



TRIBUNAL REGIONAL ELEITORAL
SANTA CATARINA
1ª Zona Eleitoral – Araranguá/SC

PROCESSO: 330-60.2016.6.24.0001

Vistos etc.

1. O Ministério Público Eleitoral ofereceu representação por captação ilícita de sufrágio contra Lourival João (candidato a vereador do Município de Araranguá), acusando-o de, na segunda quinzena do mês de agosto de 2016, ter prometido ao eleitor Lucas Marcos Emerim, com o fim de obter-lhe o voto, o agendamento de exame de ressonância magnética para a esposa do eleitor, sendo que, para poder agendar o exame, o representado, no dia 17/08/2016, pegou com Lucas a requisição médica. Além disso, no dia 24 de agosto de 2016, o representado prometeu à eleitora Ivanir Dutra dos Santos, com o fim de obter-lhe o voto, o agendamento de vários exames laboratoriais. Assim, no dia 24 de agosto de 2016, o representado dirigiu-se até o Laboratório Regional e lá pagou R\$ 360,00 pelos exames, retornando no mesmo dia até a residência de Ivanir para entregar a ela os recipientes de coleta. Ao final, pediu a procedência da representação nos termos do art. 41-A da Lei nº 9.504/97, cassando-se o registro do representado e aplicando-lhe a sanção pecuniária.

Notificado, o representado ofereceu defesa. Nela, sustentou: a) que os fatos são anteriores ao deferimento de seu pedido de candidatura, razão pela qual é inaplicável o art. 41-A da Lei nº 9.504/97; b) ocorrência de flagrante preparado; c) ilicitude da gravação do telefonema feito pelo promotor para o laboratório; d) inexistência de prova da acusação relativa à Lucas, ressaltando que nenhum exame foi agendado e que a família de Lucas já é eleitora do representado; e) que pagou o exame de Ivanir por questões humanitárias, não tendo, em nenhum momento, tentado assegurar o voto dela. Registrou, ainda, que sempre procurou ajudar as pessoas e que sempre obteve votação expressiva. Ao final, pediu a improcedência da representação.

Devidamente instruído o feito, as partes apresentaram alegações finais, nas quais fizeram análise da prova produzida e reiteraram argumentos anteriores.

Vieram os autos conclusos.

É o breve relatório.



TRIBUNAL REGIONAL ELEITORAL
SANTA CATARINA
1ª Zona Eleitoral – Araranguá/SC

2. Passo a fundamentar a decisão:

2.1. Não há que se falar em 'flagrante preparado' já que este ocorre apenas quando o agente induz o flagrado a praticar a infração. Não foi este o caso, já que nem o Promotor Eleitoral nem os agentes que participaram da prisão induziram o representado a pagar pelo exame e Ivanir a realizá-lo.

2.2. Quando o art. 41-A da Lei nº 9.504/97 diz que a proibição é “desde o registro” ele não se refere ao deferimento do pedido, mas sim a apresentação do pedido de registro de candidatura (Thales Tácito Cerqueira e Camila Albuquerque Cerqueira, Direito Eleitoral Esquematizado, 4ª Ed, São Paulo : Saraiva, 2014, p. 870).

Também o TSE entende que a condição de candidato passa a existir a partir da apresentação do pedido de candidatura:

“AGRAVO REGIMENTAL. RECURSO ESPECIAL ELEITORAL. RECURSO CONTRA EXPEDIÇÃO DE DIPLOMA. INELEGIBILIDADE SUPERVENIENTE. IMPOSSIBILIDADE DE ARGUIÇÃO APÓS AS ELEIÇÕES. DESPROVIMENTO.

(...) 2. De acordo com a jurisprudência do Tribunal Superior Eleitoral, a inelegibilidade superveniente que autoriza o ajuizamento de recurso contra expedição de diploma é aquela que ocorre entre a data do pedido de registro e a data do pleito. Precedentes. (...)” (AgR-REspe nº 9372, Rel. Min. João Otávio de Noronha, j. em 16/09/2014)

Além disso, é importante registrar que o TSE, embora fixe como termo inicial para a apresentação da AIJE o pedido do registro de candidatura, admite que ela tenha como objeto fatos anteriores a este marco.

Nesse sentido:

“ELEIÇÕES 2014. AGRAVO REGIMENTAL. RECURSO ORDINÁRIO. AÇÃO DE INVESTIGAÇÃO JUDICIAL ELEITORAL. ABUSO DE PODER ECONÔMICO E POLÍTICO. USO INDEVIDO DOS MEIOS DE COMUNICAÇÃO. AJUIZAMENTO. PRAZO. INÍCIO. REGISTRO DE CANDIDATURA. ANÁLISE. FATOS ANTERIORES AO REGISTRO. POSSIBILIDADE. MANUTENÇÃO DA DECISÃO AGRAVADA.

(...)

2. O termo inicial para ajuizamento da AIJE é o registro de candidatura, não sendo cabível a sua propositura se não estiver em jogo a análise de



TRIBUNAL REGIONAL ELEITORAL

SANTA CATARINA

1ª Zona Eleitoral - Araranguá/SC

eventual benefício contra quem já possui a condição de candidato, conforme interpretação do art. 22, inciso XIV, da J.C nº 64/1990. No caso concreto, a AIJE foi ajuizada em março de 2014, bem antes do pedido de registro de candidatura.

3. Entendimento que não impede o ajuizamento da referida ação após o registro de candidatura, mormente quando se sabe que a jurisprudência do TSE admite na AIJE o exame de fatos ocorridos antes do registro de candidatura, motivo pelo qual não há que se falar em violação ao art. 5º, inciso XXXV, da CF/1988. Tampouco impede que a parte interessada peça a sustação cautelar daquele ato abusivo, como previsto, por exemplo, no art. 73, § 4º, da Lei nº 9.504/1997, segundo o qual "o descumprimento do disposto neste artigo acarretará a suspensão imediata da conduta vedada, quando for o caso, e sujeitará os responsáveis a multa no valor de cinco a cem mil UFIR".

(...)

5. Como assinalou o TRE/MG, "não se pode confundir o período em que se conforma o abuso de poder, capaz de comprometer as eleições, com o período em que se admite a propositura da ação própria à apuração do referido abuso".

6. Agravo regimental desprovido." (AgR-RO nº 10787, Rel. Min. Gilmar Ferreira Mendes, j. em 17/09/2015)

A presente AIJE foi ajuizada após o pedido de registro de candidatura (feito em 12/08/2016) e, além disso, embora exista controvérsia quanto à data do primeiro fato, a do segundo certamente ocorreu após o pedido de registro.

Não há, portanto, irregularidade no ajuizamento da demanda.

2.3. Também não há nenhuma ilegalidade na gravação efetivada pelo Promotor Eleitoral, já que era ele um dos interlocutores

Trata-se, portanto, de chamada gravação clandestina, cuja utilização tem sido aceita por boa parte da doutrina.

Sobre o tema, leciona Nelson Nery Junior:

"A jurisprudência de nossos tribunais tem enveredado corretamente para a tese intermediária, encontrando a medida ideal para a aplicação do princípio da proporcionalidade, quando proclama que 'não se cuidando de interceptação de conversa telefônica ou de outro meio ilegal ou moralmente ilícito, mas simplesmente de reprodução de conversa mantida pelas partes e gravada por uma delas, há de ser esta gravação admitida como prova em juízo, a teor do art. 383 do CPC, independentemente a admissibilidade da referida prova do conhecimento de sua formação pela



TRIBUNAL REGIONAL ELEITORAL
SANTA CATARINA
1ª Zona Eleitoral – Araranguá/SC

outra parte'.

(...) A conversa telefônica gravada por um dos protagonistas sem o conhecimento do outro é válida pois não foi obtida ilicitamente. Ao tratar dos documentos obtidos para formar prova no processo penal, o CPP, art. 233, par. ún., dispõe que 'as cartas poderão ser exibidas em juízo pelo respectivo destinatário, para a defesa de seu direito, ainda que não haja consentimento do signatário'. Portanto, é válida a prova em juízo, obtida por um dos participantes ou signatários de comunicação por carta ou qualquer outro meio, mesmo sem o consentimento do signatário ou do co-partícipe. O fundamento do CPP, art. 233., par. ún., que legitima a utilização dessa prova, é que sua obtenção não foi ilícita. Daí porque não ofende o princípio constitucional estatuído na CF, art. 5º. N. XII e XVI." (Princípios do Processo Civil na Constituição Federal, 8ª Ed., São Paulo : Editora Revista dos Tribunais, 2004, p. 198/199).

Eduardo Cambi também defende que o direito à privacidade não é absoluto:

"(...) Com isso, não se negam os riscos que a prova fonográfica pode ensejar; no entanto, isso não pode implicar a rejeição definitiva desse meio de prova, pois, em certa medida, todos os instrumentos probatórios são suscetíveis de vícios decorrentes de táticas ardilosas e nem por essa razão sua admissão é proibida, já que, na maior parte dos casos, constituem meios seguros e adequados para a elucidação dos fatos deduzidos em juízo. Logo, é preciso tentar conciliar o desenvolvimento tecnológico com a tutela dos direitos fundamentais.

Nesse contexto, o sigilo constitucional das comunicações, conforme foi analisado no tópico anterior, não deve ser considerado absoluto, estando sujeito à aplicação do princípio da proporcionalidade, sob pena de sua tutela servir de pretexto para causar danos à ordem pública ou aos direitos fundamentais alheios (princípio da convivência das liberdades). Além disso, não se pode perder de vista que o princípio da proporcionalidade é um mecanismo operacional, que não tem conteúdo predeterminado, podendo o juiz, caso a tutela da intimidade e da privacidade se mostrar mais relevante, impedir a indevida intromissão nessa esfera privada. (...)" (A Prova Civil - admissibilidade e relevância, São Paulo : Editora Revista dos Tribunais, 2006, p. 99/100)

E, mais adiante, discorrendo sobre licitude da gravação clandestina conclui:

"(...) Com isso, as conversas telefônicas podem ser gravadas para serem utilizadas em juízo, aplicando-se, por analogia, as disposições permissivas concernentes às correspondências escritas. O art. 233 do CPP admite que as cartas particulares, interceptadas ou obtidas por meios criminosos, poderão ser exibidas em juízo pelo respectivo destinatário, para a defesa de seu direito, ainda que não haja consentimento do signatário. Desse modo, qualquer um dos participantes da conversa adquire o direito de



TRIBUNAL REGIONAL ELEITORAL
SANTA CATARINA
1ª Zona Eleitoral – Araranguá/SC

usar, como se fosse dono, aquilo que ouviu do outro, mesmo que este não saiba que a conversa estava sendo gravada, porque, embora haja o risco da manifestação irresponsável do pensamento, esse modo de expressão pode ser analisado no conjunto dos pensamentos, atos e intenções daquele que tem a sua conversa gravada, tornando-se uma fonte preciosa para a elucidação dos fatos controvertidos. Com efeito, as gravações clandestinas podem ser admitidas, desde que, pela aplicação do princípio da proporcionalidade, fique caracterizada uma *justa causa* que a legitime como meio de prova." (Op. Cit., p. 103/104).

Portanto, a gravação foi lícita.

Mas mesmo que considerada ilegal, ainda assim nenhuma consequência haveria sobre o caso. É que o fato não foi descoberto por meio da interceptação. O Promotor Eleitoral tomou conhecimento do ocorrido por meio de Natália e, apenas depois, fez a ligação. Além disso, o pagamento do exame pelo representado – fato não contestado na defesa – foi confirmado pelas testemunhas ouvidas.

2.4. Quando foi incluído na Lei nº 9.504/97, o art. 41-A tinha a seguinte redação:

“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.”

A introdução do dispositivo foi um grande avanço, mas a doutrina e a jurisprudência debateram-se quanto a necessidade do pedido de voto ser explícito e da conduta ter o poder de influenciar no resultado das eleições.

Em 2009, foi introduzido o § 1º, segundo o qual “*para a caracterização da conduta ilícita, é desnecessário o pedido explícito de votos, bastando a evidência do dolo, consistente no especial fim de agir*”.

Além disso, em 2010, foi incluído o inciso XVI no art. 22 da LC 64/90, dispondo que “*para a configuração do ato abusivo, não será considerada a potencialidade de o fato alterar o resultado da eleição, mas apenas a gravidade das*



TRIBUNAL REGIONAL ELEITORAL
SANTA CATARINA
1ª Zona Eleitoral – Araranguá/SC

circunstâncias que o caracterizam”.

Também é importante destacar que, ao contrário do que possa parecer para alguns, “a configuração do abuso não pressupõe, necessariamente, a ilicitude dos atos, como alegado pelos agravantes, sendo possível que uma conduta permitida legalmente possa ser considerada abusiva” (AgR-AC nº 101804, Rel. Min. Marcelo Henriques Ribeiro de Oliveira, TSE, j. em 16/06/2010)

Pois bem.

2.4.1. Em relação ao primeiro fato, inicialmente destaco que, segundo a prova colhida na instrução, Lucas procurou o representado para pedir-lhe auxílio na marcação do exame mais de trinta dias antes do evento envolvendo Ivanir. Ou seja, ele teria acontecido em julho.

Independentemente da data, as circunstâncias deste fato são muito diferentes daquelas que envolvem o pagamento do exame de Ivanir, e não vejo como enquadrar esta acusação (promessa de agendamento de ressonância magnética) no art. 41-A da Lei nº 9.504/97. É que até hoje o exame não foi agendado e não há nenhuma prova de que o representado, além de pegar a requisição que lhe foi entregue, tenha tomado alguma atitude para atender ao pedido ou dito que obteve êxito com sua atuação. Mais, inexistente prova de que Lourival tenha feito pedido de voto ou tentado se promover com o fato junto ao eleitor na tentativa de conquistar o voto dele.

Em resumo, a prova apresentada não me convence da ilegalidade da conduta, razão pela qual a rejeição da representação neste ponto é medida impositiva.

2.4.2. Já no que toca ao segundo fato, a prova dos autos não deixa dúvida: o representado, vereador que tenta a recondução para mais um mandato, pagou um exame de R\$ 360,00 em favor da eleitora Ivanir Dutra dos Santos.

O fato foi descoberto por Natália Laise Machado Serafim, que, por coincidência, foi até o laboratório pegar pote de coleta para um exame e presenciou o representado pagando pelos exames de Ivanir. Aliás, ao contrário do afirmado pelo representado, nenhuma das testemunhas ouvidas afastou com certeza que Natália estivesse lá no momento do fato (Clério disse que não se lembrava de ninguém mais no local naquele momento, mas que não tinha certeza; Maiara, embora no início tenha



TRIBUNAL REGIONAL ELEITORAL
SANTA CATARINA
1ª Zona Eleitoral – Araranguá/SC

afastado a presença de outras pessoas, no curso de seu depoimento disse não ter segurança sobre a afirmação). Aliás, Maiara confirmou que Natália esteve no local naquele dia e disse que não viu nem o momento em que Natália lá chegou nem o instante em que Lourival deixou o local. Além disso, a verdade é que o Promotor Eleitoral tomou conhecimento do fato por alguém, e o representado não conseguiu indicar outra pessoa que pudesse ser a fonte além de Natália.

O representado diz que foi um ato de caridade, e que costuma ajudar as pessoas com frequência.

Pode ser que o faça (eu já ouvi muitos relatos neste sentido), mas é preciso fazer algumas ponderações:

Primeira: auxiliar financeira ou materialmente os moradores do município não é função própria da vereança.

Segunda: esse tipo de ajuda, aportado em momentos de necessidade, cria no beneficiado sentimentos de gratidão e retribuição. É o que se poderia chamar de "caridade imprópria", destituída do altruísmo característico da benemerência anônima, que dá sem esperar qualquer espécie de reconhecimento. E isso fica muito claro na medida em que o representando, ao invés de agir anonimamente ou ao menos de forma mais discreta, fez questão de ter um contato pessoal com Ivanir (eles não se conheciam), de mostrar que a tinha ajudado, e de entregar a ela um lembrete a ser guardado, um adesivo com foto e nome, que mais parece um 'santinho' do que um cartão de visita.

Terceira: o representado não é político inexperiente ou ingênuo. Pelo contrário, participou de várias campanhas eleitorais nas quais foi reiteradamente eleito como ele próprio reconhece a fl. 79. Conhece, portanto, o que pode e o que não pode ser feito para cooptar a simpatia de potenciais eleitores e despertar sentimentos passíveis de se reverterem em voto.

Quarta: é irrelevante se Ivanir tomou conhecimento que o representado pagou com seu próprio dinheiro pelo exame. Ele se encarregou de atender o pedido e mais tarde retornou sozinho com os potes de coleta e com instruções sobre como o exame deveria ser feito, não deixando dúvida de que ele tinha sido o responsável por



TRIBUNAL REGIONAL ELEITORAL
SANTA CATARINA
1ª Zona Eleitoral – Araranguá/SC

dar à Ivanir a oportunidade de realizar o exame nos próximos dias.

Quinta: também não importa se Ivanir sabia naquele momento que Lourival era candidato (tenho como pouco provável que não soubesse). Afinal, o representado já era candidato na época e, após pagar pelo exame e deixar com Ivanir um adesivo com seu nome e foto, teria mais de trinta dias para, pessoalmente ou por terceiro, dar conhecimento à Ivanir de seu número de registro.

É o quanto basta para enquadrar o benefício alcançado a Ivanir como violação ao art. 41-A da Lei nº 9.504/97, de nada valendo a retratação da beneficiada no tocante à parte de seu depoimento policial em que relatou a ocorrência do que seria um pedido explícito de voto, pois o pedido *implícito* é igualmente sancionado.

Quanto à gravidade das circunstâncias, pagar exames médicos para quem os necessita é tão grave quanto entregar cestas básicas para pobres, pois esse tipo de ajuda sensibiliza duas das mais essenciais necessidades dos seres humanos: alimentação e saúde. Assim como não se pode admitir a segunda prática, também não se pode relativizar a primeira. Acobertadas sob o manto da caridade aparente, ambas ferem de morte o equilíbrio ético dos pleitos.

Além disso, foi o representado quem, pessoalmente, praticou a conduta.

Deste modo, outra não pode ser a sanção senão a imposição de multa e a cassação do registro, independentemente de ser o representado uma boa pessoa ou um bom político. *Dura lex, sed lex*.

Dadas as circunstâncias e o número de envolvidos, fixo o valor da multa no mínimo legal (1.000 UFIRs).

3. Face ao exposto, rejeitada a representação no que toca ao primeiro fato (promessa ao eleitor Lucas Marcos Emerim), julgo procedente a representação quanto ao segundo fato (pagamento de exame em favor de Ivanir Durtra dos Santos), para cassar o registro da candidatura de Lourival João e impor a ele o pagamento de multa no valor equivalente a 1.000 (mil) Ufirs.

Sem custas e honorários.

Publique-se, registre-se e intime-se. Notifique-se a coligação pela qual o



TRIBUNAL REGIONAL ELEITORAL
SANTA CATARINA
1ª Zona Eleitoral – Araranguá/SC

.....
candidato concorre, nos termos do art. 32, parágrafo único, da Resolução nº 23.462/2015 do TSE.

Transitada em julgado a decisão, archive-se

Araranguá, 19 de setembro de 2016.


GUSTAVO SANTOS MOTTOLA
Juiz Eleitoral