



Informativo TSE

Assessoria Especial do Tribunal Superior Eleitoral (Aesp)

Brasília, 4 a 31 de maio de 2015 – Ano XVII – nº 7

SUMÁRIO

SESSÃO JURISDICIONAL	2
• Distribuição de camisas, captação ilícita de sufrágio e abuso do poder econômico – I	
• Distribuição de camisas, captação ilícita de sufrágio e abuso do poder econômico – II	
PUBLICADOS NO <i>DJE</i>	4
DESTAQUE	6
OUTRAS INFORMAÇÕES	18

SOBRE O INFORMATIVO: Este informativo, elaborado pela Assessoria Especial, 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 – www.tse.jus.br/internet/midia/informativo.htm –, 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

Distribuição de camisas, captação ilícita de sufrágio e abuso do poder econômico – I

O Plenário do Tribunal Superior Eleitoral entendeu, inicialmente, que não caracteriza *reformatio in pejus* o acolhimento de embargos de declaração que, reconhecendo a existência de contradição em acórdão, submete ao presidente do Tribunal Regional Eleitoral questão empatada, para proferir voto de desempate.

O Ministro Henrique Neves, relator, asseverou que os embargos de declaração são voltados precisamente à integração do *decisum*, destinando-se a correção de eventual erro material, cujo conhecimento pode se dar *ex officio* pelo órgão julgador.

Afirmou ainda que, na hipótese em análise, a correção da contradição ensejava não apenas a declaração da existência do empate no julgamento, mas também a supressão desse vício apontado pelo próprio embargante.

Destacou que a eliminação de vícios por meio de embargos de declaração não culmina necessariamente em decisão a favor do embargante, em razão de esse instrumento processual estar relacionado à própria prestação jurisdicional, que deve ser efetivada de forma completa e integral, cumprindo ao Poder Judiciário sanar os erros, ainda que em sentido contrário ao pretendido pelo embargante.

No tocante ao desempate por meio do voto de “minerva”, o relator mencionou regra constante do Código de Processo Penal no sentido da tomada do voto do presidente da Corte, quando verificado o empate (art. 615, § 1º):

§ 1º Havendo empate de votos no julgamento de recursos, se o presidente do tribunal, câmara ou turma, não tiver tomado parte na votação, proferirá o voto de desempate; no caso contrário, prevalecerá a decisão mais favorável ao réu.

Concluiu, dessa forma, que o procedimento de desempate adotado confirma o princípio de que as decisões judiciais devem ser tomadas pelo voto da maioria dos membros do Tribunal.

[Recurso Especial Eleitoral nº 383-32, Macarani/BA, rel. Min. Henrique Neves da Silva, em 26.5.2015.](#)

Distribuição de camisas, captação ilícita de sufrágio e abuso do poder econômico – II

O Plenário do Tribunal Superior Eleitoral, por maioria, entendeu que a doação de camisas e outros artefatos a diversos eleitores durante o período de campanha eleitoral, demonstrada por meio de prova testemunhal e documental, configura propaganda eleitoral irregular, captação ilícita de sufrágio e abuso do poder econômico.

O art. 41-A da Lei nº 9.504/1997 dispõe:

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 Ufirs, 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.

Na espécie, o Tribunal Regional Eleitoral da Bahia condenou o requerente por captação ilícita de sufrágio e abuso do poder econômico, em razão da distribuição, pela campanha do recorrente, de camisetas e de um *kit* de brindes a cabos eleitorais e a diversos eleitores, conforme demonstrado em prova documental e testemunhal.

A decisão considerou que a distribuição de camisetas não consistiu mero recurso de organização e logística da campanha, porquanto efetivamente beneficiou eleitores de baixa renda em grande número.

O Ministro Henrique Neves, relator, enfatizou inicialmente que os fatos não se assemelhavam às hipóteses nas quais este Tribunal considera lícita a distribuição de pequena quantidade de gasolina para que os eleitores participem, em seus carros, de carreatas.

Ressaltou que no acórdão recorrido restou indubitável o pedido de voto em favor dos candidatos.

Assinalou ainda que, embora não haja previsão de sanção pecuniária específica para a violação do art. 39, § 6º, da Lei das Eleições, é certo que a prática da distribuição de camisetas, perucas e demais itens que compunham os *kits* entregues aos eleitores, nos termos do acórdão recorrido, constitui espécie de propaganda manifestamente ilegal e taxativamente proibida pela legislação eleitoral vigente.

Vencidos a Ministra Luciana Lóssio e o Ministro Dias Toffoli (presidente), que entendiam não caracterizada a conduta de abuso do poder econômico e captação ilícita de sufrágio.

A Ministra Luciana Lóssio alegava que os elementos probatórios não eram robustos o suficiente para afastar a vontade popular manifestada no pleito.

O Tribunal, por unanimidade, não conheceu do recurso de Elza Soares de Souza e, por maioria, vencidos a Ministra Luciana Lóssio e o Ministro Dias Toffoli (presidente), negou provimento ao de Antonio Carlos Macedo de Araújo, nos termos do voto do relator.



[Recurso Especial Eleitoral nº 383-32, Macarani/BA, rel. Min. Henrique Neves da Silva, em 26.5.2015.](#)

Sessão	Ordinária	Julgados
Jurisdicional	5.5.2015	19
	7.5.2015	13
	12.5.2015	19
	14.5.2015	16
	19.5.2015	86
	21.5.2015	17
	26.5.2015	38
Administrativa	7.5.2015	2
	12.5.2015	5
	14.5.1981	1
	21.5.2015	4
	26.5.2015	4

PUBLICADOS NO *DJE*

Recurso Especial Eleitoral nº 2027-02/MS

Relator: Ministro João Otávio de Noronha

Ementa: RECURSO ESPECIAL ELEITORAL. ELEIÇÕES 2008. PREFEITO E VEREADOR. “CAIXA DOIS”. OMISSÃO DE VALORES UTILIZADOS DURANTE A CAMPANHA NA PRESTAÇÃO DE CONTAS. CRIME DE FALSIDADE IDEOLÓGICA ELEITORAL (ART. 350 DO CÓDIGO ELEITORAL). REJEIÇÃO PREMATURA DA DENÚNCIA. ACOLHIMENTO DA TESE DA ATIPICIDADE DA CONDUTA PELA AUSÊNCIA DOS ELEMENTOS SUBJETIVOS DO TIPO. NECESSIDADE DE INSTRUÇÃO. PRECEDENTES. ANULAÇÃO DO ACÓRDÃO A *QUO*.

1. Reenquadramento ou requalificação legal de situação fática descrita na denúncia não encontra óbice nas Súmulas nº 7/STJ e 279/STF.
2. A juntada dos acórdãos apontados como exemplos do dissídio jurisprudencial e a descrição dos fatos semelhantes, que embasaram as decisões discrepantes, atendem ao requisito de admissibilidade do recurso especial.
3. O tipo do art. 350 do Código Eleitoral – crime de falsidade ideológica eleitoral – requer dolo específico. A conduta – de omitir em documento, público ou particular, informação juridicamente relevante, que dele deveria constar (modalidade omissiva) ou de nele inserir ou fazer inserir informação inverídica (modalidade comissiva) – deve ser animada não só de forma livre e com a potencial consciência da ilicitude, como também com um “especial fim de agir”. E essa especial finalidade, que qualifica o dolo como específico, é a eleitoral.
4. Contrariamente ao assentado no acórdão recorrido, é equivocada a afirmação de que nenhuma omissão de informações ou inserção de informações inverídicas em prestação de contas tem aptidão para configurar o delito em análise, por ser cronologicamente posterior às eleições.
5. O argumento de que esta Corte Superior assentou, em duas oportunidades, essa impossibilidade, não autoriza o juízo de atipicidade prematuro (pela ausência de dolo específico). Há precedentes recentes do STJ e do TSE em sentido oposto.
6. Se é certo, de um lado, que a inserção inverídica de informações na prestação de contas ou a omissão de informações (que nela deveriam constar) não configura necessariamente o crime do art. 350 do Código Eleitoral; também é certo, de outro, que não se pode, antes do recebimento da denúncia e da consequente instrução, afirmar ser atípica a conduta, pela falta do elemento subjetivo do tipo – dolo específico –, unicamente sob o argumento da ausência de finalidade eleitoral na conduta, porque realizada em procedimento posterior às eleições (na prestação de contas).
7. Presentes, na narrativa inicial acusatória, todas as elementares do tipo, descabe a rejeição da denúncia pela falta de dolo específico. A conclusão sobre a ausência do elemento subjetivo depende do exame do caso concreto, e deve ser precedida da análise probatória, sendo certo, dessa forma, que necessita de instrução. Precedentes.
8. Provimento do REspe para anular o acórdão recorrido.

***DJE* de 21.5.2015.**

Recurso Especial Eleitoral nº 12062-80/RN

Relatora: Ministra Maria Thereza de Assis Moura

Ementa: CORRUPÇÃO ELEITORAL (CE, ART. 299). INSTITUTO MANTIDO COM O FIM DE CONCEDER BENEFÍCIOS EM TROCA DE VOTOS. CONCURSO DE AGENTES. PRISÃO EM FLAGRANTE DE SUBORDINADOS DO CANDIDATO ENCARREGADOS DA ENTREGA DAS VANTAGENS

INDEVIDAS AOS ELEITORES. CANDIDATO FUNDADOR E EFETIVO RESPONSÁVEL PELO INSTITUTO, EMPREGADOR DOS EXECUTORES MATERIAIS DO DELITO E ÚNICO BENEFICIÁRIO DOS ATOS ILÍCITOS. CARACTERIZAÇÃO DA AGRAVANTE DO ARTIGO 62, III, DO CÓDIGO PENAL.

1. Reconhecida no acórdão recorrido a comprovação de que o candidato a vereador era o efetivo responsável por instituto voltado à concessão de vantagens a “associados” (eleitores) em troca de votos, era empregador dos executores materiais do delito de corrupção eleitoral e se constituiu no único beneficiário pelas práticas ilícitas, incide a agravante prevista no artigo 62, III, do Código Penal.
2. Recurso especial provido.

DJE de 13.5.2015.

Recurso Especial Eleitoral nº 9984681-21/AM

Relator: Ministro João Otávio de Noronha

Ementa: RECURSO ESPECIAL ELEITORAL. ELEIÇÕES 2006. AÇÃO PENAL. FALSIDADE IDEOLÓGICA ELEITORAL. DUAS CONDUTAS: 1. INSERÇÃO DE INFORMAÇÃO INVERÍDICA EM MATERIAL DE PROPAGANDA ELEITORAL. AUSÊNCIA DE INDÍCIOS SUFICIENTES DE AUTORIA. REJEIÇÃO DA DENÚNCIA PELO TRE/AM MANTIDA. 2. OMISSÃO DE DESPESAS COM PROPAGANDA ELEITORAL NA PRESTAÇÃO DE CONTAS. REJEIÇÃO PREMATURA DA DENÚNCIA. ACOLHIMENTO INDEVIDO ATIPICIDADE. AUSÊNCIA DE DOLO ESPECÍFICO E INOFENSIVIDADE LESIVA DA CONDUTA. NECESSIDADE DE INSTRUÇÃO. PRECEDENTES. ANULAÇÃO DO ACÓRDÃO *A QUO* NESTE PONTO. REMESSA AO JUIZ ELEITORAL DE PRIMEIRO GRAU. PERDA SUPERVENIENTE FORO PRERROGATIVA DE FUNÇÃO (PREFEITO).

1. O primeiro fato imputado ao réu, capitulado no artigo 350 do Código Eleitoral, consiste na inserção de informação juridicamente relevante e sabidamente inverídica: no caso, CNPJ de empresa diversa da que prestou o serviço de propaganda eleitoral – em documento: impresso tipo “jornal” – com finalidade eleitoral.
2. Os elementos fáticos e probatórios constantes na peça inaugural não sustentam a imputação de que o denunciado teria inserido “por meio de correligionários” não identificados, em impresso de propaganda, o CNPJ errado. Não há indícios suficientes de que o acusado tivesse conhecimento, autorizado ou anuído com essa conduta; desimportando, assim, se a tese da acusação é de autoria material ou intelectual.
3. Correta a decisão do TRE/AM que não recebeu a denúncia. Acórdão *a quo* mantido neste ponto (recurso improvido, neste aspecto).
4. Quanto ao segundo fato, concernente à omissão, na prestação de contas, de informação que dela deveria constar (dos gastos efetuados com propaganda de campanha), a rejeição da denúncia se deu por fundamentos diversos: ausência da elementar subjetiva típica e da potencialidade lesiva da conduta.
5. O tipo descrito no artigo 350 do Código Eleitoral – falsidade ideológica eleitoral – requer dolo específico. A conduta – de omitir em documento, público ou particular, informação juridicamente relevante, que dele deveria constar (modalidade omissiva) ou de nele inserir ou fazer inserir informação inverídica (modalidade comissiva) – deve ser animada não só de forma livre e com a potencial consciência da ilicitude, como também com um “especial fim de agir”. E essa especial finalidade, que qualifica o dolo como específico, é a eleitoral.
6. Contrariamente ao assentado no acórdão recorrido, é equivocada a afirmação de que nenhuma omissão de informações ou inserção de informações inverídicas em prestação de contas tem aptidão para configurar o delito em análise, por ser cronologicamente posterior às eleições.
7. O argumento de que esta Corte Superior assentou, em dois precedentes, essa impossibilidade, não encontra esteio na jurisprudência do TSE nem do STJ. Não autoriza, portanto, juízo de atipicidade prematuro (pela ausência de dolo específico).
8. Se é certo, de um lado, que a inserção inverídica de informações na prestação de contas ou a omissão de informações (que nela deveriam constar) não configura necessariamente o crime do art 350 do Código Eleitoral; também é certo, de outro, que não se pode, antes do recebimento

da denúncia e da conseqüente instrução, afirmar ser atípica a conduta, pela falta do elemento subjetivo do tipo – dolo específico –, unicamente sob o argumento da ausência de finalidade eleitoral na conduta, porque realizada em procedimento posterior às eleições (na prestação de contas).

9. O mesmo raciocínio aplica-se à potencialidade lesiva da conduta em tese praticada, a qual deverá ser apurada no caso concreto, após a instrução probatória. Não se retira – do contraste entre as práticas descritas nos autos e do teor da decisão – flagrante insignificância da lesão ao bem jurídico tutelado pela norma, apta a ensejar a repulsa liminar da acusação.

10. Presentes, na narrativa inicial, todas as elementares do tipo, descabe a rejeição da denúncia pela falta de dolo específico ou por inofensividade lesiva. Precedentes.

11. Provimento parcial do Respe para anular o acórdão recorrido no ponto em que rejeitou a denúncia relativamente ao segundo fato imputado e determinar a remessa dos autos ao juízo eleitoral de primeiro grau (arts. 35 c/c 356, CE), pela perda superveniente do foro privilegiado em razão da função (Prefeito).

DJE de 21.5.2015.

Acórdãos publicados no DJE: 148

DESTAQUE

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

Recurso em Habeas Corpus nº 3488-22/PR

Relator: Ministro João Otávio de Noronha

RECURSO ORDINÁRIO EM *HABEAS CORPUS*. AÇÃO PENAL. ELEIÇÕES 2012. COAÇÃO ELEITORAL POR SERVIDOR (ART. 300 CE). ASSOCIAÇÃO CRIMINOSA (ART. 288, CP). CONTINUIDADE DELITIVA (ART. 71 CP). PROCEDIMENTO PREPARATÓRIO ELEITORAL. INSTAURAÇÃO. INQUÉRITO CIVIL ANTERIOR. PROVA ILÍCITA. NÃO CONFIGURAÇÃO. RECEBIMENTO DA DENÚNCIA. CONSTRANGIMENTO ILEGAL. INOCORRÊNCIA.

1. O art. 105-A da Lei 9.504/97 não alcança a interpretação proposta pelos recorrentes no sentido de serem consideradas ilícitas – para a ação penal eleitoral – as provas angariadas pelo Ministério Público em inquérito civil e as delas derivadas. Interpretação literal e histórica do dispositivo vergastado não permite essa conclusão.

2. A ilicitude da prova, em nosso sistema, liga-se à sua forma de obtenção: inobservância de direitos e garantias fundamentais (inclusive no âmbito de sua eficácia horizontal). Hipótese não configurada na espécie.

3. Na fase investigativa não há garantia plena à ampla defesa e ao contraditório, os quais apenas se estabelecem integralmente na fase judicial. Inocorrência de lesão.

4. Entre outras atribuições, cabe ao Ministério Público promover a ação penal pública, inclusive a eleitoral e, em âmbito cível, a defesa dos interesses individuais e coletivos *lato sensu*. Exegese do artigo 129 da Constituição da República.

5. Ainda que o inquérito civil público não seja vocacionado, primordialmente, à apuração de ilícitos penais, é poder-dever institucional do Ministério Público Eleitoral, na qualidade de *dominus litis* da ação penal, ao verificar de maneira casual ou fortuita a ocorrência de prática de crime, promover a competente ação penal eleitoral.

6. Se os elementos probatórios que embasaram a denúncia eleitoral surgiram originária e fortuitamente (fenômeno conhecido por "Serendipidade") em inquérito civil público (em que se apurava a prática de atos de improbidade), mas para a propositura da ação penal eleitoral foi manejado o instrumento apropriado: procedimento preparatório eleitoral – PPE, não se configura sequer a hipótese de utilização de inquérito civil para a propositura de ação penal eleitoral.

7. Caso dos autos que não se confunde com a de outros julgados do Tribunal Superior Eleitoral, em que o inquérito civil havia sido instaurado para apurar ilícitos eleitorais.

8. Hipótese inapta a configurar a alegada afronta ao artigo 105-A da Lei 9.504/97.

9. Ausência de ato (ou constrangimento) ilegal no recebimento da denúncia e instauração de ação penal eleitoral pela prática dos crimes previstos no artigo 300 do Código Eleitoral e artigos 288 e 71 do Código Penal.

10. Ordem denegada. Recurso improvido.

Acordam os ministros do Tribunal Superior Eleitoral, por unanimidade, em desprover o recurso, nos termos do voto do relator.

Brasília, 14 de abril de 2015.

MINISTRO JOÃO OTÁVIO DE NORONHA – RELATOR

RELATÓRIO

O SENHOR MINISTRO JOÃO OTÁVIO DE NORONHA: Senhor Presidente, trata-se de recurso ordinário em *habeas corpus* interposto por Leandro Souza Rosa e Pedro Henrique Val Feitosa em favor de Carlos Bandiera de Mattos, Luzia Ferreira Souza de Mattos, Carlos Alberto Felix Rocha e João Vigliato da Cruz contra acórdão do TRE/PR assim ementado (fl. 523):

HABEAS CORPUS - PREVENTIVO – AÇÃO PENAL - AUDIÊNCIA DE INSTRUÇÃO E JULGAMENTO - UTILIZAÇÃO DE ELEMENTOS COLHIDOS EM INQUÉRITO CIVIL PARA FUNDAMENTAR PROCEDIMENTO PENAL ELEITORAL - ORDEM DENEGADA.

Na origem, os recorrentes impetraram *habeas corpus* com pedido liminar em favor dos pacientes supranominados sob os seguintes argumentos: 1) os elementos probatórios angariados pelo Ministério Público em inquérito civil constituem prova ilícita, não sendo hábeis a instruir denúncia em ações eleitorais, por força do artigo 105-A, da Lei 9.504/97 (com a redação que lhe foi dada pela Lei 12.034/09); 2) configura constrangimento ilegal o recebimento de denúncia¹ amparada nesse tipo de prova.

Subsumindo os fatos a esses fundamentos, alegaram, em síntese, que a decisão de recebimento da denúncia emanada pela juíza da 152ª Zona Eleitoral de Ivaiporã, nos autos da Ação Penal nº 3-43.2014.6.16.0152, traduz-se em constrangimento ilegal.

¹ No caso, a denúncia foi ofertada e recebida pela prática, em tese, dos tipos dos artigos 288 do Código Penal, 300 do Código Eleitoral e 71 do CP.

Segundo entendem, a incidência do artigo 105-A² da Lei 9.504/97 macula de ilicitude os elementos probatórios juntados no procedimento preparatório eleitoral, pois originado do Inquérito Civil nº 0069.12.000273-3 (que visava à apuração de eventual cobrança pecuniária indevida por serviços prestados no âmbito do Sistema Único de Saúde (SUS), no município de Ariranha do Ivaí/PR).

Nessa linha, concluíram afronta a texto expresso do supracitado artigo, bem como aos princípios e às garantias constitucionais do devido processo legal, do contraditório e da ampla defesa, bem como quebra da necessária paridade de armas e do equilíbrio processual entre as partes.

Com base nessas premissas, pugnaram pelo reconhecimento da ilicitude da prova que lastreia a Ação Penal 3-43.2014.6.16.0152 e por sua consequente extinção.

No Tribunal Regional Eleitoral do Paraná, foi denegada a ordem à unanimidade, mantendo-se a decisão do juízo de primeiro grau³ e afastando-se as alegações dos recorrentes pelos seguintes fundamentos (fls. 525-526):

- a) a propositura da ação penal pública, do inquérito civil e da ação civil pública para a proteção de direito difusos e coletivos decorre da norma constitucional⁴, não havendo falar em impossibilidade, na fase pré-processual, de se utilizar os elementos colhidos em inquérito civil para embasar autos de procedimento preparatório eleitoral;
- b) nos procedimentos preparatórios – de investigação ou de levantamento de provas, assim como no inquérito civil –, não há garantia, em regra, de ampla defesa e contraditório, os quais devem se desenvolver no curso da ação judicial;
- c) não houve instauração de inquérito civil para a apuração de ilícito eleitoral: *“o que houve, neste caso, foi a utilização das peças e informações, já formadas naqueles autos, fornecendo-se assim elementos ao procedimento preparatório eleitoral, no que não restou ferido o artigo 105-A da Lei 9.504/97”*⁵;
- d) o dispositivo em questão tem sua constitucionalidade questionada pelo MPF perante o Supremo Tribunal Federal (ADIN 4352), porque, dependendo da interpretação que se lhe conferir, estar-se-á

² Art. 105-A. Em matéria eleitoral, não são aplicáveis os procedimentos previstos na Lei nº 7.347, de 24 de julho de 1985. (Incluído pela Lei nº 12.034, de 2009)

³ De onde se retira, *in verbis*:

(...)

2. A denúncia apresentada pelo Ministério Público preenche os requisitos estabelecidos no art. 41 do CPP, não havendo, pois, razão à nobre defesa do réu quando sustenta inépcia da exordial acusatória.

3. Quanto a preliminar de impossibilidade de o Ministério Público instaurar inquérito voltado a levantar dados para instaurar demanda eleitoral, o Ministério Público possui legitimidade para promover o inquérito civil, procedimento este que tem natureza preparatória da ação judicial, não lhes sendo inerentes os princípios constitucionais da ampla defesa e do contraditório. No inquérito civil, inexistem litigantes, porque o litígio, se houver, só vai configurar-se na futura ação civil, nem acusados, porque o Ministério Público limita-se a apurar fatos, colher dados, juntar provas e, enfim, recolher elementos que indiciem, a existência de situação de ofensa a determinado interesse transindividual indisponível. Sendo inaplicável, pois, o princípio do contraditório e da ampla defesa, não pode ser exigido do Ministério Público que acolha peças de contestação, indicação de testemunhas de defesa, pedido de alegações escritas ou orais e outros semelhantes. Nada impede, é verdade, que o órgão que presida o Inquérito Civil atenda a pedidos formulados por interessados, mas se o fizer será apenas para melhor constituição dos dados do procedimento. Portanto o Ministério Público tem total legitimidade para intentar o inquérito civil.

4. Assim, rejeito as preliminares arguidas. (...)

⁴ Constituição Federal, artigo 129:

São funções institucionais do Ministério Público:

I - promover, privativamente, a ação penal pública, na forma da lei; (...)

III - promover o inquérito civil e a ação civil pública, para a proteção do patrimônio público e social, do meio ambiente e de outros interesses difusos e coletivos;

⁵ Afirmação retirada do voto da Relatora, constante à página 528 dos autos.

a restringir as atribuições do Ministério Público previstas constitucionalmente⁶; além de ferir os princípios da moralidade e da probidade.

Contra esse acórdão os recorrentes interpuseram o presente recurso ordinário, no qual reafirmam as teses de ilicitude da prova (e das delas derivadas) e de conseqüente constrangimento ilegal pelo recebimento da denúncia, requerendo seu provimento para que seja declarada a nulidade da ação penal nº 3.43.2014.6.16.0152 (fls. 539-554).

A Procuradoria-Geral Eleitoral opinou pelo desprovimento do recurso (fls. 561-567).

É o relatório.

VOTO

O SENHOR MINISTRO JOÃO OTÁVIO DE NORONHA (relator): Senhor Presidente, trata-se de recurso ordinário em *habeas corpus* interposto por Leandro Souza Rosa e Pedro Henrique Val Feitosa, contra acórdão do TRE/PR que denegou a ordem pleiteada em favor dos pacientes mantendo íntegra a decisão de recebimento da denúncia prolatada na Ação Penal n. 3-43.2014.6.16.0152. No acórdão, assentou-se que os elementos colhidos em inquérito civil público – que visava à apuração de eventual cobrança pecuniária indevida por serviços prestados pelo Sistema Único de Saúde (SUS) no município de Ariranha do Ivaí/PR –, poderiam ser utilizados em posterior procedimento preparatório eleitoral e são aptos a embasar ação penal eleitoral. O Tribunal *a quo* rejeitou, portanto, a tese da ilicitude das provas iniciais (e das derivadas) que instruíram a denúncia por alegada afronta ao art. 105-A da Lei 9.504/97.

Consta no acórdão recorrido que o Ministério Público – a partir de investigações relacionadas à possível prática de atos de improbidade administrativa (e eventualmente, outras figuras criminais não eleitorais) – descobriu fatos aptos a configurar ilícitos eleitorais.

A partir daí, esses elementos indiciários integraram autos de procedimento preparatório eleitoral próprio, redundando na propositura de ação penal eleitoral em desfavor dos pacientes pelos tipos descritos no artigo 300⁷ do Código Eleitoral, combinado com os artigos 288⁸ e 71⁹, do Código Penal.

⁶ Arts. 127 e 129 da CF/88.

⁷ Art. 300. *Valer-se o servidor público da sua autoridade para coagir alguém a votar ou não votar em determinado candidato ou partido:*

Pena – detenção até 6 meses e pagamento de 60 a 100 dias-multa.

Parágrafo único. Se o agente é membro ou funcionário da Justiça Eleitoral e comete o crime prevalecendo-se do cargo a pena é agravada.

⁸ Art. 288. *Associarem-se 3 (três) ou mais pessoas, para o fim específico de cometer crimes:*

Pena - reclusão, de 1 (um) a 3 (três) anos.

A pena aumenta-se até a metade se a associação é armada ou se houver a participação de criança ou adolescente.

⁹ Art. 71 - *Quando o agente, mediante mais de uma ação ou omissão, pratica dois ou mais crimes da mesma espécie e, pelas condições de tempo, lugar, maneira de execução e outras semelhantes, devem os subsequentes ser havidos como continuação do primeiro, aplica-se-lhe a pena de um só dos crimes, se idênticas, ou a mais grave, se diversas, aumentada, em qualquer caso, de um sexto a dois terços. (Redação dada pela Lei nº 7.209, de 11.7.1984)*

Parágrafo único - Nos crimes dolosos, contra vítimas diferentes, cometidos com violência ou grave ameaça à pessoa, poderá o juiz, considerando a culpabilidade, os antecedentes, a conduta social e a personalidade do agente, bem como os motivos e as circunstâncias, aumentar a pena de um só dos crimes, se idênticas, ou a mais grave, se diversas, até o triplo, observadas as regras do parágrafo único do art. 70 e do art. 75 deste Código. (Redação dada pela Lei nº 7.209, de 11.7.1984)

Os recorrentes alegam que essas provas seriam ilícitas (e todas as demais também padeceriam do mesmo mal, por derivação), por força do que prevê o artigo 105-A, da Lei das Eleições, *in verbis*:

Art. 105-A: Em matéria eleitoral, não são aplicáveis os procedimentos previstos na Lei n.º 7.347, de 24 de julho de 1985.

(Incluído pela Lei n.º 12.034, de 2009)

O silogismo proposto pelos recorrentes é o seguinte: premissa a) a regra do artigo 105-A da Lei das Eleições proíbe a utilização de todo e qualquer procedimento ou instrumento constante na LACP nas ações eleitorais; premissa b) o inquérito civil é um dos instrumentos/procedimentos previstos na LACP; conclusão logo, qualquer elemento que conste em inquérito civil não pode ser utilizado em ação eleitoral.

A redação do dispositivo não é um primor técnico. E mesmo passando ao largo¹⁰ da discussão

¹⁰ É que para a análise da proposta interpretativa dos recorrentes é prescindível a declaração de inconstitucionalidade do dispositivo, bastando que se justifique a ilegalidade da proposição, como consta no corpo do voto.

Em todo o caso e apenas para argumentar, a fórmula interpretativa afirmada pelos recorrentes afigura-me inconstitucional, por diversas razões, que passo a aqui expor para não alongar demais no voto:

O art. 127 da Constituição da República Federativa do Brasil atribui ao Ministério Público a incumbência de defesa do regime democrático na ordem jurídica nacional. E a mesma Carta Política adota a democracia participativa quando no art. 1º, parágrafo único, assim dispõe: “*Todo o poder emana do povo, que o exerce por meio de representantes eleitos ou diretamente, nos termos desta Constituição*”.

Assim, o Ministério Público, quando exerce suas atribuições no âmbito eleitoral, defende o regime democrático como cláusula pétrea e, portanto, como bem enfatizou Sua Excelência, o Ministro do Supremo Tribunal Federal, Carlos Ayres Britto, *in litteris* (grifos nossos):

As cláusulas pétreas da Constituição não são conservadoras, mas impeditivas do retrocesso. São a salvaguarda da vanguarda constitucional. (...) **A democracia é o mais pétreo dos valores.** E quem é o supremo garantidor e o fiador da democracia? **O Ministério Público.** Isto está dito com todas as letras no art. 127 da Constituição. **Se o MP foi erigido à condição de garantidor da democracia, o garantidor é tão pétreo quanto ela. Não se pode fragilizar, desnaturar uma cláusula pétrea. O MP pode ser objeto de emenda constitucional? Pode. Desde que para reforçar, encorpar, adensar as suas prerrogativas, as suas destinações e funções constitucionais (...)** (*Revista do Ministério Público do Estado do Rio de Janeiro nº 20, p. 476-7, julho a dezembro de 2004*).

Com a devida vênia dos que pensam de forma diversa, daí já exsurge a conclusão da impossibilidade de uma lei ordinária **retirar competência da maior importância, no plano prático** da divisão de tarefas **do Estado Democrático de Direito e constitucionalmente atribuída ao Ministério Público**, como pretendem os recorrentes no caso dos autos da maneira como propõem seja interpretado o art. 105-A da Lei 9.504/97.

Outra, aliás, não é a conclusão de Luiz Carlos dos Santos Gonçalves (*in Crimes Eleitorais e Processo Penal Eleitoral*. São Paulo: Atlas, 2012, p. 149-151) sobre o ponto:

“(…) a Constituição Federal instituiu o Ministério Público como instituição permanente, essencial à função jurisdicional do Estado, incumbindo-lhe a defesa da ordem jurídica, do regime democrático e dos interesses sociais e individuais indisponíveis, art. 127. Diante dessa redação não há como excluí-lo da tarefa de zelar pela lisura e legitimidade do processo eleitoral, momento essencial de conformação do regime democrático e que traz, imanente, poderoso interesse social. Como os crimes eleitorais afetam justamente àquelas lisura e legitimidade, é inafastável a atuação do *parquet* na sua persecução. E é por essa razão que, de forma até exagerada, **todos os crimes eleitorais são de ação penal pública, CE, art. 355, mesmo crimes eleitorais contra a honra**”.

Como bem lembrado por Gonçalves (supra), o Ministério Público é o único titular da ação penal pública; e na seara eleitoral, todas as ações penais são públicas. Isso dá a dimensão do quanto seria paradoxal e assistemático prever, de um lado, no âmbito penal, a titularidade exclusiva do MP e, de outro, no penal eleitoral, restringir-se, de qualquer forma ou sob qualquer pretexto, sua possibilidade de atuação, sobretudo quando - repisa-se - a instituição foi erigida à guardiã do regime democrático.

Sobre isso, Marcos Ramayana (*In Direito Eleitoral*, 11ª Ed, ver. amp. e atual. Rio de Janeiro, Impetus, 2010. P. 154 ss op. Cit. P. 154) faz as seguintes ponderações:

acerca da constitucionalidade do citado dispositivo, que já foi devidamente submetida ao

“A função do Ministério Público é ser o guardião do processo democrático defendendo a cidadania como interesse substancialmente nacional. No desiderato desta missão institucional, agem os seus membros imbuídos do *Jus publicum*, como já observava o renomado Antônio Cláudio da Costa Machado em seus comentários à intervenção do Ministério Público no processo civil Brasileiro. Como eficaz instrumento de coesão social, deve o órgão ministerial funcionar de forma suprapartidária. A natureza processual interventiva do Ministério Público no processo eleitoral é atinente à tutela de indisponibilidade impregnada de todos os consectários legais da capacidade ativa e passiva dos cidadãos. Trata-se de lide pública e envolve na exclusiva guarda da higidez das eleições.

Ainda, a se entender que o artigo em questão restringe o poder-dever de ação do Ministério Público há clara ofensa à garantia de vedação de acesso ao Judiciário (art. 5º, XXXV, CF). Essa garantia constitucional serve justamente para limitar a possibilidade de o legislador, enquanto destinatário da norma, indevidamente restringir o acesso às vias judiciais.

Não à toa, assim, a constitucionalidade deste artigo estar sendo questionada perante o Supremo Tribunal Federal, por meio de ADIN, com Relatoria atribuída ao Ministro Luiz Fux.

Mas para não extirpá-lo do universo jurídico (pela declaração de inconstitucionalidade) parece haver uma possibilidade hermenêutica, que consiste em reconhecer que a redação do art. 105-A da Lei das Eleições expressa a preponderância das ações e procedimentos eleitorais específicos em relação à ação civil pública.

Essa interpretação, embora aparentemente inútil, encontraria justificativa na discussão acerca da natureza jurídica das ações eleitorais: se seriam verdadeiras ações coletivas *lato sensu* ou não e na consequente aplicação de seu microsistema (LACP, CDC) às ações eleitorais.

A propósito do tema, transcrevo parte do esclarecedor artigo “As ações eleitorais e os mecanismos processuais correlatos: aplicação subsidiária do CPC ou do CDC c/c LACP?” (JORGE, Flávio Cheim e SANTOS, Ludgero F. Liberato dos. In Revista brasileira de Direito Eleitoral – RBDE – Belo Horizonte, ano 4, nº 6, p. 63-81, jan/jun 2012): (grifos nossos)

(...) 3 O direito eleitoral no Estado Democrático de Direito: o direito ao devido processo eleitoral como direito coletivo 9...

Vê-se, assim, que, ano após ano, a jurisprudência vagarosamente vai reconhecendo a natureza difusa do direito a “devido processo eleitoral”, como também a presença dos requisitos necessários para se considerar a ação eleitoral como verdadeira ação coletiva. Apesar desses julgados, infelizmente, poucos autores têm se preocupado com o tema. Com efeito, sendo o objeto da ação eleitoral de natureza coletiva, há que se aventar sobre a aplicação subsidiária às disposições legais existentes, o microsistema processual coletivo, para resolver questões tais como a reunião de processos, a desistência da ação com a retomada por outro legitimado, a litispendência e a existência de coisa julgada — institutos esses que não encontram regramento nas leis eleitorais. Veja-se que, sem se socorrer ao direito processual coletivo para explicar a legitimação ativa das ações eleitorais, torna-se injustificável a ausência de legitimação do eleitor, participante do processo eleitoral, para o manejo destas. A não aplicação de algumas técnicas coletivas quanto à coisa julgada, a legitimidade para agir cria uma manifesta ausência de harmonia entre direito material e o instrumental colocado à disposição de sua proteção. Essa aplicação, entretanto, não pode ser feita sem um aprofundamento teórico, sem debates que permitam visualizar quais seriam os limites dessa possibilidade, uma vez que a integral aplicação do microsistema processual coletivo formado pelas leis nº 7.437/86 e nº 8.078/90, pode ser incompatível com a celeridade que se exige da Justiça Eleitoral, como ocorreu com a própria aplicação do CPC à Ação de Impugnação de Mandato Eletivo.” Falta, portanto, segurança jurídica.

Talvez por essa ausência de cuidado, após os precedentes citados, que aplicaram o microsistema processual coletivo às demandas eleitorais, veio a lume a Lei nº 12.034/09, que inseriu o art. 105-A na Lei das Eleições, para afirmar que “Em matéria eleitoral, não são aplicáveis os procedimentos previstos na Lei nº 7.347, de 24 de julho de 1985”. Ou seja, vedou o legislador a aplicação dos procedimentos previstos na lei da Ação Civil Pública (LACP), um dos pilares do microsistema processual coletivo, criando a dúvida: teria a lei vedado somente os procedimentos da LACP? Teria vedado a utilização dos institutos processuais coletivos (coisa julgada, litispendência, etc.)? Teria vedado ambos? Tal vedação é constitucional?

Com efeito, nesse contexto de ideias, a previsão de preferência dos procedimentos específicos (em face da ACP) seria cabível diante do princípio da tipicidade. Isso porque, como dito, as ações eleitorais são assemelhadas – sob o aspecto do âmbito de atuação administrativo e judicial do MP e dos bens (interesses individuais e coletivos) que podem ser por ela tutelados – à ação civil pública.

Supremo Tribunal Federal por meio de ADIN e cuja sorte depende, sobretudo, da extensão interpretativa que se dê ao citado artigo, **é certo que a referida redação não permite a extensão interpretativa que os recorrentes pretendem lhe emprestar. Vejam os:**

Em primeiro lugar, basta a simples interpretação literal da regra em análise para se verificar a impropriedade do silogismo proposto pelos recorrentes.

De outro lado, havendo especificidades de uma em relação à outra, quer me parecer que a redação do artigo 105-A, ao se referir a “procedimentos” pretende tratar dos institutos processuais da ACP que são, por natureza, inextensíveis às ações eleitorais, sem excluir ou restringir a possibilidade de atuação do Ministério Público.

Compartilha dessa compreensão o Professor Marcos Ramayana (op. Cit):

“A Lei nº 12.034/09 introduziu o art. 105-A na Lei das Eleições com o seguinte texto: “Em matéria eleitoral, não são aplicáveis os procedimentos previstos na Lei nº 7.347, de 24 de julho de 1985”.

Convém ressaltar que nada impede que o Ministério Público na função eleitoral, v.g. o promotor eleitoral, possa instaurar no âmbito de suas atribuições, peças de informação que se assemelhem ao inquérito civil público tratado na Lei nº 7.347/85, objetivando uma atividade instrumental probatória, até porque outras normas amparam a atuação da instituição, tais como: art. 129, III, da Constituição Federal, art. 6º da Lei Complementar nº 75/93 e art. 26, I, da Lei nº 8.625/93).

Na atividade investigatória da propaganda política eleitoral irregular, abusiva ou captativa, não se pode negar a atuação institucional que prima pela preservação da normalidade e legitimidade das eleições, art. 127 da Constituição Federal.

O interesse público das eleições sobreleva-se ao acordo privado e qualifica o Ministério Público ‘Eleitoral’ nessa atividade persecutória, até porque em alguns casos pode se vislumbrar crimes eleitorais correlacionados aos abusos e desvios do poder econômico ou político.

Por exemplo, a compra e venda de votos, além de ensejar análise do art. 41-A da Lei nº 9.504/97 poderá demandar o oferecimento da ação penal em relação ao tipo do art. 299 do Código Eleitoral.

Como se depreende, o procedimento do inquérito civil eleitoral ou peças de informação não se encontra vedado pelo art. 105-A, pois se trata de medida administrativa informal, facultativa e restrita ao órgão do Ministério Público.

Independentemente das peças de informação, o Ministério Público poderá propor as ações eleitorais, inclusive, a ação de impugnação ao mandato eletivo. As peças coligidas servem para reforçar a proteção da tutela jurisdicional eleitoral na defesa do regime democrático.(..)

E conclui:

A menção referente a não aplicação dos procedimentos da Lei de Ação Civil Pública em matéria eleitoral significa que não podem valer as regras da própria lei quanto ao rito processual, legitimados ativos e passivos, formação de litisconsórcio, efeitos da coisa julgada e temas ligados aos atos sucessivos e contínuos da lei da ação civil pública.

Como se vê de todo o exposto, não há outra leitura constitucional do dispositivo em análise.

Em igual sentido a opinião da doutrina. Para finalizar com a ilustração dessa afirmativa, trago à colação as conclusões dos professores Flávio Cheim Jorge e Liberato Ludgero (op. Cit.):

“A doutrina tem se dividido entre aqueles que entendem que a proibição é abrangente, englobando todos os institutos (nota) e aqueles que a interpretam de acordo com a justificativa parlamentar para a criação da vedação legal. **Com efeito, o deputado Bonifácio Andrada, autor da proposta do art. 105 da Lei nº 12.034/09, fazia menção a situação específica na qual a instauração do inquérito civil público, em campanhas eleitorais, traz sérios prejuízos à imagem dos candidatos. Dentro desse cenário, é até mesmo de duvidosa constitucionalidade a vedação ao manejo do inquérito civil público, na medida em que pode inviabilizar a própria ação civil pública e, assim, tolher uma das atribuições constitucionais do Ministério Público, já que uma conduta praticada durante o processo eleitoral pode ser combatida não somente com as ações eleitorais típicas, mas também com outros instrumentos, tal como a ação de improbidade administrativa, ação popular ou ação civil pública. A escolha de um ou mais instrumentos, nesse caso, é feita tendo-se em vista fatores como celeridade (maior nas demandas eleitorais) ou dilação probatória (maior nas demais) ou ainda com o resultado que se deseja obter (cassação do registro de candidatura, decretação de inelegibilidade, suspensão dos direitos políticos, ressarcimento dos danos ou pagamento de multa). Se um mesmo ato pode dar azo à utilização de mais de uma ferramenta processual, vedar a utilização do inquérito civil público é impedir, pela via reflexa, o manejo de todas as outras ações e, assim, impedir a atuação do Parquet, esvaziando sua competência atribuída pela Carta Constitucional de 1988. A inconstitucionalidade é manifesta.”**

Da previsão de que “em matéria eleitoral não são aplicáveis os procedimentos previstos na Lei n.º 7.347, de 24 de julho de 1985” não é possível retirar a leitura de “são ilícitas nas ações eleitorais as provas oriundas de inquérito civil público”.

Melhor sorte não socorre os recorrentes ao se buscar a interpretação histórica, por meio da investigação das razões que deram causa à inclusão¹¹ desse dispositivo na Lei das Eleições.

Com efeito, na justificativa do parlamentar não há qualquer menção ao efeito de serem ilícitas provas eventualmente obtidas em procedimentos administrativos instaurados pelo Ministério Público. Ao contrário: a justificativa é tão confusa que só permite a conclusão de que seu responsável pretendia apenas tentar obstar as atividades do *Parquet*, por acreditar que investigações por esse instauradas atrapalham a campanha eleitoral dos candidatos. Veja-se:

O processo eleitoral é específico e precisa ser devidamente regulamentado e não pode ser alterado na prática do dia a dia, quer por parte do Juiz Eleitoral, quer por parte do Membro do Ministério Público. São comuns ocorrências em que o Ministério Público instala sindicâncias seguindo os procedimentos que se (sic) prevê a Lei da Ação Civil Pública ou certos tipos de inquéritos que na realidade representam providências (sic) ilegais e com graves repercussões no processo político eleitoral, mesmo que estes inquéritos não resultem em apuração de qualquer infração. Só o fato de se instalar uma sindicância contra um candidato já constitui uma providência (sic) que atingi (sic) de uma forma muito expressiva sua campanha eleitoral.

Assim, a proposta de se reputarem ilícitas provas apenas porque surgiram em investigações diversas das eleitorais **significa** (além de impossibilitar o MP de exercer seu *munus* constitucional¹²), no plano pragmático, **blindar os crimes eleitorais que tenham qualquer prova decorrente ou inserida em inquérito civil** (ainda que esse tenha como objeto outros ilícitos e essas provas tenham surgido espontânea e inevitavelmente).

Com efeito, tachar de ilícita a prova utilizada no embasamento da denúncia (como querem os recorrentes) **porque ela surgiu em inquérito civil** (que sequer fora instaurado para investigar ilícitos eleitorais) **é desvirtuar, também, o sistema de ilicitude de provas** (e, conseqüentemente, as regras de sua exclusão).

Essa exegese, além de causar repulsa pela óbvia afronta constitucional¹³, também encontra óbice na **natureza jurídica da prova ilícita e da denúncia**.

Quanto à primeira, é incontroverso (e por isso não tecerei maiores digressões) que nosso sistema probatório relaciona a ilicitude da prova com sua produção em desacordo com as garantias de liberdade contra o Estado (regras da inviolabilidade domiciliar, do respeito à garantia de intimidade e privacidade, etc.); e, portanto, sua configuração está atrelada à sua obtenção em desrespeito aos direitos fundamentais de segunda geração, inclusive em sua eficácia horizontal.

Nessa linha, não há como imputar de ilícita uma prova apenas porque obtida – em sua origem – em procedimento instaurado pelo titular da ação penal (e, portanto, do poder investigatório). Não há como reclamar, em investigações preliminares, administrativas ou anteriores à propositura de

¹¹ Traçando um histórico legislativo das proposições que resultaram na Lei 12.034/2009, vemos que a questão foi pouco abordada e parece que também pouco debatida: o atual 105-A sequer constava do projeto original, mas decorreu de emenda de autoria do Deputado Bonifácio Andrada (Emenda de Plenário nº 57, da Câmara dos Deputados).

¹² Sobre este tópico, há longa digressão, em nota de rodapé nº 10.

¹³ Idem: sobre o tópico da inconstitucionalidade da interpretação proposta (além da ilegalidade), vide nota nº 10.

ação judicial, as garantias correlatas ao contraditório e à ampla defesa. Acerca da temática está pacificada a jurisprudência das cortes superiores, desmerecendo o tópico maiores considerações.

Igualmente, o encontro fortuito de provas ou fenômeno da “serendipidade” – quando, durante a investigação de um fato, aparecem indícios de outra(s) conduta(s) criminoso(s) – é questão sobre a qual já se debruçou o Supremo Tribunal Federal e o Superior Tribunal de Justiça tendo estabelecido que a prova obtida nesse caso é lícita.

Por todos, cito recente pronunciamento do STF:

(...) Impende salientar, ainda – concernente à suposta ilicitude das provas derivadas do procedimento de interceptação –, que, no caso, verifica-se a ocorrência de descoberta fortuita da alegada participação do ora recorrente na prática dos delitos que motivaram a acusação penal, a revelar, portanto, que a identificação casual desse mesmo denunciado, superveniente à autorização judicial, não se qualifica como ato incompatível com o estatuto de regência concernente ao procedimento da interceptação telefônica.

Cabe assinalar, quanto à descoberta fortuita ou acidental de elementos de informação obtidos, casualmente, contra alguém até então desconhecido (como o ora recorrente), por meio de interceptações telefônicas de terceiras pessoas, em procedimento probatório validamente autorizado, quanto a tais terceiras pessoas, por magistrado competente, que se tem reconhecido a plena eficácia jurídica da prova penal daí resultante. (...)

(...) Vale referir, ainda a esse propósito, que a própria jurisprudência dos Tribunais (RT 888/618 – RT 894/635 – AP 425/ES, Rel. Min. JOSÉ ARNALDO DA FONSECA – HC 33.462/DF, Rel. Min. LAURITA VAZ – HC 33.553/CE, Rel. Min. LAURITA VAZ – HC 69.552/PR, Rel. Min. FELIX FISCHER, v.g.), notadamente a desta Suprema Corte (RT 773/512, Rel. Min. MOREIRA ALVES – RTJ 193/609-610, Rel. Min. NELSON JOBIM – HC 84.224/DF, Rel. p/ o acórdão Min. JOAQUIM BARBOSA – MS 26.249/DF, Rel. Min. CARMEN LÚCIA, v.g.), tem admitido a validade jurídica da prova assim obtida:

“AGRAVO REGIMENTAL EM AGRAVO DE INSTRUMENTO. INTERCEPTAÇÃO TELEFÔNICA LICITAMENTE CONDUZIDA. ENCONTRO FORTUITO DE PROVA DA PRÁTICA DE CRIME PUNIDO COM DETENÇÃO. LEGITIMIDADE DO USO COMO JUSTA CAUSA PARA OFERECIMENTO DE DENÚNCIA. AGRAVO REGIMENTAL DESPROVIDO.

1. O Supremo Tribunal Federal, como intérprete maior da Constituição da República, considerou compatível com o art. 5º, XII e LVI, o uso de prova obtida fortuitamente através de interceptação telefônica lícitamente conduzida, ainda que o crime descoberto, conexo ao que foi objeto da interceptação, seja punido com detenção. (...)”

(AI 626.214-AgR/MG, Rel. Min. JOAQUIM BARBOSA – grifei)

“HABEAS CORPUS: DIREITO PROCESSUAL PENAL. INTERCEPTAÇÃO TELEFÔNICA. ÚNICO MEIO DE PROVA VIÁVEL. PRÉVIA INVESTIGAÇÃO. DESNECESSIDADE. INDÍCIOS DE PARTICIPAÇÃO NO CRIME SURTIDOS DURANTE O PERÍODO DE MONITORAMENTO. (...). INOCORRÊNCIA DE ILEGALIDADE.

ORDEM DENEGADA.

(...) 4. O Estado não deve quedar-se inerte ao ter conhecimento da prática de outros delitos no curso de interceptação telefônica legalmente autorizada. (...)”

(HC 105.527/DF, Rel. Min. ELLEN GRACIE – grifei)

O exame do contexto delineado nos presentes autos revela, portanto, que o Estado agiu corretamente em relação ao ora recorrente, pois, embora desconhecida, em um primeiro momento, a sua suposta participação nos eventos delituosos, a constatação desse fato derivou de apuração efetivada em momentos subsequentes, culminando com a descoberta – fundada em encontro meramente casual – de dados informativos que permitiram a sua identificação.” (RHC 116179 / DF - DISTRITO FEDERAL - RECURSO ORDINÁRIO EM HABEAS CORPUS Relator(a): Min. CELSO DE MELLO Julgamento: 10.3.2014.) (...)

No mesmo sentido é a jurisprudência do Superior Tribunal de Justiça, na atual composição das duas turmas criminais¹⁴.

Ora, se a prova obtida fortuitamente em interceptações telefônicas havidas em procedimentos penais não têm sido consideradas ilícitas, tanto mais sentido faz não serem desprezadas as surgidas em regular inquérito civil, sobretudo quando não resguardadas por qualquer tipo de sigilo.

Acerca do ponto, destaco trecho do parecer ministerial que traz a notícia de pronunciamento do então ministro Joaquim Barbosa, no RO 1.596/MG, ao apreciar a descoberta de indícios de ilícitos eleitorais, de forma causal e fortuita, em procedimento que buscava apurar a existência de crime de natureza tributária:

Também se tem prova de que esse procedimento buscava apurar a existência de esquema envolvendo grandes escritórios de advocacia, empresas offshores e a corrupção de agentes estatais, esquema esse destinado a praticar crimes de estelionato, de evasão de divisas, de falsidade ideológica e de lavagem de dinheiro, dentre outros ilícitos não eleitorais.

¹⁴ (STJ - HC 300684 / RS – **Quinta Turma – Rel. Min. Felix Fischer – Decisão unânime – Dje. 25/03/2015**) PROCESSUAL PENAL. HABEAS CORPUS SUBSTITUTIVO DE RECURSO ESPECIAL. NÃO CABIMENTO. FATO DELITUOSO DESCOBERTO A PARTIR DA INTERCEPTAÇÃO TELEFÔNICA AUTORIZADA EM RELAÇÃO A TERCEIRO. NULIDADE. INOCORRÊNCIA. ENCONTRO FORTUITO DE PROVAS (**SERENDIPIIDADE**). PEDIDO DE JUNTADA DE MÍDIAS AOS AUTOS. INOVAÇÃO RECURSAL. PRECLUSÃO. NULIDADE RELATIVA. EFETIVA DEMONSTRAÇÃO DE PREJUÍZO. INOCORRÊNCIA. HABEAS CORPUS NÃO CONHECIDO.

I – (...) II - Portanto, não se admite mais, perfilhando esse entendimento, a utilização de habeas corpus substitutivo quando cabível o recurso próprio, situação que implica o não-conhecimento da impetração. Contudo, no caso de se verificar configurada flagrante ilegalidade apta a gerar constrangimento ilegal, recomenda a jurisprudência a concessão da ordem de ofício.

III - Consta do v. acórdão reprochado que a descoberta da dinâmica delitiva em relação aos pacientes originou-se a partir da interceptação telefônica autorizada para investigar um terceiro.

IV - Na linha da jurisprudência desta eg. Corte, entende-se por encontro fortuito de provas (serendipidade) a possibilidade de utilização de prova obtida a partir da interceptação telefônica autorizada para investigar fato delituoso de terceiro, desde que haja relação com o fato objeto da investigação. (Precedentes).

V - De acordo com a jurisprudência pacificada do col. Supremo Tribunal Federal, sumulado no enunciado n. 523, "no processo penal, a falta da defesa constitui nulidade absoluta, mas a sua deficiência só o anulará se houver prova de prejuízo para o réu". (...)

(STJ - HC 197044 / SP – **Sexta Turma – Rel. Min. Sebastião Reis - Decisão unânime – Dje. 23/09/2014**) HABEAS CORPUS SUBSTITUTIVO. FALTA DE CABIMENTO. INTERCEPTAÇÕES TELEFÔNICAS. DIÁLOGOS NÃO RELACIONADOS COM O OBJETO DA INVESTIGAÇÃO. PRETENSÃO DE DECLARAÇÃO DE ILICITUDE, DE EXCLUSÃO E DE DESTRUIÇÃO DE TAIS PROVAS. INEXISTÊNCIA DE CONSTRANGIMENTO ILEGAL. POSSIBILIDADE DE DESCOBERTA FORTUITA DE DELITOS (FENÔMENO DA **SERENDIPIIDADE**). PRECEDENTES.

1. O habeas corpus não deve ser utilizado como substitutivo do recurso ordinário previsto nos arts. 105, II, a, da Constituição Federal e 30 da Lei n. 8.038/1990.

2. O fato de elementos indiciários acerca da prática de crime surgirem no decorrer da execução de medida de quebra de sigilo de dados e comunicações telefônicas devidamente autorizada judicialmente, determinada para apuração de outros crimes, não impede, por si só, que as provas daí advindas sejam utilizadas para a averiguação da suposta prática daquele delito.

3. A comunicação entre advogado e cliente eventualmente alcançada pela regular escuta telefônica não implica nulidade da colheita da prova indiciária de crimes e serve para a instauração de outro procedimento apuratório.

4. Não deve o Estado permanecer inerte ante o conhecimento da prática de outros delitos no curso de interceptação telefônica legalmente autorizada. Conforme o art. 40 do Código de Processo Penal, cumpre à autoridade judicial, em casos que tais, remeter ao Ministério Público as cópias e os documentos necessários ao oferecimento da denúncia.

5. Habeas corpus não conhecido.

Assim, ao contrário do afirmado pelo recorrente, o encontro das provas que instruem a petição inicial desta AIJE pode, sim, ser tido por casual ou fortuito, na medida em que, na busca de provas de outros ilícitos, encontraram-se também as de irregularidades de interesse da Justiça Eleitoral, integrante do Poder Judiciário, Estado investido de poder judicante.

Ora, ao tomar conhecimento de condutas que não se conformam ao direito, o Estado não só pode como deve tomar as providências destinadas a coibir essas práticas e punir os culpados, venham as provas de procedimento jurisdicional (penal ou cível) ou mesmo administrativo. Nesse sentido, há as seguintes manifestações do STF: Inquérito n° 2.424, rel. min. Cezar Peluso, e RMS n° 24.956, rel. min. Marco Aurélio

Por esses fundamentos, perfeita a conclusão do Tribunal *a quo* no sentido de que as provas ou elementos indiciários casualmente descobertos no curso de investigação ou de inquérito civil (que buscava apurar outras condutas ilícitas) não devem ser desprezados por ilicitude (se não obtidas com desrespeito a direitos e garantias fundamentais resguardadas nessa fase¹⁵, o que não ocorreu, no caso).

Outro aspecto a ser lembrado é que a denúncia não requer prova ou procedimento prévio especial para ser proposta ou para ser aceita. As investigações que a precedem podem, inclusive, ser dispensadas se os elementos forem suficientes. Em outras palavras, qualquer elemento de prova que não tenha sido obtido de forma ilícita pode ser utilizado (desde que considerado suficiente como indício de autoria e materialidade delitivas) para a propositura e recebimento da acusação¹⁶.

Por fim, a incorreção do raciocínio proposto pelos recorrentes ainda se assenta em outra razão: o procedimento consistente no multicitado inquérito civil não se restringe à ação civil pública. Esse instrumento não é preparatório exclusivo da ação civil pública. O inquérito civil público é o procedimento administrativo por excelência do Ministério Público e pode servir para embasar outras ações judiciais além da ação civil pública.

Dessa forma, ou seja: se o inquérito civil público não está contido na ação civil pública, não se sustenta o silogismo: se a ação civil pública é vedada, por decorrência o inquérito civil público também.

Por todas essas razões, rejeito a preliminar de ilicitude da prova que instruiu a denúncia da ação penal, como ato configurador de constrangimento ilegal.

Acaso prevaleça a compreensão de que o art. 105-A da Lei 9.504/97 tem o alcance de proibir que o inquérito civil subsidie a propositura de ação penal eleitoral, ainda assim a hipótese dos autos fica salvaguardada dessa exegese.

Isso porque, no caso concreto, realmente não houve a instauração de inquérito civil para a investigação de crimes eleitorais e sim a instauração do apropriado PPE: procedimento

¹⁵ Entre as quais não se encontra, de regra, o direito à ampla defesa e ao contraditório.

¹⁶ RECURSO ESPECIAL. DENÚNCIA. ALEGAÇÃO DE NECESSIDADE DE FORMALIZAÇÃO DE INQUÉRITO PELA AUTORIDADE POLICIAL: DESNECESSIDADE. TRANCAMENTO DA AÇÃO PENAL. EXCEPCIONALIDADE NÃO CONFIGURADA. INVESTIGAÇÃO PELO MINISTÉRIO PÚBLICO. RECURSO PROVIDO.

1) As investigações realizadas pelo Representante do Ministério Público para elucidar a materialidade do crime e os indícios da autoria podem ser utilizadas para o oferecimento da denúncia, independentemente da formalização do inquérito policial, que constitui peça informativa. Precedentes do Superior Tribunal de Justiça.

2) O trancamento da ação penal traduz medida extrema exigindo absoluta certeza quanto à ausência de justa causa para o seu prosseguimento. Precedentes do Supremo Tribunal Federal.

3) Recurso parcialmente provido. (RESPE 36314, Relatora Min. Carmen Lúcia Antunes Rocha – Decisão por maioria – DJE 20.3.2014, p. 66)

preparatório eleitoral (ainda que baseado, na origem, no encontro fortuito de provas em inquérito civil público). Como ficou assentado no acórdão de origem "o que houve, neste caso, foi a utilização das peças e informações, já formadas naqueles autos, fornecendo-se assim elementos ao procedimento preparatório eleitoral, no que não restou ferido o artigo 105-A da Lei 9.504/97". Ou seja: a partir de elementos surgidos inevitável e fortuitamente em outra investigação é que foi aberto o apropriado procedimento para investigação eleitoral.

Desse modo, considerando que na espécie não houve a alegada afronta ao art. 105-A da Lei das Eleições e, por consequência, o apontado constrangimento ilegal, o acórdão recorrido não merece reparos.

Forte nessas razões, **nego provimento** ao recurso ordinário.

É o voto.

DJE de 6.5.2015.

OUTRAS INFORMAÇÕES



ESTUDOS ELEITORAIS

VOLUME 10 – 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 Dias Toffoli

Presidente

Carlos Vieira von Adamek

Secretário-Geral da Presidência

Sérgio Ricardo dos Santos

Paulo José Oliveira Pereira

Marina Rocha Schwingel

Assessoria Especial do Tribunal Superior Eleitoral (Asesp)

asesp@tse.jus.br