



TRIBUNAL SUPERIOR ELEITORAL

ACÓRDÃO

**RECURSO ESPECIAL ELEITORAL Nº 344-26.2010.6.00.0000 –
CLASSE 32 – SANTO ANTÔNIO DE JESUS – BAHIA**

Relator: Ministro Marco Aurélio

Recorrentes: Coligação Com a Força do Povo (PMDB/PT/PSDB/PTN/PSB) e
outro

Advogados: Ricardo Luiz Souza Santos e outro

Recorrido: Délcio Mascarenhas de Almeida Filho

Advogados: Tarcísio Vieira de Carvalho Neto e outros

RECURSO ESPECIAL – PREQUESTIONAMENTO. A matéria versada no recurso especial há de ter sido objeto de debate e decisão prévios na origem, ante a necessidade de prequestionamento.

PRIVACIDADE – DADOS – GRAVAÇÃO AMBIENTE. A regra é a proteção à privacidade. Viabiliza-se a gravação quando, em investigação criminal ou processo penal, há a ordem judicial.

Acordam os ministros do Tribunal Superior Eleitoral, por maioria, em desprover o recurso, nos termos das notas de julgamento.

Brasília, 16 de agosto de 2012.

MINISTRO MARCO AURÉLIO – RELATOR

RELATÓRIO

O SENHOR MINISTRO MARCO AURÉLIO: Senhora Presidente, adoto, a título de relatório, as informações prestadas pelo Gabinete:

O Tribunal Regional Eleitoral da Bahia, por maioria, deu provimento ao recurso de Délcio Mascarenhas de Almeida Filho, candidato eleito ao cargo de Vereador, para julgar improcedente o pedido contra ele formalizado em ação de impugnação de mandato eletivo, em acórdão assim resumido (folha 399):

Recurso. Ação de impugnação de mandato eletivo. Procedência. Captação ilícita de sufrágio. Ilicitude de provas. Provimento.

Preliminar de decadência.

Rejeitada, pois não há litisconsórcio unitário necessário em ação de impugnação de mandato eletivo referente aos cargos proporcionais.

Preliminares de ausência de capacidade de ser parte da coligação e de ilegitimidade ativa do PMDB.

Afastam-se as preliminares uma vez que, mesmo após as eleições, a coligação continua a possuir capacidade jurídica, podendo, dessa forma, compor o polo ativo da AIME.

Mérito.

Tida por ilícita a gravação ambiental feita por um dos interlocutores, sem o conhecimento do outro, como a prova testemunhal se reportou a fatos a ela relativos, dá-se provimento ao recurso para julgar improcedente a ação em razão da inexistência de elementos aptos a amparar as alegações contidas na exordial.

Nas razões do especial, interposto com aduzido fundamento nos incisos I e II do § 4º do artigo 121 da Constituição Federal e nas alíneas *a* e *b* do inciso I do artigo 276 do Código Eleitoral, articula-se com a transgressão ao artigo 41-A da Lei nº 9.504/1997 e ao artigo 237 do Código Eleitoral e aponta-se divergência jurisprudencial.

Segundo os recorrentes, a ação de impugnação de mandato eletivo foi ajuizada com fundamento na suposta captação ilícita de sufrágio, confirmada a partir de depoimento de testemunha e de gravação ambiental de conversa ocorrida entre Israel Nunes dos Santos e Délcio Mascarenhas de Almeida Filho. Dizem não pretender o reexame do conjunto fático-probatório, afirmando ser a matéria de direito. Argumentam não ter constado da defesa impugnação em face do conteúdo gravado, questão levantada somente nas alegações finais. Aludem ao voto divergente, o qual teria afastado a nulidade apontada. Consignam estar amplamente evidenciada, no



processo, a compra de votos. Citam trechos das declarações da testemunha que haveria realizado a interceptação do diálogo, a qual teria inclusive registrado em cartório todo o teor da conversa. Sustentam não existir insurgência quanto a tal circunstância. Mencionam julgados de outros Regionais e deste Tribunal no sentido da regularidade do material obtido mediante gravação de conversa por um dos interlocutores, sem o consentimento do outro, quando realizada com finalidade de documentá-la e desde que corroborada por outros indícios produzidos em Juízo.

Pleiteiam o provimento do recurso, para ser reformada a decisão atacada, reconhecendo-se a legalidade da gravação e da prova testemunhal por derivação, com a cassação do mandato do recorrido.

Em contrarrazões (folhas 548 a 566), Délcio Mascarenhas de Almeida Filho pondera haver-se manifestado quanto ao acervo probatório, tendo anexado ao processo exame de autenticidade, realizado por perito técnico, no qual contestada a veracidade do material. Transcreve precedentes para sustentar ser clandestina a gravação feita sem a autorização de um dos interlocutores. Diz ser incabível o pedido de cassação do mandato veiculado no especial, pois, caso provido, deveria o Regional prosseguir no julgamento das demais preliminares de nulidade suscitadas.

O Ministério Público Eleitoral preconiza o parcial conhecimento do recurso e, na parte que deve ser conhecida, o provimento, considerada a legalidade da gravação e afastada a ilicitude, por derivação, da prova testemunhal.

É o relatório.

VOTO

O SENHOR MINISTRO MARCO AURÉLIO (Relator): Senhora Presidente, o recurso, subscrito por profissionais da advocacia regularmente constituídos (folhas 116 e 372), foi protocolado no prazo assinado em lei. O pronunciamento impugnado ganhou publicidade em 20 de janeiro de 2010, quarta-feira (folha 403). Manifestou-se a irresignação em 25 seguinte.

Inicialmente, o que sustentado nas razões recursais quanto a não haver constado da defesa impugnação em face do conteúdo gravado e que tal insurgência teria sido trazida somente nas alegações finais não foi



enfrentado pelo Órgão Julgador. Assim, nesse ponto, padece o recurso da ausência de prequestionamento.

Relativamente à ilicitude da prova, no voto condutor do julgamento, consignou-se (folhas 377 a 379):

A gravação que serviu de fundamento para a propositura da presente Ação de Impugnação de Mandato Eletivo foi feita pela testemunha Israel Nunes dos Santos, utilizando-se de seu telefone celular, sem o conhecimento do Recorrente e dos demais interlocutores, conforme por ele admitido em depoimento de fls. 119/121.

Para que a gravação ambiental seja considerada prova lícita e possa ser utilizada em processos judiciais, deve-se verificar, a cada caso, ter sido obtida, ou não, com violação da intimidade do outro interlocutor e a existência de justa causa para a gravação.

(...)

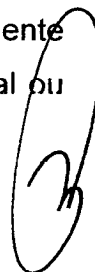
No caso dos autos, a pessoa que procedeu à gravação das conversas procurou o Recorrente com esse objetivo em mente, sem amparo em justa causa, pois não precisava se defender de qualquer tipo de alegação, inexistindo processo criminal que justificasse o ato.

Ao contrário, a gravação foi feita de forma premeditada, a fim de ser utilizada em processo eleitoral no qual litigam partes diversas e no qual o interlocutor somente serviu como testemunha.

Penso que, na situação em exame, houve violação ao direito da intimidade, não se devendo admitir a prova como lícita.

Além disso, a situação que se descortina no presente feito é a de contaminação das demais provas existentes, devendo ser aplicada a Teoria dos Frutos da Árvore Envenenada (*Fruit of the Poisonous Tree*) já que o vício da gravação ilícita atingiu a prova testemunhal produzida durante a instrução do feito, que deve ser considerada ilícita por derivação.

A gravação ambiente submete-se à regra segundo a qual são invioláveis os dados, sendo que o afastamento da proteção não pressupõe gravação sub-reptícia, escondida, dissimulada, por um dos interlocutores, mas sim decorrente de ordem judicial, sempre vinculada à investigação criminal ou à instrução processual penal. Constitui verdadeiro paradoxo reconhecer-se como válida gravação ambiente sem o conhecimento dos interlocutores, tendo em conta admitir-se tal prova, observada a previsão constitucional, somente quando autorizada pelo Poder Judiciário para instruir investigação criminal ou processo penal.



A questão ganha relevo maior em se tratando do processo eleitoral, em que as disputas são acirradas, prevalecendo, muitas vezes, paixões condenáveis.

Ante o quadro, desprovejo o especial.

VOTO

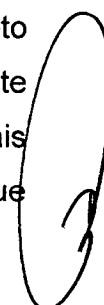
O SENHOR MINISTRO DIAS TOFFOLI: Senhora Presidente, minha posição sobre o tema é conhecida. Faço remissão aos votos por mim proferidos, inclusive citados na tribuna, e acompanho o eminente relator, negando provimento ao recurso.

VOTO (vencido)

A SENHORA MINISTRA NANCY ANDRIGHI: Senhora Presidente, respeitosamente peço vênias ao eminente relator, seguindo meu posicionamento também já exteriorizado, para prover o recurso.

VOTO

O SENHOR MINISTRO GILSON DIPP: Senhora Presidente, na última sessão, proferi longo voto, como relator, com algumas nuances do voto do Ministro Marco Aurélio. Eu já havia votado, como vogal, nesse precedente do Ministro Marco Aurélio, citado na tribuna, e considero a situação, ainda mais em processo eleitoral, ilegal e eticamente reprovável; mais reprovável do que se colocar candidato “ficha suja” na disputa eleitoral.



Não tenho a menor dúvida em acompanhar o ministro relator. O assunto é recorrente e, em termos de lisura eleitoral, para mim, é o aspecto mais visível e concreto da ilegalidade.

VOTO (vencido)

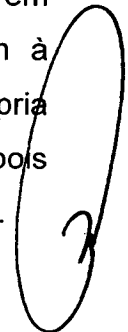
O SENHOR MINISTRO ARNALDO VERSIANI: Senhora Presidente, peço vênica ao relator para acompanhar a divergência, na conformidade de meus pronunciamentos anteriores. Faço referência apenas à repercussão geral acolhida pelo Supremo Tribunal Federal em questão de ordem no Recurso Extraordinário nº 583937, relator o Ministro Cezar Peluso, em que Sua Excelência consigna na ementa:

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.

E, no voto, o Ministro Cezar Peluso observa:

O recurso extraordinário está submetido ao regime da repercussão geral e versa, em substância, sobre tema cuja jurisprudência é consolidada nesta Corte no sentido da constitucionalidade do uso da gravação ambiental realizada por um dos interlocutores como prova. É que este entendimento responde à mesma *ratio* da validade de gravação telefônica efetivada por um dos interlocutores, porque, nem em um caso, nem em outro, a gravação por um dos interlocutores pode ser vista como interceptação.

No caso concreto, abstraindo-se qualquer outra consideração que se possa fazer em relação às demais provas, o ponto básico em julgamento é este: admitida a licitude da prova, os autos retornariam à instância de origem para prosseguimento e exame, inclusive, até com a própria repercussão para saber a natureza da testemunha ou das testemunhas, pois entendo que, em princípio, essa questão não está sendo submetida ao TSE.



Como limitada a questão somente à licitude, peço vênia ao relator para prover o recurso na forma do voto da Ministra Nancy Andrighi.

VOTO

A SENHORA MINISTRA LUCIANA LÓSSIO: Senhora Presidente, estou plenamente de acordo com o relator, Ministro Marco Aurélio. Não tenho a menor dúvida de que esse tipo de gravação clandestina, não deve jamais ser usada para acusação.

A gravação clandestina é legítima para ser usada na defesa do cidadão; jamais para acusação. Podemos imaginar a que tipo de trocas, num processo eleitoral, esse tipo de gravação pode levar. Um correligionário ou um apoiador que passa a fazer gravações clandestinas, em jogo político, é muito perigoso.

Ainda na terça-feira, no julgamento a que o Ministro Gilson Dipp fez referência de sua relatoria, na sustentação oral do Procurador-Geral da República, Roberto Monteiro Gurgel Santos, ele reconheceu que esse tipo de prova dá ensejo a verdadeiras armadilhas no processo eleitoral. Devemos rechaçar isso o quanto antes e veementemente.

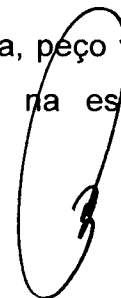
Por essas razões, acompanho o relator e os demais ministros.

VOTO (vencido)

A SENHORA MINISTRA CÁRMEN LÚCIA (presidente): Senhores Ministros, peço vênia à maioria formada e ao Ministro Marco Aurélio, para manter meu posicionamento. Na terça-feira, pedi vista de um caso que versava sobre o mesmo tema, porém em que havia a peculiaridade de a gravação ter sido em uma reunião. Por essa razão, naquele caso, pedi vista.

Neste caso, entretanto, considerando que foi feita a gravação por um dos interlocutores, que está nos dados, como afirmado pelo ministro relator, mantereí o posicionamento que venho sustentando.

Como disse, a despeito da maioria já formada, peço vênía ao Ministro Marco Aurélio, para também prover o recurso, na esteira da divergência.



EXTRATO DA ATA

REspe nº 344-26.2010.6.00.0000/BA. Relator: Ministro Marco Aurélio. Recorrentes: Coligação Com a Força do Povo (PMDB/PT/PSDB/PTN/PSB) e outro (Advogados: Ricardo Luiz Souza Santos e outro). Recorrido: Délcio Mascarenhas de Almeida Filho (Advogados: Tarcísio Vieira de Carvalho Neto e outros).

Usaram da palavra pelos recorrentes, o Dr. Ricardo Luiz Souza Santos e, pelo recorrido, o Dr. Tarcísio Vieira de Carvalho Neto.

Decisão: O Tribunal, por maioria, desproveu o recurso, nos termos do voto do Relator. Vencidos as Ministras Cármen Lúcia e Nancy Andrighi e o Ministro Arnaldo Versiani .

Presidência da Ministra Cármen Lúcia. Presentes as Ministras Nancy Andrighi e Luciana Lóssio, os Ministros Marco Aurélio, Dias Toffoli, Gilson Dipp e Arnaldo Versiani, e a Vice-Procuradora-Geral Eleitoral, Sandra Cureau.

SESSÃO DE 16.8.2012.*



* Sem revisão das notas de julgamento das Ministras Cármen Lúcia e Luciana Lóssio.