k3delp7r9178516236569271216170531230051.odt