



Informativo TSE

Assessoria Consultiva do Tribunal Superior Eleitoral (Assec)

Brasília, 17 a 30 de outubro de 2016 – Ano XVIII – nº 12

SUMÁRIO

SESSÃO JURISDICIONAL	2
• Condenação por improbidade administrativa e incidência da alínea I do inciso I do art. 1º da Lei Complementar nº 64/1990.	
• Divulgação de mensagens em rede social na Internet e inexistência de propaganda eleitoral extemporânea.	
PUBLICADOS NO <i>DJE</i>	5
DESTAQUE	6
OUTRAS INFORMAÇÕES	33

SOBRE O INFORMATIVO: Este informativo, elaborado pela Assessoria Consultiva, contém resumos não oficiais de decisões do TSE pendentes de publicação e reprodução de acórdãos publicados no *Diário da Justiça Eletrônico (DJE)*.

A versão eletrônica, disponível na página principal do TSE no *link* Jurisprudência – <http://www.tse.jus.br/jurisprudencia/informativo-tse-1/informativo-tse> –, permite ao usuário assistir ao julgamento dos processos pelo canal do TSE no YouTube. Nesse *link*, também é possível, mediante cadastro no sistema Push, o recebimento do informativo por *e-mail*.

SESSÃO JURISDICIONAL

Condenação por improbidade administrativa e incidência da alínea I do inciso I do art. 1º da Lei Complementar nº 64/1990.

O Plenário do Tribunal Superior Eleitoral reafirmou o entendimento de que, para configurar a inelegibilidade prevista na alínea I do inciso I do art. 1º da Lei Complementar nº 64/1990, é necessária a condenação por ato doloso de improbidade administrativa que implique, concomitantemente, lesão ao Erário e enriquecimento ilícito.

O referido dispositivo dispõe que são inelegíveis os que forem condenados à suspensão dos direitos políticos, em decisão transitada em julgado ou proferida por órgão judicial colegiado, por ato doloso de improbidade administrativa que importe lesão ao patrimônio público e enriquecimento ilícito, desde a condenação ou o trânsito em julgado até o transcurso do prazo de oito anos após o cumprimento da pena.

A Ministra Luciana Lóssio, relatora, ressaltou a clareza da norma no ponto em que exige, para a incidência da causa de inelegibilidade, a condenação por ato doloso de improbidade administrativa que importe lesão ao patrimônio público e enriquecimento ilícito.

O Ministro Herman Benjamin, embora tenha acompanhado a relatora, sugeriu que, para as futuras eleições, esse dispositivo seja interpretado teleológica e sistematicamente, considerando os valores éticos e jurídicos que o fundamentam, e não apenas com base em método gramatical.

Nesse sentido, propugnou que se passasse a entender pela inexigibilidade da cumulação de lesão ao Erário e enriquecimento ilícito para enquadramento da referida alínea I, tese endossada pelo Ministro Napoleão Nunes Maia Filho e pela Ministra Rosa Weber.

Resistente à adoção prospectiva dessa tese, o Ministro Luiz Fux ressaltou que o Supremo Tribunal Federal, ao declarar a constitucionalidade da Lei Complementar nº 135/2010, destacou o valor aditivo emanado da redação do referido dispositivo, máxime com o uso pelo legislador da conjunção e na sua redação.

O Tribunal, por unanimidade, deu provimento ao recurso especial eleitoral para deferir o registro de candidatura.



[Recurso Especial Eleitoral nº 49-32, Quatá/SP, rel. Min. Luciana Lóssio, em 18.10.2016.](#)

Divulgação de mensagens em rede social na Internet e inexistência de propaganda eleitoral extemporânea.

O Plenário do Tribunal Superior Eleitoral, por unanimidade, assentou que não configura propaganda eleitoral antecipada a divulgação gratuita de mensagens em rede social com menção a possível candidatura e enaltecimento de opção política antes do período previsto no art. 36 da Lei nº 9.504/1997, alterado pela Lei nº 13.165/2015, o qual dispõe:

A propaganda eleitoral somente é permitida após o dia 15 de agosto do ano da eleição.

O Ministro Luiz Fux, relator, afirmou inicialmente que a razão de ser desse dispositivo reside em evitar a captação antecipada e irregular de votos, causa potencial de desequilíbrio da disputa eleitoral e da igualdade de chances entre os candidatos.

Rememorou que este Tribunal adotava entendimento de considerar propaganda eleitoral extemporânea se plataformas, propostas e intenções políticas fossem levadas ao conhecimento do público em geral, ainda que subliminar ou implicitamente, sem pedido expresso de voto, se houvesse menção a pré-candidaturas, a eleições vindouras e/ou se se veiculasse a ideia de que o emissor/beneficiário da propaganda seria o mais bem preparado para exercer mandato eletivo.

No entanto, sublinhou que a recente reforma eleitoral, implementada pela Lei nº 13.165/2015, abrandou o conceito de propaganda eleitoral antecipada ao conferir a seguinte redação ao art. 36-A da Lei nº 9.504/1997:

Não configuram propaganda eleitoral antecipada, desde que não envolvam pedido explícito de voto, a menção à pretensa candidatura, a exaltação das qualidades pessoais dos pré-candidatos e os seguintes atos, que poderão ter cobertura dos meios de comunicação social, inclusive via Internet:

I – a participação de filiados a partidos políticos ou de pré-candidatos em entrevistas, programas, encontros ou debates no rádio, na televisão e na Internet, inclusive com a exposição de plataformas e projetos políticos, observado pelas emissoras de rádio e de televisão o dever de conferir tratamento isonômico;

II – a realização de encontros, seminários ou congressos, em ambiente fechado e a expensas dos partidos políticos, para tratar da organização dos processos eleitorais, discussão de políticas públicas, planos de governo ou alianças partidárias visando às eleições, podendo tais atividades ser divulgadas pelos instrumentos de comunicação intrapartidária;

III – a realização de prévias partidárias e a respectiva distribuição de material informativo, a divulgação dos nomes dos filiados que participarão da disputa e a realização de debates entre os pré-candidatos;

IV – a divulgação de atos de parlamentares e debates legislativos, desde que não se faça pedido de votos;

V – a divulgação de posicionamento pessoal sobre questões políticas, inclusive nas redes sociais;

VI – a realização, a expensas de partido político, de reuniões de iniciativa da sociedade civil, de veículo ou meio de comunicação ou do próprio partido, em qualquer localidade, para divulgar ideias, objetivos e propostas partidárias.

Pontuou que a ampla divulgação de ideias fora do período eleitoral propriamente dito compõe direito conferido ao eleitor de acompanhar, de forma abrangente, as convicções, opiniões e plataformas políticas dos potenciais candidatos acerca dos mais variados temas debatidos na sociedade, de forma a orientar a formação de um juízo mais consciente e responsável, por ocasião do exercício do *ius suffragii*.

De outro lado, destacou que na seara político-eleitoral o direito constitucional à liberdade de expressão deve ser devidamente observado a fim de evitar que os cidadãos sejam privados de informações importantes.

Nesse particular, o Ministro Luiz Fux enfatizou que a liberdade de expressão consubstancia valor fundamental e requisito de funcionamento em um Estado democrático de direito, motivo por que o direito de expressar-se – e suas exteriorizações (informação e imprensa) – ostenta uma posição preferencial (*preferred position*) dentro do modelo constitucional das liberdades.

Asseverou também que o enquadramento jurídico-eleitoral de determinada mensagem de pré-candidato ao conceito de propaganda eleitoral extemporânea reclama análise tripartite, com o

intuito de perquirir se atenta contra a isonomia de chances, a higidez do pleito ou a moralidade, que devem presidir a competição eleitoral.

Concluiu que, inexistindo ultrajes aos referidos fundamentos, a mensagem consubstanciar-se-á em livre e legítima forma de exteriorizar pensamento dentro dos limites tolerados pelas regras da disputa democrática.

O Tribunal, por unanimidade, deu provimento ao recurso especial eleitoral, nos termos do voto do relator.

 [Recurso Especial Eleitoral nº 51-24, Brumadinho/MG, rel. Min. Luiz Fux, em 18.10.2016.](#)

Sessão	Ordinária	Julgados
Jurisdicional	18.10.2016	47
	20.10.2016	55
	25.10.2016	51
	27.10.2016	34
Administrativa	18.10.2016	2
	20.10.2016	1
	25.10.2016	3
	27.10.2016	2

PUBLICADOS NO *DJE*

Consulta nº 44-54/DF

Relator: Ministro Henrique Neves da Silva

Ementa: CONSULTA. DOAÇÃO ELEITORAL. LIMITE. CUSTEIO DA CAMPANHA COM RECURSOS PRÓPRIOS.

1ª Pergunta: As doações individuais de pessoas físicas para as campanhas eleitorais, desde que observados os limites de que trata o § 1º do art. 23 da Lei nº 9.504, de 1997 (Lei Eleitoral), poderão ultrapassar os tetos (limites de gastos) definidos nos arts. 5º e 6º da Lei nº 13.165, de 29 de setembro de 2015?

Resposta: Sim, nos seguintes termos:

1) os limites de doação aplicáveis às pessoas físicas são computados de acordo com o rendimento bruto auferido pelo doador no ano anterior e, para a sua aferição, são consideradas todas as doações realizadas pelo doador aos partidos políticos e candidatos. Assim, em tese, é possível que a soma das doações realizadas a vários candidatos represente valor acima daquele estipulado para determinada candidatura;

2) o limite de gastos das campanhas eleitorais reflete o valor máximo que os candidatos e partidos políticos podem despende em determinada campanha eleitoral. A aferição de tal limite é feita individualmente, de acordo com cada candidatura;

3) eventuais valores recebidos que superem o limite de gastos não podem ser utilizados pelos candidatos e devem ser considerados como sobras de campanha, a serem transferidas para o partido político até a data da apresentação da prestação de contas, na forma do art. 46 da Res.-TSE nº 23.463.

2ª. Pergunta: As doações individuais de pessoas físicas para as campanhas eleitorais, desde que observados os limites de que trata o § 1º do art. 23 da Lei nº 9.504, de 1997 (Lei Eleitoral), e os tetos definidos nos arts. 5º e 6º da Lei nº 13.165, de 29 de setembro de 2015, independem da renda auferida e da fortuna disponível do doador pessoa física, não encontrando nenhuma outra limitação nem submissão aos princípios da razoabilidade e da isonomia, que devem nortear a disputa dos cargos eletivos, de modo a evitar o abuso do poder econômico?

Resposta: Não conhecida. A caracterização do abuso do poder econômico somente pode ser aferida a partir da análise das situações fáticas do caso concreto, com a observância do devido processo legal e do direito à ampla defesa.

3ª. Pergunta: A realização de gastos pessoais com a própria campanha, de que trata o § 1º-A do art. 23 da Lei nº 9.504, de 1997 (Lei Eleitoral), impede a pessoa física do candidato, nessa situação, de promover doações a outras candidaturas, nos termos do que dispõe o § 1º do art. 23 da Lei Eleitoral?

Resposta: Não. O candidato, além de poder utilizar recursos próprios para financiar a sua campanha até o respectivo limite máximo de gastos, pode realizar doação para financiar outras campanhas eleitorais, observando-se, em relação a essas doações, o limite de 10% do rendimento bruto auferido pelo doador no ano anterior ao da eleição.

Consulta conhecida em parte e respondida, nos termos do voto do relator.

DJE de 19.10.2016.

CONSULTA Nº 64-45/DF

Relator: Ministro Gilmar Mendes

Ementa: CONSULTA. PARTIDO POLÍTICO. REGRAS. EMISSÃO. RECIBO ELEITORAL. RECEBIMENTO. TRANSFERÊNCIA. CONTRIBUIÇÕES DE FILIADOS. NÍVEIS. DIREÇÃO PARTIDÁRIA.

1. A consulta preenche os requisitos de admissibilidade previstos no art. 23, inciso XII, do Código Eleitoral.
2. Os órgãos partidários devem emitir recibos referentes às contribuições de filiados quando estas ultrapassarem o valor de R\$200,00 (duzentos reais) (art. 11, inciso IV c.c. § 2º, da Res.-TSE nº 23.464/2015).
3. É obrigatória a emissão de recibo no caso de repasse de contribuições estatutárias entre as direções partidárias do nível hierárquico inferior para o superior (art. 11, inciso III, da Res.-TSE nº 23.464/2015).
4. Responde-se à consulta.

DJE de 20.10.2016.

Recurso Especial Eleitoral nº 75-24/RN

Ação Cautelar nº 0601438-47/RN

Relator: Ministro Henrique Neves da Silva

Ementa: RECURSO ESPECIAL. DOMICÍLIO ELEITORAL POR RELAÇÃO PROFISSIONAL. FATO CONSTANTE APENAS DO VOTO DIVERGENTE. ART. 941, § 3º, DO NOVO CPC. MATÉRIA DE DIREITO. PROVIMENTO DO RECURSO.

1. Os fatos constantes do voto vencido devem ser considerados pela instância revisora, mormente quando não estiverem em conflito com o que descrito no voto vencedor. Inteligência do art. 941, § 3º, do novo CPC.
 2. O domicílio eleitoral, nos termos da jurisprudência do TSE, vai além do domicílio civil, sendo devida a autorização para a transferência quando estiverem comprovadas relações econômicas, sociais e/ou familiares entre o cidadão e o município para o qual se pretenda a transferência.
 3. A análise do domicílio eleitoral, quando não há controvérsia a respeito dos fatos, é questão de direito e pode ser plenamente avaliada pela instância extraordinária.
- Recurso especial provido.
Ação cautelar julgada procedente.

DJE de 18.10.2016.

Acórdãos publicados no DJE: 79

DESTAQUE

(Espaço destinado ao inteiro teor de decisões que possam despertar maior interesse, já publicadas no *DJE*.)

Recurso Especial Eleitoral nº 545-42/SP

Relatora originária: Ministra Luciana Lóssio

Redator para o acórdão: Ministro Herman Benjamin

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

1. 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.

Illicitude de Gravação Ambiental

2. Diálogos travados em ambiente particular – porém com acesso franqueado a qualquer um do povo – não estão protegidos pelas garantias constitucionais de privacidade e intimidade (art. 5º, X, da CF/88), inexistindo resguardo de sigilo por parte de candidato que realiza reunião em sua própria casa com inúmeras pessoas. Precedente: REspe 640-36/MG, Rel. Min. Gilmar Mendes, sessão de 1º.7.2016.

3. 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

4. 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.

5. 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? [...]

6. 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.

7. 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

8. Nego provimento ao recurso especial e mantenho a cassação de diploma imposta à recorrente por compra de votos e abuso de poder.

Acordam os ministros do Tribunal Superior Eleitoral, por maioria, em negar provimento ao recurso especial eleitoral e manter a cassação de diploma imposta à recorrente, nos termos do voto do Ministro Herman Benjamin.

Brasília, 23 de agosto de 2016.

MINISTRO HERMAN BENJAMIN – RELATOR

RELATÓRIO

A SENHORA MINISTRA LUCIANA LÓSSIO: Senhor Presidente, cuida-se de recurso especial interposto por Aparecida Maria da Silva Soares contra acórdão do Tribunal Regional Eleitoral de São Paulo

(TRE/SP), no qual foi mantida sua condenação pela prática de corrupção eleitoral e abuso do poder econômico em Ação de Impugnação de Mandato Eletivo (AIME), mas excluída a sanção de inelegibilidade.

Eis a ementa do acórdão regional:

RECURSO ELEITORAL. RECURSO CONTRA EXPEDIÇÃO DE DIPLOMA CONVERTIDO EM AÇÃO DE IMPUGNAÇÃO DE MANDATO ELETIVO. SENTENÇA PELA PROCEDÊNCIA DA AÇÃO. PRELIMINARES DE CERCEAMENTO DE DEFESA E ILICITUDE DA PROVA REJEITADAS. MÉRITO CAPTAÇÃO DE SUFRÁGIO RECONHECIDA. PRÁTICA DE CORRUPÇÃO ELEITORAL CONFIRMADA. PROVA ROBUSTA. ABUSO DE PODER ECONÔMICO CONFIGURADO. IMPROPRIEDADE DA APLICAÇÃO DA SANÇÃO DE INELEGIBILIDADE. PARCIAL PROVIMENTO DO RECURSO PARA MANTER A CONDENAÇÃO E EXCLUIR A PENA DE INELEGIBILIDADE. (Fl. 708)

Opostos embargos de declaração, foram rejeitados (fls. 755-761).

A recorrente aduz que houve cerceamento de defesa e violação aos arts. 5º, XXXV, LIV, LV e LVI, da Constituição Federal; 332 do CPC; 3º e 6º da LC nº 64/90, em razão do julgamento imediato da lide após a conversão do RCED em AIME, sem que fosse observado o rito processual desta última.

Salienta que o rito da AIME é mais benéfico ao réu e deveria ter-lhe sido garantido, sobrevivendo grave prejuízo diante do decreto condenatório de cassação do mandato, o que impõe a remessa dos autos à primeira instância para a observância do rito cabível.

Alega que deveria ter sido dada vista às partes para manifestação, inclusive sobre novos atos instrutórios, bem como para a possibilidade de complementação de defesa.

Ressalta que o prejuízo é evidente, uma vez que a sentença considerou o laudo da Polícia Federal de fls. 508-512 suficiente para a condenação. Todavia, o referido documento não atesta a autenticidade da voz gravada, não havendo nada que indique com segurança que a autora do discurso gravado de modo ilícito seja a ora recorrente.

Afirma que a demanda se baseia em prova ilícita, consistente em uma gravação ambiental feita sem autorização judicial, referente a uma suposta reunião em sua residência com sua equipe de campanha.

Assevera, nesse ponto, que houve violação aos arts. 5º, X e LVI, da CF; 332 do CPC; 157, *caput*, §§ 1º e 2º, do CPP.

Destaca que, no acórdão regional, ficou claro que a mencionada reunião não se tratou de evento público.

Pontua que houve mudança na jurisprudência do TSE relativa ao pleito de 2012, sendo a orientação mais recente no sentido da ilicitude da prova produzida sem autorização judicial, apontando dissídio jurisprudencial nesse ponto.

Pondera que a aludida gravação também invalidou, por derivação, a prova testemunhal da senhora Elbia Pereira Pessoa, motivo pelo qual a demanda deve ser julgada improcedente.

Suscita ofensa aos arts. 41-A, *caput*, da Lei nº 9.504/97; 22, XIV e XVI, da LC nº 64/90; 14, §§ 9º, 10 e 11, da CF, diante da inexistência de prova idônea quanto à captação ilícita de sufrágio e ao abuso do poder econômico.

Alega que houve presunção, por parte da Corte Regional, em diversos pontos para assentar a condenação da recorrente, notadamente quanto à autoria da infração e sua vinculação ao pleito de 2012.

Salienta que a prova testemunhal é contraditória e que a testemunha da acusação agiu movida pelo objetivo de prejudicar a recorrente.

Assevera que, na gravação mencionada, não há como mensurar que havia 50 pessoas presentes à reunião.

Alega, por fim, violação aos arts. 93, IX, da CF; 165 e 458, II, do CPC; 275, I e II, do CE, em razão da ausência de motivação adequada no acórdão regional.

Contrarrazões (fls. 838-856).

A Procuradoria-Geral Eleitoral opina pelo desprovimento do recurso (fls. 860-864).

Em consulta ao sistema de acompanhamento processual, verifica-se que a candidata recorrente está no cargo por força de cautelar deferida pelo TRE/SP.

É o relatório.

VOTO (vencido)

A SENHORA MINISTRA LUCIANA LÓSSIO (relatora): Senhor Presidente, inicialmente, não há falar em ofensa ao arts. 275 do CE; 93, IX, da CF; 165 e 458, II, do CPC, pois a Corte Regional não se omitiu sobre ponto algum relevante para o deslinde da controvérsia, tampouco recusou prestação jurisdicional, tendo devidamente enfrentado todas as questões suscitadas de forma clara, conquanto em sentido contrário aos interesses da recorrente.

Quanto à alegação de ilicitude da gravação ambiental que deu ensejo ao ajuizamento do presente feito e que embasou a condenação da recorrente por abuso do poder econômico e captação ilícita de sufrágio, tenho que razão assiste à recorrente.

Sobre o tema, restou assentado no voto vencedor:

Quanto à suscitada ilicitude na gravação ambiental trazida aos autos, destaco que o registro da reunião ora contestada foi captada pela testemunha Elbia Pereira Pessoa, uma das suas participantes, por meio de telefone celular.

Com efeito, gravações ambientais dessa espécie, realizadas por um dos interlocutores, há muito são consideradas lícitas pela jurisprudência, pois não se enquadram em hipótese de vedação legal ou constitucional e nem tampouco violam a intimidade ou a vida privada. Nesse sentido, indico os seguintes precedentes: [...]

Ainda em relação aos desdobramentos dessa prova, verifico que foi apresentada transcrição parcial elaborada pelos representantes (fls. 11), não impugnada pela defesa, e que a mídia foi submetida à perícia, realizada pela polícia federal, que atestou a autenticidade da gravação e ausência de edição fraudulenta (fls. 508/512). Em que pese tenha sido concedida oportunidade para impugnação da perícia, observo que a recorrente não contestou a conclusão do laudo ou apresentou outro, elaborado por perito particular, contestando a integridade da gravação.

Diante da comprovação da licitude da gravação e da ausência de manipulação da mídia, considero a prova íntegra para fins de instrução do presente feito, afastando-se também esta preliminar. (Fls. 712-714)

No mérito, o TRE/SP firmou sua convicção pelos seguintes fundamentos:

Quanto à pertinência e adequação das penas aplicadas, o tema será oportunamente analisado, após o exame do mérito do recurso.

Superadas as preliminares, passo ao exame do mérito da causa.

Entendo que a autoria do discurso e o momento da gravação estão comprovados pelo depoimento testemunha Elbia Pereira Pessoa (fls. 403):

“(...)

J: tem aqui na petição que foi juntada, foi apresentada no Tribunal, uma declaração da senhora dizendo que no dia da eleição de manhã a senhora esteve numa reunião da candidata Cida Miluxe e a senhora nessa declaração a senhora disse que gravou com seu celular enquanto a Cida falava, a senhora confirma?

D: Confirmo.

(...)

J: Foi no dia das eleições?

D: Foi.

(...)”

A alegada contradição com o depoimento prestado por Alessandra Gonçalves Maneta não procede. Cabe ressaltar, inicialmente, que o referido depoimento deve ser visto com reservas em razão da existência de vínculo de trabalho entre testemunha (diarista) e a representada, bem como da ambiguidade das declarações no que toca ao seu relacionamento de amizade com a recorrente. Especificamente sobre a ocorrência da reunião, destaco o fato de a testemunha não ter permanecido na residência da candidata durante toda a manhã, mas ter ficado apenas um pouco conversando. Transcrevo:

“(...)

J: No dia da eleição a senhora participou de alguma reunião na casa da Dona Aparecida?

D: Não.

J: Sabe se promoveu alguma reunião?

D: Não, que de manhã fui lá assim, que sou diarista e às vezes limpo a casa dela e fui lá, fiquei um pouco conversando e desci para a praça e acho assim se tivesse eu estaria lá.

J: A senhora ficou na parte da manhã?

D: Sim.

(...)

A: A senhora alguma vez observou se ela dava alguma orientação, chegou a dar alguma orientação no sentido de que fosse feito boca de urna nesse período da campanha ou no dia da eleição?

D: Não, que estava sempre lá, sempre tenho muita amizade com a família, nunca vi isso não.

(...)

A: Ela trabalha de empregada na casa?

D: Não, sou diarista.

A: Não falou que estava todo dia lá?

D: Não falei que estou todo dia, tenho muita amizade com a família, estou indo de fazer faxina, eu fui dia da eleição.

A: Quantos dias da semana?

D: O normal é dois dias, mas às vezes quando na segunda não dá tempo, deixo para ir na quarta, mas algumas horinhas só.

A: Quais, os dias que normalmente vai?

D: Segunda e sexta.

A: Tem muita amizade com a família?

D: Não é que tenho amizade, trabalho de empregada, assim, que empregado não é amigo né.

(...)”

Diante da prova oral, do conteúdo da gravação e da ausência de prova em contrário, forçoso reconhecer que o discurso registrado foi proferido pela recorrente, no dia da eleição.

Com relação aos fatos imputados à recorrente, transcrevo, inicialmente, trecho da gravação que instruiu a inicial:

“Depois do almoço vocês podem vir aqui, a hora que vocês quiserem pra receber, traz o comprovantinho que vocês votaram. Essas dez colinhas que eu estou dando pra vocês, to dando só dez porque, porque não é pra vocês ficar lá, pra todo mundo você dá uma colinha, sem nem saber nem quem é, pra quem é, nada. 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 tal, então põe no bolso... agora o mais importante pra mim gente, olha aqui, quantas pessoas? Se vocês der o voto, ser fiel comigo, dar o voto pra mim, isso é o mais importante pra mim. Eu sei que **se eu arrumar 50 Pessoas hoje** eu tenho 50 votos garantido, isso é o mais importante, É O INTUITO DE EU ESTAR CONTRATANDO VOCÊS, eu sei que conseguir um votinho lá fora não é fácil, a pessoa já vem decidida, tem um monte de gente lá, mas eu conto com o voto de vocês. Tá, por favor, depois que acontece uma coisa dessas, vou trabalhar pra ganhar o dinheiro depois vou votar pra fulano, eu gostaria que vocês não fizessem isso comigo tá. Por que é duro você né trabalhar contando com cada pessoa, contando com o voto da pessoa que vai vota pro outro agora. Às vezes pega o dinheiro da gente e vota pro outro. Tá. Então isso aí, se você estiver pensando isso aí, eu sei que cada um tem o direito de votar pra quem quer, ta bom! A pessoa sai daqui e fala ó eu nem vou voltar lá porque não vou votar pra ela mesmo. Gostaria que vocês tivessem essa consciência tá! Porque é fato, é duro a gente ser enganado né? Eu to e posso pagar vocês porque eu preciso do voto de vocês tá! (...)”

A gravação não deixa dúvida, não se tratou de reunião com cabos eleitorais, a recorrente reuniu cerca de cinquenta pessoas e combinou que pagaria cada uma, mediante apresentação do comprovante de votação, deixando explícito: *eu tô e posso pagar vocês porque eu preciso do voto de vocês.*

A entrega de 10 (dez) colas para cada um dos presentes, com a instrução de serem entregues a conhecidos que você pode confiar que vai votar, não é suficiente para caracterizar a figura do cabo eleitoral. A recorrente é clara ao consignar que o intuito da “contratação”, ou melhor, do pagamento, é a conquista dos votos dos ouvintes.

A conduta é gravíssima e implica, inclusive, o reconhecimento de abuso de poder econômico, já que recursos financeiros foram empregados na compra ilegal de votos, espécie do gênero corrupção eleitoral, prevista no art. 14, § 10, da CF.

Todavia, como o bem jurídico tutelado pela ação de impugnação de mandato eletivo é a legitimidade da eleição, necessária se faz a aferição do potencial lesivo da captação ilícita de sufrágio, aqui reconhecida.

Nesse sentido a jurisprudência:

[...]

Assim, passo a analisar a questão.

Verifico nos autos que a candidata estimou a presença de 50 (cinquenta) eleitores na reunião, entregando à cada um 10 (dez) colinhas para serem distribuídas entre pessoas do círculo social e familiar das pessoas presentes na reunião, que poderiam votar na recorrente. A conduta descrita na inicial e comprovada nos autos teve potencialidade para alcançar até 550 eleitores.

Entretanto, como bem destacado pela recorrente na gravação ambiental, a conquista do voto do eleitor no dia e no momento da votação, mediante prática de boca de urna, não é fácil, razão pela qual verifico que a candidata não alcançou a votação estimada, conquistando apenas 275 votos.

Todavia, considerando-se que apenas 58 (cinquenta e oito votos) separam a recorrente do candidato eleito primeiro suplente pela coligação (Saulo dos Reis Fernandes – 217 votos), considero suficientemente demonstrada a gravidade e a potencialidade de a prática da corrupção eleitoral ter influenciado no resultado do pleito.

Com relação ao crime de boca de urna, razão assiste à recorrente ao destacar a inadequação da via eleita para a sua persecução.

Uma vez confirmada a procedência da ação, passo a analisar a questão afeta à sanção aplicada pelo magistrado *a quo*. Também neste ponto razão assiste à recorrente. Não há previsão legal para a aplicação da inelegibilidade prevista no artigo 1º, I, *d*, da Lei Complementar nº 64/90, que sequer pode ser denominada sanção. As inelegibilidades previstas no artigo 1º, I, do referido diploma legal constituem reflexo da condenação e deve ser reconhecida, ou não, por ocasião da análise de eventual pedido de registro de candidatura.

Ante o exposto, rejeitadas as preliminares, DOU PARCIAL PROVIMENTO ao recurso para mantida a condenação e a cassação do diploma conferido à recorrente, afastar a incidência da sanção de inelegibilidade, por ausência de previsão legal. (Fls. 714-720 –grifei)

Como se vê, a gravação ambiental impugnada foi realizada em ambiente fechado e privado, qual seja, a casa da candidata recorrente, o que evidencia sua ilicitude, nos moldes da firme jurisprudência desta Corte.

Isso porque este Tribunal, após inúmeros debates acerca do tema, firmou sua orientação no sentido de que é indispensável a prévia autorização judicial para que a gravação ambiental possa ser considerada lícita e desde que o seja para fins penais (REspe nº 344-26, Rel. Min. Marco Aurélio, *DJe* de 28.11.2012; REspe nº 602-30, de minha relatoria, *DJe* de 17.2.2014; REspe nº 577-90, Rel. Min. Henrique Neves, *DJe* de 5.5.2014).

Recentemente, contudo, esta Corte assentou que a gravação ambiental, sem a referida autorização judicial, é lícita quando realizada em ambientes públicos, admitindo-a como meio de prova contra a parte em processo cível-eleitoral (REspe nº 637-61/MG, Rel. Min. Henrique Neves da Silva, *DJe* de 21.5.2015).

Ressalto não ser esse o meu entendimento, como consignado no voto-vista que proferi no referido recurso especial. A meu ver, a gravação ambiental clandestina só pode ser admitida na defesa do jurisdicionado, uma vez que a proteção à privacidade é direito fundamental, estabelecido na Constituição Federal.

Ademais, sendo o voto secreto a opção feita pelo eleitor, não pode esta ser exposta a partir de uma gravação clandestina, escondida e dissimulada por um dos interlocutores, devendo a análise de tal prova ocorrer sob a ótica das nuances que envolvem o processo eleitoral, consideradas as acirradas disputas pelo poder.

Todavia, a interpretação mais recente perfilhada na jurisprudência do TSE não se aplica ao caso dos autos, porquanto distinta a situação fática que motivou a evolução jurisprudencial.

No caso vertente, a gravação se deu na casa da candidata ora recorrente em evento privado, uma vez que a reunião que ocorreu em seu domicílio não era aberta ou acessível ao público em geral, mas restrita aos cabos eleitorais que ali estavam para receber instruções acerca dos trabalhos que seriam realizados.

Segundo o disposto no art. 5º, X e XI, da CF/88¹, são invioláveis a intimidade e a vida privada, assim como a casa do indivíduo, sendo inadmissível, portanto, a gravação realizada de forma

¹ Constituição Federal

Art. 5º. [...]

X - são invioláveis a intimidade, a vida privada, a honra e a imagem das pessoas, assegurado o direito a indenização pelo dano material ou moral decorrente de sua violação;

XI - a casa é asilo inviolável do indivíduo, ninguém nela podendo penetrar sem consentimento do morador, salvo em caso de flagrante delito ou desastre, ou para prestar socorro, ou, durante o dia, por determinação judicial;

clandestina e sem autorização judicial, no interior do ambiente doméstico, o que acarreta a ilicitude do referido meio probatório.

Desse modo, é notória a ilicitude da gravação ambiental realizada clandestinamente na casa da candidata recorrente.

Referido entendimento foi confirmado recentemente por esta Corte, de forma unânime, no julgamento do REspe nº 190-90/BA, de minha relatoria, julgado em 10.5.2016, no qual este Tribunal ratificou a ilicitude da prova decorrente de gravação ambiental realizada em ambiente privado, qual seja, a casa dos eleitores.

No tocante à prova testemunhal produzida nos autos e que subsidiou a condenação da recorrente, a moldura fática do acórdão regional permite verificar sua correlação com a gravação ilícita, porquanto a testemunha da acusação foi a própria pessoa que realizou a gravação ambiental.

Por outro lado, a outra testemunha mencionada no acórdão regional era diarista da recorrente e seu depoimento foi contrário ao da testemunha que teria realizado a gravação.

Dessa forma, verifica-se que a problemática da licitude da prova testemunhal produzida durante a instrução processual está diretamente ligada à legalidade de um ato anterior, *in casu*, a gravação ambiental clandestina, e, sendo esta ilícita, a prova testemunhal dela decorrente e que embasou a condenação torna-se ilícita por derivação, aplicando-se ao caso a teoria dos frutos da árvore envenenada.

Sobre o tema, oportuno destacar entendimento de valiosa doutrina, representada por Ada Pellegrini Grinover, Antonio Scarance Fernandes e Antonio Magalhães Gomes Filho, sobre as provas ilícitas por derivação, vejamos:

A questão, também momentosa, das denominadas **provas ilícitas por derivação** diz respeito àquelas provas em si mesmas lícitas, mas as que se chegou por intermédio da informação obtida por prova ilicitamente colhida.

É o caso da confissão extorquida mediante tortura, em que o acusado indica onde se encontra o produto do crime, que vem a ser regularmente apreendido. **Ou o caso da interceptação telefônica clandestina, por intermédio da qual o órgão policial descobre uma testemunha do fato que, em depoimento regularmente prestado, incrimina o acusado.**

Na posição mais sensível às garantias da pessoa humana, e conseqüentemente mais intransigente com os princípios e normas constitucionais, a ilicitude da obtenção da prova transmite-se às provas derivadas, que são, assim, igualmente banidas do processo.

Essa é justamente a posição que adoto em relação à licitude das provas por derivação. Entendo que devem seguir a mesma sorte das provas que lhes deram origem, com base na teoria dos frutos da árvore envenenada.

Em julgamento recente, esta Corte aplicou a teoria dos frutos da árvore envenenada às provas decorrentes de interceptação telefônica considerada ilícita, em razão do nexo de causalidade entre elas (RO nº 1946-25, de 10.10.2013).

Ressalto do voto do relator, Ministro Dias Toffoli:

Como é cediço, no sistema processual brasileiro, são inadmissíveis as provas obtidas por meio ilícito – à luz do disposto no art. 5º, LVI – e as delas derivadas, consoante prevê o § 1º do art. 157 do CPP, segundo o qual “são também inadmissíveis as provas derivadas das ilícitas, salvo quando

não evidenciado o nexo de causalidade entre umas e outras, ou quando as derivadas puderem ser obtidas por uma fonte independente das primeiras (Incluído pela Lei nº 11.690, de 2008)".

A respeito da "teoria dos frutos da árvore envenenada", transcrevo trecho de julgado da Corte Suprema, de relatoria do eminente Ministro Celso de Mello, que assim consignou:

A doutrina da ilicitude por derivação (teoria dos "frutos da árvore envenenada") repudia, por constitucionalmente inadmissíveis, os meios probatórios, que, não obstante produzidos, validamente, em momento ulterior, acham-se afetados, no entanto, pelo vício (gravíssimo) da ilicitude originária, que a eles se transmite, contaminando-os, por efeito de repercussão causal.

Portanto, destaco que "*considerar como nula a prova obtida por gravação não autorizada e permitir que os agentes que a realizaram deponham sobre o seu conteúdo seria, nas palavras de José Carlos Barbosa Moreira, permitir que 'a prova ilícita, expulsa pela porta, voltaria a entrar pela janela' (A Constituição e as provas ilicitamente adquiridas, RDA 250, pág. 20)*", como bem observou o Ministro Henrique Neves da Silva, redator para o acórdão do RO nº 1904-61/RR, DJe de 21.8.2012.

Desse modo, a prova testemunhal produzida em juízo e considerada pelo acórdão regional para incidência do art. 41-A da Lei nº 9.504/97, bem como para o reconhecimento do abuso do poder econômico, não pode ser valorada, tendo em conta a sua absoluta contaminação pela gravação clandestina, segundo a teoria dos frutos da árvore envenenada, motivo pelo qual a improcedência da ação é medida que se impõe.

Caso fique vencida em relação à preliminar de ilicitude da prova, faço algumas ponderações, que me parecem relevantes, diante da valoração da prova realizada pelo Tribunal Regional.

Segundo a delimitação fático-probatória do acórdão recorrido, verifico que não é possível aferir, com segurança, a quantidade de pessoas que estavam na casa da recorrente no momento da gravação, muito menos que seriam 50 pessoas como entendeu a Corte de origem, uma vez que, pelo trecho da gravação descrito no acórdão, constata-se apenas uma passagem da fala da candidata, na qual ela diz "*se eu arrumar 50 pessoas hoje*"; afirmação hipotética que não leva a crer, com assertividade, que havia 50 pessoas no local.

Dessa forma, mostra-se temerário assentar referida conclusão baseada apenas na mencionada afirmação, ainda mais se considerarmos que a gravação ambiental foi transcrita apenas parcialmente, o que fragiliza a prova, podendo facilmente descontextualizar o que foi dito na ocasião.

Nesse ponto, é cediço que a jurisprudência deste Tribunal Superior exige a existência de prova robusta para a configuração do abuso de poder e captação ilícita de sufrágio, *in verbis*:

AGRAVO REGIMENTAL. RECURSO ESPECIAL ELEITORAL. ELEIÇÕES 2012. PREFEITO. VEREADOR. AÇÃO DE INVESTIGAÇÃO JUDICIAL ELEITORAL. CAPTAÇÃO ILÍCITA DE SUFRÁGIO E ABUSO DO PODER ECONÔMICO. DESPROVIMENTO.

[...]

4. A condenação pela prática de captação ilícita de sufrágio ou de abuso do poder econômico requer provas robustas e incontestes, não podendo se fundar em meras presunções. [...]

(AgR-REspe nº 92440/RN, Rel. Min. João Otávio De Noronha, DJe de 21.10.2014);

RECURSO CONTRA EXPEDIÇÃO DE DIPLOMA. ELEIÇÕES 2006. DEPUTADA FEDERAL. CAPTAÇÃO ILÍCITA DE SUFRÁGIO. AIJE. **APREENSÃO DE LISTAS CONTENDO NOMES DE ELEITORES, MATERIAL DE PROPAGANDA E DE QUANTIA EM DINHEIRO.**

I - A interpretação dada por esta Corte ao art. 41-A da Lei 9.504/1997 é que a captação ilícita de votos independe da atuação direta do candidato e prescinde do pedido formal de voto.

II - Para a caracterização da captação ilícita de sufrágio é indispensável, em razão da gravidade da penalidade aplicada, a presença de provas hábeis a comprovar a prática de atos em troca de votos.

III - Não há nos autos elementos de prova a demonstrar a existência do necessário liame entre a recorrida e os envolvidos, a permitir que se possa extrair a ilação de que estes teriam efetivamente cooptado a livre manifestação do eleitorado, por meio da compra de votos, em benefício da candidatura daquela.

IV - Recurso a que se nega provimento.

(RCED nº 724/RJ, Min. Rel. Ricardo Lewandowski, DJe de 1º.2.2010 – grifei).

Por outro lado, a fragilidade da prova descrita no acórdão ainda se evidencia na passagem em que a candidata diz *“o intuito de eu estar contratando vocês”*, o que sinaliza que as pessoas presentes à casa da recorrente eram cabos eleitorais, e não eleitores que estariam supostamente vendendo seu voto.

Por fim, oportuno ressaltar que estamos diante de feito relativo às eleições de 2012, tendo esta Corte enfrentado exaustivos debates para fixar a tese da ilicitude da gravação ambiental realizada em ambiente privado, motivo pelo qual tenho que a superação desse entendimento somente poderá ser assentada em pleitos posteriores, em primazia aos princípios da segurança jurídica e da confiança na jurisprudência desta Corte.

Julgo, ainda, prejudicadas as demais alegações da recorrente diante do reconhecimento da nulidade das provas dos autos.

Do exposto, **voto pelo provimento** do recurso especial para julgar improcedente a AIME e afastar a sanção imposta à recorrente na origem.

ESCLARECIMENTO

O SENHOR MINISTRO HERMAN BENJAMIN: Senhor presidente, parece-me que aqui a gravação foi feita em uma residência, com 50 pessoas, não é isso?

A SENHORA MINISTRA LUCIANA LÓSSIO (relatora): Em ambiente privado, na residência.

O SENHOR MINISTRO HERMAN BENJAMIN: Então, veja: na medida em que Vossa Excelência pediu vista do voto que o Ministro Gilmar Mendes acaba de trazer e que cuida de duas gravações, uma delas sendo precisamente em residência com dezenas de pessoas, parece-me que seria melhor julgar tudo junto, e não anteciparmos esse julgamento estando outro travado.

A SENHORA MINISTRA LUCIANA LÓSSIO (relatora): Na verdade, temos já vários precedentes.

O SENHOR MINISTRO HERMAN BENJAMIN: Mas o presidente do Tribunal hoje trouxe uma posição que se afasta desses precedentes e, por isso mesmo, Vossa Excelência pediu vista.

A SENHORA MINISTRA LUCIANA LÓSSIO (relatora): Exato. Porque lá se discute o artigo 105-A também. Talvez fosse o caso de algum colega pedir vista.

O SENHOR MINISTRO ADMAR GONZAGA: Ministra Luciana Lóssio, a recorrente fez alguma abordagem a eleitores ou reunião com cabos eleitorais?

Se ela tiver abordado eleitores para comprar votos, eu terei uma posição, mas, se ela contratou cabos eleitorais e isso se faz numa eleição inclusive, se presta contas dessas contratações, para que eles convençam eleitores, minha posição será outra.

Em algum momento ela fala que aquele dinheiro seria para que cabos eleitorais abordassem eleitores para compra de votos, ou ela somente contrata cabos eleitorais para o convencimento e entrega de colas de votação, por exemplo, na tentativa de mudar o voto deles?

A SENHORA MINISTRA LUCIANA LÓSSIO (relatora): A hipótese é a segunda que Vossa Excelência traz. Ela não aborda eleitor algum. São pessoas que estavam dentro da casa dela; portanto, cabos eleitorais a quem ela distribui santinhos e pede que sejam entregues a pessoas de confiança no dia da eleição. Não há abordagem alguma a eleitores. Ela não vai atrás dessas pessoas, é uma reunião realizada dentro da casa dela no dia da eleição.

E mais: a gravação aqui – isso consta do acórdão – é apenas parcial, ou seja, a transcrição, a gravação não se deu do total da conversa, do início ao fim.

O SENHOR MINISTRO ADMAR GONZAGA: Estou satisfeito, Ministra Luciana Lóssio.

A SENHORA MINISTRA LUCIANA LÓSSIO (relatora): Leio à página 714 do acórdão:

Ainda em relação aos desdobramentos dessa prova, verifico que, foi apresentada transcrição parcial elaborada pelos representantes (fls. 11), não impugnada pela defesa, [...]

De fato, a defesa não impugnou que a mídia submetida à perícia teria tido apenas transcrição parcial, mas isso é fato. E aqui surge outra preocupação, que é justamente a de pegar-se uma conversa, descontextualizá-la e trazê-la à apreciação da Justiça Eleitoral. Isso é muito perigoso.

O SENHOR MINISTRO HERMAN BENJAMIN: Senhor Presidente, com todo o respeito – evidentemente vou pedir vista, mas apenas para que essa pergunta não fique com uma resposta que tenha característica de peremptória –, está na transcrição do acórdão:

Gostaria que vocês tivessem essa consciência tá! Porque é fato, é duro a gente ser enganado né? Eu to e posso pagar vocês porque eu preciso do voto de vocês tá!

Apenas para fazer o contraste de que não é apenas uma reunião de cabos eleitorais para influenciar terceiros. É também. Veja: é uma cidadezinha de oito mil e poucos habitantes, não é? Certamente, a quantidade de votos para eleger um vereador – não tive condições de apurar – não deve ser muito grande. Então, 50 pessoas e mais seus familiares é um número grave.

PEDIDO DE VISTA

O SENHOR MINISTRO HERMAN BENJAMIN: Senhor Presidente, peço vista dos autos.

VOTO-VISTA

O SENHOR MINISTRO HERMAN BENJAMIN: Senhor Presidente, trata-se de recurso especial interposto por Aparecida Maria da Silva Soares, Vereadora de Ouroeste/SP eleita no pleito de 2012 com 275 votos (4,49%), contra acórdãos proferidos pelo TRE/SP assim ementados (fls. 708 e 755):

RECURSO ELEITORAL. RECURSO CONTRA EXPEDIÇÃO DE DIPLOMA CONVERTIDO EM AÇÃO DE IMPUGNAÇÃO DE MANDATO ELETIVO. SENTENÇA PELA PROCEDÊNCIA DA AÇÃO. PRELIMINARES DE CERCEAMENTO DE DEFESA E ILICITUDE DA PROVA REJEITADAS. MÉRITO CAPTAÇÃO DE SUFRÁGIO RECONHECIDA. PRÁTICA DE CORRUPÇÃO ELEITORAL CONFIRMADA. PROVA ROBUSTA. ABUSO DE PODER ECONÔMICO CONFIGURADO. IMPROPRIIDADE DA APLICAÇÃO DA SANÇÃO DE INELEGIBILIDADE. PARCIAL PROVIMENTO DO RECURSO PARA MANTER A CONDENAÇÃO E EXCLUIR A PENA DE INELEGIBILIDADE.

EMBARGOS DE DECLARAÇÃO. RECURSO CONTRA EXPEDIÇÃO DE DIPLOMA CONVERTIDO EM AÇÃO DE IMPUGNAÇÃO DE MANDATO ELETIVO. OMISSÃO, CONTRADIÇÃO, DÚVIDA E ERRO MATERIAL. PREQUESTIONAMENTO. INOCORRÊNCIA. REJEIÇÃO.

1. POR MEIO DE EMBARGOS DE DECLARAÇÃO OBJETIVA-SE APONTAR OMISSÕES, CONTRADIÇÕES, OBSCURIDADES E DÚVIDAS PRESENTES NA DECISÃO.
2. NÃO PADECE OMISSÃO ACÓRDÃO PELO QUAL EXAMINADAS AS QUESTÕES RELEVANTES AO DESLINDE DA CAUSA.
3. A CONTRADIÇÃO QUE AUTORIZA A OPOSIÇÃO DOS EMBARGOS É A QUE EXISTE ENTRE OS FUNDAMENTOS DO JULGADO E SUA CONCLUSÃO E NÃO ENTRE AQUELES E AS TESES RECURSAIS. AINDA, INEXISTÊNCIA DE PROPOSIÇÕES INCONCILIÁVEIS, REQUISITO TAMBÉM INDISPENSÁVEL À CARACTERIZAÇÃO DE CONTRADIÇÃO.
4. A DÚVIDA QUE PERMITE O USO DOS ACLARATÓRIOS É A PURAMENTE OBJETIVA. SE O ARESTO EXPÕE DE FORMA CLARA E COMPREENSÍVEL OS RESPECTIVOS FUNDAMENTOS E CONCLUSÕES, NÃO HÁ SE FALAR EM TAL VÍCIO.
5. APENAS SERIA POSSÍVEL O PREQUESTIONAMENTO POR MEIO DE EMBARGOS DECLARATÓRIOS SE TIVESSE OCORRIDO, DE FATO, CONTRADIÇÃO, OMISSÃO, OBSCURIDADE OU DÚVIDA NO JULGADO, ESTE, AO ESCLARECÊ-LO, ABORDA OS DISPOSITIVOS LEGAIS DESEJADOS PELA PARTE, O QUE NÃO SE VERIFICA NO PRESENTE CASO. PRECEDENTE.
6. EMBARGOS DE DECLARAÇÃO REJEITADOS.

Na origem, o Partido Social Liberal (PSL) de Ouroeste/SP e Saulo dos Reis Fernandes ajuizaram Recurso contra Expedição de Diploma (RCED) com fundamento nos arts. 262, IV, do Código Eleitoral² e 39, § 5º, II, e 41-A da Lei 9.504/97³ em face da recorrente, imputando-lhe prática de abuso de poder econômico, captação ilícita de sufrágio e boca de urna.

De acordo com a inicial, no dia 7.10.2012, Aparecida Maria da Silva Soares promoveu reunião com mais de 50 pessoas em sua residência onde teria lhes oferecido dinheiro em troca de votos e solicitado que realizassem propaganda de boca de urna em favor de sua candidatura, fornecendo para esse fim material impresso.

O TRE/SP, em acórdão proferido em 19.11.2014, converteu o Recurso contra Expedição de Diploma em Ação de Impugnação de Mandato Eletivo (AIME) e determinou a remessa dos autos à 302ª ZE/SP para julgamento da causa, em virtude de aplicabilidade imediata das mudanças instituídas pela Lei 12.891/2013, dentre as quais a que alterou o art. 262 do Código Eleitoral, por não promoverem qualquer mudança no processo das eleições (fls. 589-602).

² Art. 262. O recurso contra expedição de diploma caberá somente nos seguintes casos:

[...]

IV – concessão ou denegação do diploma em manifesta contradição com a prova dos autos, nas hipóteses do art. 222 desta lei, e do art. 41-A da Lei nº 9.504, de 30 de setembro de 1997.

³ Art. 39. [omissis]

§ 5º Constituem crimes, no dia da eleição, puníveis com detenção, de seis meses a um ano, com a alternativa de prestação de serviços à comunidade pelo mesmo período, e multa no valor de cinco mil a quinze mil UFIR:

[...]

II - a arregimentação de eleitor ou a propaganda de boca de urna;

[...]

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.

Em primeiro grau, o pedido foi julgado procedente. Cassou-se o diploma de Aparecida Maria da Silva Soares e declarou-se sua inelegibilidade por oito anos, nos termos dos arts. 14, § 10, da CF/88, 1º, I, *d*, da LC 64/90 e 41-A da Lei 9.504/97 (fls. 641-645).

Ao apreciar o recurso eleitoral, o TRE/SP, de início, consignou que não foi demonstrado cerceamento de defesa, decorrente de suposta inobservância do rito previsto para AIME, e que o registro do encontro entre Aparecida Maria da Silva Soares e cerca de 50 pessoas não constitui prova ilícita. Ressaltou que essa gravação, feita na residência da candidata por meio de telefone celular pela testemunha Elbia Pereira Pessoa, presente na ocasião, não se enquadra em hipótese de óbice legal, tampouco viola a intimidade ou a vida privada, consoante jurisprudência do TSE e do STF. Ademais, como não houve manuseio da mídia, considerou-a íntegra para instruir o processo.

No mérito, a Corte Regional concluiu que a recorrente incorreu em abuso de poder econômico e compra de votos, condutas comprovadas tanto pela gravação ambiental como pelo depoimento de testemunha. Quanto ao crime de boca de urna, assentou não ser possível seu exame na presente demanda.

Por fim, proveu em parte o recurso apenas para afastar a inelegibilidade do art. 1º, I, *d*, da LC 64/90, devendo esta ser reconhecida por ocasião de eventual pedido de registro de candidatura, mantendo a sentença no que se refere à cassação de diploma.

Os embargos declaratórios foram rejeitados.

Aparecida Maria da Silva Soares interpôs recurso especial (fls. 764-793), cujas razões reproduzo do acurado voto da e. Relatora, Ministra Luciana Lóssio:

A recorrente aduz que houve cerceamento de defesa e violação aos arts. 5º, XXXV, LIV, LV e LVI, da Constituição Federal; 332 do CPC; 3º e 6º da LC nº 64/90, em razão do julgamento imediato da lide após a conversão do RCED em AIME, sem que fosse observado o rito processual desta última.

Salienta que o rito da AIME é mais benéfico ao réu e deveria ter-lhe sido garantido, sobrevivendo grave prejuízo diante do decreto condenatório de cassação do mandato, o que impõe a remessa dos autos à primeira instância para a observância do rito cabível.

Alega que deveria ter sido dada vista às partes para manifestação, inclusive sobre novos atos instrutórios, bem como para a possibilidade de complementação de defesa.

Ressalta que o prejuízo é evidente, uma vez que a sentença considerou o laudo da Polícia Federal de fls. 508-512 suficiente para a condenação. Todavia, o referido documento não atesta a autenticidade da voz gravada, não havendo nada que indique com segurança que a autora do discurso gravado de modo ilícito seja a ora recorrente.

Afirma que a demanda se baseia em prova ilícita, consistente em uma gravação ambiental feita sem autorização judicial, referente a uma suposta reunião em sua residência com sua equipe de campanha.

Assevera, nesse ponto, que houve violação aos arts. 5º, X e LVI, da CF; 332 do CPC; 157, *caput*, §§ 1º e 2º, do CPP.

Destaca que, no acórdão regional, ficou claro que a mencionada reunião não se tratou de evento público.

Pontua que houve mudança na jurisprudência do TSE relativa ao pleito de 2012, sendo a orientação mais recente no sentido da ilicitude da prova produzida sem autorização judicial, apontando dissídio jurisprudencial nesse ponto.

Pondera que a aludida gravação também invalidou, por derivação, a prova testemunhal da senhora Elbia Pereira Pessoa, motivo pelo qual a demanda deve ser julgada improcedente.

Suscita ofensa aos arts. 41-A, *caput*, da Lei nº 9.504/97; 22, XIV e XVI, da LC nº 64/90; 14, §§ 9º, 10 e 11, da CF, diante da inexistência de prova idônea quanto à captação ilícita de sufrágio e ao abuso do poder econômico.

Alega que houve presunção, por parte da Corte Regional, em diversos pontos para assentar a condenação da recorrente, notadamente quanto à autoria da infração e sua vinculação ao pleito de 2012.

Salienta que a prova testemunhal é contraditória e que a testemunha da acusação agiu movida pelo objetivo de prejudicar a recorrente.

Assevera que, na gravação mencionada, não há como mensurar que havia 50 pessoas presentes à reunião.

Alega, por fim, violação aos arts. 93, IX, da CF; 165 e 458, II, do CPC; 275, I e II, do CE, em razão da ausência de motivação adequada no acórdão regional.

Em contrarrazões, o PSL e Saulo dos Reis Fernandes sustentaram (fls. 838-856):

a) ausência de cerceamento de defesa, uma vez que se oportunizou à recorrente se manifestar em diversas ocasiões e todas as provas requisitadas por ela foram deferidas. Dessa forma, aduziram que a dilação probatória nada acrescentaria aos autos;

b) licitude da gravação ambiental, pois ocorreu em reunião aberta ao público, não acarretando afronta à privacidade;

c) as provas dos autos demonstram que, no encontro realizado no dia do pleito, houve compra de votos e instigação ao crime de boca de urna pela recorrente.

A d. Procuradoria-Geral Eleitoral opinou pelo desprovimento do recurso (fls. 860-864).

Na sessão jurisdicional de 19.5.2016, a e. Relatora proveu o especial para julgar improcedente o pedido na AIME e afastar a cassação imposta a Aparecida Maria da Silva Soares, nos termos da ementa a seguir transcrita:

ELEIÇÕES 2012. RECURSO ESPECIAL ELEITORAL. VEREADOR. AÇÃO DE IMPUGNAÇÃO DE MANDATO ELETIVO. CORRUPÇÃO ELEITORAL. ABUSO DO PODER ECONÔMICO. GRAVAÇÃO AMBIENTAL. AMBIENTE PRIVADO. ILICITUDE. PROVA TESTEMUNHAL. ILICITUDE POR DERIVAÇÃO. PROVIMENTO.

1. Na espécie, consta do acórdão regional que a gravação ambiental impugnada foi realizada em ambiente fechado e privado, qual seja, a casa da candidata recorrente, o que evidencia sua ilicitude, nos moldes da firme jurisprudência desta Corte.

2. A prova testemunhal produzida em juízo e advinda da prova já considerada ilícita – gravação ambiental clandestina – é ilícita por derivação, aplicando-se ao caso a teoria dos frutos da árvore envenenada.

3. Recurso especial provido para julgar improcedente a AIME e afastar a sanção imposta à recorrente.

Em seu voto, a e. Relatora consignou, ainda, que a recorrente permanece no cargo por força de cautelar deferida pelo TRE/SP.

Pedi vista dos autos para melhor exame da matéria.

1. Matérias de Natureza Preliminar

Primeiramente, acompanho a e. Relatora para rejeitar a afronta aos arts. 93, IX, da CF/88; 165 e 458, II, do CPC/73 e 275, I e II, do Código Eleitoral, visto que o TRE/SP enfrentou todas as alegações

e provas aduzidas pela recorrente, afastando a ocorrência de vícios, bem como de cerceamento de defesa, e decidiu de modo fundamentado, embora em sentido contrário aos seus interesses. Cito, em especial, trecho do aresto dos embargos (fls. 758-760):

Em relação ao suposto cerceamento de defesa, destaco que a matéria foi devidamente analisada, conforme seguinte trecho do v. acórdão (fls. 711/712)

[...] Em que pese a irresignação da recorrente, **não restou demonstrado o cerceamento de defesa. Compulsando os autos observo que foram produzidas todas as provas requeridas, ainda que formuladas a destempo, sendo, inclusive, concedido prazo específico para as partes se manifestarem sobre o resultado da perícia (fl. 516), ocasião em que a recorrente deixou de formular qualquer requerimento ou questionamento** (fls. 526/530).

Com o intuito de buscar a verdade dos fatos e possibilitar o pleno exercício de defesa **o então relator procedeu, por duas vezes, à conversão do feito em diligência (fls. 349 e 451) possibilitando a produção de todas as provas requeridas pelas partes.**

Ademais, **verifico que não foram indicadas quais as provas que deixaram de ser produzidas e não se demonstrou qualquer prejuízo efetivo ao exercício da ampla defesa.** [...]

Ressalto que o feito foi remetido para a 302ª Zona Eleitoral para julgamento da ação, nos termos do acórdão de fls. 589/602, após o encerramento da instrução probatória Assim, não há que se falar em cerceamento de defesa decorrente da não reabertura da fase instrutória.

As provas, requeridas tempestivamente e a destempo, foram produzidas, não se podendo cogitar de ofensa à ampla defesa, quando a parte não requereu a produção de qualquer prova.

Afasto, ainda, a alegação de falta de oportunidade para impugnar a perícia realizada, pois, consoante demonstrado no v. acórdão (fl. 714) **foi “[...] concedido prazo específico para as partes se manifestarem sobre o resultado da perícia (fl. 516), ocasião em que a recorrente deixou de formular qualquer requerimento ou questionamento** [...]”. Verifico, portanto, a ocorrência da preclusão.

Ainda, em relação à perícia, observo do laudo de fl. 509 que o seu objeto foi “[...] analisar o conteúdo dos registros de áudio presentes no disco encaminhado, a fim de verificar sua autenticidade e procurar por indícios de adulteração fraudulenta [...]”. **Não há, portanto, erro material no acórdão, pois foi atestada pela polícia federal a autenticidade da gravação e ausência de edição fraudulenta.**

Quanto à suposta contradição e omissão na valoração da prova testemunhal, consigno que a embargante, de forma retórica, procura distorcer a realidade dos fatos. Todavia, deve-se destacar que o juiz é livre na apreciação da prova, não merecendo acolhida os embargos que almejam obter nova valoração da mesma. A irresignação da embargante deve ser deduzida em recurso apropriado, não se prestando os embargos de declaração à revisão do julgado.

Por fim, **também afasto alegação de omissão quanto ao abuso de poder econômico e reproduzo trecho do v. acórdão que trata da matéria** (fls. 717/718):

(sem destaques no original)

No caso, é insustentável a alegação de cerceamento de defesa, uma vez que a recorrente foi intimada para contestar, se pronunciar sobre as provas e requerer diligências, evidenciando que as garantias constitucionais do devido processo legal e da ampla defesa foram respeitadas. Ademais, acerca do laudo da dita perícia, verifico que foi concedida às partes oportunidade para se manifestar, “ocasião em que a recorrente deixou de formular qualquer requerimento ou questionamento” (fl. 711).

Assim, não se tendo comprovado prejuízo processual na conversão do RCED em AIME, descabe falar em nulidade do feito.

2. Ilicitude de Gravação Ambiental que Embasou a AIME

Extraio da moldura fática do acórdão regional que a AIME foi ajuizada com base em gravação ambiental feita pela eleitora Elbia Pereira Pessoa, mediante telefone celular, de reunião no dia do pleito na residência da candidata, em que esta teria oferecido dinheiro a cerca de 50 pessoas presentes no evento para obter os votos destes e de seus amigos e familiares. Confira-se (fls. 712 e 717):

Quanto à suscitada ilicitude na gravação ambiental trazida aos autos, destaco que o registro da reunião ora contestada foi captada pela testemunha Elbia Pereira Pessoa, uma das suas participantes, por meio de telefone celular.

[...]

A gravação não deixa dúvida, não se tratou de reunião com cabos eleitorais, a recorrente reuniu cerca de cinquenta pessoas e combinou que pagaria cada uma, mediante apresentação do comprovante de votação, deixando explícito: “eu tô e posso pagar vocês porque eu preciso do voto de vocês”.

(sem destaques no original)

A e. Relatora entendeu ilícita essa prova com base na jurisprudência desta Corte Superior firmada para as Eleições 2012 – com a qual guardo ressalvas – no sentido da invalidade de gravações ambientais em local estritamente particular. Cito, no ponto, trecho de seu voto (fls. 5 e 10-12):

Quanto à alegação de ilicitude da gravação ambiental que deu ensejo ao ajuizamento do presente feito e que embasou a condenação da recorrente por abuso do poder econômico e captação ilícita de sufrágio, tenho que assiste razão à recorrente.

Sobre o tema, restou assentado no voto vencedor:

[...]

Como se vê, a gravação ambiental impugnada foi realizada em ambiente fechado e privado, qual seja, a casa da candidata recorrente, o que evidencia sua ilicitude, nos moldes da firme jurisprudência desta Corte.

Isso porque este Tribunal, após inúmeros debates acerca do tema, firmou sua orientação no sentido de que é indispensável a prévia autorização judicial para que a gravação ambiental possa ser considerada lícita e desde que o seja para fins penais (REspe nº 344-26, Rel. Min. Marco Aurélio, DJe de 28.11.2012; REspe 602-30, de minha relatoria, DJe de 17.2.2014; REspe nº 577-90, Rel. Min. Henrique Neves, DJe de 5.5.2014).

[...]

Ademais, sendo o voto secreto a opção feita pelo eleitor, não pode esta ser exposta a partir de uma gravação clandestina, escondida e dissimulada por um dos interlocutores, devendo a análise de tal prova ocorrer sob a ótica das nuances que envolvem o processo eleitoral, consideradas as acirradas disputas pelo poder.

Desse modo, é notória a ilicitude da gravação ambiental realizada clandestinamente na casa da candidata recorrente.

Referido entendimento foi confirmado recentemente por esta Corte, de forma unânime, no julgamento do REspe nº 190-90/BA, de minha relatoria, julgado em 10.5.2016, no qual este Tribunal ratificou a ilicitude da prova decorrente de gravação ambiental realizada em ambiente fechado, qual seja, a casa dos eleitores.

(sem destaques no original).

No entanto, com as mais respeitadas vênias, entendo que a hipótese é diversa.

Apesar de ser a residência ambiente privado por natureza, é possível relativizar-se essa premissa a depender da destinação que a ela se dá.

Como já observado, a quantidade de pessoas presentes na reunião promovida pela candidata permite concluir que a espécie não cuida de evento fechado, de natureza restrita, mas sim de livre acesso a qualquer um do povo.

Nesse contexto, perde-se o caráter particular – uma vez que, repita-se, qualquer pessoa poderia adentrar o recinto – e, por conseguinte, cai por terra um dos principais argumentos desta Corte Superior para considerar ilícitas gravações ambientais realizadas por um dos interlocutores sem o conhecimento do outro: a inviolabilidade das garantias constitucionais de privacidade e intimidade (art. 5º, X, da CF/88⁴).

Confira-se, a respeito do tema, doutrina de Vicente Greco Filho⁵, para quem – com razão – tais garantias não se revestem de caráter absoluto:

[...] gravação clandestina ou ambiental e interceptação consentida por um dos interlocutores, são irregulamentáveis porque fora do âmbito do inciso XII do art. 5º da Constituição, e sua licitude, bem como a da prova dela decorrente, dependerá do confronto do direito à intimidade (se existe) com a justa causa para a gravação ou interceptação, como o estado de necessidade e a defesa de direito, nos moldes da disciplina da exibição da correspondência pelo destinatário (art. 153 do Código Penal e art. 233 do Código de Processo Penal).
(sem destaque no original)

Em seu magistério, Fernando Capez⁶ corrobora que “a gravação somente não será admitida, e considerada ilícita, quando afrontar outra garantia, qual seja, a da inviolabilidade da intimidade (CF, art. 5º, X)”, o que não é o caso dos autos, como já explanado.

Por essas mesmas razões é que o Tribunal Superior Eleitoral reformulou sua jurisprudência acerca de gravações ambientais realizadas em local aberto, cujo caso dos autos, a meu ver, equipara-se a essa situação. Transcrevo a ementa do *leading case* acerca da matéria:

RECURSOS ESPECIAIS. AÇÃO CAUTELAR. AÇÃO DE INVESTIGAÇÃO JUDICIAL ELEITORAL. ABUSO DO PODER ECONÔMICO. CAPTAÇÃO ILÍCITA DE SUFRÁGIO.

[...]

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

3. As circunstâncias registradas pela Corte de origem indicam que o discurso objeto da gravação se deu em espaço aberto dependências comuns de hotel, sem o resguardo do sigilo por parte do próprio candidato, organizador da reunião. Ausência de ofensa ao direito de privacidade na espécie, sendo lícita, portanto, a prova colhida. [...]

(REspe 637-61/MG, Rel. Min. Henrique Neves, DJe de 21.5.2015) (sem destaque no original)

⁴ Art. 5º [omissis]

[...]

X – são invioláveis a intimidade, a vida privada, a honra e a imagem das pessoas, assegurado o direito a indenização pelo dano material ou moral decorrente de sua violação; [...]

⁵ FILHO, Vicente Greco. *Interceptação telefônica: considerações sobre a lei n. 9.296/96*. São Paulo: Saraiva, 2008. p 6.

⁶ CAPEZ, Fernando. *Curso de Direito Penal*. São Paulo: Saraiva, 2013. p. 392.

Ressalto que o raciocínio aqui proposto também foi objeto de primoroso voto do e. Ministro Gilmar Mendes, em hipótese no meu sentir idêntica à espécie, no recente julgamento do REspe 640-36/MG, concluído em 1º.7.2016, quando afirmou que:

No que concerne à ilicitude da gravação ambiental, ressalto que, conquanto guarde reservas quanto à tese firmada pelo TSE de que a gravação realizada por um dos interlocutores é prova ilícita, mormente se verifica que não se cuida de interceptação telefônica sem autorização, entendida assim como a realizada por um terceiro estranho à conversa, **observo que o caso concreto apresenta peculiaridades que afastam o entendimento firmado pelo Tribunal.**

Com efeito, a primeira gravação foi realizada no comitê eleitoral dos investigados, local de aproximação dos candidatos com os cidadãos do município, local público, portanto. **A segunda gravação foi realizada em uma residência particular, mas o acórdão regional, acolhendo a manifestação ministerial, indicou que a prova pericial esclareceu que “o registro analisado apresenta conteúdo compatível com uma reunião, de cunho eleitoral, com uma multitude de participantes. Além disto, dado o fluxo de pessoas na reunião, infere-se não se tratar de um evento privado restrito e, portanto, todas as frases teriam sido ditas em público”** (fl. 665 – grifos nossos).

Tratava-se, pois, de lugares franqueados a qualquer um do povo, qualificam-se, então, como lugares destinados ao público, onde o candidato buscava divulgar sua candidatura perante os cidadãos, sendo lícito, a qualquer do povo participante, registrar aquele evento, sobretudo em situação que estaria ocorrendo um ilícito não apenas cível-eleitoral (art. 41 da Lei no 9.504/1997), mas criminal-eleitoral (art. 299 do Código Eleitoral).

Na verdade, seja o comitê eleitoral dos candidatos, seja a reunião realizada pelo candidato em determinada residência franqueada a qualquer um do povo, revestem-se do gênero propaganda eleitoral, que, nas palavras de José Jairo Gomes, “caracteriza-se por levar ao conhecimento público, ainda que de maneira disfarçada ou dissimulada, candidatura ou os motivos que induzam à conclusão de que o beneficiário é o mais apto para o cargo em disputa” (grifos nossos), o que, obviamente, não envolve a privacidade do candidato, mas justamente o contrário, busca-se a ampla exposição da imagem e das ideias do candidato junto ao público em geral.

Para Eugênio Pacelli de Oliveira, “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” (grifos nossos).

Da mesma forma, o entendimento de José Afonso da Silva, para quem “a vida exterior, que envolve a pessoa nas relações sociais e nas atividades públicas, pode ser objeto das pesquisas e das divulgações de terceiros, porque é pública” (grifos nossos).

Paulo Gonet Branco, estabelecendo possíveis situações protegidas pelo direito à intimidade e à privacidade, ressalta, contudo, que “se alguém se encontra num lugar público está sujeito a ser visto e a aparecer em alguma foto ou filmagem do mesmo lugar. Haveria, aí, um consentimento tácito na exposição. A pessoa não poderá objetar a aparecer, sem proeminência, numa reportagem, se se encontra em lugar aberto ao público e é retratada como parte da cena como um todo” (grifos nossos).

A propósito, o STF ratifica o entendimento doutrinário. De fato, no julgamento do *Habeas Corpus* nº 87341, rel. Min. Eros Grau, DJ 3.3.2006, 1ª Turma, o Ministro Sepúlveda Pertence bem demonstrou que **“não há nenhuma ilicitude na documentação cinematográfica da prática de um crime, a salvo, é claro se o agente se encontra numa situação de intimidade.** Obviamente não é o caso de uma corrupção passiva praticada em repartição pública”.

No julgamento do REspe nº 637-61/MG, em 16.4.2015, Rel. Min. Henrique Neves da Silva, o TSE concluiu que “as circunstâncias registradas pela Corte de origem indicam que o discurso objeto da gravação se deu em espaço aberto – dependências comuns de hotel –, sem o resguardo do sigilo por parte do próprio candidato, organizador da reunião” (grifos nossos).

(com alguns destaques no original)

Ressalto, ainda, o seguinte precedente da lavra do e. Ministro Ayres Britto no âmbito da c. Suprema Corte:

QUESTÃO DE ORDEM. INQUÉRITO INSTAURADO A PARTIR DE CARTA DENÚNCIA E DE DEGRAVAÇÃO DE FITA MAGNÉTICA. GRAVAÇÃO AMBIENTAL. CONVERSAS NÃO PROTEGIDAS POR SIGILO LEGAL. AUSÊNCIA DE ILICITUDE. INDÍCIOS DE PARTICIPAÇÃO DE AGENTE DETENTOR DE PRERROGATIVA DE FORO. COMPETÊNCIA ORIGINÁRIA DO SUPREMO TRIBUNAL FEDERAL. QUESTÃO DE ORDEM RESOLVIDA, POR MAIORIA, PARA DETERMINAR O PROSSEGUIMENTO DAS INVESTIGAÇÕES NO STF.

1. É lícita a prova obtida mediante a gravação ambiental, por um dos interlocutores, de conversa não protegida por sigilo legal. Hipótese não acobertada pela garantia do sigilo das comunicações telefônicas (inciso XII do art. 5º da Constituição Federal).

2. Se qualquer dos interlocutores pode, em depoimento pessoal ou como testemunha, revelar o conteúdo de sua conversa, não há como reconhecer a ilicitude da prova decorrente da gravação ambiental.

[...]

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)

Transcrevo, por fim, manifestação oral do e. Vice-Procurador-Geral Eleitoral, Dr. Nicolao Dino, acerca do caso em apreço:

Ora, senhores Ministros, nós não estamos diante de um segredo de confessionário, [...] nós não estamos diante de uma conversa de alcova [...].

Nós estamos verificando elementos decorrentes de um ato político, de uma reunião política da qual participam 50 pessoas. Como se imaginar, como se querer uma expectativa de privacidade de um ato do qual participam 50 pessoas? Não me parece crível nem razoável esse argumento".

(sem destaques no original)

Assim, sendo lícita a gravação realizada por Elbia Pereira Pessoa, passo ao exame do tema de fundo.

3. Matéria de Fundo

Na espécie, o TRE/SP manteve cassado o diploma da recorrente, com fundamento em captação ilícita de sufrágio e abuso de poder econômico, em virtude de oferta de benesse em troca de votos à sua candidatura.

Nos termos do art. 41-A da Lei 9.504/97, constitui captação ilícita de sufrágio o ato de candidato doar, oferecer, prometer ou entregar bem ou vantagem de qualquer natureza a eleitor com o fim de obter-lhe o voto. Confira-se a redação do dispositivo:

Art. 41-A. Ressalvado o disposto no art. 26 e seus incisos, constitui captação de sufrágio, vedada por esta Lei, o candidato doar, oferecer, prometer, ou entregar, ao eleitor, com o fim de obter-lhe o voto, bem ou vantagem pessoal de qualquer natureza, inclusive emprego ou função pública, desde o registro da candidatura até o dia da eleição, inclusive, sob pena de multa de mil a cinquenta mil UFIR, e cassação do registro ou do diploma, observado o procedimento previsto no art. 22 da Lei Complementar nº 64, de 18 de maio de 1990.

§ 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.

Por sua vez, **abuso de poder econômico** caracteriza-se por emprego desproporcional de recursos patrimoniais, públicos ou privados, de forma a comprometer a licitude do pleito e a paridade de armas entre candidatos. Nesse sentido, dentre outros: REspe 941-81/TO, Rel. Min. Maria Thereza de Assis Moura, *DJe* de 7.3.2016 e AgR-REspe 730-14/MG, Rel. Min. João Otávio de Noronha, *DJe* de 2.12.2014.

O TRE/SP, soberano na análise de fatos e provas, entendeu comprovados os ilícitos. Consignou de modo expresso, com base em gravação ambiental e no depoimento da testemunha Elbia Pereira Pessoa, que a candidata Aparecida Maria da Silva Soares ofereceu dinheiro a cerca de 50 eleitores presentes em encontro realizado em sua residência no dia do pleito com intuito de obter o voto destes, de seus amigos e de seus familiares. Segue trecho do acórdão recorrido (fls. 715-718):

Entendo que a autoria do discurso, e o momento da gravação estão comprovados pelo depoimento testemunha Elbia Pereira Pessoa (fls. 403):

[...]

J: tem aqui na petição que foi juntada, foi apresentada no Tribunal, uma declaração da senhora dizendo que no dia da eleição de manhã a senhora esteve numa reunião da candidata Cida Miluxe e a senhora nessa declaração a senhora disse que gravou com seu celular enquanto a Cida falava, a senhora confirma?

D: Confirmo.

[...]

J: Foi no dia das eleições?

D: Foi.

[...]

A alegada contradição com o depoimento prestado por Alessandra Gonçalves Maneta não procede.

Cabe ressaltar, inicialmente, que **o referido depoimento deve ser visto com reservas em razão da existência de vínculo de trabalho entre testemunha (diarista) e a representada, bem como da ambiguidade das declarações no que toca ao seu relacionamento de amizade com a recorrente. Especificamente sobre a ocorrência da reunião, destaco o fato de a testemunha não ter permanecido na residência da candidata durante toda a manhã, mas ter ficado apenas um pouco conversando.** Transcrevo:

[...]

J: No dia da eleição a senhora participou de alguma reunião na casa da Dona Aparecida?

D: Não.

J: Sabe se promoveu alguma reunião?

D: Não; que **de manhã fui lá assim, que sou diarista e às vezes limpo a casa dela e fui lá, fiquei um pouco conversando e descii para a praça** e acho assim se tivesse eu estaria lá.

J: A senhora ficou na parte da manhã?

D: Sim.

[...]

A: A senhora alguma vez observou se ela dava alguma orientação, chegou a dar alguma orientação no sentido de que fosse feito boca de urna nesse período da campanha ou no dia da eleição?

D: Não, que estava sempre lá, **sempre tenho muita amizade com a família, nunca vi isso não.**

[...]

A: Ela trabalha de empregada na casa?

D: Não, sou diarista.

A: Não falou que estava todo dia lá?

D: Não falei que estou todo dia, tenho muita amizade com a família, estou indo de fazer faxina, eu fui dia da eleição.

A: Quantos dias da semana?

D: O normal é dois dias, mas às vezes quando na segunda não dá tempo, deixo para ir na quarta, mas algumas horinhas só.

A: Quais os dias que normalmente vai?

D: Segunda e sexta.

A: Tem muita amizade com a família?

D: Não é que tenho amizade, trabalho de empregada, assim, que empregado não é amigo, né.

[...]

Diante da prova oral, do conteúdo da gravação e da ausência de prova em contrário, forçoso reconhecer que o discurso registrado foi proferido pela recorrente, no dia da eleição.

Com relação aos fatos imputados à recorrente, transcrevo, inicialmente, trecho da gravação que instruiu a inicial:

Depois do almoço vocês podem vir aqui, a hora que vocês quiserem pra receber, traz o comprovantinho que vocês votaram. Essas dez colinhas que eu estou dando pra vocês, to dando só dez porque, porque não é pra vocês ficar lá, pra todo mundo você dá uma colinha, sem nem saber nem quem é, pra quem é, nada. 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 tal, então põe no bolso... agora o mais importante pra mim gente, olha aqui, quantas pessoas? Se vocês der o voto, ser fiel comigo, dar o voto pra mim, isso é o mais importante pra mim. Eu sei que se eu amimar 50 pessoas hoje eu tenho 50 votos garantido, isso é o mais importante, É O INTUITO DE EU ESTAR CONTRATANDO VOCÊS, eu sei que conseguir um votinho lá fora não é fácil, a pessoa já vem decidida, tem um monte de gente lá, mas eu conto com o voto de vocês. Tá, por favor, depois que acontece uma coisa dessas, vou trabalhar pra ganhar o dinheiro depois vou votar pra fulano, eu gostaria que vocês não fizessem isso comigo tá. Por que é duro você né trabalhar contando com cada pessoa, contando com o voto da pessoa que vai vota pro outro agora Às vezes pega o dinheiro da gente e vota pro outro. Tá. Então isso aí, se você estiver pensando isso aí, eu sei que cada um tem o direito de votar pra quem quer, tá bom! A pessoa sai daqui e fala ó eu nem vou voltar lá porque não vou votar pra ela mesmo Gostaria que vocês tivessem essa consciência tá! Porque é fato, é duro a gente ser enganado né? Eu to e posso pagar vocês porque eu preciso do voto de vocês tá! [...]

A gravação não deixa dúvida, não se tratou de reunião com cabos eleitorais, a recorrente reuniu cerca de cinquenta pessoas e combinou que pagaria cada uma, mediante apresentação do comprovante de votação, deixando explícito: eu to e posso pagar vocês porque eu preciso do voto de vocês.

A entrega de 10 (dez) colas para cada um dos presentes, com a instrução de serem entregues a conhecidos *que você pode confiar que vai votar*, não é suficiente para caracterizar a figura do cabo eleitoral.

A recorrente é clara ao consignar que o intuito da “contratação”, ou melhor, do pagamento, é a conquista dos votos dos ouvintes.

A conduta é gravíssima e implica, inclusive, o reconhecimento de abuso de poder econômico, já que recursos financeiros foram empregados na compra ilegal de votos, espécie do gênero corrupção eleitoral, prevista no art. 14, § 10, da CF.

(sem destaques no original)

A análise do quadro fático delineado no acórdão regional não revela mera conversa com cabos eleitorais para influenciar terceiros, como quer fazer crer a recorrente, pois em diversas

passagens de sua fala o que se vê são pedidos expressos de voto e oferecimento de dinheiro aos participantes. Confira-se (fl. 717):

Depois do almoço vocês podem vir aqui, a hora que vocês quiserem pra receber, traz o comprovantinho que vocês votaram. [...] Se vocês der o voto, ser fiel comigo, dar o voto pra mim, isso é o mais importante pra mim. [...] Gostaria que vocês tivessem essa consciência tá! Porque é fato, é duro a gente ser enganado né? [...] Eu tô e posso pagar vocês porque eu preciso do voto de vocês tá!

(sem destaques no original)

Diante desse contexto, a meu sentir, as provas carregadas aos autos – gravação e depoimento testemunhal – são bastantes para um juízo condenatório, vez que demonstraram de forma coesa que a conduta da recorrente configura captação de sufrágio.

Ademais, ressalto que a compra de um único voto é suficiente para configurar o ilícito, eis 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. Nesse sentido:

Representação. Art. 41-A da Lei nº 9.504/97. Candidato. Deputado estadual.

[...]

3. A pacífica jurisprudência desta Corte Superior já assentou ser desnecessário aferir potencialidade nas hipóteses do art. 41-A da Lei das Eleições, porquanto essa norma busca proteger a vontade do eleitor. [...]

(RO 2.373/RO, Rel. Min. Arnaldo Versiani, DJe de 3.11.2009) (sem destaques no original)

[trecho do voto]: Ademais, para a condenação por captação ilícita de sufrágio, basta que haja o oferecimento, promessa ou doação de bem ou vantagem em troca do voto do eleitor, com a participação ou anuência do candidato, não se exigindo a demonstração da potencialidade lesiva da conduta ou da significância ou valor da benesse oferecida. [...]

(AgR-AC 765-16/PI, Rel. Min. Marcelo Ribeiro, DJe de 2.6.2010) (sem destaque no original)

Confira-se, ainda, trecho elucidativo do voto do e. Ministro Henrique Neves no AgR-REspe 499-56/MS, DJe de 31.3.2016, *in verbis*:

Há muito esta Corte considera desprovido aferir se o ilícito previsto no art. 41-A da Lei nº 9.504/97 teve potencialidade para influenciar no resultado do pleito, porquanto a vedação da conduta visa resguardar a vontade do eleitor e não a legitimidade das eleições. É o que se extrai dos seguintes precedentes:

RECURSO ESPECIAL ELEITORAL. ELEIÇÕES 2004. CONDUTA VEDADA. CAPTAÇÃO ILÍCITA DE SUFRÁGIO. REALIZAÇÃO DE NOVO PLEITO. ELEIÇÕES INDIRETAS. PROVIMENTO.

[...]

3. Quanto à captação ilícita de sufrágio, o TSE considera desprovida a potencialidade da conduta para influenciar no resultado do pleito. Precedentes: REspe nº 26.118/MG, Rel. Min. Gerardo Grossi, DJ de 28.3.2007; AG nº 3.510/PB, Rel. Min. Luiz Carlos Madeira, DJ de 23.5.2003; REspe nº 21.248/SC, AgR-REspe nº 499-56.2012.6.12.0022/MS, Rel. Min. Fernando Neves, DJ de 8.8.2003; REspe nº 21.264/AP, Rel. Min. Carlos Veloso, DJ de 11.6.2004. [...] (REspe nº 27.737/PI, Rel. Min. José Delgado, DJ de 1º.2.2008); e

Recurso especial - Investigação judicial - Prefeito - Abuso do poder - Art. 22 da Lei Complementar nº 64/90 - Não-caracterização - Doação de telhas e pregos a eleitor - Captação vedada de sufrágio - Art. 41-A da Lei nº 9.504/97 - Configuração - Constitucionalidade - Cassação de diploma - Possibilidade.

[...]

7. Para a configuração do ilícito previsto no referido art. 41-A, não é necessária a aferição da potencialidade de o fato desequilibrar a disputa eleitoral, porquanto a proibição de captação de sufrágio visa resguardar a livre vontade do eleitor e não a normalidade e equilíbrio do pleito, nos termos da pacífica jurisprudência desta Corte (Acórdão nº 3.510). (REspe nº 21.248/SC, Rel. Min. Fernando Neves, DJ de 8.8.2003).

[...]

Ademais, na linha da jurisprudência deste Tribunal, “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 discricionariedade do julgador” (AgR-RO nº 979-17/PA, Rel. Min. Aldir Passarinho Junior, PSESS de 5.10.2010).

Não há falar, portanto, em ofensa aos princípios da proporcionalidade e da razoabilidade.

(sem destaques no original)

De outra parte, consta de forma expressa do acórdão regional “que recursos financeiros foram empregados na compra ilegal de votos” (fl. 718). Além disso, o TRE/SP assentou que a gravidade da conduta ficou demonstrada, uma vez que a recorrente obtivera êxito no pleito e que somente 58 votos a separaram do candidato escolhido primeiro suplente pela coligação.

Assim, entendo presente na hipótese a gravidade necessária ao reconhecimento de abuso de poder econômico (art. 22, XVI, da LC 64/90⁷), pois a indevida oferta de vantagem pecuniária condicionada ao voto de cerca de 50 pessoas, e ainda de seus familiares, em reunião no dia do pleito, provoca quebra de isonomia entre os candidatos, constituindo conduta relevante apta a macular o equilíbrio das eleições em município de pequeno porte como o de Ouroeste/SP.

O acórdão regional, portanto, não merece reparos.

4. Conclusão

Ante o exposto, rogando as mais respeitosas vênias à e. Ministra Luciana Lóssio, **nego provimento** ao recurso especial e mantenho a cassação de diploma imposta à recorrente por compra de votos e abuso de poder econômico.

É como voto.

VOTO (ratificação – vencido)

A SENHORA MINISTRA LUCIANA LÓSSIO (relatora): Senhor Presidente, rememoro um pouco, como relatora. Quando atuo como advogada, do outro lado da tribuna, e o relator começa elogiando o voto, aguardo uma negativa. E aqui não foi diferente. Quando o Ministro Herman Benjamin começou a elogiar muito o meu voto, eu pensei: lá vem uma divergência daquelas!

Pois bem, respeitando e louvando o brilhante voto do Ministro Herman Benjamin e como hoje acompanhei praticamente tudo, é a primeira divergência que temos na sessão. De fato, há aqui um ponto bastante relevante, que deve ser destacado.

Vou ao acórdão do Tribunal Regional Eleitoral (fls.717):

⁷ Art. 22. [omissis]

[...]

XVI – para a configuração do ato abusivo, não será considerada a potencialidade de o fato alterar o resultado da eleição, mas apenas a gravidade das circunstâncias que o caracterizam.

Com relação aos fatos imputados à recorrente, transcrevo, inicialmente, trecho da gravação que instruiu a inicial:

(...)

E traz a moldura fática, que é a gravação feita por um telefone celular de uma das pessoas que estava na residência da pretensa candidata.

E começa:

Depois do almoço vocês podem vir aqui, a hora que vocês quiserem pra receber, traz o comprovantinho que vocês votaram. Essas dez colinhas que eu estou dando pra vocês, to dando só dez [...]

Ou seja, ela estava dando dez colinhas para as pessoas que estavam lá. E continua:

Eu sei que se eu arrumar 50 pessoas hoje eu tenho 50 votos garantido, isso é mais importante, [...]

Ora, em momento algum se afirmou aqui que havia 50 pessoas na casa dessa pessoa. Ela estava dando dez colinhas para as pessoas que lá estavam. E depois diz: se eu arrumar 50 votos.

Portanto, a conclusão a que eu chego é que devia haver dez pessoas na casa, ou cinco pessoas, porque, se ela estava dando dez colinhas e dizia que precisava de 50 votos...

Em momento algum se afirmou, ou se pode chegar à conclusão, desse trecho da gravação – aqui está a moldura fática –, que havia 50 pessoas naquela residência.

A conclusão do relator no acórdão regional foi a mesma conclusão a que chegou o Ministro Herman Benjamin, diferentemente da minha, entendendo que havia 50 pessoas, com base nessa transcrição. Logo após a transcrição do acórdão regional, está:

A gravação não deixa dúvida, não se tratou de reunião com cabos eleitorais, a recorrente reuniu cerca de cinquenta pessoas [...]

Veja, eu não chego a essa conclusão. Para mim não há, de maneira alguma, a clareza do fato de que havia 50 pessoas ali.

E, mais, relembro e reforço a nossa jurisprudência no sentido de que, quando realizada dentro da casa do cidadão, a gravação está protegida. Essa prova deve ser considerada ilícita, com base em inúmeros precedentes aqui por nós decididos, inclusive para as eleições de 2012.

Cito aqui precedente de 10 de maio de 2016 – REspe nº 190-90, da Bahia –, de minha relatoria, em que o Tribunal ratificou a ilicitude da prova decorrente de gravação ambiental realizada em ambiente privado, qual seja, a casa dos eleitores.

Portanto, com as mais respeitosas vênias ao eminente Ministro Herman Benjamin, entendo que a reunião de cinco, dez, cinquenta ou cem pessoas em sua casa não quer dizer que você esteja franqueando o acesso a todos; não quer dizer que você abra a porta de sua casa a permitir que aquele ambiente se torne público. Se dou uma festa em minha casa e convido cinquenta ou cem pessoas, não quer dizer que a porta esteja aberta e qualquer pessoa possa entrar em minha casa.

De modo que entendo que essa reunião deva ser considerada como realizada em ambiente privado, e que seja considerada ilícita a prova, com base em nossa jurisprudência que adotamos

para as eleições de 2012. E, portanto, preservando-se a segurança jurídica para o pleito de 2012, pois estamos a tratar de um processo daquela eleição.

Com essas breves considerações, ratifico o meu voto.

ESCLARECIMENTO

O SENHOR MINISTRO HERMAN BENJAMIN: Senhor Presidente, apenas uma complementação, se me permite.

É importante, porque, vejam, de tão óbvio, passa a ser importante realçar. A ilicitude da gravação visa a proteger o quê? Não é só a privacidade, mas evitar o flagrante preparado, alguém que grava deliberadamente na casa do candidato. Não podemos transformar a casa de um candidato em *bunker* de ilicitude. Porque esse *bunker* não vale para outros crimes – para nenhum outro crime. E vai valer apenas para aqueles ilícitos, aqueles tipos penais que solapam as bases da República, do processo eleitoral. E não podemos aceitar isso.

Um último argumento. Na mesma transcrição do acórdão recorrido, em que ela termina assim: **“Às vezes pegam o dinheiro da gente e vota em outro”**.

Era mesmo distribuição de dinheiro que estava sendo feita.

Penso, Senhor Presidente, e Vossa Excelência já fez ponderações nesse sentido, que nenhuma garantia é absoluta. E muito menos se se utiliza de uma garantia para assegurar a impunidade absoluta de ilícitos dessa gravidade.

VOTO

O SENHOR MINISTRO ADMAR GONZAGA: Senhor Presidente, minha intenção era pedir vista deste processo, mas não vou mais.

Peço as mais respeitadas vênias à eminente relatora para entender que a residência da pessoa não é um *bunker* de imunidade para o cometimento de ilícitos, quanto mais um ilícito da ordem da compra de votos. Como a capa de invisibilidade de *Harry Potter* e, a partir disso, promover uma romaria de pessoas para dentro de sua casa, entendendo que assim está imune à averiguação da Justiça Eleitoral.

No caso, se fosse prova ilícita, eu não poderia nem espíá-la, para verificar quais os dizeres; o que foi dito ou não. Mas claramente não é o caso, e o que me traz esta certeza, uma convicção de que não era uma reunião particular, é que ela diz, em sua defesa, que ali estaria a sua equipe de campanha.

Ora, é crível que numa equipe de campanha pudesse ter alguém para gravá-la? É lógico que não era uma equipe de campanha, mas pessoas que foram convidadas para fins ilícitos. E em um desses, vamos dizer, grupos de pessoas, se infiltrou alguém da campanha adversária, para produzir a gravação ao confirmar que aquilo ali era compra de votos.

Eu não vi nada ser dito aqui, no voto, que pudesse alterar a moldura fática do acórdão, para afirmar que aquela residência era o lugar de uma reunião particular.

Portanto, aplico ao caso a Súmula nº 279 do STF para negar provimento ao recurso. Não entendo que possa revalorar o quadro fático do acórdão.

É assim que voto, pedindo as mais respeitosas vênias à eminente relatora para acompanhar a divergência.

VOTO

A SENHORA MINISTRA ROSA WEBER: Senhor Presidente, peço vênias à eminente Ministra Luciana Lóssio para acompanhar a divergência aberta pelo Ministro Herman Benjamin. Também entendo que estamos em sede de recurso especial e não temos, com todo o respeito, como alterar a moldura fática do acórdão recorrido, onde leio que:

A gravação não deixa dúvida, não se tratou de reunião com cabos eleitorais, a recorrente reuniu cerca de cinquenta pessoas e combinou que pagaria cada uma, mediante apresentação do comprovante de votação, deixando explícito: *eu to [sic] e posso pagar vocês porque eu preciso do voto de vocês.*

Assim, com essa moldura fática, entendo lícita a prova, a gravação e, por isso, nego provimento ao recurso especial, renovando o pedido de vênias à eminente Ministra Luciana Lóssio.

VOTO

O SENHOR MINISTRO TEORI ZAVASCKI: Senhor Presidente, peço vênias à Ministra Luciana Lóssio para considerar lícita, em princípio, essa espécie de prova, segundo jurisprudência firmada no Supremo Tribunal Federal. Cito, por exemplo, Questão de Ordem no Inquérito nº 2116, relator o Senhor Ministro Ayres Britto, vencido o Ministro Marco Aurélio, em que se afirma:

[...]

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.

[...]

E prossegue. Mas o que interessa é isso.

Mais recentemente, lembro-me de ter levado questão semelhante e até, de certo modo, mais grave, à consideração da Segunda Turma, em um caso em que, num ambiente privado, numa casa de uma pessoa, um visitante gravou a conversa e depois entregou isso ao Ministério Público como prova. Obviamente, foi alegada a nulidade e na Segunda Turma consideramos que, com base nessa jurisprudência, não havia ilicitude, porque quem gravou foi um dos participantes da conversa.

De modo que, por isso, peço vênias para acompanhar a divergência.

VOTO

A SENHORA MINISTRA MARIA THEREZA DE ASSIS MOURA: Senhor Presidente, peço vênias à eminente relatora para acompanhar a divergência.

VOTO

O SENHOR MINISTRO GILMAR MENDES (presidente): Senhores Ministros, temos aqui vários precedentes na linha de entender, às vezes, ilícita a prova em casos que tais, partindo da premissa de que, na maioria das vezes, pode haver o chamado flagrante preparado – uma situação similar a esta –, em que o próprio eleitor concita o candidato, ou alguém a ele vinculado, a fazer uma oferta, ou coisa assemelhada.

Essa era uma premissa. O Ministro Dias Toffoli até citava manifestação do Ministro Gilson Dipp nesse sentido. Em caso, inclusive mencionado pelo Ministro Herman Benjamin, de Piumhi, Minas Gerais, aludi ao fato de que precisamos fazer algumas distinções.

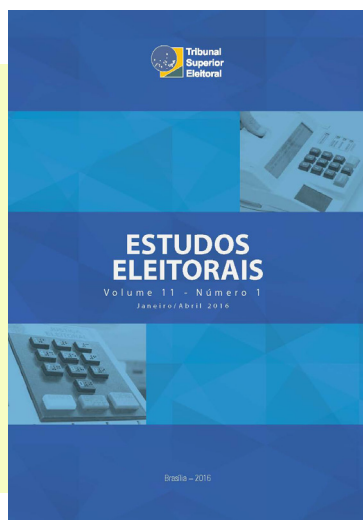
Neste caso, parece-me que a prova é muito coerente, não só a gravação – e quem abre a sua residência para tantos eleitores, obviamente, não consegue evitar. Não se trata de conversa privada, não se trata de nenhum elemento ligado à privacidade.

Peço todas as vênias à Ministra Luciana Lóssio, entendendo que Sua Excelência está tentando pontuar a observância e a observação da jurisprudência do Tribunal, que, de fato, sinalizou muitas vezes nesse sentido. Mas estamos a vislumbrar, realmente, notórias peculiaridades, em função da situação que foi agora amplamente descrita por ambos, pela relatora e pelo Ministro Herman Benjamin.

Acompanho a divergência.

DJE de 18.10.2016.

OUTRAS INFORMAÇÕES



ESTUDOS ELEITORAIS

VOLUME 11 – NÚMERO 1

A revista *Estudos Eleitorais* oferece subsídios para o exame e o debate do Direito Eleitoral, a partir de artigos, estudos e propostas apresentadas por ilustres juristas e estudiosos da área. Os números desta revista têm periodicidade quadrimestral.

Faça, gratuitamente, o *download* do arquivo no endereço: <http://www.tse.jus.br/institucional/catalogo-de-publicacoes/lista-do-catalogo-de-publicacoes>.

Ministro Gilmar Mendes

Presidente

Luciano Felício Fuck

Secretário-Geral da Presidência

Sérgio Ricardo dos Santos

Marina Rocha Schwingel

Paulo José Oliveira Pereira

Assessoria Consultiva do Tribunal Superior Eleitoral (Assec)

assec@tse.jus.br