



TRIBUNAL REGIONAL ELEITORAL DE MATO GROSSO

ACÓRDÃO Nº 25981

PROCESSO Nº 125-66.2014.6.11.0032 – CLASSE - RC
RECURSO CRIMINAL - AÇÃO PENAL - ARREGIMENTAÇÃO DE ELEITOR OU BOCA DE URNA - CAPTAÇÃO ILÍCITA DE SUFRÁGIO - TRANSPORTE ILEGAL DE ELEITORES - 32ª ZONA ELEITORAL - SINOP - ELEIÇÕES 2014
RECORRENTE(S): ALTAIR CAVAGLIERI
ADVOGADO(S): REGINALDO MONTEIRO DE OLIVEIRA FÁBIO RICARDO CAVINA
RECORRENTE(S): MINISTÉRIO PÚBLICO ELEITORAL
RECORRIDO(S): MINISTÉRIO PÚBLICO ELEITORAL NERI TERESINHA PELICIOI BEZ
ADVOGADO(S): MARCELO SEGURA ALANN LOPES CARASSA
RECORRIDO(S): ALTAIR CAVAGLIERI
ADVOGADO(S): REGINALDO MONTEIRO DE OLIVEIRA FÁBIO RICARDO CAVINA
RELATOR: DESEMBARGADOR LUIZ FERREIRA DA SILVA

RECURSO CRIMINAL - AÇÃO PENAL - CORRUPÇÃO ATIVA ELEITORAL - TRANSPORTE ILEGAL DE ELEITORES NO DIA DA ELEIÇÃO - BOCA DE URNA - CONCURSO DE PESSOAS - CONDENAÇÃO DE APENAS UM DOS ACUSADOS, PELA PRÁTICA DO DELITO PREVISTO NO ART. 39, § 5º, II, DA LEI N. 9.504/1997 - RECURSOS INTERPOSTOS PELA ACUSAÇÃO, BEM AINDA PELO SENTENCIADO - CONSTATAÇÃO DO FLAGRANTE PREPARADO - CRIME IMPOSSÍVEL - ILEGALIDADE E INUTILIDADE DAS PROVAS - TEORIA DOS FRUTOS DA ÁRVORE ENVENENADA - NÃO PROVIMENTO DO RECURSO MANEJADO PELO MINISTÉRIO PÚBLICO ELEITORAL - PROVIMENTO DO RECURSO DO SENTENCIADO.

1.O contexto fático delineado neste caderno processual conduz seguramente ao reconhecimento da prática do flagrante preparado, vez que os agentes provocadores, os quais serviram como testemunhas, se passaram por eleitores com a finalidade de induzir os sentenciados a praticarem os crimes em alusão e provocarem a formação de provas. Aplicação da Súmula n. 145 do Supremo Tribunal Federal.

2.O "delito de ensaio" é espécie de crime impossível, em razão da ineficácia absoluta do meio empregado, não restando, dessa forma, configurada a infração penal, ante a atipicidade do fato.

3.Restando demonstrada a ocorrência do flagrante provocado, é forçoso reconhecer a ilegalidade e a inutilidade das provas decorrentes da ação que foi planejada, impondo-se, ainda, repudiar os demais



TRIBUNAL REGIONAL ELEITORAL DE MATO GROSSO

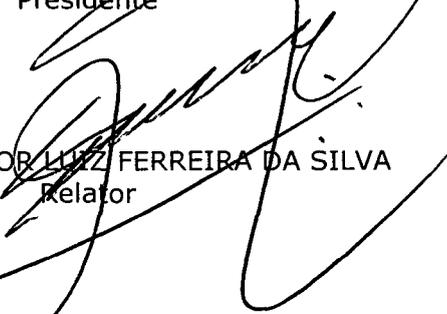
elementos probatórios advindos dessa prova, haja vista a sua ilicitude por derivação (teoria dos frutos da árvore envenenada).

4. Precedentes do Tribunal Superior Eleitoral. Provimento do recurso interposto pelo sentenciado, reformando a sentença combatida no ponto que lhe condenou pela prática do crime previsto no art. 39, § 5º, II, da Lei n. 9.504/1997 (boca de urna), afastando as sanções decretadas na instância singular. E desprovimento do recurso manejado pelo Ministério Público Eleitoral, que pretendia a condenação dos recorridos.

ACORDAM os Membros do Tribunal Regional Eleitoral de Mato Grosso, por unanimidade, em DAR PROVIMENTO AO RECURSO interposto por ALTAIR CAVAGLIERI e, também por unanimidade, NEGAR PROVIMENTO AO RECURSO interposto pelo Ministério Público Eleitoral.

Cuiabá, 15 de dezembro de 2016.


DESEMBARGADORA MARIA HELENA GARGAGLIONE PÓVOAS
Presidente


DESEMBARGADOR LUIZ FERREIRA DA SILVA
Relator



TRIBUNAL REGIONAL ELEITORAL DE MATO GROSSO

PROCESSO: 12566/2014 - RC

RELATOR: Des. Luiz Ferreira da Silva

RELATÓRIO

Des. Luiz Ferreira da Silva (Relator)

Trata-se de recursos criminais (fls. 240/245 e fls. 263/279) interpostos por **Altair Cavaglieri** e pelo **Ministério Público Eleitoral**, contra a sentença prolatada pelo Juízo da 32ª Zona Eleitoral - Sinop (fls. 204/236), que, nos autos da ação penal n. 125-66.2014.6.11.0032, condenou o primeiro pela prática do delito de boca de urna, previsto no art. 39, § 5º, II, da Lei n. 9.504/1997, à pena de 6 (seis) meses de detenção, em regime aberto, substituída por 1 (uma) pena restritiva de direitos, e multa de 5.000 UFIR; sobrelevando-se registrar que, no mesmo édito judicial, foram absolvidos: **Neri Terezinha Pelicioli Bez** e **Orlando Firmino da Silva** dos crimes previstos nos arts. 299 e 302 do Código Eleitoral e art. 39, § 5º, II, da Lei n. 9.504/1997, e **Altair Cavaglieri** dos crimes tipificados nos arts. 299 e 302 do Código Eleitoral.

Altair Cavaglieri, na peça recursal encartada às fls. 240/245, postula sua absolvição, sustentando que sua prisão em flagrante, assim como a apreensão do telefone celular que portava – cujo aparelho armazenava as mensagens eletrônicas que embasaram sua condenação – se deram por conta da gravação ambiental realizada por testemunhas, que foi considerada ilícita pelo juízo de origem; alegando, ainda, que não se verifica nestes autos qualquer outra prova lícita e idônea, que demonstre que tenha praticado o delito de boca de urna.

O Ministério Público Eleitoral da instância singela apresentou as contrarrazões que se encontram às fls. 256/261v., afirmando que os argumentos apresentados por Altair Cavaglieri não se revelam aptos a desconstituir o conjunto probatório produzido neste processo, devendo, por conseguinte, ser mantido incólume o decreto condenatório.

Em seguida, o MPE apresentou o recurso encartado às fls. 263/279, visando reformar a sentença, *"no ponto em que reconheceu a ilicitude da gravação existente nos autos, bem como das demais provas dela derivadas, e, conseqüentemente, absolveu os recorridos **ALTAIR** e **NERI** por insuficiência de provas (art. 386, VII, CPP) visto que o referido áudio é lícito e a materialidade e autoria dos delitos restou demonstrada (...)"*.

Em abono à sua tese recursal, o órgão ministerial aduz que a gravação ambiental se afigura lícita, porquanto foi produzida à luz do dia, em ambiente aberto, acessível ao público e com o objetivo de captar, sem ofensa à privacidade, conversa que demonstrasse a prática de ilícitos eleitorais.

Assevera, também, que são lícitas as demais provas decorrentes do áudio em alusão, e, por essa razão, podem ser usadas como elemento probatório hábil para embasar a condenação.

Afirma, demais disso, que o conjunto probatório produzido durante a instrução processual é pleno e conduz ao reconhecimento dos delitos de compra de votos, boca de urna e transporte ilegal de eleitores, praticados, em coautoria, por Altair Cavaglieri e Neri Teresinha Pelicioli Bez; salientando, ademais, que não se pode falar em crime impossível, uma vez que a corrupção eleitoral é crime instantâneo e formal.

Por fim, postula o conhecimento e provimento do presente recurso, para que seja reformada a sentença, reconhecendo-se a licitude da gravação ambiental e das demais provas produzidas. E, considerando a demonstração da materialidade e autoria das infrações cometidas, requer a condenação de Altair Cavaglieri e Neri Teresinha Pelicioli Bez como incurso nos crimes previstos nos arts. 299 e 302 do Código Eleitoral e art. 39, § 5º, II, da Lei n. 9.504/1997, em concurso material.

Neri Teresinha Pelicioli Bez, apresentou contrarrazões ao recurso (fls. 288/305), nas quais pugnou pelo seu desprovemento, haja vista que *"as razões lançadas pelo Exmo. Juiz de piso, quanto aos fatos, são suficientes para manter a absolvição da Recorrida"* e que *"Resta evidente ainda a NULIDADE DA PROVA DE AUDIO, a ocorrência na hipótese do CRIME IMPOSSÍVEL, e a ausência de provas aptas a ensejar qualquer juízo condenatório"*.

Altair Cavaglieri, de igual modo, ofertou contrarrazões ao recurso, alegando que a gravação ambiental da sua conversa com a testemunha Dionas deve ser



TRIBUNAL REGIONAL ELEITORAL DE MATO GROSSO

reconhecida ilícita, visto que foi realizada sem o conhecimento dos interlocutores; e, por conta dessa ilicitude, sua prisão em flagrante e a apreensão de seu telefone celular, encontram-se eivados de nulidade.

Altair argumenta, demais disso, que as testemunhas Raphael e Dionas afirmaram em depoimento prestado em juízo, que não houve oferecimento de qualquer quantia em dinheiro, tampouco de outra vantagem em troca de voto.

Por derradeiro, deduziu a tese de crime impossível, prevista no art. 17 do Código Penal Brasileiro, visto que, na hipótese em debate, seria impraticável a consumação do delito narrado na prefacial acusatória.

Instada a se manifestar, a Procuradoria Regional Eleitoral colima o desprovimento do recurso ministerial, porquanto, ainda que considere lícita a interceptação ambiental produzida pela testemunha Dionas, propõe o reconhecimento da existência de crime impossível, esclarecendo, também, que houve a prática do flagrante preparado.

No tocante ao recurso eleitoral aviado por Altair Cavaglieri, a PRE manifestou-se pelo seu provimento, uma vez que não pode ser mantida uma condenação que tem por fundamento: imagens obtidas diretamente do celular de pessoa que foi presa em situação de crime provocado.

É o relatório.

Dr. Cleber de Oliveira Tavares Neto (PRE)

Mantido o parecer.

VOTO

Des. Luiz Ferreira da Silva (Relator)

Eminentes pares:

Trata-se de recursos criminais interpostos por **Altair Cavaglieri** e pelo **Ministério Público Eleitoral**, contra a sentença prolatada pelo Juízo da 32ª Zona Eleitoral - Sinop, que, nos autos da ação penal condenou o primeiro pela prática do delito de boca de urna, previsto no art. 39, § 5º, II, da Lei n. 9.504/1997, e **absolveu Neri Terezinha Pelicioli Bez e Orlando Firmino da Silva** dos crimes previstos nos arts. 299 (compra de votos) e 302 (transporte ilegal de eleitores) do Código Eleitoral e art. 39, § 5º, II, da Lei n. 9.504/1997 (boca de urna); bem como **Altair Cavaglieri** dos crimes tipificados nos arts. 299 e 302 do Código Eleitoral.

Altair Cavaglieri, por meio do seu recurso, postula sua absolvição da condenação sofrida em primeira instância, pela prática do crime de boca de urna. Por sua vez, o Ministério Público Eleitoral atuante no juízo de origem, almeja a condenação de Altair Cavaglieri e Neri Teresinha Pelicioli Bez como incurso nos crimes previstos nos arts. 299 e 302 do Código Eleitoral e art. 39, § 5º, II, da Lei n. 9.504/1997, em concurso material.

A prefacial acusatória, encartada às fls. 02/03, narra os fatos desta forma:

"(...) Em 05/10/2014, às 11h, os denunciados foram presos em flagrante delito por estarem, em tese, reunidos para captar ilicitamente votos, realizar propaganda eleitoral ilícita e transportar eleitores até o local de votação.

Consta no incluso inquérito policial que, no dia do 1º Turno das Eleições Gerais de 2014 - 05/10/2014 -, Altair Cavaglieri e Neri Terezinha Pelicioli Bez teriam solicitado votos, distribuído "santinhos" e paga o valor de R\$ 50,00 (cinquenta reais) à Raphael Macedo da Silva e Dionas Brasil do Nascimento para que votassem no candidato a Deputado Estadual Romoaldo Júnior, bem como que Orlando Firmino da Silva teria transportado Raphael e Dionas até o local da votação.

Extrai-se dos autos que Raphael Macedo Silva e Dionas Brasil do Nascimento, fiscal e delegado da Coligação "Com a força do Povo/Amor da Nossa Gente", respectivamente, tomaram conhecimento de que havia uma pessoa comprando votos no interior do "Mercado Matrinchã, situado no Bairro Camping Club.



TRIBUNAL REGIONAL ELEITORAL DE MATO GROSSO

Diante de tal informação, Raphael e Diona se dirigiram ao local e foram abordados pela proprietária do estabelecimento, a denunciada Neri, que perguntou aos aludidos em quem votariam e solicitou que votassem no candidato a Deputado Estadual Romoaldo Júnior, entregando-lhes "santinhos" e prometendo o pagamento de R\$ 50,00 (cinquenta reais) pelos votos, conforme depoimentos e gravações constantes nos autos.

Em seguida, Raphael e Dionas foram abordados pelo denunciado Altair Cavaglieri que ofereceu R\$ 50,00 (cinquenta reais) aos mesmos em troca de seus votos e pediu que a denunciada Neri conferisse seus títulos de eleitor, tendo entregue nota de R\$ 50,00 (cinquenta reais) a Raphael, também conforme depoimentos e gravações inclusas.

Por fim, após receberem o valor supra do denunciado Altair, Raphael e Dionas foram levados até o local de votação pelo denunciado Orlando, que acompanhou a tentativa de compra de voto perpetrada pela denunciada Neri e ainda perguntou às testemunhas se tinham recebido dinheiro do denunciado Altair.

Além disso, foram encontradas 02 (duas) mensagens no celular do denunciado Altair solicitando votos ao candidato Romoaldo Júnior no dia das eleições que, segundo a autoridade policial, caracteriza "boca de urna" em meio eletrônico.

Agindo da forma narrada, os denunciados Altair Cavaglieri, Neri Terezinha Pelicioli Bez e Orlando Firmino da Silva, em concurso de agentes e concurso material – artigo 69, do Código Penal – incorreram na prática dos delitos previstos no artigo 299 da Lei n.º 4.737/65 – corrupção eleitoral - , art. 302, também do Código Eleitoral – transporte irregular de eleitores - , e no art. 39, §5º, da Lei n.º 9.504/97, razão pela qual o MINISTÉRIO PÚBLICO ELEITORAL os denuncia requerendo digne-se esse r. Juízo de receber a presente denúncia, instaurando a ação penal pública, para, ao final, encerrada a instrução processual, condená-los às penas cominadas aos crimes supra. (...)"

Da leitura deste caderno processual, verifica-se de plano a ausência de materialidade dos crimes narrados na prefacial, porquanto o contexto fático delineado conduz seguramente ao reconhecimento da prática do flagrante preparado, e, por consequência, na constatação da ilegalidade das provas resultantes dos acontecimentos.

Depreende-se, também, do vertente álbum processual, que as testemunhas Raphael Macedo Silva e Dionas Brasil do Nascimento, dirigiram-se na manhã do dia 05.10.2014 até a mercearia Matrinchã, de propriedade de Neri Terezinha (local onde supostamente estaria ocorrendo compra de votos) com a nítida finalidade de induzir e provocar a formação de provas, a fim de confirmarem a possível prática de crimes eleitorais, após serem orientados pela testemunha Audinei Rodrigues Fernandes [advogado da campanha do candidato Silvano do Amaral] que deveriam verificar no referido endereço a existência de compra de votos em favor do candidato Romoaldo Júnior.

Naquela época (1º turno das Eleições 2014), Raphael Macedo Silva e Dionas Brasil do Nascimento, exerciam as funções de fiscal do Partido do Movimento Democrático Brasileiro - PMDB e delegados da Coligação "Com a Força do Povo / Amor da Nossa Gente" (PT, PMDB, PR, PROS e PC do B).

Nesse cenário, impõe-se transcrever trechos dos depoimentos prestados em juízo pelas testemunhas acima citadas (mídias audiovisuais encontradas às 143), os quais corroboram a tese de que ambos agiram premeditadamente com o objetivo de produzir provas acerca do eventual ilícito, consoante se denota destes trechos de suas declarações:

"Testemunha Raphael Macedo Silva: (...) a gente tinha falado que veio de fora, veio de sorriso. A gente tava meio que sem dinheiro (...) Nós chegando lá, o Jonas conversou com ela (...) Só que eu não tava muito perto na hora que ele tava conversando com ela, entendeu, **ai ele meio que influenciou ela, entendeu, a fazer a compra de voto.** (...)



TRIBUNAL REGIONAL ELEITORAL DE MATO GROSSO

(...) **Primeiro a gente falou que era de Sorriso**, aí a gente queria saber onde que era a escola para gente poder tar efetuando a votação, entendeu? **A gente falou que veio de longe, tava de a pé, sem dinheiro, aí ela falou que ficava não muito longe.** (...) Negrítei

Testemunha Dionas Brasil:

"(...) **Chegamos lá atrás de comida. Falamos que estávamos com fome, que viemos de Sorriso, pra ver o quê que ela falava, pra ver se ela se manifestava.** (...) **Chegamos, puxamos assunto com ela, falamos que nós éramos de Sorriso, que éramos universitário, que ..., e puxamos uma conversa e a conversa foi fluindo** (...) (...) **Eu não quis entregar [o título de eleitor] porque eu não votava ali. Se ela visse ela ía ...** (...) **Nenhum dos dois [votavam ali].**(...) **Deixamos, assim, ela pensar que, falamos que era de Sorriso, que só vínhamos à Sinop para poder votar, que éramos universitários para não perder o título. Aí ela se manifestou: - ah mas você já tem algum deputado para votar e tal. Aí eu falei não, nem sei quem são os deputados de Sinop, falei pra ela. Quem, são: aí ela falou do Romaldo.** (...)"

Por ocasião do depoimento da testemunha Raphael Macedo, a defesa formulou esta pergunta:

"Se vocês não tivessem chegado no local com a conversa: ó, nós somos de Sorriso, nós estamos com fome, nós estamos sem dinheiro, a senhora não ajuda nós? Você acha que ela teria oferecido alguma coisa para vocês?"

Diante do questionamento formulado, a testemunha Raphael Macedo respondeu:

"Acredito eu que não. (...)"

Além do mais, consultando o cadastro eleitoral dessas testemunhas, pode ser constatado que, de fato, tal como mencionado nos depoimentos supratranscritos, as duas não votavam nas seções eleitorais localizadas no Condomínio Residencial Camping Club, onde está estabelecida a mercearia Matrinchã, circunstância, essa, que robustece a tese de que os dois [Raphael e Dionas] agiram deliberadamente no sentido de induzirem os sentenciados a praticar os crimes eleitorais sob exame.

Sem adentrar, neste momento, no debate acerca da validade ou não da interceptação ambiental que foi levada a cabo por Raphael Macedo Silva, mesmo porque, excepcionalmente, não raro é aceito sustentar a tese de admissão da prova obtida por meios ilícitos em favor do réu, por força do princípio da proporcionalidade e da presunção da inocência, é imperioso asseverar que o conteúdo dos depoimentos reproduzidos linhas volvidas é condizente com o diálogo verificado na gravação ambiental produzida.

Daí por que é pertinente transcrever fragmentos desse diálogo que foi travado entre Dionas Brasil (testemunha), Altair Cagliari e Neri Teresinha (sentenciados), cuja gravação encontra-se jungida às fls. 109/112 do caderno investigativo, verbis:

(...)

H2: Então. Pode ser ué... Mas só que a gente só veio votar pra a gente não perder o voto... é por que a gente aluga a "Itari" daí precisa ter...

H3: Vocês são da onde?

H2: A gente somos de sorriso, a gente só veio votar só.

H1: Quem é o candidato de vocês lá?

H2: Haa... lá é um tal de Danata.

H1: Danata? Em Sorriso? E o Mauro Savi e aquela coisa toda?

H2: Haa nem acompanho político, vim só votar mesmo só pra não perder o (ininteligível).

H1: Cadê o título?

H2: hã?



TRIBUNAL REGIONAL ELEITORAL DE MATO GROSSO

H1: *Cadê o título?*

H2: *O título? Tá dentro do uno... tá vindo aqui já, nós tá num uno... acabei de ligar prum amigo meu...*

H1: *Quanto vocês têm? Vocês estão em quantos?*

H2: *Em três pessoas...*

H1: *Eu vou ajudar vocês.*

H2: **Quanto você dá pra nós? Ela falou 60...**

H1: *Cinquenta.*

H2: Ai tá dando só pa voltar, pá a gente almoçar, ó nosso café da manhã...

(...)

H: Não, não... a gente tamo em sorriso... a gente morava aqui em Sinop, a gente foi só pra votar.

M: *Então... então num sei te falar... ninguém nem falou nada... que vocês vinham...*

H: Nãaaa... De ontem mesmo foi que a gente é universitário né... aí a faculdade exige né? Que tem que votar... entendeu? (sic)

(...)

Logo, da análise dos depoimentos acima transcritos, bem como do teor da gravação ambiental produzida, não resta dúvida que as referidas testemunhas se dirigiram ao local onde supostamente estaria ocorrendo a compra de votos, com o único propósito de se passarem por eleitores e induzirem Altair Caglieri e Neri Teresinha Pelicioli Bez a praticar crimes eleitorais, revelando-se, destarte, a prática do flagrante preparado.

Como é cediço, o flagrante preparado se consuma quando o agente provocador cria uma situação, na qual incita alguém ao cometimento da infração penal, que, no entanto, é impossível de se consumir, porquanto existe um conjunto de circunstâncias anteriormente organizadas que impedem a produção do resultado.

Nesse diapasão, impõe-se afirmar que o tema em questão está pacificado pela Súmula n. 145, do Supremo Tribunal Federal, que tem a seguinte redação:

"Não há crime, quando a preparação do flagrante pela polícia torna impossível a sua consumação."

Cumpra-se assinalar, além disso, que, a referida súmula do Pretório Excelso também é aplicável na hipótese do flagrante ter sido preparado pelo particular, como sói ser na espécie em debate.

Dissertando sobre a temática, Guilherme de Souza Nucci ensina que:

(...) É certo que esse preceito menciona apenas a polícia, mas nada impede que o particular também provoque a ocorrência de um flagrante somente para prender alguém. (...)"

Outrossim, é mister esclarecer que, o "delito de ensaio" é considerado uma variação de crime impossível, uma vez que, em razão da ineficácia absoluta do meio empregado, sua consumação jamais acontecerá, revelando-se, em vista disso, verdadeira causa geradora de atipicidade.

Acerca do tema, Fernando Capez leciona que:

"(...) Trata-se, portanto, de causa de exclusão do fato típico. (...) (...) Nessa situação o autor é o protagonista de uma farsa que, desde o início, não tem a menor chance de dar certo. Por essa razão, a jurisprudência considera a encenação do flagrante preparado uma terceira espécie de crime impossível, entendendo não haver delito ante a atipicidade do fato (Súmula 145 do STF). O crime é impossível pela ineficácia absoluta do meio empregado, provocada pelo conjunto das circunstâncias exteriores adrede preparadas, que tornam totalmente impossível ao sujeito atingir o momento



TRIBUNAL REGIONAL ELEITORAL DE MATO GROSSO

consumativo. (...)” (Curso de Direito Penal, volume 1, parte geral, pág. 275,277 – 19 ed. Saraiva)

Daí por que não merece prosperar a tese ventilada pelo *Parquet* na qual sustenta que não se pode falar em crime impossível, por se tratar, o delito de corrupção eleitoral, espécie de crime formal. Isso porque, em que pese o crime formal não exigir a produção do resultado para que se consume, é fundamental, para sua concretização, que seja possível a sua efetivação, o que, de fato não se verifica na hipótese do “crime provocado”.

Desse modo, restando demonstrada a ocorrência do flagrante provocado, é forçoso reconhecer a ilegalidade e a inutilidade das provas decorrentes da ação que foi planejada e praticada por Raphael Macedo e Dionas Brasil, impondo-se repudiar, além disso, os demais elementos probatórios advindos dessa prova, haja vista sua ilicitude por derivação (teoria dos frutos da árvore envenenada).

Enfrentando questão similar à discutida nesta insurgência, o Tribunal Superior Eleitoral deixou assentado:

“ELEIÇÕES 2014. RECURSO ESPECIAL. AÇÃO PENAL. CRIME ELEITORAL. FLAGRANTE PREPARADO. NULIDADE. PROVIMENTO.

1. Na representação por captação ilícita de sufrágio (REspe nº 676-04/RO) esta Corte Superior concluiu pela nulidade da prova, diante da ilegalidade do flagrante preparado.

2. No presente caso, a prova também é ilícita, pelas mesmas razões, o que acarreta a nulidade do julgamento da Corte Regional, porquanto os julgadores se basearam na aludida prova para formar sua convicção.

3. Recurso especial provido para reconhecer nulidade de provas decorrentes do flagrante preparado e determinar novo julgamento pelo Tribunal Regional. (Recurso Especial Eleitoral nº 9529, Acórdão de 07/06/2016, Relator (a) Min. LUCIANA CHRISTINA GUIMARÃES LÓSSIO, Publicação: DJE - Diário de justiça eletrônico, Tomo 123, Data 28/06/2016, Página 175-176).”

Por guardar pertinência com os fatos em apuração, é de bom alvitre que transcreva esta parte da fundamentação do acórdão em referência, relatado pela Ministra Lucia Lóssio nestes termos:

“ (...) O flagrante preparado, as provas por ele produzidas, as provas que dele derivam e o próprio crime a que ele se refere, tudo, não passa de uma farsa. Já que não há potencialidade para o crime se efetivar, tratando-se então de crime impossível, e por consequência, de uma atipicidade jurídica. (...)

(...) Portanto, seja pela existência de um conjunto de circunstâncias previamente preparadas que eliminem totalmente a possibilidade de produção de resultado, seja pela existência de um agente instigador que somente objetiva a prisão ou a produção de elemento de prova contrário ao suposto infrator, será o caso de crime impossível, com a consequente absolvição do inculpado.

Quando um eleitor vai a um encontro com um candidato político e passa a instigá-lo a cometer alguma infração eleitoral, desde já se percebe que o ato do candidato não terá o condão de mudar a opinião do mencionado eleitor, vez que esse último já se preparou inclusive para produzir “provas” em desfavor do mencionado candidato. (...)

(...) Se o crime é impossível qualquer prova produzida para sua comprovação não tem nenhuma valia. Logo, toda prova decorrente exclusivamente do flagrante preparado é ilícita. (...)”

Destarte, no caso em apreciação, é imperioso reconhecer que deve ser considerada ilícita a interceptação ambiental que foi produzida por Raphael Macedo Silva no interior da mercearia Matrinchã, cuja gravação capturou o áudio da conversa



TRIBUNAL REGIONAL ELEITORAL DE MATO GROSSO

mencionada alhures. Por esse motivo, deve ser mantida a absolvição de Neri Terezinha Pelicioli Bez e Altair Cavaglieri, com relação aos crimes tipificados nos artigos 299 e 302 do Código Eleitoral, em face da ausência de outras provas que possam comprovar a prática desses delitos.

Da mesma maneira, é preciso admitir a ilicitude por derivação das provas que deram ensejo à condenação de Altair Cavaglieri pela prática do crime previsto no art. 39, § 5º, II, da Lei n. 9.504/1997 (boca de urna), isto é, as mensagens eletrônicas que foram enviadas a determinados eleitores, por meio do telefone celular que foi apreendido com ele no momento de sua prisão, diante da relação de causalidade entre o flagrante preparado e a apreensão do referido aparelho de telefonia móvel, por conta da ação policial desencadeada na sequência dos fatos.

Posto isso, em consonância parcial com o parecer da Procuradoria Regional Eleitoral, **declaro nula** a gravação ambiental produzida pela testemunha Raphael Macedo Silva, reconhecendo a nulidade da prova decorrente daquela prova primária (ilícita), consubstanciada em mensagens eletrônicas que foram enviadas a determinados eleitores pelo aparelho celular que Altair Cavaglieri portava no momento da sua detenção, e com base no art. 386, III e VII (*não constituir o fato infração penal e não existir prova suficiente para a condenação*), porquanto o reconhecimento do crime impossível se equipara a reconhecer que a conduta não constitui crime, bem ainda em face da ausência de outras provas que possam comprovar a prática desses delitos, e, por conseguinte: **a) - dou provimento** ao recurso interposto por **Altair Cavaglieri**, para reformar a sentença combatida, no ponto que lhe condenou pela prática do crime previsto no art. 39, § 5º, II, da Lei n. 9.504/1997 (boca de urna), afastando as sanções que lhe foram aplicadas; **b) - nego provimento** ao recurso manejado pelo Ministério Público Eleitoral, que pretendia a condenação de **Altair Cavaglieri e Neri Terezinha Pelicioli Braz**.

É o voto.

Des. Maria Helena Gargaglione Póvoas (Presidente)

Como vota o revisor, Doutor Flávio?

Dr. Flávio Alexandre Martins Bertin

Senhora Presidente, na qualidade de revisor cheguei às mesmas conclusões do eminente Desembargador. Razão pela qual eu o acompanho integralmente em seu voto.

Des. Maria Helena Gargaglione Póvoas (Presidente)

Doutor Ricardo?

Dr. Ricardo Gomes de Almeida

Acompanho o eminente relator.

Des. Maria Helena Gargaglione Póvoas (Presidente)

Doutor Paulo Sodré?

Dr. Paulo César Alves Sodré

Senhora presidente, eu vou pedir vista desses autos para analisar alguns aspectos, não obstante o eminente e bem fundamentado o voto do relator. E como tanto o doutor Ricardo quanto o doutor Flávio, que infelizmente estão saindo desta Corte, já votaram, eu vou pedir para trazer isso na quinta-feira, que não haverá prejuízo, certo?

Des. Maria Helena Gargaglione Póvoas (Presidente)

Certo.

Dr. Paulo César Alves Sodré

Aí já fica marcado para quinta-feira que vem.

Des. Maria Helena Gargaglione Póvoas (Presidente)



TRIBUNAL REGIONAL ELEITORAL DE MATO GROSSO

Doutor Rodrigo?

Dr. Rodrigo Roberto Curvo

Aguardo.

Des. Maria Helena Gargaglione Póvoas (Presidente)

Doutor Marcos Faleiros?

Dr. Marcos Faleiros da Silva

Igualmente.

Des. Maria Helena Gargaglione Póvoas (Presidente)

Aguarda. Adiado a conclusão do julgamento face o pedido de vista do terceiro vogal, doutor Paulo Sodré, após o relator dar provimento ao recurso, Desembargador Luís?

Des. Luiz Ferreira da Silva (Relator)

Não. Na verdade ...

Des. Maria Helena Gargaglione Póvoas (Presidente)

Deu provimento ao recurso de Altair e negou provimento ao recurso do Ministério Público.

Des. Luiz Ferreira da Silva (Relator)

Exatamente.

Des. Maria Helena Gargaglione Póvoas (Presidente)

E foi acompanhado pelo revisor, doutor Flávio, e pelo segundo vogal, Doutor Ricardo Almeida, o terceiro vogal pediu Vista, os demais aguardam.



TRIBUNAL REGIONAL ELEITORAL DO ESTADO DE MATO GROSSO

V(15.12.16)

NOTAS TAQUIGRÁFICAS

PROCESSO Nº 125-66/2014 – RC
RELATOR: DES. LUIZ FERREIRA DA SILVA
REVISOR: DR. FLÁVIO ALEXANDRE MARTINS BERTIN

Continuação de Julgamento

VOTO-VISTA

DR. PAULO CÉZAR ALVES SODRÉ
Eminentes pares:

Solicitei vista dos autos, apenas em função de um ponto, que no meu sentir, durante o voto do nobre Relator não tinha ficado muito claro, qual seja, o motivo pelo qual a gravação ambiental havia sido declarada nula.

Isso porque, de acordo com os precedentes do STF a gravação ambiental sem autorização judicial, ou seja, aquela gravação efetuada por um dos interlocutores sem o conhecimento dos demais é válida. É considerada lícita "**quando ausente causa legal de sigilo ou de reserva da conversação**" (HC 91613, Relator(a) Min. GILMAR MENDES, Segunda Turma, julgado em 15-05-2012, Acórdão Eletrônico DJ-e182 Divulg. 14-09-2012. Public. 17-09-2012.

Não bastasse esse precedente, o tema foi objeto de Repercussão Geral:

"AÇÃO PENAL. Prova. Gravação ambiental. Realização por um dos interlocutores sem conhecimento do outro. Validade. Jurisprudência reafirmada. Repercussão geral reconhecida. Recurso extraordinário provido. Aplicação do art. 543-B, § 3º, do CPC. É lícita a prova consistente em gravação ambiental realizada por um dos interlocutores sem conhecimento do outro"

{STF, RE 583937 QO – RG, Relator (a): Min. CEZAR PELUSO, REPERCUSSÃO GERAL – MÉRITO, DJe-237, DIVULG 17-12-2009 PUBLIC 18-12-2009. EMENT VOL – 02387-10 PP-01741 RTJ VOL – 00220 – PP-00589 RJSP v. 58, n. 393, 2010, p. 181-194}.

Portanto, com suporte nos precedentes do STF a gravação ambiental efetuada pelas "testemunhas" ou "vítimas" a que se referem os autos, seria plenamente válida. Ocorre que, lendo atentamente o voto do nobre Relator, observo que ele não a considerou gravação inválida, salvo melhor juízo, por ter sido captada ambientalmente, sem o conhecimento dos demais interlocutores, **mas sim por ter sido prova derivada de um flagrante preparado.**

Logo, esclarecida a minha dúvida, e ressalvando a validade da gravação ambiental sem autorização judicial e sem o conhecimento do interlocutor, na esteira dos precedentes já citados, acompanho na íntegra o voto do douto Relator. É como voto.



TRIBUNAL REGIONAL ELEITORAL DO ESTADO DE MATO GROSSO

SILVA

DR. RODRIGO ROBERTO CURVO e DR. MARCOS FALEIROS DA

Com o relator.

DES. PRESIDENTE

DECISÃO: O Tribunal, por unanimidade, deu provimento ao recurso interposto por Altair Cavagliere e, também, por unanimidade, negou provimento ao recurso interposto pelo Ministério Público Eleitoral, nos termos do voto do douto relator e em consonância com o parecer ministerial.