



TRIBUNAL SUPERIOR ELEITORAL

ACÓRDÃO

**AGRAVO REGIMENTAL NO RECURSO ESPECIAL ELEITORAL Nº 817-88.
2012.6.26.0106 – CLASSE 32 – NANTES – SÃO PAULO**

Relatora: Ministra Maria Thereza de Assis Moura

Agravante: Ministério Público Eleitoral

Agravados: Jorge Luiz Souza Pinto e outro

Advogados: Marco Aurélio Toscano da Silva e outros

AGRAVO REGIMENTAL. RECURSO ESPECIAL. ELEIÇÕES 2012. REPRESENTAÇÃO. GRAVAÇÃO AMBIENTAL. AUSÊNCIA DE PRÉVIA AUTORIZAÇÃO JUDICIAL. PROVA ILÍCITA. SÚMULA 83 DO SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA. INCIDÊNCIA. AGRAVO REGIMENTAL DESPROVIDO.

1. Não havendo prévia autorização do Poder Judiciário, com o objetivo de instruir investigação criminal ou processo penal, constitui prova ilícita a gravação ambiental, ainda que essa tenha sido realizada por um dos interlocutores. Precedentes.
2. Estando assentada a matéria na jurisprudência desta Corte, incide a Súmula 83 do Superior Tribunal de Justiça, aplicável, também, aos recursos especiais fundados na letra *a* do permissivo constitucional.
3. Agravo regimental desprovido.

Acordam os ministros do Tribunal Superior Eleitoral, por unanimidade, em desprover o agravo regimental, nos termos do voto da relatora.

Brasília, 24 de fevereiro de 2015.

MINISTRA MARIA THEREZA DE ASSIS MOURA – RELATORA

RELATÓRIO

A SENHORA MINISTRA MARIA THEREZA DE ASSIS MOURA: Senhor Presidente, trata-se de agravo regimental interposto pelo MINISTÉRIO PÚBLICO ELEITORAL de decisão de minha lavra que deu provimento a recurso especial, para reconhecer a ilicitude da prova formada a partir de gravação ambiental e, conseqüentemente, das demais provas produzidas por derivação, reformando o acórdão do Tribunal Regional Eleitoral de São Paulo que julgou procedente a representação por suposta captação ilícita de sufrágio, com base no artigo 41-A da Lei nº 9.504/97.

O agravante alega que, ao considerar ilícitas as provas trazidas nos autos (gravação ambiental sem prévia autorização do Poder Judiciário), houve ponderação dos valores constitucionais, optando-se pela “tutela do direito individual à privacidade do corruptor, em detrimento da lisura do processo eleitoral” (fl. 510).

Argumenta, ainda, que (fl. 510):

[...] garantiu-se, no âmbito do que foi considerado direito à privacidade, a prática não apenas de um ilícito eleitoral previsto no art. 41-A da Lei nº 9.504/97, mas, também, a **tranquilidade do espaço doméstico para a possível prática de um crime previsto no artigo 229 do Código Eleitoral** [...].

Faz referência a entendimento do Supremo Tribunal Federal, buscando evidenciar que (fl. 515):

[...] **gravação ambiental de conversa por um dos interlocutores – situação dos autos – nada tem a ver com interceptação de conversa por terceiros a ela estranhos.**

Constata-se, portanto, que o Supremo Tribunal Federal analisou a licitude da prova à luz da tutela constitucional da privacidade e do sigilo das comunicações, pouco importando a natureza da causa em que discutida – se penal, civil ou eleitoral.

Cita o artigo 229 do Código Eleitoral, a fim de explanar que seria justificável a utilização de tal meio de prova não somente no âmbito do processo penal, mas, excepcionalmente, como instrumento de acusação.



Ressalta que a intenção do agravo regimental "é que seja mantida a jurisprudência construída nessa Corte Superior como verdadeira conquista constitucional, à luz das lições emanadas do Supremo Tribunal Federal, sob pena, até mesmo, de se inviabilizar a sua produção no efêmero processo eleitoral" (fl. 517).

Por fim, conclui que "a gravação serve à comprovação da prática de captação ilícita de sufrágio, tutelando, pois, indiretamente a legitimidade e normalidade das eleições, insculpidos no art. 14, § 9º, da Constituição Federal e diretamente a liberdade do eleitor e o equilíbrio de oportunidade aos candidatos como corolários da cidadania, soberania popular e do regime democrático previstos nos arts. 1º e 14 da Carta Maior" (fl. 518).

É o relatório.

VOTO

A SENHORA MINISTRA MARIA THEREZA DE ASSIS MOURA (relatora): Senhor Presidente, cuida-se de agravo regimental interposto pelo MINISTÉRIO PÚBLICO ELEITORAL de decisão de minha lavra que deu provimento a recurso especial, para reconhecer a ilicitude da prova formada a partir de gravação ambiental e, conseqüentemente, das demais provas produzidas por derivação, reformando o acórdão do Tribunal Regional Eleitoral de São Paulo que julgou procedente a representação por suposta captação ilícita de sufrágio, com base no artigo 41-A da Lei nº 9.504/97.

A decisão agravada apresenta os seguintes fundamentos (fls. 504-506):

Como se vê, a Corte Regional Eleitoral admitiu como prova da captação ilícita de sufrágio gravações realizadas por um dos interlocutores, sem que a parte adversa tivesse conhecimento. Trata-se, precisamente, de gravações envolvendo as senhoras Benedita e Kalie Figueiredo, que, posteriormente, também passaram a testemunhar no presente feito.

Esta Corte Superior, no julgamento do REspe nº 344-26/BA, de relatoria do Ministro MARCO AURÉLIO, DJE 28.11.2012, firmou



entendimento no sentido de ser ilícita a prova colhida mediante gravação ambiental feita por um dos participantes, mas sem o consentimento dos demais interlocutores. Destaco, do referido julgado, trecho do voto condutor:

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.

(sem grifos no original)

Dessa forma, tenho que o entendimento adotado pelo Tribunal de origem não está em consonância com a atual jurisprudência desta Corte Especializada, segundo o qual, não havendo prévia autorização do Poder Judiciário com o fulcro de instruir investigação criminal ou processo penal, constitui prova ilícita a gravação ambiental, ainda que essa tenha sido realizada por um dos interlocutores.

Nesse sentido:

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, rel. Min. LUCIANA LÓSSIO, DJE 17.2.2014)

RECURSO ESPECIAL ELEITORAL. ELEIÇÕES 2012. PREFEITO. AÇÃO DE INVESTIGAÇÃO JUDICIAL ELEITORAL. CAPTAÇÃO ILÍCITA DE SUFRÁGIO. ART. 41-A DA LEI 9.504/97. GRAVAÇÃO AMBIENTAL. ILICITUDE.

AUSÊNCIA DE ROBUSTEZ DAS DEMAIS PROVAS. PROVIMENTO.

1. Consoante a atual jurisprudência do Tribunal Superior Eleitoral, a licitude da prova colhida mediante interceptação ou gravação ambiental pressupõe a existência de prévia autorização judicial e sua utilização como prova em processo penal.

2. Ainda nos termos da jurisprudência, a condenação pela prática de captação ilícita de sufrágio requer provas robustas, não podendo ser fundada em meras presunções.

3. Recurso especial eleitoral provido.

(REspe nº 1206-68/SP, rel. Min. JOÃO OTÁVIO DE NORONHA, DJE 19.8.2014)

Extraio, por pertinente, excerto do voto condutor proferido nos autos do REspe nº 577-90/SP, de relatoria do Ministro HENRIQUE NEVES DA SILVA, DJE 5.5.2014:

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.**

(sem grifos no original)

Desta forma, é forçoso reconhecer a ilicitude das provas produzidas em decorrência das gravações ambientais irregularmente realizadas. No caso, as conversas que serviram de suporte à decisão proferida pelo Tribunal Regional foram travadas entre o candidato JORGE LUIZ SOUZA PINTO e as senhoras Benedita e Kalie. Posteriormente, a produção de prova oral em juízo fixou-se nas citadas eleitoras e em pessoas a elas ligadas, tal como aponta o acórdão recorrido: "A testemunha Cleusa Figueiredo (fls. 137) confirma o conteúdo do depoimento de sua filha Kalie" (fl. 361).

Desse modo, considero ilícitas por derivação as provas produzidas em juízo, não havendo embasamento fático a justificar a aplicação da penalidade prevista no art. 41-A da Lei nº 9.504/97.



Não obstante as judiciosas razões expendidas no agravo regimental, tem-se que o entendimento manifestado na decisão agravada está em consonância com a atual jurisprudência desta Corte Especializada, segundo a qual, não havendo prévia autorização do Poder Judiciário, com o objetivo de instruir investigação criminal ou processo penal, constitui prova ilícita a gravação ambiental, ainda que essa tenha sido realizada por um dos interlocutores.

Nesse sentido:

AGRAVO REGIMENTAL. RECURSO ORDINÁRIO. ELEIÇÕES 2010. AIJE. CAPTAÇÃO ILÍCITA DE SUFRÁGIO. ABUSO DE PODER POLÍTICO E ECONÔMICO. GOVERNADOR E VICE. GRAVAÇÃO ILÍCITA POR AUSÊNCIA DE PRÉVIA AUTORIZAÇÃO JUDICIAL. PROVAS ILÍCITAS POR DERIVAÇÃO. LICITUDE DAS PROVAS DOS DEMAIS FATOS POR AUSÊNCIA DE VINCULAÇÃO À GRAVAÇÃO ILÍCITA.

1. **É ilícita a prova obtida por meio de interceptação ou gravação telefônica ou ambiental realizada sem prévia autorização judicial. Precedentes. Na espécie, são ilícitas as provas produzidas por meio de gravações ambiental e telefônica, tendo em vista a falta de autorização judicial.**

2. **São ilícitas por derivação as provas que mantêm vinculação causal com a prova originariamente ilícita.** Por outro lado, as provas decorrentes de fonte autônoma revelam-se lícitas, visto que não são contaminadas pela mácula originária. No caso dos autos, a AIJE foi fundamentada em fatos independentes entre si, supostamente ocorridos em data e locais distintos e protagonizados por pessoas diferentes, e somente em relação a alguns deles foram produzidas gravações ambientais e telefônicas. **Assim, são ilícitas por derivação as provas referentes aos fatos em que houve gravação ilegal.** Por outro lado, são lícitas, a princípio, as provas referentes aos fatos em que não houve gravação, já que derivam de fonte autônoma.

3. Agravos regimentais não providos.

(AgR-RO nº 2727-35/RR, rel. Min. JOÃO OTÁVIO DE NORONHA, DJE de 11.12.2014)

Ação de investigação judicial eleitoral. Captação ilícita de sufrágio. Gravação ambiental. Ilícitude da prova.

1. A atual jurisprudência do TSE tem assentado que a gravação ambiental 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; REspe nº 602-30, rel^a. Min^a. Luciana Lóssio, DJe de 17.2.2014.

2. A captação ilícita de sufrágio foi reconhecida, na espécie, em face da gravação da conversa entre eleitor e o candidato a prefeito, 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.

Agravo regimental a que se nega provimento.

(AgR-REspe nº 277-91/MG, rel. Min. HENRIQUE NEVES DA SILVA, DJE de 28.11.2014)

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/BA, rel. Min. MARCO AURÉLIO, DJE de 28.11.2012)

Dessarte, estando assentada a matéria na jurisprudência desta Corte, incide a Súmula 83 do Superior Tribunal de Justiça, aplicável, também, aos recursos especiais fundados na letra *a* do permissivo constitucional, *in verbis*:

Não se conhece do recurso especial, pela divergência, quando a orientação do Tribunal se firmou no mesmo sentido da decisão recorrida.

Agravo regimental a que se nega provimento.

É como voto.

EXTRATO DA ATA

AgR-REspe nº 817-88.2012.6.26.0106/SP. Relatora: Ministra Maria Thereza de Assis Moura. Agravante: Ministério Público Eleitoral. Agravados: Jorge Luiz Souza Pinto e outro (Advogados: Marco Aurélio Toscano da Silva e outros).

Decisão: O Tribunal, por unanimidade, desproveu o agravo regimental, nos termos do voto da relatora.

Presidência do Ministro Gilmar Mendes. Presentes as Ministras Rosa Weber, Maria Thereza de Assis Moura e Luciana Lóssio, os Ministros Luiz Fux, João Otávio de Noronha e Admar Gonzaga, e o Vice-Procurador-Geral Eleitoral em exercício, Humberto Jacques de Medeiros.

SESSÃO DE 24.2.2015.