



TRIBUNAL SUPERIOR ELEITORAL

**ACÓRDÃO**

**HABEAS CORPUS Nº 73-12.2013.6.00.0000 – CLASSE 16 – SERRA NEGRA  
– SÃO PAULO**

**Relator:** Ministro João Otávio de Noronha  
**Impetrantes:** Selma Montanari Ramos e outro  
**Paciente:** Ediberto Tosta  
**Advogado:** Enzo Montanari Ramos Leme  
**Órgão coator:** Tribunal Regional Eleitoral de São Paulo

*HABEAS CORPUS SUBSTITUTIVO DE RECURSO  
ORDINÁRIO. ABSOLVIÇÃO DO PACIENTE. PERDA DO  
INTERESSE PROCESSUAL.*

1. Tendo em vista a notícia da absolvição do paciente, com trânsito em julgado, não há mais interesse na impetração.
2. *Habeas corpus* prejudicado.

Acordam os ministros do Tribunal Superior Eleitoral, por unanimidade, em julgar prejudicado o *habeas corpus*, nos termos do voto reajustado do Relator.

Brasília, 9 de setembro de 2014.

MINISTRO JOÃO OTÁVIO DE NORONHA – RELATOR

**RELATÓRIO**

O SENHOR MINISTRO JOÃO OTÁVIO DE NORONHA:  
Senhor Presidente, trata-se de *habeas corpus*, com pedido de liminar, impetrado em favor de Ediberto Tosta em oposição a ato supostamente coator do TRE/SP, consistente na denegação da ordem no HC 825-92, impetrado contra decisão do Juízo da 134ª Zona Eleitoral de São Paulo. Confira-se a ementa do acórdão (fl. 51):

**HABEAS CORPUS** – Teleologia do instituto – É de se prestigiar a função constitucional excepcional do *mandamus*, evitando sua utilização indiscriminada e que pode ocasionalmente prejudicar as funções das instâncias regulares de processo e julgamento, sob pena de se desmoralizar o sistema ordinário de recursos – A invalidação de prova pela via estreita do *habeas corpus* é medida de exceção, só admissível quando emerge dos autos, de forma inequívoca e sem a necessidade de valoração probatória.

**INVESTIGAÇÃO – MINISTÉRIO PÚBLICO ELEITORAL** – Emprego de inquérito civil público como substituto do inquérito policial – Na esteira de precedentes do E. Superior Tribunal de Justiça, malgrado seja defeso ao Ministério Público presidir o inquérito policial propriamente dito, não lhe é vedado, como titular da ação penal, proceder a investigações – A ordem jurídica confere explicitamente poderes de investigação ao Ministério Público – Incidência dos arts. 129, incisos VI e VIII da Const. Federal; art. 8º, incisos II e IV, e § 2º, e art. 26, estes da Lei nº 8.625/1993 – O inquérito policial, por ser peça meramente informativa, não é pressuposto necessário à propositura da ação penal, podendo essa ser embasada em outros elementos hábeis a formar a *opinio delicti* de seu titular, a exemplo do inquérito civil público – Se o particular pode juntar peças, obter declarações, etc., é evidente que o *Parquet* também pode – O fato da *opinio delicti* para a propositura de ação penal ter se formado em razão de elementos coligidos em inquérito civil público não pode, por isso, levar à rejeição da denúncia.

**PROVA** – Degravação de fita magnética de áudio – Debate acerca de sua qualidade como indicador pericial – Suposta ilicitude por pretensamente decorrer de sua clandestinidade – Questões a serem discutidas na fase de conhecimento – Possibilidade de se identificar o autor da gravação em meio à instrução probatória – Eventual acolhimento ao objetivado pelo paciente que exigiria análise aprofundada do conteúdo da ação penal em tela, o que não se apresenta cabível por meio de *habeas corpus*.

Na origem, o Ministério Público Eleitoral denunciou o paciente, juntamente com Demétrius Ítalo Franchi, por suposto crime de corrupção



eleitoral (art. 299 do Código Eleitoral c.c. arts. 29 e 61, II, g, do Código Penal). Aduziu que o paciente, na condição de Secretário de Serviços Municipais de Serra Negra/SP, teria cedido máquinas e servidores públicos para a construção de uma ponte na propriedade de eleitores, com o objetivo de obter-lhes o voto favorável a Demétrius Ítalo Franchi, candidato ao cargo de vereador nas Eleições 2012.

Consta dos autos que o paciente e o candidato Demétrius Ítalo Franchi, codenunciados, teriam participado de uma reunião com eleitores na qual teriam negociado os votos em troca da citada obra de engenharia. A conversa teria sido registrada em mídia auditiva de autoria desconhecida, que foi entregue ao representante do Ministério Público Eleitoral pela coligação adversária. O órgão ministerial, então, instaurou inquérito civil público para apurar suposta captação ilícita de sufrágio e conduta vedada aos agentes públicos em campanha eleitoral, no qual foram colhidos depoimentos de pessoas presentes à reunião, inclusive do paciente. Com fundamento nessas provas o órgão ministerial ofereceu denúncia.

O juiz eleitoral recebeu a denúncia e designou audiência de instrução e julgamento, deixando de manifestar-se sobre as supostas nulidades processuais (ilicitude da gravação ambiental e ausência de inquérito policial) aduzidas pelo paciente em sua defesa.

Contra essa decisão, foi impetrado o *Habeas Corpus* 825-92 no TRE/SP, o qual foi denegado por se entender que a análise sobre a suposta ilicitude da gravação ambiental exigiria exame de provas, inviável na via eleita, ressaltando-se que a autoria da gravação poderia vir a ser esclarecida durante o processo. Consignou-se, ainda, que a ausência de inquérito policial não invalidava a denúncia, pois a peça inicial estava fundamentada nas provas produzidas em inquérito civil público.

Sobreveio a presente ordem de *habeas corpus*, na qual os impetrantes reiteraram a ilicitude das provas que fundamentaram a denúncia.

Aduziram que a citada gravação ambiental consiste em prova ilícita, por ser de autoria desconhecida. Acrescentaram que a gravação não foi feita por nenhum dos participantes da reunião, pois todos foram ouvidos pelo

membro do Ministério Público Eleitoral e nenhum deles assumiu a autoria da prova.

Asseveraram que os depoimentos colhidos no inquérito civil público são provas ilícitas por derivação, pois foram obtidos em decorrência direta da prova inicial ilícita. Destacaram que os depoimentos foram obtidos pelo Ministério Público Eleitoral mediante a confrontação das testemunhas com a gravação ilícita.

Apontaram, ainda, a impossibilidade de propositura da ação penal com base exclusivamente nas provas colhidas em inquérito civil público.

Ao final, requereram a concessão da ordem de *habeas corpus* para declarar a nulidade da ação penal.

A e. Ministra Nancy Andrighi indeferiu a liminar (fls.178-180).

A d. Procuradoria-Geral Eleitoral opina pelo não conhecimento do *writ* e, caso assim não se entenda, pela denegação da ordem (fls. 188-197).

É o relatório.

## VOTO

O SENHOR MINISTRO JOÃO OTÁVIO DE NORONHA (Relator): Senhor Presidente, o *habeas corpus* foi impetrado contra acórdão do TRE/SP proferido no julgamento do HC 825-92, em que se denegou a ordem então pleiteada. Cuida-se, portanto, de *habeas corpus* substitutivo de recurso ordinário.

A Primeira Turma do STF, a partir de 2012, passou a considerar inadmissível a impetração de *habeas corpus* como substitutivo de recurso ordinário. Destacou, entretanto, que esse entendimento não acarreta prejuízo ao réu, pois resguarda a possibilidade de concessão de ofício da ordem caso estejam presentes os requisitos autorizadores. É o que se depreende dos seguintes julgados:



**HABEAS CORPUS – JULGAMENTO POR TRIBUNAL SUPERIOR – IMPUGNAÇÃO.**

A teor do disposto no artigo 102, inciso II, alínea “a”, da Constituição Federal, contra decisão proferida em processo revelador de *habeas corpus*, a implicar a não concessão da ordem, cabível é o recurso ordinário. Evolução quanto à admissibilidade do substitutivo do *habeas corpus*. PROCESSO-CRIME – DILIGÊNCIAS – INADEQUAÇÃO. Uma vez inexistente base para o implemento de diligências, cumpre ao Juízo, na condução do processo, indeferi-las.

(STF: HC 109956, Rel. Min. Marco Aurélio, Primeira Turma, julgado em 7.8.2012, *DJe* de 11.9.2012)

EMENTA AGRAVO REGIMENTAL. *HABEAS CORPUS* SUBSTITUTIVO DO RECURSO CONSTITUCIONAL. INADEQUAÇÃO DA VIA ELEITA. ROUBO. EXCESSO DE PRAZO. INOCORRÊNCIA. PRESSUPOSTOS E FUNDAMENTOS DA PRISÃO PREVENTIVA. NECESSIDADE DE SE RESGUARDAR A ORDEM PÚBLICA. DECISÃO FUNDAMENTADA.

1. Contra a denegação de *habeas corpus* por Tribunal Superior prevê a Constituição Federal remédio jurídico expresso, o recurso ordinário. Diante da dicção do art. 102, II, “a”, da Constituição da República, a impetração de novo *habeas corpus* em caráter substitutivo escamoteia o instituto recursal próprio, em manifesta burla ao preceito constitucional.

[...]

4. Agravo regimental não provido.

(STF: AgR-HC 116744, Rel. Min. Rosa Weber, Primeira Turma, julgado em 13.8.2013, *DJe* 4.9.2013)

O STJ adequou-se à nova orientação da Primeira Turma da Suprema Corte no sentido de não conhecer do *habeas corpus* substitutivo do recurso ordinário, sem prejuízo de, eventualmente, se for o caso, conceder a ordem de ofício. Cito os precedentes: HC 258.607/SP, Rel. Min. Nancy Andrighi, Terceira Turma, *DJe* 22.8.2013; HC 217.271/RS, Rel. Min. Laurita Vaz, Quinta Turma, *DJe* de 26.8.2013; HC 138.792/RJ, Rel. Min. Sebastião Reis Júnior, Sexta Turma, *DJe* 28.8.2013.

Nesse sentido, não admito o *habeas corpus*; entretanto, analiso as alegações dos impetrantes para verificar a possibilidade da concessão da ordem de ofício.

Os impetrantes alegam a nulidade da ação penal ajuizada em desfavor do paciente, visto que a denúncia está fundamentada exclusivamente em provas ilícitas, consistentes em uma gravação ambiental de autoria

desconhecida e em depoimentos testemunhais obtidos em decorrência da citada gravação.

Pelo que se depreende dos autos, de fato, a autoria da gravação ambiental não foi revelada, conforme destacado no acórdão regional.

Desse modo, verifica-se que a denúncia, na espécie, foi ofertada com amparo em uma gravação ambiental realizada sem prévia autorização judicial e sem o consentimento dos interlocutores, já que nenhum deles admitiu a autoria da gravação nem reconheceu ter consentido com ela. Consoante a atual jurisprudência do Tribunal Superior Eleitoral, essa prova é ilícita. Confira-se:

Recurso especial. Ação de investigação judicial eleitoral. Gravação ambiental. Ilícitude da prova.

1. A atual jurisprudência do Tribunal Superior Eleitoral tem assentado que a gravação ambiental, realizada por um dos interlocutores, sem conhecimento de um deles e sem prévia autorização judicial, consubstancia prova ilícita e não se presta para fins de comprovação do ilícito eleitoral. Precedentes: REspe nº 34-26, rel. Min. Marco Aurélio, DJE de 28.1.2012, grifo noso; Recurso Especial nº 602-30, rel. Ministra Luciana Lóssio, DJE de 17.2.2014 e REspe nº 57-90, rel. Min. Henrique Neves, DJE de 5.5.2014.

2. As provas derivadas de gravação ambiental ilícita não se prestam para fundamentar condenação por captação ilícita de sufrágio.

Agravo regimental ao qual se nega provimento.

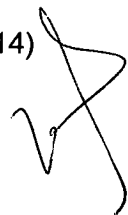
(AgR-REspe 14258, Rel. Min. Henrique Neves, DJe 14.8.2014)

ELEIÇÕES 2012. AGRAVO REGIMENTAL. RECURSO ESPECIAL. AÇÃO DE INVESTIGAÇÃO JUDICIAL ELEITORAL. ABUSO DE PODER. CAPTAÇÃO ILÍCITA DE SUFRÁGIO. GRAVAÇÃO AMBIENTAL. PROVA. ILICITUDE. DESPROVIMENTO.

1. “A atual jurisprudência do Tribunal tem assentado que a gravação ambiental, realizada por um dos interlocutores, sem conhecimento de um deles e sem prévia autorização judicial, consubstancia prova ilícita e não se presta para fins de comprovação do ilícito eleitoral. Precedentes: REspe nº 344-26, rel. Min. Marco Aurélio, DJe de 28.11.2012, grifo nosso; Recurso Especial nº 602-30, rel. Ministra Luciana Lóssio, DJe de 17.2.2014” (REspe nº 57790/SP, Rel. Min. Henrique Neves da Silva, DJe de 5.5.2014).

2. Agravo regimental não provido.

(AgR-REspe 86646, Rel. Min. Luciana Lóssio, DJe 5.8.2014)



As demais provas apresentadas pelo órgão acusador, consistentes nos depoimentos dos participantes da conversa ilegalmente gravada, são ilícitas por derivação, por terem decorrido diretamente da prova inicial ilícita. Conforme os termos de declarações (fls. 119-137), o membro do Ministério Público Eleitoral confrontou as testemunhas com a gravação auditiva e, a partir disso, elas se retrataram para declarar a suposta existência da reunião em que teria sido praticado o crime eleitoral.

Desse modo, verificada a presença de flagrante ilegalidade consistente no recebimento de denúncia baseada exclusivamente em provas ilícitas, deve-se conceder de ofício a ordem pleiteada.

Ante o exposto, **concedo de ofício** a ordem de *habeas corpus* para trancar a ação penal.

É como voto.

#### **PEDIDO DE VISTA**

A SENHORA MINISTRA MARIA THEREZA DE ASSIS MOURA: Senhor Presidente, peço vista dos autos.

A handwritten signature in black ink, consisting of a stylized 'M' followed by a long, sweeping flourish that extends downwards and to the right.

**EXTRATO DA ATA**

HC nº 73-12.2013.6.00.0000/SP. Relator: Ministro João Otávio de Noronha. Impetrantes: Selma Montanari Ramos e outro. Paciente: Ediberto Tosta (Advogado: Enzo Montanari Ramos Leme Órgão). Coator: Tribunal Regional Eleitoral de São Paulo.

Decisão: Após o voto do Ministro João Otávio de Noronha, concedendo a ordem, de ofício, para trancar a ação penal, pediu vista a Ministra Maria Thereza de Assis Moura.

Presidência do Ministro Dias Toffoli. Presentes as Ministras Maria Thereza de Assis Moura e Luciana Lóssio, os Ministros Gilmar Mendes, Luiz Fux, João Otávio de Noronha e Henrique Neves da Silva, e o Vice-Procurador-Geral Eleitoral em exercício, Humberto Jacques de Medeiros.

SESSÃO DE 3.9.2014.



**VOTO-VISTA**

A SENHORA MINISTRA MARIA THEREZA DE ASSIS MOURA: Senhor Presidente, na sessão do dia 3, pedi vista dos autos para melhor exame da questão discutida, a qual reside na alegação da ilicitude da prova obtida por meio de gravação ambiental sem prévia autorização judicial, por cujo fundamento os impetrantes aguardam o trancamento da ação penal em relação a Ediberto Tosta.

Antes de proceder ao exame da discussão, tendo em vista o tempo decorrido desde o início da impetração, fez-se necessário realizar consulta ao andamento da ação penal, junto ao sítio eletrônico do Tribunal de origem, no qual se obteve notícia da absolvição do paciente em primeiro grau, conforme se lê da parte dispositiva da sentença, datada de 26.9.2013, *verbis*:

“Ante o exposto e atenta a tudo mais que dos autos consta, JULGO PARCIALMENTE PROCEDENTE a presente ação movida pelo Ministério Público Eleitoral em face de DEMÉTRIO ITALO FRANCHI e EDIBERTO TOSTA para absolver o réu EDIBERTO TOSTA da imputação que lhe é feita, com fundamento no artigo 386, inciso VII, do Código de Processo Penal, e para condenar o réu DEMÉTRIO ITALO FRANCHI por incurso no artigo 299, do Código Eleitoral, ao cumprimento da pena de 2 (dois) anos de reclusão, em regime inicialmente aberto, e ao pagamento de 10 (dez) dias-multa, substituída somente a pena privativa de liberdade por 30 dias-multa e uma restritiva de direitos, consistente em prestação pecuniária de 4 (quatro) salários mínimos vigentes à data do pagamento...”.

Registre-se, por oportuno, que o Ministério Público Eleitoral, irresignado, aviou recurso criminal para o Tribunal *a quo*, sendo negado provimento ao apelo por julgamento realizado aos 22.5.2014, cujo acórdão transitou para a Procuradoria Regional Eleitoral em 31.7.2014.

Portanto, diante dessas ocorrências, tenho por esvaído o objeto da presente pretensão heroica, razão por que voto no sentido de **julgar prejudicado o habeas corpus em exame.**



**VOTO (reajustado)**

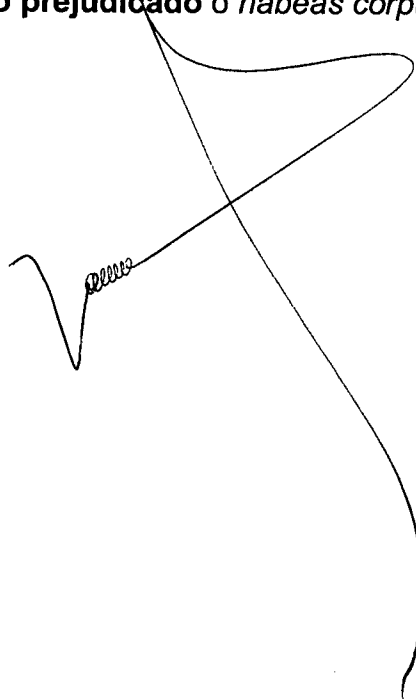
O SENHOR MINISTRO JOÃO OTÁVIO DE NORONHA (Relator): Senhor Presidente, neste caso, retifico meu voto para julgar prejudicado o *habeas corpus*.

Em consulta ao andamento processual da ação penal, verifica-se que o impetrante foi absolvido em primeira instância, em sentença datada de 26.9.2013. O Ministério Público Eleitoral recorreu ao TRE/SP, mas o recurso foi desprovido, tendo a decisão transitado em julgado em 31.7.2014.

Evidencia-se, pois, a perda superveniente do interesse processual.

Ante o exposto, **julgo prejudicado o *habeas corpus***.

É como voto.

A large, stylized handwritten signature in black ink, likely belonging to the rapporteur, João Otávio de Noronha. The signature is written over the text of the vote and extends downwards and to the right.

**EXTRATO DA ATA**

HC nº 73-12.2013.6.00.0000/SP. Relator: Ministro João Otávio de Noronha. Impetrantes: Selma Montanari Ramos e outro. Paciente: Ediberto Tosta (Advogado: Enzo Montanari Ramos Leme). Órgão coator: Tribunal Regional Eleitoral de São Paulo.

Decisão: O Tribunal, por unanimidade, julgou prejudicado o *habeas corpus*, nos termos do voto reajustado do Relator.

Presidência do Ministro Dias Toffoli. Presentes as Ministras Maria Thereza de Assis Moura e Luciana Lóssio, os Ministros Gilmar Mendes, Luiz Fux, João Otávio de Noronha e Henrique Neves da Silva, e o Vice-Procurador-Geral Eleitoral, Eugênio José Guilherme de Aragão.

SESSÃO DE 9.9.2014.