



MINISTÉRIO PÚBLICO FEDERAL
PROCURADORIA REGIONAL ELEITORAL NO RIO GRANDE DO SUL
EXCELENTÍSSIMO SENHOR DESEMBARGADOR PRESIDENTE
EGRÉGIO TRIBUNAL REGIONAL ELEITORAL DO RIO GRANDE DO SUL

Contrarrazões ao Recurso Especial Eleitoral no

Recurso Eleitoral n.º 452-92.2016.6.21.0151

Procedência: BARRA DO RIBEIRO - RS (151ª ZONA ELEITORAL – BARRA DO RIBEIRO)
Assunto: RECURSO ELEITORAL - REPRESENTAÇÃO - CAPTAÇÃO ILÍCITA DE SUFRÁGIO - CARGO - VEREADOR - CASSAÇÃO DO DIPLOMA - MULTA
Recorrente: PEDRO SILVESTRE ROCHA COSTA
Recorrido: MINISTÉRIO PÚBLICO ELEITORAL
Relator: DES. EDUARDO AUGUSTO DIAS BAINY

O **MINISTÉRIO PÚBLICO ELEITORAL**, pelo agente firmatário, nos autos em epígrafe, vem, com fulcro no art. 278, § 2º, do Código Eleitoral, apresentar as anexas

C O N T R A R R A Z Õ E S A O
R E C U R S O E S P E C I A L

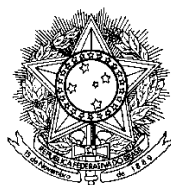
interposto por PEDRO SILVESTRE ROCHA COSTA (folhas 273-289v.), requerendo sejam remetidas ao Tribunal Superior Eleitoral, para o devido processamento e julgamento.

Porto Alegre, 14 de novembro de 2017.

Luiz Carlos Weber
PROCURADOR REGIONAL ELEITORAL



MINISTÉRIO PÚBLICO FEDERAL
PROCURADORIA REGIONAL ELEITORAL NO RIO GRANDE DO SUL



**MINISTÉRIO PÚBLICO FEDERAL
PROCURADORIA REGIONAL ELEITORAL NO RIO GRANDE DO SUL**

**EGRÉGIO TRIBUNAL SUPERIOR ELEITORAL - TSE
EMÉRITOS JULGADORES, EXMO. SR. MINISTRO RELATOR.**

Recurso Eleitoral n.º 452-92.2016.6.21.0151

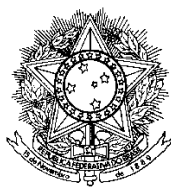
Procedência: BARRA DO RIBEIRO - RS (151ª ZONA ELEITORAL – BARRA DO RIBEIRO)
Assunto: RECURSO ELEITORAL - REPRESENTAÇÃO - CAPTAÇÃO ILÍCITA DE SUFRÁGIO - CARGO - VEREADOR - CASSAÇÃO DO DIPLOMA - MULTA
Recorrente: PEDRO SILVESTRE ROCHA COSTA
Recorrido: MINISTÉRIO PÚBLICO ELEITORAL
Relator: DES. EDUARDO AUGUSTO DIAS BAINY

Em observância ao despacho da folha 324, o MINISTÉRIO PÚBLICO ELEITORAL vem apresentar contrarrazões ao Recurso Especial, nos seguintes termos.

I – RELATÓRIO

Os autos veiculam recurso especial interposto por PEDRO SILVESTRE ROCHA COSTA, em face de acórdão do TRE/RS (fls. 230-235v.), que decidiu por manter a sentença condenatória, que determinou a cassação do registro ou diploma do candidato pela participação na captação ilícita de sufrágio, cuja vedação encontra-se prevista no art. 41-A da Lei 9.504-97, bem como a sanção pecuniária, consistente no pagamento de multa no valor de R\$ 1.064,10.

O recurso especial não foi admitido pelo TRE/RS, forte na Súmula n. 24/TSE (fls. 292-294). Dessa decisão o recorrente interpôs agravo, a fim de possibilitar o envio do processo ao Tribunal Superior Eleitoral, e requereu o provimento da irresignação para que o recurso especial seja conhecido (fls. 301-



**MINISTÉRIO PÚBLICO FEDERAL
PROCURADORIA REGIONAL ELEITORAL NO RIO GRANDE DO SUL**

322).

Vieram os autos a esta Procuradoria Regional Eleitoral para apresentar contrarrazões ao recurso especial, conforme despacho da folha 324.

II – FUNDAMENTAÇÃO

1. Inadmissibilidade do recurso especial:

O recurso é manifestamente inadmissível **(a)** seja porque o acórdão regional decidiu na mesma linha de entendimento do TSE; e **(b)** seja porque sua análise implica revolvimento fático-probatório.

(a) Óbice à admissibilidade do recurso especial por aplicação da Súmula 24/TSE: Revolvimento fático-probatório

É uma verdade axiomática, no âmbito dos recursos especiais interpostos aos Tribunais Superiores (no sistema processual brasileiro) a impossibilidade de ser revista matéria de fato e probatória. Prezando pela boa técnica e, sobretudo, pela segurança jurídica, em matéria processual, não poderia ser diferente essa conclusão na seara dos recursos especiais afetos ao Tribunal Superior Eleitoral. Nesse sentido, apenas para exemplificar, segue decisão da referida Corte:

[...] Para rever as conclusões do Tribunal *a quo*, seria necessário proceder ao reexame dos fatos e das provas, vedado em sede de recurso especial, a teor das Súmulas 7 do STJ e 279 do STF. Agravo regimental a que se nega provimento. (Agravo Regimental em Agravo de Instrumento nº 266, Acórdão de 29/04/2014, Relator(a) Min. HENRIQUE NEVES DA SILVA, Publicação: DJE - Diário de justiça eletrônico, Data 19/05/2014)



**MINISTÉRIO PÚBLICO FEDERAL
PROCURADORIA REGIONAL ELEITORAL NO RIO GRANDE DO SUL**

Não se conforma o recorrente com decisão do TRE-RS que entendeu pela licitude da prova constante da mídia de fl. 36, a qual configura gravação ambiental, feita em local público, pela interlocutora e eleitora Angélica.

Decidiu o TRE-RS não haver ofensa à Constituição e por aceitar a prova gravada, a qual serviu para demonstrar a prática de captação ilícita de sufrágio, prevista no art. 41-A da Lei n. 9.504-97.

Não obstante, o recorrente sustenta afronta ao art. 5º, X, da Constituição Federal, que garante a inviolabilidade da intimidade, vida privada, honra e imagem das pessoas.

Alega que a condenação baseou-se em *“registros clandestinos, produzidos sob premeditação, por meio de aleivosias e com vistas a patrocinar acusações judiciais propostas por terceiros que não o próprio interlocutor”*. Assevera que a conversa ocorreu em privado, exclusivamente entre o recorrente e a denunciante, não em local público, mas em local reservado.

Entretanto, como bem salientado no despacho que inadmitiu o recurso especial (fl. 293v.): *“O pronunciamento jurisdicional foi substancial e abarcou todos os elementos probatórios, e não somente – ou especialmente – a indigitada gravação.(...)No caso em tela, evidencia-se a pretensão do recorrente em rediscutir argumentos em torno de supostas violações legais a amparar o processamento de seu recurso. Portanto, as irresignações em análise conduzem necessariamente à rediscussão de fatos e da qualidade do conteúdo probatório, comportamento típico da fase processual de cognição plenária, o que é defeso em sede de recurso especial, conforme preceitua a Súmula n. 24/TSE.”*

Assim, irreparável a decisão que não admitiu o recurso especial, por



**MINISTÉRIO PÚBLICO FEDERAL
PROCURADORIA REGIONAL ELEITORAL NO RIO GRANDE DO SUL**

incidência da Súmula 24/TSE.

(b) Dos precedentes citados no acórdão: Similitude e adequação ao caso sob julgamento

Alega o recorrente violação ao artigo 489, §1º, inciso V, do CPC, *verbis*:

Art. 489. São elementos essenciais da sentença:

I - o relatório, que conterá os nomes das partes, a identificação do caso, com a suma do pedido e da contestação, e o registro das principais ocorrências havidas no andamento do processo;

II - os fundamentos, em que o juiz analisará as questões de fato e de direito;

III - o dispositivo, em que o juiz resolverá as questões principais que as partes lhe submeterem.

§ 1º Não se considera fundamentada qualquer decisão judicial, seja ela interlocutória, sentença ou acórdão, que:

I - se limitar à indicação, à reprodução ou à paráfrase de ato normativo, sem explicar sua relação com a causa ou a questão decidida;

II - empregar conceitos jurídicos indeterminados, sem explicar o motivo concreto de sua incidência no caso;

III - invocar motivos que se prestariam a justificar qualquer outra decisão;

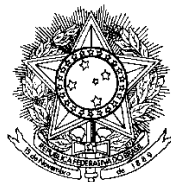
IV - não enfrentar todos os argumentos deduzidos no processo capazes de, em tese, infirmar a conclusão adotada pelo julgador;

V - se limitar a invocar precedente ou enunciado de súmula, sem identificar seus fundamentos determinantes nem demonstrar que o caso sob julgamento se ajusta àqueles fundamentos;

VI - deixar de seguir enunciado de súmula, jurisprudência ou precedente invocado pela parte, sem demonstrar a existência de distinção no caso em julgamento ou a superação do entendimento.

(...)

Defende o recorrente que é questionável a aplicabilidade dos precedentes citados ao caso, em especial o julgado do STF em regime de repercussão geral, acerca das gravações ambientais (RE 583.937). Alega que tal julgado não guarda similitude para as especificidades do processo judicial eleitoral, não sendo, pois, aqui aplicável por subsunção.



**MINISTÉRIO PÚBLICO FEDERAL
PROCURADORIA REGIONAL ELEITORAL NO RIO GRANDE DO SUL**

Entretanto, 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).

No tocante à gravação ambiental do presente caso, a fim de evitar tautologia, impõe-se a transcrição da sentença que entendeu pela sua licitude (fls. 127-128v.):

Da mesma forma, **os argumentos do representado de que a prova seria ilícita porque fora obtida sem autorização judicial e sem o conhecimento do candidato não merecem acolhimento.**

O Supremo Tribunal Federal já se pronunciou pela admissibilidade da prova obtida mediante gravação ambiental, feita por um dos interlocutores, de conversa que não esteja protegida por sigilo legal. Vejamos a 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**



MINISTÉRIO PÚBLICO FEDERAL
PROCURADORIA REGIONAL ELEITORAL NO RIO GRANDE DO SUL

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 2.116 QO/RR, redator para acórdão Min. Ayres Britto, Plenário, DJe de 28.2.2012) (sem destaques no original)

(...)

Por oportuno, cumpre trazer à baila decisão proferida no Recurso Especial Eleitoral N. 545-42.2015.5.00.0000, de 23 de agosto de 2016, em que o Ministro Herman Benjamin, relator para o acórdão, cita em seu voto-vista lição de Eugênio Pacelli de Oliveira para fazer constar que **“aquele que se dirige ao público, em qualquer ambiente, sem preocupação com a identidade de quem quer que ali esteja, não poderá reclamar de violação à sua privacidade, na medida em que não teria agido com reserva dela, pela natureza de sua manifestação. Eventual gravação em tal hipótese nada terá de ilícita”**. (destaques no acórdão). O acórdão mencionado está assim ementado:

RECURSO ESPECIAL. ELEIÇÕES 2012. VEREADOR. AÇÃO DE IMPUGNAÇÃO DE MANDATO ELETIVO. CAPTAÇÃO ILÍCITA DE SUFRÁGIO. ART. 41-A DA LEI 9.504/97. ABUSO DE PODER ECONÔMICO. ART. 14, § 10, DA CF188. PROVAS INEQUÍVOCAS. GRAVIDADE DA CONDUTA. DESPROVIMENTO.

Histórico da Demanda

O TRE/SP, em Ação de Impugnação de Mandato Eletivo (AIME), cassou o diploma da recorrente, Vereadora de Ouroeste/SP eleita em 2012, com base em captação ilícita de sufrágio e abuso de poder econômico, por ter



MINISTÉRIO PÚBLICO FEDERAL
PROCURADORIA REGIONAL ELEITORAL NO RIO GRANDE DO SUL

oferecido dinheiro a cerca de 50 pessoas, no dia do pleito, em reunião em sua residência, visando obter os votos destas e de seus amigos e familiares.

Ilicitude de Gravação Ambiental

Diálogos travados em ambiente particular - porém com acesso franqueado a qualquer um do povo - não estão protegidos pelas garantias constitucionais de privacidade e intimidade (ar. 50, X, da CF/88), inexistindo resguardo de sigilo por parte de candidato que realiza reunião em sua pra casa com inúmeras pessoas.

Precedente: REspe -36/MG, Rel. Mi Gilmar Mendes, sessão de 1º.7.20161

Relativiza-se a natureza privada da residência a depender da destinação que a ela se dá. Na espécie, a quantidade de pessoas que compareceram ao evento promovido pela recorrente permite concluir que se oportunizou livre ingresso a seu interior.

Questão de Fundo

A moldura fático-probatória do acórdão (composta pela gravação e por depoimento testemunhal) revela que, em encontro realizado no dia do pleito na residência da recorrente, ela ofereceu dinheiro a cerca de 50 eleitores com intuito de obter os votos destes, de seus amigos e de seus familiares.

Ademais, não se tratou de mera conversa com cabos eleitorais, pois em diversas passagens da fala da recorrente houve pedidos expressos de votos e oferecimento de dinheiro a eleitores, conforme se verifica de um dos trechos: "depois do almoço vocês podem vir aqui [...] receber, traz [sic] o comprovantinho [sic] que vocês votaram. [...] Isso aqui é pra uma pessoa, um parente, um amigo que você sabe, que você pode confiar que vai votar e bem disfarçado ainda, porque boca de urna é perigoso, é crime [...]. Se vocês der [sic] o voto, ser [sic] fiel comigo, dar [sic] o voto pra mim, isso é o mais importante pra mim. [...] Posso pagar vocês porque eu preciso do voto de vocês, tá? [---]

A compra de um único voto é suficiente para configurar captação ilícita de sufrágio, uma vez que o bem jurídico tutelado pelo art. 41-A da Lei 9.504/97 é a livre vontade do eleitor, sendo desnecessário aferir potencial lesivo dessa nefasta conduta para desequilibrar a disputa. Precedentes.



MINISTÉRIO PÚBLICO FEDERAL
PROCURADORIA REGIONAL ELEITORAL NO RIO GRANDE DO SUL

Abuso de poder também comprovado diante do conteúdo econômico, do grande número de pessoas na reunião e, ainda, da diferença de apenas 58 votos para o primeiro suplente.

Conclusão

Nego provimento ao recurso especial e mantenho a cassação de diploma imposta à recorrente por compra de votos e abuso de poder. (sem destaques no original)

Dessa forma, não assiste razão ao recorrente quando alega que o precedente do STF (RE 583.937) não se amolda ao caso sob julgamento.

Assim, em razão do exposto, o recurso especial não deve ser admitido.

De outro lado, mesmo que superadas todas essas questões e que o recurso venha a ser admitido – o que se admite apenas a título argumentativo – deve ser mantida a decisão do TRE/RS.

2. Mérito:

2.1 – Da adequação do precedente do STF no Recurso Extraordinário n. 583.937 ao caso sob julgamento. Licitude da gravação ambiental.

O MINISTÉRIO PÚBLICO ELEITORAL ajuizou representação em desfavor de PEDRO SILVESTRE ROCHA COSTA, com base no art. 41-A da Lei nº 9.504/97, em razão de o candidato ter oferecido vantagem econômica, consistente em sacos de cimento, para que os votos da eleitora ANGÉLICA DE OLIVEIRA DA SILVA RIBEIRO fossem a ele destinados para o cargo de Vereador no município de Barra do Ribeiro.

Decisão do TRE/RS (folhas 230-235v.) decidiu por manter a sentença condenatória, que determinou a cassação do registro ou diploma do candidato pela participação na captação ilícita de sufrágio, cuja vedação encontra-se prevista no art. 41-A da Lei 9.504-97, bem como a sanção pecuniária, consistente no pagamento



**MINISTÉRIO PÚBLICO FEDERAL
PROCURADORIA REGIONAL ELEITORAL NO RIO GRANDE DO SUL**

de multa no valor de R\$ 1.064,10.

O acórdão foi lavrado nos seguintes termos:

RECURSO. REPRESENTAÇÃO ELEITORAL. VEREADOR ELEITO. CAPTAÇÃO ILÍCITA DE SUFRÁGIO. ART. 41-A DA LEI 9.504/97. PRELIMINAR. GRAVAÇÃO AMBIENTAL. ILEGALIDADE. AFASTADA. MÉRITO. PROCEDÊNCIA. PROMESSA DE ENTREGA DE SACOS DE CIMENTO PARA OBTENÇÃO DO VOTO. COMPROVAÇÃO. CASSADO DIPLOMA DE VEREADOR. MULTA MANTIDA. DESPROVIMENTO. ELEIÇÃO 2016. 1. Preliminar. É lícita a gravação ambiental realizada por um dos interlocutores sem o conhecimento do outro, desde que inexistente o dever de sigilo ou a reserva de conversação. Hipótese que prescinde de autorização judicial. Precedente do STF em regime de repercussão geral. Gravação realizada por meio aparelho celular de eleitora, em frente a sua casa. 2. Mérito. A legislação eleitoral veda entrega ou oferta de vantagens para a obtenção do voto do eleitor. Não é exigido pedido expresse de voto, bastando apenas que a oferta ocorra com a finalidade eleitoreira. O art. 41-A da Lei n. 9.504/97 tem por finalidade proteger o voto do eleitor e a igualdade de oportunidades entre os competidores. 3. Acervo probatório a revelar a ocorrência da compra de votos de eleitora e do marido mediante promessa de entrega de sacos de cimento pelo candidato à vereança. Conteúdo da gravação evidencia se tratar de promessa efetuada em 2012 e renovada para o pleito de 2016. 4. Reconhecida a ocorrência da infração, devem ser mantidas a cassação do diploma e a multa aplicada. A votação recebida pelo candidato permanece no quantitativo total da coligação pela qual concorreu, nos termos do art. 175, § 4º, do Código Eleitoral. Provimento negado.

Quanto à alegação do embargante de que o precedente do STF no Recurso Extraordinário n. 583.937, não se aplica à jurisdição eleitoral, mas à jurisdição penal, também não prospera, conforme já demonstrado no parecer de fls. 215-227, cujo trecho transcreve-se:

Nessa assentada, o STF já 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



MINISTÉRIO PÚBLICO FEDERAL
PROCURADORIA REGIONAL ELEITORAL NO RIO GRANDE DO SUL

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, a gravação serve 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.

Dai se verifica a adequação da gravação. Trata-se de expediente proporcional, pois permite a efetivação da tutela da soberania popular em face de singelo afastamento



MINISTÉRIO PÚBLICO FEDERAL
PROCURADORIA REGIONAL ELEITORAL NO RIO GRANDE DO SUL

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.



MINISTÉRIO PÚBLICO FEDERAL
PROCURADORIA REGIONAL ELEITORAL NO RIO GRANDE DO SUL

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, confirmam-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. Lícitude 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 malfeição 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



MINISTÉRIO PÚBLICO FEDERAL
PROCURADORIA REGIONAL ELEITORAL NO RIO GRANDE DO SUL

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).

No tocante à gravação ambiental do presente caso, a fim de evitar tautologia, impõe-se a transcrição da sentença que entendeu pela sua licitude (fls. 127-128v.):

(...) De início, merece ser afastada a alegação do representado de ilicitude da gravação ambiental constante dos autos. Diferentemente do que alegado pelo representado, pela audição da gravação, concluo que o diálogo foi realizado em ambiente público, e não privado, pois é possível ouvir na gravação o som proveniente de veículos que passam pela via, bem como um diálogo entre o representado e um transeunte. Não subsiste, portanto, a tese da defesa de que o diálogo teria acontecido em ambiente estritamente particular.

Da mesma forma, os argumentos do representado de que a prova seria ilícita porque fora obtida sem autorização judicial e sem o conhecimento do candidato não merecem acolhimento.

O Supremo Tribunal Federal já se pronunciou pela admissibilidade da prova obtida mediante gravação ambiental, feita por um dos interlocutores, de conversa que não esteja protegida por sigilo legal.

Vejamos a 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



MINISTÉRIO PÚBLICO FEDERAL
PROCURADORIA REGIONAL ELEITORAL NO RIO GRANDE DO SUL

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 2.116 QO/RR, redator para acórdão Min. Ayres Britto, Plenário, DJe de 28.2.2012) (sem destaques no original)

Esse tem sido também o entendimento adotado pelo TRE-RS. Para ilustrar, colaciono a seguinte ementa de julgado da Corte Eleitoral gaúcha:

Recurso. Ação de impugnação de mandato eletivo. Abuso de poder econômico. Corrupção eleitoral. Vereadora. Alegada utilização de recursos oriundos de "caixa-dois" e oferecimento de vantagens em troca de votos. Eleições 2012.

Licitude da gravação ambiental realizada por um dos interlocutores, situação que não inspira proteção constitucional da intimidade a justificar a restrição da prova.

Contexto probatório insuficiente para comprovar a ocorrência de compra de votos e de abuso de poder. Ausente a prova capaz de demonstrar a perpetração das condutas imputadas ao recorrido, impõe-se a manutenção da sentença de improcedência.

Provimento negado.

(TRE-RS, Recurso Eleitoral n. 5-66.2013.6.21.0133, Acórdão de 17.09.2014, Relator Dr. Luis Felipe Paim Fernandes) (sem destaque no original)

O Tribunal Superior Eleitoral tem restringido a admissibilidade da prova mediante gravação ambiental somente nos casos em que ela é obtida em ambiente estritamente particular, como medida de proteção à intimidade e à privacidade do cidadão. **Entretanto, não é essa a hipótese dos autos, tendo a prova dos autos revelado que o representado fazia campanha na via pública quando abordou a eleitora em sua residência, conforme se nota do início do diálogo. Em seguida, aos 22 segundos da gravação, ouve-se, de forma bastante nítida a buzina de um veículo que passa pela via e a conversa entre o candidato e um transeunte. Tal questão, ademais, restou esclarecida em juízo pela testemunha Angélica.**



MINISTÉRIO PÚBLICO FEDERAL
PROCURADORIA REGIONAL ELEITORAL NO RIO GRANDE DO SUL

Por oportuno, cumpre trazer à baila decisão proferida no Recurso Especial Eleitoral N. 545-42.2015.5.00.0000, de 23 de agosto de 2016, em que o Ministro Herman Benjamin, relator para o acórdão, cita em seu voto-vista lição de Eugênio Pacelli de Oliveira para fazer constar que **“aquele que se dirige ao público, em qualquer ambiente, sem preocupação com a identidade de quem quer que ali esteja, não poderá reclamar de violação à sua privacidade, na medida em que não teria agido com reserva dela, pela natureza de sua manifestação. Eventual gravação em tal hipótese nada terá de ilícita”**. (destaques no acórdão). O acórdão mencionado está assim ementado:

RECURSO ESPECIAL. ELEIÇÕES 2012. VEREADOR. AÇÃO DE IMPUGNAÇÃO DE MANDATO ELETIVO. CAPTAÇÃO ILÍCITA DE SUFRÁGIO. ART. 41-A DA LEI 9.504/97. ABUSO DE PODER ECONÔMICO. ART. 14, § 10, DA CF/88. PROVAS INEQUÍVOCAS. GRAVIDADE DA CONDUTA. DESPROVIMENTO.

Histórico da Demanda

O TRE/SP, em Ação de Impugnação de Mandato Eletivo (AIME), cassou o diploma da recorrente, Vereadora de Ouroeste/SP eleita em 2012, com base em captação ilícita de sufrágio e abuso de poder econômico, por ter oferecido dinheiro a cerca de 50 pessoas, no dia do pleito, em reunião em sua residência, visando obter os votos destas e de seus amigos e familiares.

Ilícitude de Gravação Ambiental

Diálogos travados em ambiente particular - porém com acesso franqueado a qualquer um do povo - não estão protegidos pelas garantias constitucionais de privacidade e intimidade (ar. 50, X, da CF/88), inexistindo resguardo de sigilo por parte de candidato que realiza reunião em sua pra casa com inúmeras pessoas.

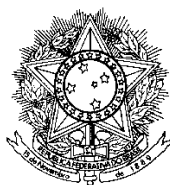
Precedente: REspe -36/MG, Rel. Mi Gilmar Mendes, sessão de 1º.7.20161

Relativiza-se a natureza privada da residência a depender da destinação que a ela se dá. Na espécie, a quantidade de pessoas que compareceram ao evento promovido pela recorrente permite concluir que se oportunizou livre ingresso a seu interior.

Questão de Fundo

A moldura fático-probatória do acórdão (composta pela gravação e por depoimento testemunhal) revela que, em encontro realizado no dia do pleito na residência da recorrente, ela ofereceu dinheiro a cerca de 50 eleitores com intuito de obter os votos destes, de seus amigos e de seus familiares.

Ademais, não se tratou de mera conversa com cabos eleitorais, pois em diversas passagens da fala da recorrente houve pedidos expressos de votos e oferecimento de dinheiro a eleitores, conforme se verifica de um dos trechos: "depois do almoço vocês podem vir aqui [...] receber, traz [sic] o comprovantinho [sic] que vocês votaram. [...] Isso aqui é pra uma pessoa, um parente, um amigo que você sabe, que você pode confiar que vai votar e bem disfarçado ainda, porque boca de urna é perigoso, é crime [...]. Se vocês der [sic] o voto, ser [sic] fiel comigo, dar [sic] o voto pra mim, isso é o mais importante pra mim. [...] Posso pagar vocês porque eu preciso do



**MINISTÉRIO PÚBLICO FEDERAL
PROCURADORIA REGIONAL ELEITORAL NO RIO GRANDE DO SUL**

voto de vocês, tá? [---]

A compra de um único voto é suficiente para configurar captação ilícita de sufrágio, uma vez que o bem jurídico tutelado pelo art. 41-A da Lei 9.504/97 é a livre vontade do eleitor, sendo desnecessário aferir potencial lesivo dessa nefasta conduta para desequilibrar a disputa. Precedentes.

Abuso de poder também comprovado diante do conteúdo econômico, do grande número de pessoas na reunião e, ainda, da diferença de apenas 58 votos para o primeiro suplente.

Conclusão

Nego provimento ao recurso especial e mantenho a cassação de diploma imposta à recorrente por compra de votos e abuso de poder. (sem destaques no original)

Dessa forma, deve-se admitir a utilização do áudio acostado ao feito como prova hábil a embasar a imputação de captação ilícita de sufrágio, pois trata-se de gravação ambiental realizada por um dos interlocutores em ambiente ao ar livre, na linha dos julgados colacionados acima.

Nessa perspectiva, não há falar em impossibilidade de subsunção do precedente do STF extraído dos autos do Recurso Extraordinário n. 583.937 à órbita eleitoral.

2.2 – Ausência de violação ao art. 368-A do Código Eleitoral.

Alega o recorrente que o acórdão do TRE-RS viola o disposto no art. 368-A do Código Eleitoral, *verbis*:

Art. 368-A. A prova testemunhal singular, quando exclusiva, não será aceita nos processos que possam levar à perda do mandato.

Entretanto, razão não assiste ao recorrente, senão vejamos.

De acordo com o recorrente, o acórdão do TRE-RS não apenas considera como puro e inquestionável o testemunho de quem justamente acusa o recorrente, como o utiliza para justificar a condenação e perda de mandato deste, em contrariedade ao disposto no art. 368-A do Código Eleitoral.

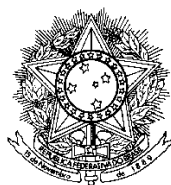


MINISTÉRIO PÚBLICO FEDERAL
PROCURADORIA REGIONAL ELEITORAL NO RIO GRANDE DO SUL

Nesse ponto, cumpre transcrever trecho elucidativo do acórdão (fls. 234-234v.):

Houve, nessa linha, uma clara renovação da promessa, muito bem analisada pelo juízo monocrático (fl. 119): Ainda que a eleitora tenha dito em seu depoimento perante o juízo que o candidato teria feito a promessa de fornecimento de sacos de cimento na eleição passada, o conteúdo da gravação não deixa dúvida de que o representado renovou a promessa de entrega do(s) saco(s) de cimento também para esta eleição em troca do voto da eleitora. Nesse sentido, a eleitora Angélica confirmou em seu depoimento em audiência que o candidato ofereceu ajuda caso ela votasse nele. Ademais, a eleitora responsável pela gravação ambiental declarou também que sofreu ameaças por telefone em 31.11.2016 e que inclusive se mudou de Barra do Ribeiro porque estava com medo de sofrer algum mal por ter gravado conversa.

Nesse aspecto, a declaração testemunhal de Angélica corrobora todo o quadro indicado pela gravação, pois ela confirma, ao contrário do que as razões de recurso querem fazer crer, que a gravação ocorreu na véspera do pleito de 2016. Nessa toada, Angélica testemunha que “sabia que ele ia pedir voto lá em casa nos últimos dias”, bem como que “quatro anos atrás, ele me prometeu os sacos de cimento”, para, em seguida, afirmar que “só que naquele tempo eu não tinha meu celular ainda para gravar” e que eu “deixei ele falar, ele passou a falar mal do pastor, né, que era candidato antes, e falou assim – ‘tu tá sempre apoiando o pastor’, daí eu já tava gravando, eu sabia que ele ia falar mal para pedir voto”. Mais ao final do depoimento, Angélica responde a uma pergunta do representante do Ministério Público (“A senhora sabia que o candidato VETI iria lhe procurar?”), relatando que PEDRO já havia realizado a proposta “quatro anos atrás”, e que “eu já sabia que ele ia vir de novo”. Daí, quem dá – definitivamente – o ar de contemporaneidade à proposta ilícita é o próprio PEDRO, ao afirmar, na gravação realizada por Angélica [sic]: “tô tentando de novo, eu sei que você apoia o pastor, mas dessa vez o pastor não está [...] estou precisando do teu voto dessa vez, sei que nunca votaram em mim, sei que apoiam o pastor, mas dessa vez o pastor não está, dessa vez eu estou”, deixando claro que o objeto da conversa é a eleição de 2016. Tal fala de PEDRO serve também para afastar as alegações de perseguição política e de desqualificação da testemunha Angélica, pois ela seria vinculada aos adversários políticos do recorrente. Ora, tal circunstância era de pleno conhecimento de PEDRO, que abordou a eleitora exatamente com o fito de modificar sua opinião, influenciar seu direito de escolha do representante à Câmara de Vereadores de Barra do Ribeiro. O problema, aqui, reside no método empregado: PEDRO utilizou-se de prática ilícita, aliás repetindo-a, prometendo benefício à Angélica em troca de dois votos, de maneira que a finalidade eleitoral encontra-se plenamente demonstrada. Houve, portanto, a tentativa de compra do voto, a prática do art. 41-A. As teses defensivas sobre os fatos são ilididas pelas próprias declarações de Angélica e pelo conteúdo da gravação.



**MINISTÉRIO PÚBLICO FEDERAL
PROCURADORIA REGIONAL ELEITORAL NO RIO GRANDE DO SUL**

Note-se, portanto, que a comprovação da prática de captação ilícita de voto se deu com base no conjunto probatório, especialmente, no conteúdo da gravação ambiental, que não foi elidido pelas declarações da eleitora Angélica.

2.2 – Ausência de fundamentação e negativa de Jurisdição: Inocorrência.

Alega o recorrente que o TRE-RS, mesmo instado, deixou de se pronunciar sobre pontos indispensáveis ao deslinde da controvérsia, em afronta ao art. 275, incisos I e II, do Código Eleitoral. Aduz que a decisão dos embargos e a do recurso eleitoral restaram absolutamente silentes quanto ao fato de que a própria eleitora, interlocutora do áudio clandestino, negou que em 2016 algo tivesse sido lhe oferecido pelo recorrente. Defende que a decisão regional é nula por ausência de fundamentação.

Não prosperam as alegações do recorrente, senão vejamos.

Com efeito, pretende o recorrente invalidar a prova colhida na gravação ambiental, para concluir que teria restado para a condenação tão somente o testemunho de Angélica.

Nesse ponto, cumpre transcrever trecho da decisão proferida nos embargos de declaração (fl. 268):

Como já dito, o suporte de prova tem também gravação ambiental claríssima, de forma que resta inaplicável à espécie o art. 368-A do CE, pois o arcabouço probatório tem outros meios de prova válidos, além da testemunhal. Ademais, incorrem em contradição, na realidade, os próprios embargos, pois, primeiramente, afirmam que



MINISTÉRIO PÚBLICO FEDERAL
PROCURADORIA REGIONAL ELEITORAL NO RIO GRANDE DO SUL

“consoante se denota do v. acórdão ora embargado, a prova exclusiva dos fatos trazidos pela acusação é uma gravação ambiental clandestina” (fl. 247), para, logo em seguida, sustentar (fl. 255) que “[...] resta evidente que o acórdão não apenas considera como puro e inquestionável o testemunho de quem justamente acusa o embargante como o utiliza para justificar a condenação e perda de mandato deste [...]”. Ora, a decisão embargada tem suporte tanto no conteúdo da gravação quanto nos elementos colhidos dos testemunhos, conforme demonstrado à fl. 235: “Houve, portanto, a tentativa de compra do voto, a prática do art. 41-A. As teses defensivas sobre os fatos são ilididas pelas próprias declarações de Angélica e pelo conteúdo da gravação”. Portanto, além de não se prestarem à oposição de embargos, pois intentam apenas rediscutir o mérito de questões já enfrentadas, os itens I e II demonstram apenas contrariedade a uma decisão desfavorável ao embargante.

Pelas razões expostas, no mérito, merece ser desprovido o recurso especial.

III – DO PEDIDO

Ante o exposto, o Ministério Público Eleitoral postula pelo não conhecimento do recurso especial; caso venha a ser admitido, requer, no mérito, o seu desprovidimento.

Porto Alegre, 14 de novembro de 2017.

Luiz Carlos Weber
PROCURADOR REGIONAL ELEITORAL

G:\A PRE 2017 Dr. Weber\Contrarrazões REsp452-92 - CR RESPE - captação ilícita de sufrágio-súmula 24 TSE-gravação ambiental-prova testemunhal-omissão.odt