



TRIBUNAL SUPERIOR ELEITORAL

ACÓRDÃO

RECURSO ESPECIAL ELEITORAL Nº 577-90.2012.6.26.0012 – CLASSE 32 – BORÁ – SÃO PAULO

Relator: Ministro Henrique Neves da Silva

Recorrente: Advaldo Celestino Teixeira

Advogados: Getúlio Mitukuni Suguiyama e outros

Recorrido: Ministério Público Eleitoral

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

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.

2. A captação ilícita de sufrágio foi reconhecida, na espécie, em face da gravação da conversa entre os candidatos a prefeito e a vereador e eleitor, a qual é nula e, portanto, não consubstancia suporte para o reconhecimento do ilícito do art. 41-A da Lei nº 9.504/97, contaminando, via de consequência, os depoimentos das testemunhas ouvidas em juízo, pois se trata de prova ilícita por derivação.

Recurso especial provido.

Acordam os ministros do Tribunal Superior Eleitoral, por unanimidade, em prover o recurso, nos termos do voto do Relator.

Brasília, 27 de março de 2014.


MINISTRO HENRIQUE NEVES DA SILVA – RELATOR

RELATÓRIO

O SENHOR MINISTRO HENRIQUE NEVES DA SILVA: Senhor Presidente, Advaldo Celestino Teixeira, candidato ao cargo de vereador do Município de Borá/SP no pleito de 2012, interpôs recurso especial (fls. 256-262) contra o acórdão do Tribunal Regional Eleitoral de São Paulo que, por unanimidade, rejeitou matéria preliminar e negou provimento a recurso, mantendo a sentença que julgou procedente a ação de investigação judicial eleitoral proposta pelo Ministério Público Eleitoral, com fundamento no art. 41-A, da Lei nº 9.504/97, e o condenou, solidariamente com o candidato a prefeito Nelson Celestino Teixeira, ao pagamento de multa e à cassação de registro (fls. 245-253).

O acórdão regional possui a seguinte ementa (fl. 245):

Recurso Eleitoral. Ação de investigação judicial. Captação ilícita de sufrágio. Preliminar de ilicitude da prova. Gravação ambiental. Autorização de um dos interlocutores. Regularidade. Mérito. Entrega de dinheiro em troca de voto e apoio eleitoral do grupo familiar. Promessa de ajuda futura em caso de eleição. Configuração da compra de voto. Desprovimento do recurso.

Pela decisão de fls. 264, o Presidente do TRE/SP negou seguimento ao recurso especial.

Seguiu-se a interposição de agravo (fls. 268-274), ao qual dei provimento (fls. 294-297), a fim de determinar a reatuação do feito como recurso especial.

Nas razões do recurso especial, Advaldo Celestino Teixeira sustenta, em suma, que:

- a) o Juízo Eleitoral atribuiu veracidade a uma prova produzida de forma ilegal, haja vista que foi obtida de modo clandestino, sem ser submetida ao crivo do contraditório;
- b) o recorrente preencheu "todos os requisitos de admissibilidade de candidatura à luz da Lei da Ficha Limpa" (fl. 258);



c) a gravação feita por José Galdino da Silva Filho demonstra que ele próprio *“pede a Nelson uma ajuda para pagar as despesas de uma suposta CNH que ele estaria tirando”* (fl. 258), conduta que, por configurar flagrante preparado, caracterizaria crime impossível;

d) além de responder por irregularidade perante a Justiça Eleitoral, José Galdino da Silva Filho é uma pessoa simples, que dificilmente teria condições de confeccionar a denúncia constante dos autos;

e) o acórdão recorrido diverge da jurisprudência desta Corte, cujo entendimento é no sentido de que as gravações clandestinas só poderiam ser utilizadas em situações excepcionais, ou seja, apenas para defender-se de acusações, e não para acusar um indivíduo. Cita, nesse sentido, o julgamento do REspe nº 344-26/BA, de relatoria do Min. Marco Aurélio Mendes de Faria Mello, publicado no *DJE* em 28.11.2012;

f) *“houve [...] uma armação descarada e desleal opositorista que usou de um homem simplório, porém de caráter duvidoso, para tentar desmoralizar o pai do recorrente através de um pedido de ‘ajuda’ previamente articulado com a oposição no escopo de forjar uma situação para macular a imagem e obstar o sucesso dos candidatos”* (fl. 261).

Requer o conhecimento e o provimento do recurso especial, a fim de que o acórdão regional seja reformado, julgando-se improcedente a ação de investigação judicial, e decretando-se, conseqüentemente, a sua diplomação e posse no cargo de vereador do Município de Borá/SP.

Foram apresentadas contrarrazões (fls. 278-281v), nas quais o Ministério Público Eleitoral sustenta o não conhecimento do recurso especial porquanto o recorrente não demonstrou a similitude fática nem realizou o cotejo analítico entre os votos paradigmáticos e o acórdão recorrido, tendo se limitado a transcrever as ementas dos acórdãos paradigmas. Aduz, ainda, que,

para rever o entendimento adotado pelo Tribunal *a quo*, seria necessário realizar o "*reexame não só do conteúdo das gravações, mas também do contexto de sua realização*" (fl. 280), medida obstada pelas Súmulas 279 do STF e 7 do STJ.

No mérito, defende o não provimento do recurso especial, sob os seguintes fundamentos:

a) a gravação ambiental, da forma como foi realizada, é lícita, uma vez que um dos interlocutores, José Galdino da Silva Filho, dela tinha ciência;

b) é fato confesso que houve a entrega de dinheiro em troca de apoio político, o que é vedado pelo art. 41-A da Lei nº 9.504/97;

c) não há nenhum óbice legal em relação ao flagrante preparado, pois "*o que a nossa legislação veda é o flagrante forjado, quando falsas provas e indícios são apresentados para incriminar alguém*", fato que não ocorreu no caso dos autos, haja vista que os acusados, "*de livre e espontânea vontade, entregaram a benesse ao eleitor em troca de apoio político*" (fl. 281v).

A douta Procuradoria-Geral Eleitoral, na manifestação ofertada em relação ao agravo, manifestou-se pelo não conhecimento do recurso especial, porquanto os seus requisitos de admissibilidade não foram preenchidos. Caso assim não se entenda, opinou pelo não provimento do apelo, sob os seguintes argumentos:

a) não há ilegalidade na gravação ambiental, tendo em vista ela ter sido feita com conhecimento de um dos interlocutores;

b) a alegação do agravante de que teria sido alvo de armação configura tentativa de reexame de fatos e provas vedado pela Súmula 279 do STF;

c) "as alegadas ofensas ao art. 5º, LVI, da Constituição da República, no máximo, ocorreram de modo indireto ou reflexo, sendo, portanto, inviável a abertura da via especial" (fl. 292).

É o relatório.

VOTO

O SENHOR MINISTRO HENRIQUE NEVES DA SILVA (Relator): Senhor Presidente, o recurso especial é tempestivo. O acórdão recorrido foi publicado no *Diário da Justiça Eletrônico* em 11.3.2013 (fl. 254), e o apelo foi apresentado em 14.3.2013 (fl. 256), por procurador devidamente habilitado nos autos (procuração à fl. 40 e substabelecimento à fl. 212).

Preliminarmente, o recorrente defende ser ilícita a prova da gravação em que se fundou a condenação, uma vez que teria sido efetuada sem a sua ciência, com ofensa ao art. 5º, LVI, da Constituição Federal.

Destaco o teor do voto condutor do acórdão regional quanto ao ponto (fls. 248-249):

[...]

A preliminar de ilicitude da gravação não merece acolhida.

Como bem colocou a douta Procuradoria Regional Eleitoral a gravação feita por um dos interlocutores, ainda que sem a anuência da outra parte, é lícita. Nesse sentido a Jurisprudência do Pretório Excelso:

Ementa: Questão de ordem. Inquérito instaurado a partir de carta denúncia e de degravação de fita magnética. Gravação ambiental. Conversas não protegidas por sigilo legal. Ausência de ilicitude. Índcios de participação de agente detentor de prerrogativa de foro. Competência originária do supremo tribunal federal. Questão de ordem resolvida, por maioria, para determinar o prosseguimento das investigações no STF. 1. É lícita a prova obtida mediante a gravação ambiental, por um dos interlocutores, de conversa não protegida por sigilo legal. Hipótese não acobertada pela garantia do sigilo das comunicações telefônicas (inciso XII do art. 5º da Constituição Federal). 2. Se qualquer dos interlocutores pode, em depoimento pessoal ou como testemunha, revelar o conteúdo de sua conversa, não há como reconhecer a ilicitude da prova



decorrente da gravação ambiental. 3. A presença de indícios de participação, de agente titular de prerrogativa de foro em crimes contra a Administração Pública confere ao STF o poder-dever de supervisionar o inquérito. 4. Questão de ordem resolvida no sentido da fixação da competência do Supremo Tribunal Federal para supervisionar as investigações e da rejeição da proposta de trancamento do inquérito por alegada ilicitude da gravação ambiental que motivou a abertura desse procedimento investigatório (Inq 2116, Roraima, Relator Min. Marco Aurélio, Relator p/ Acórdão: Min. Ayres Britto, Julgamento: 15/09/2011)

Ementa: Agravo regimental em agravo de instrumento. Gravação ambiental feita por um interlocutor sem conhecimento dos outros: constitucionalidade. Ausente causa legal de sigilo do conteúdo do diálogo. Precedentes. 1. A gravação ambiental meramente clandestina, realizada por um dos interlocutores, não se confunde com a interceptação, objeto cláusula constitucional de reserva de jurisdição. 2. É lícita a prova consistente em gravação de conversa telefônica realizada por um dos interlocutores, sem conhecimento do outro, se não há causa legal específica de sigilo nem de reserva da conversação. Precedentes. 3. Agravo regimental desprovido (AI 560223, São Paulo, AG.REG. no Agravo de Instrumento, Relator Min. Joaquim Barbosa, Julgamento: 12/04/2011)

[...]

A Corte Regional Eleitoral, portanto, afirmou que a gravação foi realizada por um dos interlocutores, sem a anuência da outra parte, e que *“demonstra claramente a captação de sufrágio, consubstanciada na entrega de R\$ 400,00 (quatrocentos reais) ao eleitor em troca de seu voto e do compromisso de apoio de todo o grupo familiar nas eleições, bem como na promessa de ajuda futura caso os recorrentes fossem eleitos”* (fl. 250).

É certo que a jurisprudência do TSE inicialmente firmou sua jurisprudência no sentido de que *“a gravação ambiental realizada por um dos interlocutores é prova lícita”* (REspe nº 499-28, rel^a. Min^a. Nancy Andrichi, DJE de 10.2.2012). No mesmo sentido: AgR-AI nº 769-84, rel^a. Min^a. Cármen Lúcia, DJE de 15.4.2011.

Igualmente já se decidiu: *“A gravação clandestina feita por um dos interlocutores, sem conhecimento do outro, não constitui interceptação vedada pela Constituição da República. (Precedentes do TSE)”* (AgR-REspe nº 41988-80, rel. Min. Ricardo Lewandowski, DJE de 15.4.2010).



Mais recentemente o tema retornou a debate, quando esta Corte, no julgamento do REspe nº 499-28/PI, em 1º.12.2011, rel^a. Min^a. Nancy Andrighi, decidiu, por apertada maioria, pela validade da prova, reafirmando sua orientação quanto ao tema.

Posteriormente, no julgamento do AgR-REspe nº 541-78, rel. Min. Marco Aurélio, ocorrido em 26.6.2012, o caso novamente voltou a discussão, tendo sido igualmente decidido por maioria, mantendo-se a orientação já firmada quanto ao tema.

Destaco a ementa desse precedente:

PROVA LÍCITA - GRAVAÇÃO AMBIENTE. Na dicção da ilustrada maioria, em relação à qual guardo reservas, lícita é a prova resultante de gravação ambiente. Relator vencido.

CAPTAÇÃO ILÍCITA DE VOTOS - CONFIGURAÇÃO. O disposto no artigo 41-A da Lei nº 9.504/1997 não apanha acordo, ainda que a envolver pecúnia, para certo candidato formalizar desistência da disputa.

(Agravo Regimental em Recurso Especial Eleitoral nº 54178, Acórdão de 26/06/2012, Relator(a) Min. MARCO AURÉLIO MENDES DE FARIAS MELLO, Publicação: DJE - Diário de justiça eletrônico, Tomo 230, Data 30/11/2012, Página 6)

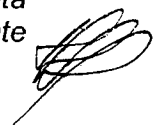
Destaco também o teor do voto do Ministro Marco Aurélio:

[...]

Discorrendo-se a respeito, a acórdão formalizado pelo Tribunal Eleitoral de Santa Catarina no Recurso Eleitoral nº 914, quando o Regional concluiu pela ilicitude da prova porque teria decorrido de flagrante preparado. No acórdão impugnado, consignou-se a existência de documento subscrito pelo indivíduo que teria promovido a gravação, a revelar ter sido ela supostamente armada. Ora, esse fato retrata o que, no julgado paradigma, apontou-se como flagrante preparado.

Não bastasse isso, tem-se, ainda, a alegada transgressão à Carta da República e, quanto a esta, surge como valor maior a privacidade, retratada em inúmeros incisos do artigo 5º. Pois bem, 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.

Constítul verdadeiro paradoxo reconhecer-se como válida gravação ambiente sem o conhecimento dos interlocutores, tendo em conta admitir-se tal ato, observada a previsão constitucional, somente



quando decorrente de judicial que vise a instruir investigação criminal ou processo penal. Então, o recurso está a merecer, sob tal ângulo, o conhecimento, não bastasse o dissídio quanto ao preparo da gravação.

A questão ganha relevo maior em se tratando do processo eleitoral, em que as disputas são acirradas, prevalecendo, muitas vezes, paixões condenáveis. Repita-se mais uma vez: muito embora não se possa examinar o documento aludido - cujos trechos estão na minuta do especial -, no acórdão assentou-se que o interlocutor que teria sido alvo de certa proposta declarou a existência de armação.

Tendo em conta que o Regional baseou-se unicamente na conversa extraída da gravação, forçoso é assentar a procedência do pedido de reforma.

[...]

Nesse julgado, prevaleceu o voto da Ministra Rosa Weber, cujo trecho destaque:

[...]

Adoto a jurisprudência que entendo ser prevalecente no Supremo Tribunal Federal e nesta Corte, no sentido da validade da gravação de conversas entre interlocutores, feita por um dos interlocutores, sem o conhecimento do outro, com a finalidade de documentá-la, futuramente, em caso de negativa, que nada tem de ilícita, principalmente, quando constitui exercício de defesa, ou seja, não necessariamente quando constitui.

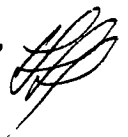
Esse é o primeiro tópico da ementa de acórdão do Supremo Tribunal Federal no Agravo Regimental no Agravo de Instrumento nº 666.459, oriundo de São Paulo, da lavra do eminente Ministro Ricardo Lewandowski.

Louvo-me, ainda, em precedentes do Supremo Tribunal Federal, especificamente, no Recurso Extraordinário nº 583.937, oriundo do Rio de Janeiro, em que, em questão de ordem, foi reconhecida a repercussão geral, da lavra do Ministro Cezar Peluso, também já referido em decisão recente, de 19 de novembro de 2009, assim ementada:

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. 543-13, § 3 1, do CPC.

É lícita a prova consistente em gravação ambiental realizada por um dos interlocutores sem conhecimento do outro.

Observo, contudo, que, posteriormente, o TSE, no julgamento do REspe nº 344-26, de 16.8.2012, da relatoria do Ministro Marco Aurélio,



concluiu de forma diversa, e assentou a ilicitude da prova referente à gravação ambiental.

Destaco a ementa desse julgado:

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.

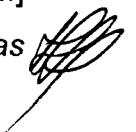
(REspe nº 344-26, rel. Min. Marco Aurélio, DJE de 28.11.2012, grifo nosso.)

É certo que a matéria foi objeto de análise pelo Supremo Tribunal Federal no julgamento da Repercussão Geral no Recurso Extraordinário nº 583.997. Contudo, o caso não se tratava de feito de natureza eleitoral, mas se referia a ação penal que versava sobre crime de desacato.

No caso, não tenho dúvida quanto a esse entendimento quando a gravação é efetuada para fins de defesa no âmbito de ação penal. Todavia, no caso das ações eleitorais, a prova não é utilizada com essa finalidade, mas, sim, para eventualmente desconstituir registro, diploma ou mandato, diante de ilícito eleitoral averiguado.

Em que pese se argumentar que, diante do interesse público envolvido, da primazia da legitimidade e da lisura do pleito, deveria igualmente ser admitida a gravação ambiental sub-reptícia no âmbito dos feitos eleitorais, penso que assiste razão ao Ministro Marco Aurélio ao defender, no citado julgamento ocorrido no STF, que a *“gravação escamoteada, camuflada, não se coaduna com ares realmente constitucionais, considerada a prova e, acima de tudo, a boa-fé que deve haver entre aqueles que mantêm, de alguma forma, um contato, que mantêm, portanto, um diálogo”*.

No mesmo sentido, recorro as palavras do Ministro Ricardo Lewandowski, ao proferir voto no Recurso Especial Eleitoral nº 499-28, rel^a. Min^a. Nancy Andrighi: *“Fico com muito receio de que sinalizamos para a sociedade que é lícito fazer política gravando-se conversa de terceiros. [...] Concordo in totum com o que disse o Ministro Marco Aurélio que subscreve as*



ponderações do Ministro Gilson Dipp de que atos ou práticas dessa natureza atentam contra a boa-fé, que deve servir de substrato para o relacionamento das pessoas na sociedade".

E, no ponto, reafirmo meu posicionamento no citado julgamento do REspe nº 541-78, no sentido de que a gravação ambiental pode ser lícita nas seguintes situações: a) mediante decisão judicial a autorizar a sua realização; b) quando essa gravação é feita em ambiente onde normalmente há esse tipo de gravação, como em uma agência bancária, onde as pessoas sabem que estão sendo filmadas.

Excluídas essas situações e reservando-se a análise de outras que possam ocorrer, deve ter prevalência o aspecto de privacidade. Não dou validade a gravações que podem ser efetuadas por adversários ou correligionários, em um ambiente de disputa, com instigação do interlocutor de modo a quase configurar uma situação de flagrante preparado.

Se o Ministério Público e a Polícia Federal não podem agir de forma espontânea e se dirigirem a ambientes a fim de realizar gravações sem determinação judicial, o particular também não poderia fazê-lo. Não se trata nesse caso de assegurar meio de defesa daquele que grava a conversa, mas, sim, de invasão da privacidade daquele que está sendo gravado.

Por fim, anoto que, na sessão de 17.12.2013, este Tribunal, no julgamento do Recurso Especial nº 602-30, proveu o referido apelo, nos termos do voto da relatora, Ministra Luciana Lóssio, assentando que a gravação ambiental somente é viável mediante autorização judicial e quando utilizada como prova em investigação criminal ou processo penal, afigurando-se como regra a proteção à privacidade. Além disso, concluiu-se, de igual modo, pela ilicitude das provas derivadas dessa espécie de gravação, destinadas, no caso, à comprovação de captação ilícita de sufrágio.

E, da mesma forma, conforme se vê do voto condutor do acórdão regional, a captação ilícita de sufrágio, no caso em exame, foi reconhecida em face da gravação da conversa entre os candidatos a prefeito e a vereador e o eleitor Galdino (fls. 250-251), a qual é nula e, portanto, não se revela suporte para o reconhecimento do ilícito do art. 41-A da Lei das

Eleições, contaminando, via de consequência, os depoimentos das testemunhas ouvidas em juízo, pois se trata de prova ilícita por derivação.

Por essas razões, voto pelo provimento do recurso especial, a fim de reconhecer a ilicitude da prova referente à gravação ambiental e, via de consequência, das demais, ilícitas por derivação, para, assim, reformar o acórdão regional e julgar improcedente a representação.



EXTRATO DA ATA

REspe nº 577-90.2012.6.26.0012/SP. Relator: Ministro Henrique Neves da Silva. Recorrente: Advaldo Celestino Teixeira (Advogados: Getúlio Mitukuni Suguiyama e outros). Recorrido: Ministério Público Eleitoral.

Decisão: O Tribunal, por unanimidade, proveu o recurso, nos termos do voto do Relator.

Presidência do Ministro Marco Aurélio. Presentes as Ministras Laurita Vaz e Luciana Lóssio, os Ministros Dias Toffoli, Gilmar Mendes, João Otávio de Noronha e Henrique Neves da Silva, e o Vice-Procurador-Geral Eleitoral, Eugênio José Guilherme de Aragão.

Registrada a presença do Dr. Douglas Amoyr Khenayfis Filho, advogado do recorrente.

SESSÃO DE 27.3.2014.