



TRIBUNAL SUPERIOR ELEITORAL

ACÓRDÃO

**EMBARGOS DE DECLARAÇÃO NO RECURSO ESPECIAL ELEITORAL
Nº 541-78.2010.6.00.0000 – CLASSE 32 – CRAÍBAS – ALAGOAS**

Relatora: Ministra Luciana Lóssio

Embargantes: José Jadson Pedro de Farias e outro

Advogados: Flávio Jaime de Moraes Jardim e outros

Embargado: Teófilo José Barroso Pereira

Advogados: Daniel Beltrão de Rossiter Corrêa e outros

EMBARGOS DE DECLARAÇÃO. RECURSO ESPECIAL. ELEIÇÕES 2008. AIME. CORRUPÇÃO ELEITORAL. GRAVAÇÃO AMBIENTAL. PROVA ILÍCITA. OMISSÃO. EXISTÊNCIA. ACOLHIMENTO. EFEITOS INFRINGENTES. ATRIBUIÇÃO.

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. Embargos de declaração acolhidos, com efeitos infringentes, para dar provimento ao recurso especial.

Acordam os ministros do Tribunal Superior Eleitoral, por unanimidade, em acolher os embargos de declaração, nos termos do voto da relatora.

Brasília, 24 de junho de 2014.

A handwritten signature in black ink, appearing to be 'Luciana Lóssio', written over a horizontal line.

MINISTRA LUCIANA LÓSSIO – RELATORA

RELATÓRIO

A SENHORA MINISTRA LUCIANA LÓSSIO: Senhor Presidente, cuida-se de embargos de declaração, com pedido de efeitos infringentes, opostos por José Jadson Pedro de Farias e Antônio Malaquias da Silva contra acórdão desta Corte, assim ementado:

PROVA ILÍCITA – 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 art. 41-A da Lei nº 9.504/1997 não apanha acordo, ainda que a envolver pecúnia, para certo candidato formalizar desistência da disputa. (Fl. 518)

Na espécie, esta Corte, ao negar provimento ao recurso especial, manteve decisão de cassação dos diplomas de José Jadson Pedro de Farias e Antônio Malaquias da Silva, respectivamente, prefeito e vice-prefeito do Município de Craíbas/AL, com a consequente perda dos mandatos, condenação ao pagamento de multa e declaração da inelegibilidade de ambos por três anos.

Os embargantes alegam a existência de omissões e contradições no acórdão embargado.

Asseveram que a Corte considerou, para entender como lícita a gravação ambiental, *“a simples circunstância de a gravação ter sido feita por um dos interlocutores da conversa, o que, no entender da douta maioria, não configuraria transgressão aos direitos e garantias fundamentais do interlocutor que não tinha ciência da gravação, primeiro embargante”* (fl. 535).

Sustentam que elementos significativos não foram considerados no julgamento do acórdão impugnado, embora constituíssem os pilares da defesa articulada, a saber:



- a) *“A gravação ambiental foi fruto de um flagrante preparado, articulado pelo adversário dos candidatos prejudicados”;*
- b) *“A gravação ambiental foi feita em um cômodo fechado da casa do próprio candidato prejudicado (local privado dotado de proteção da confiança), e não em ambiente público”;*
- c) *“A gravação ambiental se tratou de prova constituída com a ardil intenção de acusar o interlocutor que não tinha ciência da gravação, ou seja, foi um meio de acusação, e não defesa”. (Fls. 535-536)*

Afirmam que “se tais circunstâncias tivessem sido consideradas, ao menos para fins de cotejo com os precedentes que embasaram os votos prevalecentes, certamente não seria possível chegar à conclusão de que foi válida a gravação ambiental, tão-somente pelo fato de ter sido feita por um dos interlocutores” (fl. 536).

Consignam que o precedente citado pela Ministra Rosa Weber, cujo voto abriu a divergência, RE nº 583.937/RJ, de relatoria do Ministro Cezar Peluso, não guarda similitude fática com a hipótese dos autos, porquanto a gravação ambiental considerada lícita foi utilizada na defesa de réu acusado de crime de desacato, cometido durante audiência judicial aberta ao público (fl. 536).

No julgado do Supremo Tribunal Federal, diferentemente da hipótese dos autos, a gravação ambiental foi utilizada como recurso de defesa e realizada em ambiente público, *“não havendo que se falar em tutela da intimidade ou vida privada, tampouco deveres de confiança e boa-fé”* (fl. 536).

Aduzem que *“o pronunciamento da douta maioria representa, em si mesmo, uma contradição evidente, porquanto, a despeito de se embasar em precedente do e. Supremo Tribunal Federal que se alinha à defesa ora articula[da], conclui de forma diversa, em prejuízo dos embargantes”* (fls. 541-542).

No mais, reiteram as razões do especial, de ilicitude da gravação ambiental, porquanto decorrente de flagrante preparado e com violação às *“garantias constitucionais dos embargantes, em especial, o direito à intimidade, à privacidade e o princípio da boa-fé, postulado das relações humanas e sociais”* (fl. 542).



Destacam, ainda, que “o caso dos autos revela verdadeira hipótese de crime impossível, pois, a suposta ‘comercialização de uma candidatura’, suscitada pelo Tribunal a quo, jamais se verificou” (fl. 548).

Por fim, apontam omissão no julgado quanto à necessária demonstração de potencialidade lesiva da conduta, uma vez que “no acórdão ora embargado, não há nenhuma linha sequer tratando da questão da potencialidade, tendo esse e. Tribunal, com isso, se omitido quanto a elemento imprescindível para a imposição da severa pena de cassação em sede de AIME” (fl. 552).

Concluem que “as omissões quanto à falta de análise do requisito de potencialidade e relativa ao fato de ser um fato isolado, se devidamente supridas por esse e. Tribunal Superior Eleitoral, certamente levarão ao acolhimento destes embargos, com a atribuição dos efeitos infringentes pretendido” (fl. 555).

Não foram apresentadas contrarrazões, conforme certidão de fl. 560.

Em virtude da assunção do Relator, Min. Marco Aurélio, à Presidência deste Tribunal, e diante do impedimento e da suspeição firmados pelos Ministros Gilmar Mendes e Dias Toffoli, respectivamente, os autos me foram redistribuídos, em 14.3.2014.

É relatório.

VOTO

A SENHORA MINISTRA LUCIANA LÓSSIO (relatora): Senhor Presidente, melhor revendo os autos, tenho que razão assiste aos embargantes.

Nos termos do que preceitua a jurisprudência desta Corte, os embargos de declaração, com efeitos modificativos, são admitidos quando se verifica omissão, contradição ou obscuridade capaz de alterar o resultado do julgamento, *in verbis*:



SEGUNDOS EMBARGOS DE DECLARAÇÃO. EFEITOS MODIFICATIVOS. OMISSÃO DO JULGADO. SERVIDOR PÚBLICO. ABONO PECUNIÁRIO. FÉRIAS. BOA-FÉ. DEVOLUÇÃO DE VALORES. NÃO EXIGÊNCIA.

1. Acolhem-se embargos de declaração com efeito modificativo quando fica demonstrada a omissão do julgado em relação a tema essencial abordado no recurso, capaz de alterar o resultado do julgamento.

[...]

3. Embargos de declaração acolhidos com efeito modificativo, para, reconhecendo omissão do julgado, dar parcial provimento ao recurso ordinário.

(ED-ED-RMS nº 367/DF, Rel. Min. Marcelo Ribeiro, DJe de 18.6.2009)

Na doutrina, leciona Nelson Nery Júnior¹ que “a omissão que enseja complementação por meio de EDcl é a em que incorreu o juízo ou tribunal, sobre ponto que deveria haver-se pronunciado, quer porque a parte expressamente o requereu, quer porque a matéria era de ordem pública e o juízo tinha que decidi-lo de ofício” (fl. 1080) e “tem interesse em recorrer aquele que não obteve do processo tudo o que poderia ter obtido”. (Grifei)

Na espécie, os embargantes afirmam que, se todas as alegações da defesa quanto à ilicitude da gravação tivessem sido consideradas, ao menos para fins de cotejo com os precedentes que embasaram os votos prevalecentes, certamente não seria possível chegar à conclusão de que foi válida a gravação ambiental, tão somente pelo fato de ter sido feita por um dos interlocutores (fl. 536).

Sendo assim, é inconteste a omissão do acórdão embargado – no que toca ao argumento de que “a gravação ambiental se tratou de prova constituída com a ardil intenção de acusar o interlocutor que não tinha ciência da gravação, ou seja, foi um meio de acusação, e não defesa” (fl. 535) – a qual, uma vez suprida, levará o julgamento a outro resultado.

Afinal, não é demais rememorar que a gravação ambiental como meio de prova no processo eleitoral tem sido objeto de constantes debates nesta Corte Superior. Em julgados recentes, a jurisprudência evoluiu

¹ JÚNIOR, Nelson Nery e Rosa Maria de Andrade Nery. *Código de Processo Civil Comentado*, Ed. Revista dos Tribunais, 12ª ed., ver. atualiz. e ampliada, p. 984 e 1.080.

para considerá-la, no contexto do processo eleitoral, ilícita e inidônea para comprovar a prática de ilícito de natureza cível.

Nesse sentido caminhou esta Corte, à unanimidade, no julgamento do REspe nº 602-30/MG em 17.12.2013, de minha relatoria.

Colho do voto por mim proferido naquela assentada:

Destaco, de início, que não desconheço o entendimento firmado pelo Supremo Tribunal Federal no sentido da licitude da prova consistente em gravação ambiental realizada por um dos interlocutores, desde que não haja causa legal de sigilo, tampouco de reserva da conversação, e, sobretudo, **quando usada para defesa própria**. Ou seja, potencializa-se o direito de defesa do acusado em todas as suas possibilidades. Confira-se:

PROVA. Criminal. Conversa telefônica. Gravação clandestina, feita por um dos interlocutores, sem conhecimento do outro. Juntada da transcrição em inquérito policial, onde o interlocutor requerente era investigado ou tido por suspeito. Admissibilidade. Fonte lícita de prova. Inexistência de interceptação, objeto de vedação constitucional. Ausência de causa legal de sigilo ou de reserva da conversação. Melo, ademais, de prova da alegada inocência de quem a gravou. Improvimento ao recurso. Inexistência de ofensa ao art. 59, incs. X, XII e LVI, da CF. Precedentes. Como gravação meramente clandestina, que se não confunde com interceptação, objeto de vedação constitucional, **é lícita a prova consistente no teor de 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, sobretudo quando se predestine a fazer prova, em juízo ou inquérito, a favor de quem a gravou.**

(RE nº 402.717, Rel. Min. Cezar Peluso, DJE de 12.2.2009)
(Grifei)

Entretanto, vale destacar que, no presente caso, *“as gravações foram produzidas diretamente pelos adversários políticos dos recorrentes, clandestinamente, sem a ciência dos eleitores”* (fls. 621), como afirma o próprio acórdão regional. Vale dizer, concorrentes na eleição municipal de 2012, mais especificamente o segundo colocado na eleição para prefeito, e um vereador gravaram conversas com eleitores, sem o conhecimento destes, para comprovar a prática de captação ilícita de sufrágio, prevista no art. 41-A da Lei das Eleições, num disputado certame, com diferença de apenas 55 votos entre os recorrentes e recorridos.

Tenho, pois, que a análise da prova em tela, a meu ver, deve ocorrer sob a ótica das nuances que envolvem o processo eleitoral, no qual as acirradas disputas pelo poder dão ensejo a condutas apaixonadas que extrapolam, muitas vezes, o limite da ética e da legalidade.



Assim, embora o direito à prova seja constitucionalmente assegurado pelo direito de ação, de defesa e do contraditório, este não pode ser entendido como absoluto. Ada Pellegrini Grinover, Antonio Scarance Fernandes e Antonio Magalhães Gomes Filho, em preciosa passagem, afirmam sobre o tema que *“uma outra ordem de considerações também leva à necessidade de se colocarem limites ao direito à prova: o processo só pode fazer-se dentro de uma escrupulosa regra moral, que rege a atividade do juiz e das partes”*².

Não obstante tal raciocínio tenha se desenvolvido para a seara penal, deve também ser considerado no âmbito eleitoral, no qual a dicotomia entre a defesa da legitimidade do pleito e a disputa eleitoral pode dar ensejo a uma conotação dramática e pouco republicana, considerando a atmosfera de competição eleitoral.

Assim, sabendo que basta a compra de um único voto para se caracterizar a nefasta captação ilícita de sufrágio, prevista no artigo 41-A da Lei 9.504/97, que dá ensejo à cassação do registro ou do diploma, e conseqüente perda do mandato, deve-se ter redobrada cautela na aceitação de provas que comprovem tal prática, sob pena de deturpação e manipulação do processo democrático.

E ao tratarmos do rito probatório, ou seja, das exigências legais e constitucionais para admitirmos ou não uma prova, deve-se ter sempre em mente criteriosa exigência ética como instrumento de garantia, não só para o indivíduo candidato, mas também para o eleitor e para a legitimidade das eleições.

Este Tribunal, ao julgar o RO nº 1904-61, redator para o acórdão o e. Min. Henrique Neves, assentou ser indispensável a prévia autorização judicial para que a interceptação ou gravação ambiental possa ser considerada lícita. Confira-se:

CAPTAÇÃO ILÍCITA DE SUFRÁGIO - PROVA ILÍCITA - GRAVAÇÃO AMBIENTAL. AUSÊNCIA DE AUTORIZAÇÃO JUDICIAL. CONTAMINAÇÃO DA PROVA DERIVADA. EFEITOS DA NULIDADE. INICIAL. INDEFERIMENTO. RECURSO PROVIDO.

[...]

4. A licitude da interceptação ou gravação ambiental depende de prévia autorização judicial. Ilícitude das provas obtidas reconhecida.

[...]

6. Considerar como nula a prova obtida por gravação não autorizada e permitir que os agentes que a realizaram deponham sobre o seu conteúdo seria, nas palavras de José Carlos Barbosa Moreira, permitir que “a prova ilícita, expulsa pela porta, voltaria a entrar pela janela”.



² GRINOVER, Ada Pellegrini, SCARANCE FERNANDES e MAGALHÃES GOMES FILHO. *As nulidades do Processo Penal*. São Paulo, Ed. Revista dos Tribunais, 10ª ed. 2008, p. 155.

7. Preliminar de ilicitude da prova acolhida, por maioria. Prejudicadas as demais questões. Recurso provido para julgar a representação improcedente.

(RO nº 1904-61, Rel. Min. Arnaldo Versiani, Redator para o acórdão: Min. Henrique Neves, de 28.6.2012)

No mesmo sentido, esta Corte reafirmou, em 16 de agosto de 2012, no julgamento do REspe nº 344-26, de relatoria do e. Min. Marco Aurélio, que a gravação ambiental somente é viável mediante autorização judicial e quando utilizada como prova em investigação criminal ou processo penal, destacando que a regra é a proteção à privacidade – direito fundamental estabelecido na Constituição Federal – entendimento ao qual me filio.

Em ambos os precedentes, a discussão também cuidava de suposta captação ilícita de sufrágio, que se buscava comprovar por meio de gravação ambiental clandestina.

Em lúcida ponderação, o eminente Ministro Marco Aurélio, no REspe nº 344-26, asseverou:

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.

Naquela assentada, acompanhei tal entendimento e consignei que a gravação clandestina somente é legítima se usada em **defesa** do cidadão candidato, jamais para acusá-lo da prática de um ilícito eleitoral, mormente se levadas em consideração as possíveis chantagens que esse tipo de gravação pode ensejar durante a eleição, contaminando todo o processo democrático.

Na espécie, tenho que se deve privilegiar os direitos fundamentais à privacidade, liberdade e intimidade, insculpidos no art. 5º da Constituição Federal, especialmente considerando a circunstância de ser o voto secreto, ou seja, a opção feita pelo eleitor não pode ser exposta a partir de uma gravação clandestina! Entendo que a aceitação de tais provas em nada contribui para lisura do pleito eleitoral.

Cito, ainda, outros julgados recentes nesse mesmo sentido:

ELEIÇÕES 2012. AGRAVO REGIMENTAL. RECURSO ESPECIAL. REPRESENTAÇÃO. CAPTAÇÃO ILÍCITA DE SUFRÁGIO. GRAVAÇÃO AMBIENTAL CLANDESTINA. PROCESSO ELEITORAL. PROVA ILÍCITA. DESPROVIMENTO.



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 (Precedentes: REspe nº 344-26/BA, Rel. Min. Marco Aurélio, de 16.8.2012 e REspe nº 602-30/MG, de minha relatoria, *DJe* de 17.2.2014).

2. Agravo regimental não provido.

(AgR-REspe nº 51551/MG, de minha relatoria, *DJe* de 15.4.2014)

Recurso especial. Ação de investigação judicial eleitoral. Gravação ambiental. Ilicitude 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.

(REspe nº 57790/SP, Rel. Min. Henrique Neves da Silva, *DJe* de 5.5.2014)

AGRAVO REGIMENTAL. RECURSO ORDINÁRIO. ELEIÇÕES 2010. AIJE. ABUSO DOS PODERES ECONÔMICO E POLÍTICO. COOPTAÇÃO DE VOTOS DE EMPREGADOS DE EMPRESA QUE PRESTA SERVIÇO À ADMINISTRAÇÃO. GRAVAÇÃO AMBIENTAL. PROVA ILÍCITA. CONTAMINAÇÃO. DEMAIS PROVAS. DESPROVIMENTO.

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 (Precedentes: REspe nº 344-26/BA, Rel. Min. Marco Aurélio, de 16.8.2012 e REspe nº 602-30/MG, de minha relatoria, *DJe* de 17.2.2014).

[...]

3. Agravo regimental não provido.

(AgR-RO nº 261470/TO, de minha relatoria, *DJe* de 7.4.2014)



Com efeito, é incontroverso nos autos que a Corte Regional manteve sentença de cassação dos diplomas de José Jadson Pedro de Farias e Antônio Malaquias da Silva, com a consequente perda dos mandatos, condenação ao pagamento de multa e declaração da inelegibilidade de ambos por três anos, com fundamento em gravação ambiental levada a termo, clandestinamente, por adversário político.

Nesse contexto, tendo em vista que a hipótese dos autos adéqua-se aos precedentes citados, e reconhecendo a omissão quanto às circunstâncias em que verificada a gravação ambiental, é dizer, produzida sem a ciência de um dos interlocutores para meio de acusação, impõe-se o reconhecimento da ilicitude da gravação ambiental como prova a embasar a condenação dos ora embargantes.

Do exposto, acolho os embargos de declaração, com efeitos modificativos, e dou provimento ao recurso especial, para, reformando o acórdão regional, afastar as sanções impostas a José Jadson Pedro de Farias e a Antônio Malaquias da Silva.

É como voto.



EXTRATO DA ATA

ED-REspe nº 541-78.2010.6.00.0000/AL. Relatora: Ministra Luciana Lóssio. Embargantes: José Jadson Pedro de Farias e outro (Advogados: Flávio Jaime de Moraes Jardim e outros). Embargado: Teófilo José Barroso Pereira (Advogados: Daniel Beltrão de Rossiter Corrêa e outros).

Decisão: O Tribunal, por unanimidade, acolheu os embargos de declaração, nos termos do voto da relatora. Suspeição dos Ministros Dias Toffoli e Luiz Fux e impedimento do Ministro Gilmar Mendes.

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

SESSÃO DE 24.6.2014.