



TRIBUNAL SUPERIOR ELEITORAL

ACÓRDÃO

AGRAVO REGIMENTAL NO RECURSO ESPECIAL ELEITORAL Nº 388-73.2012.6.13.0336 – CLASSE 32 – TURMALINA – MINAS GERAIS

Relator: Ministro Henrique Neves da Silva

Agravante: Ministério Público Eleitoral

Agravados: Carlinhos Barbosa Xavier e outros

Advogados: Wilson Lourenço da Silva – OAB: 43732/MG e outros

AGRAVO REGIMENTAL. RECURSO ESPECIAL. GRAVAÇÃO AMBIENTAL. ILICITUDE. ENTENDIMENTO CONSOLIDADO. ELEIÇÕES 2012. NECESSIDADE DE PRESERVAÇÃO DA SEGURANÇA JURÍDICA.

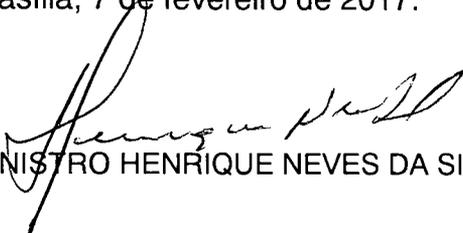
1. O Tribunal Superior Eleitoral, nas Eleições de 2012, firmou entendimento no sentido da ilicitude da prova obtida por meio de gravação ambiental clandestina e sem prévia autorização judicial, em razão da violação à intimidade (art. 5º, X, da Constituição Federal) e da boa-fé.

2. De acordo com a jurisprudência desta Corte e do Supremo Tribunal Federal, as decisões do Tribunal Superior Eleitoral que, no curso do pleito eleitoral ou após o seu encerramento, impliquem mudança de jurisprudência não têm aplicabilidade imediata ao caso concreto e somente terão eficácia sobre outros casos no pleito eleitoral posterior, ante a necessidade de preservação da segurança jurídica e do princípio da igualdade.

Agravo regimental a que se nega provimento.

Acordam os ministros do Tribunal Superior Eleitoral, por unanimidade, em negar provimento ao agravo regimental, nos termos do voto do relator.

Brasília, 7 de fevereiro de 2017.



MINISTRO HENRIQUE NEVES DA SILVA – RELATOR

RELATÓRIO

O SENHOR MINISTRO HENRIQUE NEVES DA SILVA: Senhor Presidente, o Ministério Público Eleitoral interpôs agravo regimental (fls. 375-389) contra a decisão de fls. 363-372, por meio da qual neguei seguimento ao recurso especial por ele interposto.

Reproduzo o relatório da decisão agravada (fls. 363-366):

O Ministério Público Eleitoral interpôs recurso especial (fls. 333-344) contra o acórdão do Tribunal Regional Eleitoral de Minas Gerais (fls. 313-328) que acolheu a preliminar de ilicitude da prova e, por unanimidade, deu provimento ao apelo interposto por Carlinhos Barbosa Xavier, candidato não eleito ao cargo de prefeito do Município de Turmalina/MG, por Hilton Alves Pereira e Luiz Silva Castro, para julgar improcedentes a representação por captação ilícita de sufrágio e a ação de investigação judicial eleitoral por abuso de poder contra eles ajuizadas, afastando, assim, as sanções impostas pelo Juízo da 336ª Zona Eleitoral daquele estado.

Eis a ementa do acórdão regional (fls. 313-314):

Recursos Eleitorais. Representação. Captação ilícita de sufrágio. Ação julgada parcialmente procedente. Multa. Ação de Investigação Judicial Eleitoral. Abuso de poder econômico. Parcialmente procedente. Inelegibilidade. Eleições 2012.

Preliminar de ilicitude da prova. Acolhida. Esta Corte vem entendendo, acompanhando o c. TSE, ser necessária autorização judicial para que seja efetuada gravação ambiental, em local privado, sem a ciência de algum dos interlocutores, tendo em vista a garantia de direitos fundamentais, como o direito à privacidade. Não consideração da gravação como meio de prova.

Mérito. A captação ilícita de sufrágio e o abuso de poder econômico teriam sido evidenciados pelo oferecimento de vantagens à candidata a Vereadora Geslane Alves da Silva, em troca de sua renúncia, apoio político e de seu voto. Desconsiderada gravação ambiental, por se tratar de prova ilícita. Ausência de qualquer outra prova robusta que possa levar à conclusão de que houve a prática de captação ilícita ou abuso de poder, perpetrados pelos recorrentes.

Recurso provido, para afastar as sanções de multa e inelegibilidade impostas.

O Ministério Público Eleitoral, em suas razões recursais, sustenta, em suma, que:

a) não busca haver a reapreciação do acervo fático-probatório dos autos, mas, sim, provocar a análise por esta



Corte acerca do acolhimento pelo Tribunal a quo da preliminar de ilicitude da gravação ambiental realizada;

b) o Tribunal Superior Eleitoral admite a interposição de recurso especial, ainda que este implique reavaliação da prova, desde que a decisão recorrida tenha, ao sopesar a prova, violado a regra jurídica que fundamenta o apelo;

c) a Corte regional violou o art. 5º, XII, da Constituição Federal ao entender que a gravação realizada em ambiente privado, por um dos interlocutores, sem a ciência dos demais, necessita de autorização judicial;

d) o Tribunal de origem não indicou de maneira direta qual o fundamento legal que embasou o entendimento de ilicitude da gravação ambiental por ausência de prévia autorização judicial;

e) a gravação ambiental difere da interceptação telefônica, para a qual é exigida prévia autorização judicial, conforme o art. 5º, XII, da CF;

f) o Supremo Tribunal Federal, ao julgar a Questão de Ordem no Recurso Extraordinário 583.937, assentou a distinção entre interceptação telefônica e gravação de conversa;

g) no julgamento realizado pelo STF acima apontado, foi consignada pelo relator a necessidade de não só no processo penal mitigar-se o direito à privacidade para preservar a verdade real;

h) o art. 332 do Código de Processo Civil de 1973, vigente à época dos fatos, admitia todos os meios de prova legais, ainda que não elencados em seu texto;

i) na linha do entendimento jurisprudencial do TSE, do STF, do STJ e do TRE/MG, é admissível a gravação ambiental desde que não haja causa legal de sigilo ou reserva de conversação;

j) o entendimento recente desta Corte no sentido da ilicitude das gravações ambientais realizadas em ambientes privados não deve prevalecer;

k) na espécie, deve-se admitir a gravação ambiental realizada, diante de sua justa causa, qual seja, 'a proteção da liberdade do voto e da lisura nas eleições, revelando-se a gravação ambiental como meio necessário à comprovação de que houve aliciamento ilegal, mediante oferta de cargo público' (fl. 343);

l) considerar ilícita a gravação ambiental que demonstra a prática de captação ilícita de sufrágio equivale a negar vigência ao art. 14, caput e § 9º, da CF, que tutela a liberdade de voto do eleitor.

Requer o conhecimento e o provimento do recurso especial, 'para que novo acórdão seja proferido, considerando-se lícita a prova contida em gravação ambiental' (fl. 344).

Não foram apresentadas contrarrazões, conforme certidão à fl. 350.

A douta Procuradoria-Geral Eleitoral, às fls. 353-361, opinou pelo provimento do apelo, sob os seguintes argumentos:

- a) a gravação ambiental difere da interceptação telefônica, sendo exigida, somente para esta, a prévia autorização judicial, conforme o disposto no art. 5º, XII, da CF;*
- b) o STF, ao julgar a Questão de Ordem no Recurso Extraordinário 583.937, assentou a 'dicotomia etimológica e jurídica entre interceptação e gravação de conversa, por um dos interlocutores' (fl. 355) e a admissibilidade da gravação ambiental realizada por um deles, sem a ciência do outro, como meio de prova;*
- c) no julgamento realizado pelo STF acima indicado, ficou assentada pelo relator a necessidade de haver a mitigação do direito à privacidade, não só no processo penal, para garantir a preservação da verdade real;*
- d) 'se a gravação ambiental, modalidade probatória, pode ser utilizada em ações penais, em prol da acusação, podendo levar à restrição da liberdade do indivíduo, com muito mais razão deve ser aceita para se apurar ilícitos eleitorais, os quais não tem o condão de conduzir a uma reprimenda de tal gravidade' (fl. 360).*

É o relatório.

Nas razões do agravo regimental, o Ministério Público Eleitoral sustenta, em suma, que:

- a) embora tenha assentado a necessidade de prévia autorização judicial para legitimar a gravação ambiental realizada em ambiente privado, a decisão agravada não expôs de forma direta qual seria o fundamento legal de tal exigência;
- b) conforme decidido pelo Supremo Tribunal Federal em questão de ordem no Recurso Extraordinário 538.937, a gravação ambiental realizada por um dos interlocutores difere da interceptação telefônica, tendo esta a proteção do art. 5º, XII, da CF, que exige prévia autorização judicial em caso de quebra de sigilo de comunicação telefônica;
- c) de acordo com o raciocínio desenvolvido pelo Supremo Tribunal Federal no julgamento da referida questão de ordem, se as gravações ambientais realizadas por um dos interlocutores forem consideradas ilícitas, os depoimentos de interlocutores ou de terceiros presentes à conversa gravada



também seriam considerados ilícitos, e tal situação *“poderia minar o fundamento da prova oral”* (fl. 381);

d) a gravação é apenas um método de registrar o que foi dito em uma conversa e, além disso, tem maior precisão para comprovar a veracidade da conversa do que o depoimento testemunhal;

e) no julgamento da questão de ordem no Recurso Extraordinário 538.937, o Supremo Tribunal Federal concluiu pela licitude da gravação ambiental de conversa por um dos interlocutores, independentemente da natureza da causa em que foi produzida, seja penal, seja civil, seja eleitoral;

f) ainda que prevalecesse a tese de que as gravações ambientais só podem ser utilizadas no âmbito do processo penal, tal prova se justificaria na seara eleitoral, *“ante a existência do crime de corrupção previsto no art. 299 do Código Eleitoral, e em legítima defesa de terceiros, no caso, de toda uma coletividade de eleitores”* (fl. 383);

g) não há como opor de forma absoluta o direito à privacidade daquele que compra o voto, pois, conforme o entendimento adotado pelo STF, no julgamento do Habeas Corpus 873.413, *“a supremacia do interesse público sobre o privado autoriza a relativização do direito à privacidade e à imagem”* (fl. 384);

h) a necessidade de autorização judicial para gravações ambientais, além de incompatível com a dinâmica dos fatos e com a defesa ostensiva do regime democrático, não se enquadra no conceito etimológico e jurídico da interceptação e, portanto, não se amolda à exigência de autorização judicial prevista no art. 5º, XII, da Constituição Federal;

i) o Tribunal Superior Eleitoral – ao equiparar a gravação ambiental à interceptação telefônica, a fim de incluir aquela na exceção da cláusula de reserva de jurisdição prevista apenas



para esta última – afrontou o disposto no art. 5º, XII, da Constituição Federal;

j) a decisão agravada também violou os arts. 5º, II, e 93, IX, da Constituição Federal ao não indicar o fundamento constitucional que impõe a necessidade de prévia autorização judicial para a realização de gravação ambiental, bem como ao criar uma exceção não prevista pela Constituição;

k) o fundamento de que a gravação ambiental somente seria legítima se utilizada em defesa do candidato, além de ser contrário à jurisprudência do Supremo Tribunal Federal, *“também fere o art. 93, IX, da Constituição, por não explicitar a razão da impossibilidade de utilização de tal prova em desfavor do candidato, e em benefício do interesse público”* (fl. 387);

l) embora seja pertinente o argumento de que deve ser evitada a realização de gravações por adversários políticos, com a instigação do interlocutor e com a consequente configuração de flagrante preparado, ele não pode ser utilizado para afastar indiscriminadamente a validade das gravações ambientais como meio de prova, pois não há como acolher a tese da necessidade de preservar a privacidade do candidato nos casos em que ele próprio toma a iniciativa de corromper o eleitor de forma dolosa e premeditada, em detrimento da democracia;

m) conquanto seja respeitável o posicionamento sobre a aplicação do art. 16 da Constituição Federal, *“no caso em apreço, deve-se ponderar que a tese de ilicitude da gravação ambiental, firmada por essa Corte Superior para os processos referentes às eleições de 2012, colide frontalmente com a interpretação conferida à matéria pelo Supremo Tribunal Federal”* (fl. 388);

n) o princípio da segurança jurídica, contido no art. 16 da Constituição Federal, é violado nos casos em que é permitida a



perpetuação de julgamentos em sentido contrário à jurisprudência do Supremo Tribunal Federal, de forma que o provimento deste apelo, ainda que referente às Eleições de 2012, *“jamais seria capaz de trazer insegurança jurídica, porquanto restabeleceria a higidez do sistema normativo, em reverência à autoridade inarredável do Pretório Excelso”* (fl. 388).

Requer o provimento do agravo, por meio do juízo de retratação ou por deliberação colegiada, a fim de que o recurso especial seja provido.

Os agravados Carlinhos Barbosa Xavier e Hilton Alves Pereira e Luiz da Silva Castro não apresentaram contrarrazões, conforme consta na certidão de fl. 390.

É o relatório.

VOTO

O SENHOR MINISTRO HENRIQUE NEVES DA SILVA (relator): Senhor Presidente, o agravo regimental é tempestivo.

O Ministério Público Eleitoral foi intimado pessoalmente da decisão agravada em 9.12.2016, sexta-feira (fl. 373), e o agravo foi apresentado em 14.12.2016, quarta-feira (fl. 375), por petição assinada pelo Vice-Procurador-Geral Eleitoral.

Reproduzo o teor da decisão agravada (fls. 366-372):

O Tribunal Regional Eleitoral mineiro acolheu a preliminar de ilicitude da prova e proveu o apelo interposto por Carlinhos Barbosa Xavier, Hilton Alves Pereira e Luiz da Silva Castro para julgar improcedentes a representação por captação ilícita de sufrágio e a ação de investigação judicial eleitoral por abuso de poder contra eles ajuizadas (Processos 388-73 e 389-58), afastando, assim, as sanções impostas pelo Juízo da 336ª Zona Eleitoral daquele Estado.

O recorrente, Ministério Público Eleitoral, aponta violação ao art. 5º, XII, da Constituição Federal, argumentando que a gravação realizada



em ambiente privado, por um dos interlocutores, sem a ciência dos demais, não necessita de autorização judicial para ser utilizada como meio de prova.

Defende, assim, que a gravação ambiental que demonstraria a prática de ilícitos eleitorais pelos recorridos é lícita.

A questão alusiva à validade da gravação ambiental não precedida de autorização judicial constou do seguinte trecho do acórdão recorrido (fls. 319-320 e 322-323):

[...] O TSE vem entendendo, conforme julgados abaixo colacionados, ser necessária autorização judicial para que seja efetuada gravação ambiental, tendo em vista a garantia de direitos fundamentais, como o direito à privacidade.

[...]

Seguindo tal entendimento, essa Corte posicionou-se no mesmo sentido, entendendo ilícita a gravação ambiental quando realizada em local privado, sem a ciência de algum dos interlocutores.

[...]

No caso dos autos, a gravação foi realizada em reunião realizada na casa de um dos representados/investigados, tratando-se, portanto, de local privado, sendo necessária a autorização judicial para a utilização da gravação efetuada sem a ciência de um dos interlocutores.

Com tais fundamentos, acolho a preliminar suscitada e deixo de considerar a gravação apontada como meio hábil a comprovar os fatos trazidos em inicial, por se tratar de prova ilícita. [Grifo nosso.]

[...]

De igual forma, transcrevo, por oportuno, o voto proferido pelo relator a respeito da questão de fundo da demanda (fls. 323-328):

[...]

Trata o Recurso Eleitoral nº 388-73 de representação por captação ilícita de sufrágio, enquanto o Recurso Eleitoral nº 389-58, de ação de investigação judicial eleitoral por abuso de poder econômico, estando os autos apensos por analisarem os mesmos fatos, embora sob óticas diferentes.

Como é cediço, para a configuração do ilícito previsto no art. 41-A da Lei nº 9.504 de 1997, é necessária a comprovação de oferecimento de bens ou vantagens a eleitor, condicionado à obtenção do voto. Nesse sentido, exige-se que as circunstâncias da oferta não deixem dúvidas quanto à intenção do doador de comprar o voto.

Os julgados do TSE apontam para a necessidade de prova robusta e incontroversa a demonstrar a ocorrência da compra de votos.

[...]



Conforme conta da inicial, tem-se que, tanto a captação ilícita de sufrágio, quanto o abuso de poder econômico, teriam sido evidenciados pelo oferecimento de vantagens a candidata a Vereadora Geslane Alves da Silva, em troca de sua renúncia, apoio político e de seu voto.

Buscando comprovar os fatos narrados, foi trazida aos autos gravação de conversa acontecida na casa do representado/investigado Luiz da Silva Castro durante reunião com a Sra. Geslane. Entretanto, tal prova deve ser afastada dos autos, por se tratar de prova ilícita, como concluí ao acolher a preliminar suscitada pelos recorrentes.

Resta analisar as demais provas coligidas aos autos, se contaminadas pela ilicitude, em razão da teoria dos frutos da árvore envenenada.

Foi realizada audiência de instrução referente às duas ações em comento, quando se ouviu duas testemunhas e uma informante.

A testemunha Ester Silva Santos Siqueira, fl. 61 do Recurso Eleitoral nº 388-73, foi quem orientou a Sra. Geslane a gravar a reunião, emprestando a ela seu aparelho celular para tal finalidade. Seu depoimento é baseado naquilo que diz ter escutado nas gravações.

[...]

As demais assertivas da testemunha, relatando fatos anteriores à gravação, não evidenciam compra de votos, mas tão somente solicitação de apoio político ao recorrente Carlinhos Barbosa Xavier, sem oferecimento de qualquer vantagem em contrapartida.

[...]

Roberto Meire da Rocha, testemunha compromissada, em seu depoimento à fl. 63, não traz nenhum elemento capaz de comprovar a ocorrência de captação de sufrágio ou abuso de poder.

[...]

Geslane Alves Macedo foi ouvida como informante (fls. 65 e 66), uma vez estar diretamente envolvida nos fatos narrados nas iniciais dos dois processos.

[...]

Não há, portanto, qualquer prova robusta que possa levar a conclusão de que houve a prática de captação ilícita, ou abuso de poder, perpetrados pelos recorrentes.

A própria sentença, entendendo lícita a gravação ambiental da conversa entabulada entre os recorrentes e Gislane, nela se amparou para condenar os então representados/investigados.

Na ação penal juntada aos autos, verifica-se que também a conclusão do relatório da Polícia Civil de Turmalina (fls. 149-

152 do Recurso Eleitoral nº 388-73, fls. 139-142 do Recurso Eleitoral nº 389-58) ampara-se na gravação da Conversa.

[...]

Considerando que a gravação não pode ser aqui admitida como meio de prova, e estando os depoimentos prestados amparados nessa gravação, concluo que o acervo probatório está contaminado de ilicitude, sendo inapto a embasar qualquer condenação nas ações em comento.
[Grifo nosso.]

[...].

Da leitura dos trechos supracitados, depreende-se que o Tribunal a quo, acolhendo a preliminar suscitada, considerou ilícita a gravação ambiental realizada, bem como as provas dela derivadas, sob o fundamento de ser necessária a autorização judicial.

Esse tema tem sido reiteradamente debatido por esta Corte, com manifestações eruditas sobre a necessidade de ser novamente analisada a interpretação adotada para o pleito de 2012, em relação ao qual se consolidou o entendimento de que a utilização desse tipo de gravação em procedimentos de natureza não criminal é ilícita.

A partir do julgamento do REspe 344-26, em 16.8.2012, da relatoria do Ministro Marco Aurélio, foi assentada a ilicitude desse tipo de prova, como se vê da respectiva ementa:

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 344-26, rel. Min. Marco Aurélio, DJE de 28.11.2012, grifo nosso.)

Esse entendimento foi reiterado em diversos feitos relativos ao pleito de 2012, como se vê, por exemplo:

ELEIÇÕES 2012. AGRAVO REGIMENTAL. RECURSO ESPECIAL. AIJE. CAPTAÇÃO ILÍCITA DE SUFRÁGIO. PROVAS. IMPRESTABILIDADE. INQUÉRITO CIVIL. GRAVAÇÃO AMBIENTAL. DESPROVIMENTO.

[...]

2. A teor da jurisprudência desta Corte, 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), salvo quando realizada em local público, que não é a hipótese dos autos.



3. Tendo a gravação sido realizada em local privado – reunião na residência de um dos interlocutores –, afigura-se inaplicável o novo entendimento jurisprudencial firmado pelo TSE no REspe nº 637-61/MG, segundo o qual a gravação ambiental, sem a referida autorização judicial, é lícita quando realizada em ambientes públicos, admitindo-a como meio de prova contra a parte em processo cível-eleitoral. Entendimento sobre o qual guardo ressalva.

4. Agravo regimental desprovido.

(AgR-REspe 838-77, rel. Min. Luciana Lóssio, DJE de 7.12.2015.)

Em razão dos múltiplos precedentes existentes para as Eleições de 2012, já se reconheceu que eventual alteração da jurisprudência somente poderá atingir pleitos futuros, em razão da necessidade de se observar o princípio da segurança jurídica, como bem anotado pelo eminente Ministro Gilmar Mendes no julgamento do AgR-REspe 821-65:

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.

1. A grave sanção do art. 41-A da Lei nº 9.504/1997 exige a presença de provas lícitas e seguras que indiquem todos os requisitos previstos nessa norma, sendo que a ausência de qualquer deles deve, obrigatoriamente, levar à improcedência do pedido. Entendimento que se reforça com a edição da Lei Complementar nº 135/2010, pois o reconhecimento do ilícito em questão, além de ensejar a grave sanção de cassação de diploma, afasta o político das disputas eleitorais pelo longo prazo de oito anos (art. 1º, inciso I, alínea j, da LC nº 64/1990).

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 casuísmo.

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 821-65, rel. Min. Gilmar Mendes, julgado em 3.8.2015, grifos nossos.)

Igualmente:

AGRAVO REGIMENTAL. RECURSO ESPECIAL ELEITORAL. ELEIÇÕES 2012. VEREADOR. REPRESENTAÇÃO. CAPTAÇÃO ILÍCITA DE SUFRÁGIO. ART. 41-A DA LEI 9.504/97. GRAVAÇÃO AMBIENTAL. ILICITUDE DA PROVA. DESPROVIMENTO.

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. Ademais, também nos termos da jurisprudência deste Tribunal, a declaração extrajudicial firmada em cartório é insuficiente para a condenação, visto que produzida de forma unilateral e sem a observância do contraditório e da ampla defesa.

3. Agravo regimental desprovido.

(AgR-REspe 485-59, rel. Min. João Otávio de Noronha, DJE de 23.9.2014, grifo nosso.)

Assim, em face da necessidade de dar igual tratamento e interpretação aos processos eleitorais que envolvem candidaturas das Eleições de 2012, a gravação tida como ilícita pela Corte Regional, de fato, não pode subsistir e deve ser considerada nula por não ter sido previamente autorizada judicialmente nem produzida com a finalidade de ser utilizada em processo penal.

*Como se vê, ao contrário do que preconiza o recorrente, a jurisprudência desta Corte Superior para as Eleições de 2012 é **firme e consolidada** no sentido da ilicitude dos elementos probatórios colhidos por meio de gravação ambiental clandestina.*

Desse modo, está correto o entendimento do TRE/MG, de que deve ser tida por ilícita a gravação ambiental discutida nos presentes autos, sendo imprestáveis os elementos probatórios dela decorrentes.

*Por essas razões e nos termos do art. 36, § 6º, do Regimento Interno do Tribunal Superior Eleitoral, **nego seguimento ao recurso especial interposto pelo Ministério Público Eleitoral.***



Conforme relatado, o agravante sustenta, em síntese, a licitude da prova consistente na gravação ambiental feita por um dos interlocutores, sem autorização judicial.

Reafirmo os fundamentos acima, asseverando, por oportuno, que o agravante não apresentou argumentos suficientes para infirmá-los.

Conforme assinaei na decisão agravada, de acordo com a moldura fática delineada pelo acórdão regional, o Tribunal a quo considerou ilícitas a gravação ambiental realizada e as provas dela derivadas sob o fundamento de ser necessária a autorização judicial. Nesse sentido, destaco novamente os seguintes trechos do acórdão regional (fls. 323-328):

Trata o Recurso Eleitoral nº 388-73 de representação por captação ilícita de sufrágio, enquanto o Recurso Eleitoral nº 389-58, de ação de investigação judicial eleitoral por abuso de poder econômico, estando os autos apensos por analisarem os mesmo fatos, embora sob óticas diferentes.

Como é cediço, para a configuração do ilícito previsto no art. 41-A da Lei nº 9.504 de 1997, é necessária a comprovação de oferecimento de bens ou vantagens a eleitor, condicionado à obtenção do voto. Nesse sentido, exige-se que as circunstâncias da oferta não deixem dúvidas quanto à intenção do doador de comprar o voto.

Os julgados do TSE apontam para a necessidade de prova robusta e incontroversa a demonstrar a ocorrência da compra de votos.

[...]

Conforme conta [sic] da inicial, tem-se que, tanto a captação ilícita de sufrágio, quanto o abuso de poder econômico, teriam sido evidenciados pelo oferecimento de vantagens a candidata a Vereadora Geslane Alves da Silva, em troca de sua renúncia, apoio político e de seu voto.

Buscando comprovar os fatos narrados, foi trazida aos autos gravação de conversa acontecida na casa do representado/investigado Luiz da Silva Castro durante reunião com a Sra. Geslane. Entretanto, tal prova deve ser afastada dos autos, por se tratar de prova ilícita, como concluí ao acolher a preliminar suscitada pelos recorrentes.

Resta analisar as demais provas coligidas aos autos, se contaminadas pela ilicitude, em razão da teoria dos frutos da árvore envenenada.

Foi realizada audiência de instrução referente às duas ações em comento, quando se ouviu duas testemunhas e uma informante.

A testemunha Ester Silva Santos Siqueira, fl. 61 do Recurso Eleitoral nº 388-73, foi quem orientou a Sra. Geslane a gravar a reunião, emprestando a ela seu aparelho celular para tal finalidade. Seu depoimento é baseado naquilo que diz ter escutado nas gravações.

[...]

As demais assertivas da testemunha, relatando fatos anteriores à gravação, não evidenciam compra de votos, mas tão somente solicitação de apoio político ao recorrente Carlinhos Barbosa Xavier, sem oferecimento de qualquer vantagem em contrapartida.

[...]

Roberto Meire da Rocha, testemunha compromissada, em seu depoimento à fl. 63, não traz nenhum elemento capaz de comprovar a ocorrência de captação de sufrágio ou abuso de poder.

[...]

Geslane Alves Macedo foi ouvida como informante (fls. 65 e 66), uma vez estar diretamente envolvida nos fatos narrados nas iniciais dos dois processos.

[...]

Não há, portanto, qualquer prova robusta que possa levar a conclusão de que houve a prática de captação ilícita, ou abuso de poder, perpetrados pelos recorrentes.

A própria sentença, entendendo lícita a gravação ambiental da conversa entabulada entre os recorrentes e Gislane, nela se amparou para condenar os então representados/investigados.

[...]

Na ação penal juntada aos autos, verifica-se que também a conclusão do relatório da Polícia Civil de Turmalina (fls. 149-152 do Recurso Eleitoral nº 388-73, fls. 139-142 do Recurso Eleitoral no 389-58) ampara-se na gravação da Conversa.

[...]

Considerando que a gravação não pode ser aqui admitida como meio de prova, e estando os depoimentos prestados amparados nessa gravação, concluo que o acervo probatório está contaminado de ilicitude, sendo inapto a embasar qualquer condenação nas ações em comento. [Grifo nosso.]

O tema das gravações ambientais tem sido reiteradamente debatido por esta Corte, com manifestações eruditas sobre a necessidade de ser novamente analisada a interpretação adotada para o pleito de 2012, em relação ao qual se consolidou o entendimento de que a utilização desse tipo de gravação em procedimentos de natureza não criminal é ilícita, por afronta ao direito à intimidade estampado no art. 5º, X, da Constituição Federal.

Com efeito, esta Corte Superior já firmou orientação no sentido da ilicitude da prova colhida por meio de gravação ambiental clandestina, sem autorização judicial e em violação à privacidade e à intimidade dos



interlocutores, a partir do julgamento do REspe 344-26, em 16.8.2012, da relatoria do Ministro Marco Aurélio, como se vê da respectiva ementa:

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 344-26, rel. Min. Marco Aurélio, DJE de 28.11.2012, grifo nosso.)

Esse entendimento foi reiterado em diversos feitos relativos às Eleições de 2012. Nesse sentido, cito os seguintes julgados: REspe 577-90, de rel. Min. Henrique Neves da Silva, DJE de 7.8.2014; AgR-REspe 515-51, rel. Min. Luciana Lóssio, DJE de 15.4.2014; AgR-RO 2614-70, rel. Min. Luciana Lóssio, DJE de 7.4.2014.

Em todos esses casos, ficou assentada a inaplicabilidade do entendimento firmado na QO-RG-RE 538.937, porquanto o caso julgado pelo Supremo Tribunal Federal não se referiu à gravação ambiente para prova com vistas à desconstituição do mandato.

Em razão dos múltiplos precedentes existentes para o pleito de 2012, esta Corte Superior reconheceu que eventual alteração da jurisprudência somente poderá atingir pleitos futuros, tendo em vista a necessidade de se observar o princípio da segurança jurídica, como bem anotado pelo eminente Ministro Gilmar Mendes no julgamento do AgR-REspe 821-65:

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.

1. A grave sanção do art. 41-A da Lei nº 9.504/1997 exige a presença de provas lícitas e seguras que indiquem todos os requisitos previstos nessa norma, sendo que a ausência de qualquer deles deve, obrigatoriamente, levar à improcedência do pedido. Entendimento que se reforça com a edição da Lei Complementar nº 135/2010, pois o reconhecimento do ilícito em questão, além de ensejar a grave sanção de cassação de diploma, afasta o político das



disputas eleitorais pelo longo prazo de oito anos (art. 1º, inciso I, alínea j, da LC nº 64/1990).

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 casuísmo.

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 821-65, rel. Min. Gilmar Mendes, julgado em 3.8.2015, grifo nosso.)

Essa compreensão, em favor de interpretação uniforme em relação ao mesmo pleito, já foi reconhecida pelo próprio Supremo Tribunal Federal no seguinte julgado:

II. MUDANÇA DA JURISPRUDÊNCIA EM MATÉRIA ELEITORAL. SEGURANÇA JURÍDICA. ANTERIORIDADE ELEITORAL. NECESSIDADE DE AJUSTE DOS EFEITOS DA DECISÃO. Mudanças radicais na interpretação da Constituição devem ser acompanhadas da devida e cuidadosa reflexão sobre suas consequências, tendo em vista o postulado da segurança jurídica. Não só a Corte Constitucional, mas também o Tribunal que exerce o papel de órgão de cúpula da Justiça Eleitoral devem adotar tais cautelas por ocasião das chamadas viragens jurisprudenciais na interpretação dos preceitos constitucionais que dizem respeito aos direitos políticos e ao processo eleitoral. Não se pode deixar de considerar o peculiar caráter normativo dos atos judiciais emanados do Tribunal Superior Eleitoral, que regem todo o processo eleitoral. Mudanças na jurisprudência eleitoral, portanto, têm efeitos normativos diretos sobre os pleitos eleitorais, com sérias repercussões sobre os direitos fundamentais dos



*cidadãos (eleitores e candidatos) e partidos políticos. No âmbito eleitoral, a segurança jurídica assume a sua face de princípio da confiança para proteger a estabilização das expectativas de todos aqueles que de alguma forma participam dos prélios eleitorais. A importância fundamental do princípio da segurança jurídica para o regular transcurso dos processos eleitorais está plasmada no princípio da anterioridade eleitoral positivado no art. 16 da Constituição. O Supremo Tribunal Federal fixou a interpretação desse artigo 16, entendendo-o como uma garantia constitucional (1) do devido processo legal eleitoral, (2) da igualdade de chances e (3) das minorias (RE 633.703). Em razão do caráter especialmente peculiar dos atos judiciais emanados do Tribunal Superior Eleitoral, os quais regem normativamente todo o processo eleitoral, é razoável concluir que a Constituição também alberga uma norma, ainda que implícita, que traduz o postulado da segurança jurídica como princípio da anterioridade ou anualidade em relação à alteração da jurisprudência do TSE. **Assim, as decisões do Tribunal Superior Eleitoral que, no curso do pleito eleitoral (ou logo após o seu encerramento), impliquem mudança de jurisprudência (e dessa forma repercutam sobre a segurança jurídica), não têm aplicabilidade imediata ao caso concreto e somente terão eficácia sobre outros casos no pleito eleitoral posterior.***

(RE 637.485, rel. Min. Gilmar Mendes, Tribunal Pleno, DJE 20.5.2013, grifos nossos.)

Por isso, entendi não ser possível alterar o entendimento do Tribunal Regional Eleitoral de Minas Gerais, segundo o qual deve ser tida por ilícita a gravação ambiental discutida nos presentes autos, sendo imprestáveis os elementos probatórios dela decorrentes.

Por essas razões, voto no sentido de negar provimento ao agravo regimental interposto pelo Ministério Público Eleitoral.



EXTRATO DA ATA

AgR-REspe nº 388-73.2012.6.13.0336/MG. Relator: Ministro Henrique Neves da Silva. Agravante: Ministério Público Eleitoral. Agravados: Carlinhos Barbosa Xavier e outros (Advogados: Wilson Lourenço da Silva – OAB: 43732/MG e outros).

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

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

SESSÃO DE 7.2.2017.