



TRIBUNAL SUPERIOR ELEITORAL

ACÓRDÃO

**AGRAVO REGIMENTAL NO RECURSO ESPECIAL ELEITORAL
Nº 1006-11.2012.6.25.0004 – CLASSE 32 – PEDRINHAS – SERGIPE**

Relatora: Ministra Luciana Lóssio

Agravante: Ministério Público Eleitoral

Agravados: José Antônio Silva Alves e outro

Advogados: Felipe Ribeiro André – OAB: 32293/DF e outros

AGRAVO REGIMENTAL. RECURSO ESPECIAL. AIME. ELEIÇÕES 2012. PREFEITO. VICE-PREFEITO. GRAVAÇÃO AMBIENTAL. PROVA. ILICITUDE. DESPROVIMENTO.

1. A teor da jurisprudência desta Corte Superior, fixada para as eleições de 2012, a gravação ambiental somente é viável mediante autorização judicial, sendo a proteção à privacidade – direito fundamental estabelecido na Constituição Federal – a regra.
2. Entendimento aplicável ao caso concreto, em homenagem aos princípios da isonomia e da segurança jurídica, por tratarem-se de fatos ocorridos no pleito em referência.
3. Ainda em 2012, o TSE, contra o meu voto, excepcionou a regra citada no item 1 desta ementa, para considerar lícitas as gravações ocorridas em ambientes abertos.
4. Na espécie, contudo, duas gravações ambientais fundamentaram a condenação do agravante. A primeira realizada no interior de um automóvel e, a segunda, sem identificação do respectivo local. Afasta-se, assim, a aplicação da exceção anteriormente explicitada.
5. Agravo regimental desprovido.

Acordam os ministros do Tribunal Superior Eleitoral,

por unanimidade, em negar provimento ao agravo regimental, nos termos do voto da relatora.

Brasília, 6 de setembro de 2016.



MINISTRA LUCIANA LÓSSIO – RELATORA

RELATÓRIO

A SENHORA MINISTRA LUCIANA LÓSSIO: Senhor Presidente, cuida-se de agravo regimental interposto pelo Ministério Público Eleitoral (MPE) contra decisão monocrática por mim proferida, na qual dei provimento ao recurso especial de José Antônio Silva Alves e José Hamilton Carvalho de Souza, respectivamente, prefeito e vice-prefeito do Município de Pedrinhas/SE manejado contra acórdão do Tribunal Regional Eleitoral de Sergipe (TRE/SE) que julgou procedente Ação de Impugnação de Mandato Eletivo (AIME) ajuizada em desfavor dos ora agravados, por prática de captação ilícita de sufrágio (art. 41-A da Lei nº 9.504/97), durante as eleições de 2012.

O acórdão regional restou assim ementado:

RECURSO ELEITORAL. AÇÃO DE IMPUGNAÇÃO DE MANDATO ELETIVO. ORIGEM. IMPROCEDÊNCIA. ABUSO DE PODER POLÍTICO COM VIÉS ECONÔMICO. CAPTAÇÃO ILÍCITA DE SUFRÁGIO. POSSIBILIDADE. PRECEDENTES DO TSE. ABUSO NÃO CONFIGURADO. AUSÊNCIA DE GRAVIDADE NA CONDUTA. ARGUIÇÃO DE ILICITUDE DA PROVA. GRAVAÇÃO AMBIENTAL CLANDESTINA. ILEGALIDADE DA PROVA. SITUAÇÃO DE FLAGRÂNCIA PREPARADA. PREJUDICIAIS DE MÉRITO AFASTADAS. CAPTAÇÃO ILÍCITA DE SUFRÁGIO. CONJUNTO PROBATÓRIO. ROBUSTO E CONSISTENTE. PROVIMENTO DO RECURSO.

1. A gravação ambiental realizada por um dos interlocutores, sem o conhecimento do outro, constitui prova lícita, sobretudo quando o teor do diálogo gravado não revelar a prática de atos de indução ou de instigação alheia por parte dos interlocutores. Precedentes do STF.
2. A inexistência de arcabouço probatório robusto e idôneo acerca dos fatos que constituiriam abuso de poder econômico na campanha eleitoral dos recorridos é evento que conduz à improcedência do pedido nesse aspecto.
3. Após as alterações introduzidas pela "Lei da Ficha Limpa" (Lei Complementar n. 135/2010), toda captação ilícita de sufrágio implica necessariamente abuso do poder econômico, notadamente porque "para a configuração do ato abusivo, não será considerada a potencialidade de o fato alterar o resultado da eleição, mas apenas a gravidade das circunstâncias que o caracterizam" (LC n. 64/1990, art. 22, XV).



4. Para a condenação por captação ilícita de sufrágio, prevista no artigo 41-A da Lei nº 9.504/97, é indispensável a demonstração inequívoca da conduta de oferta ou entrega de bem ou vantagem com a finalidade da obtenção de votos, não se fazendo necessário o pedido explícito de votos, bastando que, a partir das circunstâncias do caso concreto, seja possível inferir o especial fim de agir.

5. A promessa realizada por candidato a eleitor, no sentido de que este seria mantido como responsável pela administração da "casa de farinha" do município e que também seria repassada àquele uma verba mensal em valor a ser definido, caso esse garantisse o apoio a sua candidatura, aí incluído o voto próprio e de seus familiares e a remoção de propaganda do adversário de sua residência, configura captação ilícita de sufrágio.

6. Recurso provido. (Fl. 355)

Os embargos de declaração foram rejeitados (fls. 526-533).

No recurso especial, apontou-se divergência jurisprudencial, sob o argumento de que o Tribunal *a quo* teria considerado lícita gravação efetuada sem autorização judicial e sem o consentimento de todas as partes envolvidas.

Aduziu-se que outros tribunais regionais eleitorais e este Tribunal Superior já assentaram a ilicitude desse tipo de prova, com base no direito constitucional à privacidade.

Nas contrarrazões às fls. 642-655, Rui Barreto da Silva apresentou as seguintes alegações:

a) é inviável o reexame do acervo fático-probatório em sede de recurso especial, nos termos da jurisprudência desta Corte Superior;

b) o dissídio jurisprudencial deve ser demonstrado analiticamente, confrontando as teses dos julgados, não bastando a mera transcrição de ementas;

c) a Corte Suprema já firmou entendimento de que é lícita a gravação ambiental de conversa, ainda que realizada sem o conhecimento ou consentimento de um dos interlocutores, hipótese dos autos; e

d) há diversos julgados deste Tribunal Superior que consideram a gravação ambiental como lícita, acompanhando o entendimento do Supremo Tribunal Federal.



A Procuradoria-Geral Eleitoral opinou pelo desprovimento do recurso especial (fls. 662-667).

Conforme relatado, dei provimento ao apelo, nos termos do art. 36, § 7º, do Regimento Interno do Tribunal Superior Eleitoral (fls. 673-679).

Sobreveio o presente agravo regimental, em que o MPE, sustenta, em síntese, que:

a) as gravações não indicam a ocorrência de induzimento ou flagrante preparado, razão pela qual devem ser consideradas lícitas;

b) a intimidade e a vida privada, embora sejam valores constitucionais, não podem prevalecer em detrimento da lisura do processo eleitoral;

c) o próprio STF chancela gravações presenciais, realizadas por um dos interlocutores, mesmo na esfera penal;

d) a modificação das conclusões firmadas na origem quanto à licitude da prova envolveriam reexame de matéria fática.


Contrarrrazões às fls. 697-705, em que os agravados arguem a ilegitimidade do MPE para ingressar no feito, com fundamento na Súmula nº 11 do TSE e, no mérito, pugnam pela manutenção da decisão agravada.

É o relatório.

VOTO

A SENHORA MINISTRA LUCIANA LÓSSIO (relatora): Senhor Presidente, inicialmente, não há falar em aplicação da Súmula nº 11/TSE¹ à espécie, uma vez que o referido enunciado trata de registro de candidatura, hipótese distinta do caso concreto. Ademais, a legitimidade do Ministério

¹Súmula nº 11/TSE: No processo de registro de candidatos, o partido que não o impugnou não tem legitimidade para recorrer da sentença que o deferiu, salvo se se cuidar de matéria constitucional.



Público para intervir nos autos decorre diretamente do disposto no art. 127 da Constituição Federal, cuja redação é a seguinte: “O Ministério Público é 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”.

Assim, rejeito a alegação de ilegitimidade passiva do *Parquet*.

Superado esse ponto, em que pese os argumentos deduzidos no agravo regimental pelo MPE, mantenho a convicção externada na decisão agravada:

O recurso merece prosperar.

De início, cumpre ressaltar que a divergência jurisprudencial foi demonstrada, porquanto os recorrentes realizaram o necessário cotejo analítico, evidenciando a similitude fática dos acórdãos confrontados e a diferença de interpretação dada ao art. 81 da Lei nº 9.504/97.

Na espécie, tem-se que duas gravações ambientais subsidiaram a condenação dos recorrentes por captação ilícita de sufrágio, nas eleições de 2012, em Pedrinhas/SE.

Como se sabe, o tema das gravações ambientais tem sido objeto de intensos debates neste Tribunal, sendo que, nas eleições de 2012, prevalecia orientação no sentido da ilicitude dessas gravações. Confira-se:

RECURSO ESPECIAL. ELEIÇÕES 2012. AIJE. CAPTAÇÃO ILÍCITA DE SUFRÁGIO. OFERECIMENTO DE DINHEIRO EM TROCA DE VOTOS. GRAVAÇÃO AMBIENTAL. PROVA ILÍCITA. CONTAMINAÇÃO. DEMAIS PROVAS. PROVIMENTO.

1. A teor da jurisprudência desta Corte Superior, a gravação ambiental somente é viável mediante autorização judicial e quando utilizada como prova em investigação criminal ou processo penal, sendo a proteção à privacidade – direito fundamental estabelecido na Constituição Federal – a regra.

2. Provas derivadas de gravação ambiental ilícita não se prestam para fundamentar condenação por captação ilícita de sufrágio, porquanto ilícitas por derivação.

3. Recurso especial provido.

(REspe nº 602-30/MG, DJe de 17.2.2014, de minha relatoria)

É bem verdade que esta Corte Superior passou a excepcionar as gravações audiovisuais ocorridas em ambientes abertos (posicionamento relativamente ao qual guardo profunda reserva).
Veja-se:



AÇÃO DE INVESTIGAÇÃO JUDICIAL ELEITORAL. ELEIÇÕES 2012. PREFEITO E VICE-PREFEITO. CAPTAÇÃO ILÍCITA DE SUFRÁGIO, CONDUTA VEDADA E ABUSO DE PODER ECONÔMICO E POLÍTICO. ART. 275 DO CÓDIGO ELEITORAL. OMISSÃO E CONTRADIÇÃO NÃO CONFIGURADAS. FLAGRANTE PREPARADO. INOCORRÊNCIA. GRAVAÇÃO AMBIENTAL. LOCAL PÚBLICO. AUSÊNCIA DE VIOLAÇÃO À INTIMIDADE. LICITUDE. AUSÊNCIA DE PROVA ROBUSTA A ALICERÇAR A CONDENAÇÃO.

[...]

4. No caso, as filmagens traduzem a mera captação de fatos ocorridos em ambiente externo e de acesso público, sem qualquer intromissão ou interceptação de conversa alheia. Não houve, portanto, qualquer desrespeito à esfera de intimidade ou de privacidade dos envolvidos. Daí a licitude da prova.

5. Todavia, mesmo assentando a legalidade da filmagem realizada em ambiente externo e de acesso público, na espécie os fatos revelados por essa prova não demonstram a suposta doação de bens custeados pelo erário em troca de voto.

6. Recurso especial conhecido e provido.

(REspe nº 197-70/RJ, Rel. desig. Min. João Otávio de Noronha, DJe de 20.5.2015)

No caso em apreço, é possível aferir, do acórdão recorrido, que pelo menos uma das duas gravações ocorreu no interior de um veículo, a indicar a plausibilidade da alegação de ilicitude da prova:

Afiançou, por fim, que BETO DE NITO, Secretário de Obras do Município, representando o prefeito, procurou-o para reiterar a proposta do candidato à reeleição, dizendo que ia corrigir o prejuízo da testemunha, a fim de angariar o seu voto.

Com efeito, transcrevo, no presente, a degravação da conversa retromencionada (fls. 29/31), realizada no dia seguinte à visita do Prefeito, no Povoado Barbosa, **dentro do veículo do Secretário.** (Fl. 388 – grifei)

No atinente à segunda gravação, ressalto que a Corte Regional não explicitou o local em que realizada, inviabilizando, assim, a aplicação do entendimento acima mencionado.

Dessa forma, tenho que, por uma questão de isonomia e segurança jurídica, deve prevalecer a orientação fixada para as eleições de 2012, que considerava ilícita esse tipo de prova. Nesse sentido ponderou o Min. Gilmar Mendes, *in verbis*:

ELEIÇÕES 2012. RECURSO ESPECIAL ELEITORAL. REPRESENTAÇÃO COM BASE NO ART. 41-A DA LEI Nº 9.504/1997. ABUSO DE PODER POLÍTICO. GRAVAÇÃO REALIZADA POR UM DOS INTERLOCUTORES. JURISPRUDÊNCIA DO TSE CONSIDERA ILÍCITA A PROVA. SEGURANÇA JURÍDICA. PROVIMENTO DO RECURSO ESPECIAL.

[...]



2. Conquanto se guardem reservas em relação à tese de que a gravação ambiental realizada por um dos interlocutores é prova ilícita, mormente se verificado que não se cuida de interceptação telefônica sem autorização, entendida assim como a realizada por um terceiro estranho à conversa, constata-se que, nas eleições de 2012, a conclusão acerca da ilicitude daquele meio de prova está consolidada, merecendo reflexão para eleições futuras.

3. A segurança jurídica implicitamente prevista no art. 16 da CF/1988 recomenda que, neste caso, também das eleições de 2012, a tese da ilicitude da gravação ambiental realizada por um dos interlocutores deve ser aplicada, evitando-se modificação de entendimento após o encerramento do processo eleitoral, a sugerir indesejável casuismo.

4. Equivoca-se o Ministério Público Eleitoral ao afirmar que, na ponderação de valores, a decisão agravada prestigiou o direito à privacidade, pois a decisão impugnada simplesmente afirmou que a tese da ilicitude da gravação ambiental realizada por um dos interlocutores está consolidada, quanto às eleições de 2012, na jurisprudência do TSE, cuja eventual modificação deve incidir em pleitos futuros, em respeito ao princípio da segurança jurídica, implicitamente previsto no art. 16 da Constituição Federal.

5. Decisão agravada mantida pelos próprios fundamentos. Agravo regimental desprovido.

(AgR-REspe nº 821-65, Rel. Min. Gilmar Mendes, DJe de 13.11.2015 – grifei)

Portanto, tendo o acervo probatório dos autos se baseado em prova ilícita, deve ser afastado o reconhecimento de captação ilícita de sufrágio e julgada improcedente a AIME. (Fls. 676-679)

Ressalto não desconhecer que a jurisprudência firmada no âmbito do Supremo Tribunal Federal coincide com a posição defendida pelo *Parquet*, no sentido de que o direito à privacidade não pode ser oposto de forma absoluta ao interesse público e nem albergar práticas ilícitas. Em tese, perfilho também tal entendimento e creio ser esta uma compreensão geral, advinda da própria aplicação da teoria dos direitos fundamentais.

Entretanto, tenho que o STF ainda não analisou o caso sobre a perspectiva do processo eleitoral, que possui peculiaridades próprias, pois travado em ambiente de intensas disputas políticas, as quais muitas vezes ensejam comportamentos eticamente reprováveis entre os envolvidos nessas



disputas. Essa é a premissa que balizou a consolidação do entendimento deste Tribunal sobre a matéria e com a qual me coloquei de acordo.

Ante o exposto, não tendo sido infirmados os fundamentos da decisão agravada, mantenho-a integralmente e **desprovejo** o agravo regimental.

É o voto.



EXTRATO DA ATA

AgR-REspe nº 1006-11.2012.6.25.0004/SE. Relatora: Ministra Luciana Lóssio. Agravante: Ministério Público Eleitoral. Agravados: José Antônio Silva Alves e outro (Advogados: Felipe Ribeiro André – OAB: 32393/DF e outros).

Decisão: O Tribunal, por unanimidade, negou provimento ao agravo regimental, nos termos do voto da relatora.

Presidência do Ministro Gilmar Mendes. Presentes as Ministras Rosa Weber e Luciana Lóssio, os Ministros Luiz Fux, Napoleão Nunes Maia Filho, Og Fernandes e Henrique Neves da Silva, e o Vice-Procurador-Geral Eleitoral, Nicolao Dino.

SESSÃO DE 6.9.2016.