

O SENHOR MINISTRO DIAS TOFFOLI (Relator): Trata-se de recurso extraordinário cujo objeto vincula-se à observância das regras do jogo democrático e da lisura do processo eleitoral – tanto em seu aspecto substancial quanto procedimental - qual seja, a licitude (ou ilicitude) da prova obtida por meio de gravação ambiental realizada por um dos interlocutores sem o conhecimento dos demais e sem autorização judicial.

Em razão das repercussões jurídicas, sociais e políticas do tema, este Tribunal reconheceu a sua repercussão geral (Tema 979), em acórdão assim ementado:

Direito constitucional. Direito Eleitoral. Ação de Impugnação de Mandato Eletivo - AIME. Prova. Gravação ambiental. Realização por um dos interlocutores sem conhecimento do outro. Jurisprudência do Tribunal Superior Eleitoral no sentido da ilicitude dessa prova, sob o fundamento de que há a necessidade de proteção da privacidade e da honra. **Gravação ambiental que somente seria legítima se utilizada em defesa do candidato, nunca para o acusar da prática de um ilícito eleitoral. Suportes jurídicos e fáticos diversos que afastariam a aplicação da tese de repercussão geral fixada, para as ações penais, no RE nº 583.937. A temática controvertida é apta a replicar-se em diversos processos, atingindo candidatos em todas as fases das eleições e até mesmo aqueles já eleitos. Implicações para a normalidade institucional, política e administrativa de todas as unidades da Federação . Repercussão geral reconhecida.**

(RE 1040515 RG, Rel. Min. Dias Toffoli, Tribunal Pleno, DJe de 07.12.2017).

Naquela assentada, ressaltei que, embora o STF, no julgamento da Questão de Ordem no Recurso Extraordinário nº 583.937/RJ, tenha sufragado a validade da prova obtida por meio de gravação ambiental realizada por um dos interlocutores, a seara eleitoral guarda peculiaridades as quais, inexoravelmente, conduzem à necessidade de uma reflexão mais detida sobre a aplicabilidade daquela posição a este ramo específico do direito.

Revestido de elevada densidade constitucional, reconhecida sob a sistemática da Repercussão Geral, o tema vem sofrendo oscilações jurisprudenciais no âmbito da Justiça Eleitoral, em lides originadas de acaloradas disputas políticas, cujo acirramento pode levar a práticas contrárias aos valores constitucionais os quais devem impregnar e orientar as decisões judiciais neste ramo especializado do Direito.

Justamente em virtude dessas particularidades é que delinearei algumas premissas que irão subsidiar o meu voto e parto da constatação inicial de que o Brasil, sob a égide da Constituição de 1988, mesmo com os desafios e as tensões político-sociais inerentes ao regime democrático, o qual está em permanente construção, vivencia o mais longo período de estabilidade institucional de sua história republicana, cenário que se replica no amadurecimento do processo eleitoral conduzido pela Justiça Eleitoral, totalmente informatizado, dotado de segurança, eficiência e transparência, atributos essenciais para a credibilidade do sistema.

Cediço que essa Justiça Especializada, no papel de guardião da democracia, é o órgão competente para gerir o processo eleitoral em seu duplice aspecto, substancial e instrumental, vale dizer, atua tanto na gestão do cadastro nacional de eleitores e na organização das eleições – atribuições de natureza administrativa -, quanto no exercício da competência tipicamente jurisdicional, ou seja, no julgamento das ações eleitorais previstas na legislação para tutelar os valores e bens jurídicos mais caros ao direito eleitoral, exercendo, ainda, função regulamentar e poder de polícia para melhor execução das normas eleitorais.

No âmbito jurisdicional, as gravações exsurtem como frequentes e relevantes meios de obtenção de prova na busca pela verdade material e elucidação de crimes e ilícitos eleitorais, os quais devem ser utilizados mediante juízo de ponderação e proporcionalidade entre o princípio da ampla liberdade probatória e o da vedação da prova ilícita, observando-se, essencialmente, o disposto no art. 5º, LVI, da Carta Magna e no art. 369 do Código de Processo Civil, que assim preceituam, *in verbis* :

CF, art. 5º. (...) LVI - são inadmissíveis, no processo, as provas obtidas por meios ilícitos;

CPC, art. 369. As partes têm o direito de empregar todos os meios legais, bem como os moralmente legítimos, ainda que não especificados neste Código, para provar a verdade dos fatos em que se funda o pedido ou a defesa e influir eficazmente na convicção do juiz.

A liberdade probatória, portanto, não consubstancia direito absoluto e o seu exercício encontra limites na preservação da privacidade e intimidade daqueles que assumirem a posição de réus, representados ou investigados no âmbito do processo eleitoral.

Tais balizas se harmonizam com a lisura e a moralidade que devem nortear os atores envolvidos no jogo político e viabilizam a expurgar práticas desleais e as perniciosas guerras jurídicas, largamente difundidas como “ *lawfare* ”, que deturpam o acesso à jurisdição para o alcance de objetivos espúrios que não seriam possíveis pelos meios lícitos e moralmente legítimos.

Trata-se de questão da mais alta relevância, na medida em que alguns partidos e candidatos, inconformados com a derrota nas urnas, buscam reverter o resultado da disputa em flagrante desrespeito aos ditames da boa-fé e da cooperação que devem nortear a atuação das partes, “para que se obtenha, em tempo razoável, decisão de mérito justa e efetiva” (art. 6º do CPC), maculando-se, em última análise, os princípios democrático e da soberania popular.

Firmadas essas breves premissas, passo ao voto.

1) Ilegitimidade recursal do Ministério Público ante a ausência de impugnação do registro de candidatura / Preliminar suscitada em contrarrazões:

Não merece prosperar a preliminar suscitada pelo recorrido em suas contrarrazões, em que defende a ilegitimidade do Ministério Público Eleitoral para recorrer da decisão que confirmou o deferimento de seu registro de candidatura, ante a não apresentação de impugnação ao pedido de registro, porquanto a hipótese dos autos abrange o ajuizamento de ação de impugnação de mandato eletivo.

Trata-se de vias processuais autônomas, com objetos, fases e consequências distintas, a saber, enquanto o processo de registro de candidatura disciplinado no art. 3º e seguintes da LC n. 64/90 (Lei de Inelegibilidades) destina-se à verificação da registrabilidade dos candidatos escolhidos nas convenções partidárias, ou seja, se preenchem as condições de elegibilidade e não incidem sobre alguma causa de inelegibilidade, a ação de impugnação de mandato eletivo (AIME), prevista no art. 14, par. 10, da CF, tem cabimento após a diplomação dos eleitos, nas hipóteses de fraude, corrupção ou abuso do poder econômico.

Logo, inexistente óbice para atuação ministerial no âmbito da AIME, sobretudo porque, ainda que se tratasse, nestes autos, de processo de registro de candidatura, esta Suprema Corte fixou, no bojo do ARE nº 728.188/RJ, julgado sob a sistemática da repercussão geral (Tema 680), que o Ministério Público Eleitoral tem legitimidade para recorrer de decisão que defere pedido de registro de candidatura, ainda que não tenha apresentado impugnação anterior aos autos, por força do disposto no art. 127 da Constituição da República. Eis a ementa do julgado:

RECURSO EXTRAORDINÁRIO. MATÉRIA ELEITORAL. LEGITIMIDADE DO MINISTÉRIO PÚBLICO PARA RECORRER DE DECISÃO QUE DEFERE REGISTRO DE CANDIDATURA, AINDA QUE NÃO HAJA APRESENTADO IMPUGNAÇÃO AO PEDIDO INICIAL. SEGURANÇA JURÍDICA. RECURSO A QUE SE NEGA PROVIMENTO. REPERCUSSÃO GERAL. FIXAÇÃO DA TESE A PARTIR DAS ELEIÇÕES DE 2014, INCLUSIVE.

I - O Ministério Público Eleitoral possui legitimidade para recorrer de decisão que julga o pedido de registro de candidatura, mesmo que não haja apresentado impugnação anterior.

II – Entendimento que deflui diretamente do disposto no art. 127 da Constituição Federal.

III – Recurso extraordinário a que se nega provimento por razões de segurança jurídica.

IV – Fixação da tese com repercussão geral a fim de assentar que a partir das eleições de 2014, inclusive, o Ministério Público Eleitoral tem legitimidade para recorrer da decisão que julga o pedido de registro de candidatura, ainda que não tenha apresentado impugnação.

(ARE 728188, Rel. Min. Ricardo Lewandowski, Tribunal Pleno, DJe de 12.08.2014)

Rejeito, portanto, a preliminar.

2) Ausência de prejudicialidade do recurso extraordinário – objetivação da questão inserida na Sistemática de Repercussão Geral

No tocante a este ponto, cumpre registrar que o recurso extraordinário em apreço tem origem em ajuizamento de ação de impugnação de mandato eletivo (AIME) ajuizada em desfavor do ora recorrido, candidato a prefeito nas eleições de 2012.

Como cediço, tal instrumento processual com assento no art. 14, par. 10, da CF, tem por objeto a cassação dos mandatos obtidos de forma ilegítima, sempre que comprovados corrupção, fraude ou abuso de poder econômico. Eis a dicção da norma constitucional:

Art. 14. [...]

§ 10. O mandato eletivo poderá ser impugnado ante a Justiça Eleitoral no prazo de quinze dias contados da diplomação, instruída a ação com provas de abuso do poder econômico, corrupção ou fraude.

Tem-se, portanto, que, uma vez exaurido o mandato do recorrido em 2016, eventual provimento deste apelo extremo nenhum efeito surtirá sobre o caso concreto, nem mesmo secundário, o que, num primeiro juízo poderia levar à conclusão de sua prejudicialidade, não fosse o reconhecimento da repercussão geral acerca do tema, o que enseja a objetivação do processo e dá ensejo ao seu prosseguimento, na linha da remansosa jurisprudência deste Tribunal. Nesse sentido:

Direito Constitucional. Agravo Regimental em Recurso Extraordinário. Provimento para afastar prejuízo. Objetivação do processo. Reconhecimento da repercussão geral da matéria. 1. Agravo regimental interposto contra decisão monocrática que, após o início do julgamento do recurso extraordinário, declarou extinto o processo sem exame do mérito devido ao falecimento da parte. **2. O Plenário do Supremo Tribunal Federal assentou o entendimento de que, uma vez objetivado o processo com reconhecimento da repercussão geral, o julgamento deve prosseguir a fim de que seja fixada a tese, independentemente do interesse subjetivo que esteja em jogo .** 3. Agravo regimental provido para entender não prejudicado o recurso extraordinário e determinar o prosseguimento do julgamento.

(RE 657718 AgR, Rel. Min. Marco Aurélio, Rel. para o acórdão: Min. Roberto Barroso, Tribunal Pleno, DJe de 25.10.2019)

Com efeito, é inegável a densidade constitucional do tema, que extrapola os interesses subjetivos das partes, na medida em que impacta diretamente o processo eleitoral e, em última instância, a própria democracia, razão pela qual este Supremo Tribunal Federal reconheceu a repercussão geral da matéria (Tema 979), o que dá azo à superação do óbice relativo ao conhecimento do presente recurso extraordinário.

3) Mérito do Tema n. 979 inscrito na Sistemática da Repercussão Geral:

É cediço que o Supremo Tribunal Federal endossa, no que tange às provas, no processo criminal, a validade das gravações ambientais efetuadas por um dos interlocutores sem o conhecimento do outro quando não há causa legal de sigilo, orientação reafirmada em sede de repercussão geral, em acórdão assim ementado:

ACÇÃO PENAL. Prova. Gravação ambiental. Realização por um dos interlocutores sem conhecimento do outro. Validade. Jurisprudência reafirmada. Repercussão geral reconhecida. Recurso extraordinário provido. Aplicação do art. 543-B, § 3º, do CPC. É lícita a prova consistente em gravação ambiental realizada por um dos interlocutores sem conhecimento do outro.

A partir desse entendimento firmado em sede de repercussão geral no Supremo Tribunal Federal formou-se o consenso jurisprudencial de que é válida a gravação ambiental como prova no processo judicial penal, ainda que efetuada por um dos interlocutores sem o conhecimento do outro, desde que não esteja presente causa legal de sigilo.

Assim, já que inexistente causa legal de sigilo ou qualquer outro imperativo de reserva para a gravação ambiental, não se verificaria a violação de nenhum bem jurídico. Sendo esse o entendimento, não cabe invocar-se a cláusula de reserva de jurisdição prevista no art. 5º, inciso XII, da Constituição Federal, a qual se aplicaria somente às interceptações de comunicações telefônicas, hipótese diversa da gravação ambiental.

Todavia, conforme já me manifestei por ocasião da objetivação do tema em análise, embora o STF, no julgamento da Questão de Ordem no Recurso Extraordinário nº 583.937/RJ, tenha albergado a tese da validade da prova obtida por meio de gravação ambiental realizada por um dos interlocutores, a seara eleitoral, como observado nas premissas iniciais deste voto, guarda peculiaridades, as quais, inexoravelmente, conduzem à necessidade de uma reflexão mais detida sobre a utilização desse recurso, para fins processuais, nesse ramo específico do Direito.

No âmbito do TSE, o tema vem oscilando, ora pendendo para a legalidade, ora para a ilegalidade desse meio probatório, o que reforça a necessidade de se firmar a orientação para que, doravante, o processo instrumental eleitoral oriente-se por balizas claras, promovendo segurança jurídica aos que dele participam.

Em **2008**, adotou-se a tese de que “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”. (Respe nº 541-78/AL, Rel. Min. Luciana Lóssio, DJE de 05.08.2014). Tal orientação persistiu nas eleições de **2010** (RO nº 1904-61/RR) e 2012, como se verifica dos elucidativos precedentes a seguir transcritos:

ELEIÇÕES 2012 . AGRADO REGIMENTAL. AÇÃO DE INVESTIGAÇÃO JUDICIAL ELEITORAL. PREFEITO. MULTA. CONDUTA VEDADA. ART. 73, INCISOS IV E VI, b, DA LEI Nº 9.504/97. GRAVAÇÃO AMBIENTAL REALIZADA POR UM DOS INTERLOCUTORES. DEPOIMENTO TESTEMUNHAL DO RESPONSÁVEL PELA GRAVAÇÃO. CONTAMINAÇÃO. ILICITUDE DA PROVA. PROVIMENTO PARCIAL. SEGURANÇA JURÍDICA. DESPROVIMENTO.

1. Na linha da jurisprudência do TSE consolidada para as eleições de 2012, é ilícita a prova obtida por meio de gravação ambiental realizada por um dos interlocutores, sem anuência dos demais e sem autorização judicial. Precedentes .

2. Padece de nulidade, por derivação, o depoimento prestado por testemunha não arrolada na inicial e responsável pela gravação clandestina. Nesse sentido: "é ilícito, por derivação, o depoimento da testemunha que fez a gravação ambiental tida por ilegal" (AgR-REspe nº 661-19/BA, Rel. Min. Maria Thereza, DJe de 5.11.2015).

3. Em homenagem aos princípios da segurança jurídica e da isonomia, eventual alteração da jurisprudência acerca do tema deve ocorrer apenas

em relação a pleitos futuros, mantendo-se, *in casu*, a orientação firmada para as eleições de 2012.

4. Reconhecida a ilicitude dos aludidos elementos probatórios, determina-se o retorno dos autos à instância regional, para novo julgamento do feito, com exclusão da prova fulminada pela nulidade.5. Agravo regimental desprovido.

(Respe nº 973-39/SP, Rel. Min. Tarcisio Vieira De Carvalho Neto, DJE de 06/03/2018).

ELEIÇÕES 2012 . RECURSO ESPECIAL ELEITORAL. PRODUÇÃO DE PROVAS EM INQUÉRITO CIVIL PÚBLICO. GRAVAÇÃO AMBIENTAL REALIZADA POR UM DOS INTERLOCUTORES EM LOCAL PRIVADO SEM PRÉVIA AUTORIZAÇÃO JUDICIAL E SEM O CONHECIMENTO DOS DEMAIS. ILICITUDE DA PROVA. RECURSO ESPECIAL ELEITORAL PROVIDO.

1. É ilícita a gravação ambiental realizada sem prévia autorização judicial, em recinto privado, por um dos interlocutores e sem a ciência dos demais.

2. O particular não detém legitimidade para exercer ato investigatório típico da função de Estado, nem para produzir provas por meio de gravações clandestinas de som e imagem, sob pena de violar direitos fundamentais.

3. O particular que atua por conta própria ou sob o comando de autoridade policial ou do Ministério Público deve observar regras constitucionais previstas no art. 5º, incisos XI e LIV, bem como legais, a exemplo das restrições previstas aos agentes infiltrados nas Leis nº 11.343/2006 e nº 12.850/2013.

4. Por fim, conforme jurisprudência firmada nesta Corte, a segurança jurídica presente no princípio constitucional da anterioridade eleitoral recomenda que, nas eleições de 2012, deve ser observada a tese da ilicitude da gravação ambiental realizada por um dos interlocutores sem o conhecimento do outro.5. Recurso especial eleitoral provido.

(Respe nº 1003-27/SP, Rel. designado Min. Gilmar Mendes, DJE de 03/08/2018).

No mesmo sentido: “1. A gravação clandestina, materializada na obtenção de conversa por um dos interlocutores sem o conhecimento do outro, se afigura prova ilícita na seara eleitoral, ex vi do art. 5º, LVI, da Constituição de 1988, entendimento cristalizado na jurisprudência do Tribunal Superior Eleitoral para os feitos alusivos às eleições de 2012” [...] (Respe nº 2-35/RR, Rel. designado Min. Luiz Fux, DJE - de 22/03/2018).

RECURSO ESPECIAL. ELEIÇÕES 2012. REPRESENTAÇÃO. CAPTAÇÃO DE SUFRÁGIO. CONDUTA VEDADA. GRAVAÇÃO AMBIENTAL. PROVA ILÍCITA.

[...]

3. Esta Corte Superior 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 (REspe nº 577-90, rel. Min. Henrique Neves, DJe de 7.8.2014; AgR-REspe nº 515-51, rel. Min. Luciana Lóssio, DJe 15.4.2014; AgR-RO nº 2614-70, rel. Min. Luciana Lóssio, DJe de 7.4.2014).

4. A exceção à regra da ilicitude da gravação ambiental feita sem o conhecimento de um dos interlocutores e sem autorização judicial ocorre quando a mídia registra fato que ocorreu à luz do dia, em local público desprovido de qualquer controle de acesso, pois, nesse caso, não há violação à intimidade ou quebra da expectativa de privacidade (REspe nº 1660-34, rel. Min. Henrique Neves, DJe de 14.5.2015), o que não se aplica ao caso dos autos.

Agravo regimental a que se nega provimento.

(REspe nº 98-26/PI, Rel. Min. Henrique Neves Da Silva, DJE de 09/10/2015)

Cito, ainda: REspe nº 539-80/PA, Rel. Tarcisio Vieira De Carvalho Neto, DJE de 20/11/2017; Respe nº 2-53/PA, Rel. Min. Henrique Neves Da Silva, DJE de 26/10/2016, entre outros.

Nas eleições gerais de **2014** tal orientação também preponderou, havendo sinalização de mudança no pleito municipal de **2016**, conforme histórico sintetizado no seguinte julgado do TSE:

ELEIÇÕES 2016. AGRAVO REGIMENTAL. RECURSO ESPECIAL. CAPTAÇÃO ILÍCITA DE SUGRÁRIO. PROVA ROBUSTA. AUSÊNCIA. GRAVAÇÃO AMBIENTAL. INDUZIMENTO. ADVERSÁRIO POLÍTICO. ILEGALIDADE. DEPOIMENTO DA TESTEMUNHA QUE PRODUZIU O VÍDEO. ILICITUDE POR DERIVAÇÃO. DESPROVIMENTO.

1. O Supremo Tribunal Federal, em recurso extraordinário submetido ao regime de repercussão geral, firmou ser lícita a prova consistente em gravação ambiental feita por um dos interlocutores sem conhecimento do outro, desde que não haja causa legal de sigilo, tampouco de reserva da conversação, e, sobretudo, quando usada para defesa própria em procedimento criminal (RE nº 583937 QO-RG/RJ, Rel. Min. Cezar Peluso, DJe de 18.12.2009).

2. A jurisprudência do TSE, inicialmente, firmou-se no sentido de que a gravação ambiental, ainda que feita por um dos interlocutores, somente seria considerada lícita se precedida de autorização judicial e quando utilizada para viabilizar a defesa em feitos criminais.

3. Posteriormente, esta Corte, relativizando a regra da ilicitude das gravações ambientais na seara eleitoral, passou a considerar válida a gravação audiovisual feita em ambiente aberto, justamente por não haver mácula ao direito à privacidade. 4. Prevaleceu, para as eleições de 2012 e 2014, a tese de que é prova ilícita a gravação ambiental feita de forma clandestina, sem autorização judicial, em ambiente fechado ou sujeito à expectativa de privacidade.

5. Para o pleito de 2016 e seguintes, este Tribunal sinalizou a necessidade de amoldar seu entendimento ao raciocínio firmado, embora no âmbito penal, pelo Supremo Tribunal Federal. O assunto começou a ser tratado no julgamento do REspe nº 2-35/RN, relativo às eleições de 2012, iniciado em 9.2.2017. Conquanto não tenha sido fixada tese, os e. Ministros Herman Benjamin e Gilmar Mendes registraram, respectivamente, que "o peso que essa prova adquirirá - pelas circunstâncias que envolvem o processo eleitoral - é questão a ser aferida no caso concreto. **Sendo certa ou muito provável a sua fragilidade, pelos ânimos e meios dirigidos à sua**

produção, deve ser avaliada com cuidado pelo julgador e preferencialmente acompanhar outras provas " e " é preciso perscrutar os motivos do autor da gravação, sua necessidade, adequação e ponderar os interesses envolvidos ".

6. A valoração da prova, especialmente consideradas as circunstâncias em que produzida, 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, às vezes, extrapolam o limite da ética e da legalidade.

7. Na espécie, a gravação ambiental foi produzida pela eleitora testemunha Cláudia Heidmann da Silva, em sua própria residência, ou seja, em ambiente cujos direitos à privacidade e à intimidade, se necessário, devem ser sopesados.

8. O TRE/RS relatou, de forma bastante evidente, a rivalidade entre os "lados" "Cezar" e "Aldi", os quais, ainda segundo o acórdão, em determinadas situações, agiam, nitidamente, de maneira reprovável.

9. A eleitora testemunha não produziu a gravação ambiental espontaneamente, mas induzida pelo "lado Cezar": "promoveu a gravação autorizada por 'Valdori' (que era com quem contava a respeito do 'negócio da gravação', e, inclusive, motivava a realização do ato)" (fl. 268v); "Disse que Valdori orientou no sentido de que se o 'lado' de Aldi ligasse era pra aceitar as propostas e gravar" (fl. 268v); "Observou possuir o gravador há três ou quatro dias, o qual lhe foi entregue por um dos auxiliares de campanha de Cezar (Edson), vinculado ao PT" (fl. 268v); "a alegada pressão da candidatura adversária em relação à Cláudia, para gravar a realização da proposta" (fl. 269v). Cláudia Heidmann da Silva agiu também motivada pela sensação de débito/agradecimento assumidamente pressionada pela sensação de débito para com o lado de "Cezar"" (fl. 268v) , visto que seu marido recebeu auxílio do Município de Vitória das Missões/RS na época em que Cezar Coletto, candidato vencido, era prefeito e que o "lado de Cezar" havia "prometido uma função profissional acaso não passasse no já citado concurso municipal prometido pelos candidatos adversários, Aldi Minetto e Luciano Lutzer" (fl. 268v).

10. Conquanto os interlocutores gravados tenham ido voluntariamente ao encontro da eleitora e não tenham agido de maneira induzida, Cláudia Heidmann da Silva, tendo em vista o motivo pelo qual confeccionou a gravação, não detém legitimidade para tal, porquanto atuou, ainda que

inadvertida e indiretamente, como *longa manus* do candidato adversário vencido .

11. O ato de o ora agravante Cezar Coletto se utilizar de uma gravação ambiental produzida antes das eleições (11.9.2016) somente em 7.10.2016, quando já proclamado o resultado a ele desfavorável, fere o princípio da proporcionalidade, pois, ciente da gravação, deveria ter adotado medidas imediatas.

12. O reconhecimento da ilegalidade da gravação ambiental, no caso dos autos, gizadas as suas peculiaridades, é medida que se impõe.

13. Quanto ao depoimento da testemunha Cláudia Heidmann da Silva, por se tratar da autora da gravação aqui tida como ilícita, reputa-se ilícito por derivação. Precedente.

14. Ausente prova robusta da prática de captação ilícita de sufrágio, a AIJE deve ser julgada improcedente, afastando-se a condenação confirmada pela Corte Regional.

15. Agravo regimental desprovido.

(Respe nº 399-41/RS, Rel. Min. Tarcisio Vieira De Carvalho Neto, DJE de 27/03/2019)

A viragem jurisprudencial ocorreu no transcorrer dos feitos alusivos ao pleito de **2016** , firmando-se as seguintes teses, tanto para os feitos criminais, quanto para os cíveis eleitorais:

AGRAVO INTERNO. RECURSO ESPECIAL. ELEIÇÕES 2016. AÇÃO PENAL. CRIME. CORRUPÇÃO ELEITORAL. ART. 299 DO CÓDIGO ELEITORAL. GRAVAÇÃO AMBIENTAL. RECINTO PRIVADO. SUPOSTA ILICITUDE. DISSÍDIOS PRETORIANOS. AUSÊNCIA DE SIMILITUDE FÁTICA. SÚMULA 28/TSE. INDUZIMENTO. ADVERSÁRIO POLÍTICO. REEXAME DE FATOS E PROVAS. INVIABILIDADE. SÚMULA 24/TSE. NEGATIVA DE PROVIMENTO.

1. No *decisum* agravado, de relatoria do e. Ministro Jorge Mussi, mantiveram-se sentença e aresto do TRE/SC nos quais se reconheceu a lícitude de gravação ambiental e, no mérito, se condenou o agravante – não

eleito ao cargo de prefeito de Ponte Serrada/SC em 2016 – pelo crime de corrupção eleitoral (art. 299 do Código Eleitoral), haja vista a entrega de quantia em dinheiro a dois eleitores em troca de votos e para que aliciassem outros votantes.

2. O TSE decidiu que para as Eleições 2016 é lícita, como regra, a gravação ambiental feita por um dos interlocutores sem o consentimento dos demais e sem chancela judicial, seja em ambiente público ou particular. Alinhou-se, assim, à jurisprudência do Pretório Excelso, firmada sob o regime de repercussão geral – QO-RG-RE 583.937, Rel. Min. Cezar Peluso, DJE de 18/12/2009 (Tema 237) –, no sentido de serem lícitos, em ações penais, áudios ou vídeos confeccionados de forma clandestina por um dos participantes do diálogo.

3. As premissas fáticas do aresto *a quo* evidenciam que **a iniciativa da gravação foi do próprio eleitor corrompido, sem nenhuma espécie de induzimento ou de atuação de adversários**. De acordo com o TRE/SC, do depoimento de Adriano [eleitor] percebe-se claramente que a iniciativa [...] foi sua, e não da oposição de Antoninho [agravante]. Adriano efetivamente não recebeu dinheiro para conseguir o áudio comprometedor".

4. Conclusão diversa – quanto à suposta participação de adversários políticos do agravante – demandaria reexame de fatos e provas, inviável em sede extraordinária, a teor da Súmula 24/TSE.5. Não tendo havido, ademais, impugnação quanto à conduta propriamente dita, mantém-se o édito condenatório.6. Agravo interno a que se nega provimento.

(Respe nº 060208772/SC, Rel. Min. Luis Felipe Salomão, DJE de 10/03/2021)

Em processos cíveis eleitorais, o *leading case* foi o Respe n. 408-98/SC, da relatoria do e. Min. Edson Fachin, em acórdão no qual inaugurou-se a seguinte tese, aplicável para as eleições de **2016** e seguintes:

ELEIÇÕES 2016. RECURSO ESPECIAL ELEITORAL. AÇÃO DE INVESTIGAÇÃO JUDICIAL ELEITORAL. VEREADOR. ART. 41-A DA LEI Nº 9.504/97. ART. 22 DA LC Nº 64/90. PRELIMINAR. GRAVAÇÃO AMBIENTAL REALIZADA POR UM DOS INTERLOCUTORES SEM AUTORIZAÇÃO JUDICIAL. LICITUDE DA PROVA. CAPTAÇÃO ILÍCITA

DE SUFRÁGIO. OFERTA DE BENESSES EM TROCA DE VOTO. CONFIGURAÇÃO. ABUSO DE PODER POLÍTICO OU DE AUTORIDADE. NÃO CARACTERIZADO. AUSÊNCIA DE GRAVIDADE. RECURSO ESPECIAL A QUE SE DÁ PARCIAL PROVIMENTO.

1. A jurisprudência que vem sendo aplicada por este Tribunal Superior, nos feitos cíveis-eleitorais relativos a eleições anteriores a 2016, é no sentido da ilicitude da prova obtida mediante gravação ambiental realizada por um dos interlocutores sem o conhecimento dos demais e desacompanhada de autorização judicial, considerando-se lícita a prova somente nas hipóteses em que captada em ambiente público ou desprovida de qualquer controle de acesso .

2. Não obstante esse posicionamento jurisprudencial, mantido mormente em deferência ao princípio da segurança jurídica, entendimentos divergentes já foram, por vezes, suscitados desde julgamentos referentes ao pleito de 2012, amadurecendo a compreensão acerca da licitude da gravação ambiental realizada por um dos interlocutores sem o conhecimento dos demais e sem autorização judicial.

3. À luz dessas sinalizações sobre a licitude da gravação ambiental neste Tribunal e da inexistência de decisão sobre o tema em processos relativos às eleições de 2016, além da necessidade de harmonizar o entendimento desta Corte com a compreensão do STF firmada no RE nº 583.937/RJ (Tema 237), é admissível a evolução jurisprudencial desta Corte Superior, para as eleições de 2016 e seguintes, a fim de reconhecer, como regra, a licitude da gravação ambiental realizada por um dos interlocutores sem o conhecimento do outro e sem autorização judicial, sem que isso acarrete prejuízo à segurança jurídica .

4. A despeito da repercussão geral reconhecida pelo STF no RE nº 1.040.515 (Tema 979) acerca da matéria relativa à (i)licitude da gravação ambiental realizada por um dos interlocutores sem o conhecimento dos demais nesta seara eleitoral, as decisões deste Tribunal Superior sobre a temática não ficam obstadas, dada a celeridade cogente aos feitos eleitorais.

5. Admite-se, para os feitos referentes às Eleições 2016 e seguintes, que sejam examinadas as circunstâncias do caso concreto para haurir a licitude da gravação ambiental. Ou seja, a gravação ambiental realizada por um dos interlocutores sem o consentimento dos demais e sem autorização judicial, em ambiente público ou privado, é, em regra, lícita, ficando as excepcionalidades, capazes de ensejar a invalidade do conteúdo gravado,

submetidas à apreciação do julgador no caso concreto, de modo a ampliar os meios de apuração de ilícitos eleitorais que afetam a lisura e a legitimidade das eleições .

6. No caso, analisando o teor da conversa transcrita e o contexto em que capturado o áudio, a gravação ambiental afigura-se lícita, visto que os recorrentes protagonizaram o diálogo, direcionando-o para **oferta espontânea de benesses à eleitora, de modo que restou descaracterizada a situação de flagrante preparado** .

[...]

12. Recurso especial parcialmente provido apenas para afastar a configuração do abuso do poder político em relação a ambos os recorrentes, mantendo-se a condenação de Gilberto Massaneiro pela prática de captação ilícita de sufrágio. Julgo prejudicado o pedido de concessão de efeito suspensivo ao recurso especial.

(Respe nº 408-98/SC, Rel. Min. Edson Fachin, DJE de 06/08/2019).

Na mesma linha:

AGRAVO INTERNO. RECURSO ESPECIAL. ELEIÇÕES 2016. VEREADOR. AÇÃO DE INVESTIGAÇÃO JUDICIAL ELEITORAL (AIJE). ABUSO DE PODER ECONÔMICO. CAPTAÇÃO ILÍCITA DE SUFRÁGIO. ARTS. 22 DA LC 64/90 E 41-A DA LEI 9.504/97. PAGAMENTO EM TROCA DE VOTOS. [...]

2. Nos termos da jurisprudência firmada por esta Corte Superior para as Eleições 2016, em regra, afigura-se lícita a gravação ambiental feita por um dos interlocutores, sem o conhecimento dos demais, ainda que em ambiente privado, cabendo ao órgão julgador aquilatar as circunstâncias do caso concreto .

3. No caso, constata-se a licitude da prova, pois, conforme o TRE/MS, "os vídeos [...] revelam apenas imagens capturadas em locais públicos e em ambiente privado – Tênis Clube de Pedro Gomes – cujo acesso é franqueado ao público, e à luz do dia, neles não há captação de conversas, mas apenas o registro de movimentação suspeita dos recorrentes em via pública ".[...] (Respe nº 15782, Rel. Min. Luis Felipe Salomão, de 16/11/2020).

ELEIÇÕES 2016. AGRAVO INTERNO EM RECURSO ESPECIAL. AIME. PROVAS DE GRAVAÇÃO AMBIENTAL REALIZADAS POR UM DOS INTERLOCUTORES SEM O CONHECIMENTO DOS DEMAIS. CASO CONCRETO. LICITUDE. JURISPRUDÊNCIA DO TSE. RETORNO DOS AUTOS À ORIGEM. NEGADO PROVIMENTO AO AGRAVO INTERNO .

1. O Tribunal de origem considerou ilícitas as provas de gravação ambiental apresentadas pelos impugnantes por entender que as gravações foram realizadas em situações nas quais havia expectativa de sigilo e privacidade, bem como porque, no caso de algumas delas, houve induzimento da conversa por parte do interlocutor responsável pela gravação .

2. Consoante a jurisprudência do TSE, em regra, deve ser admitida a licitude da gravação ambiental realizada por um dos interlocutores sem o consentimento dos demais e sem autorização judicial, em ambiente público ou privado, ficando as excepcionalidades, capazes de desautorizar a utilização do conteúdo da gravação, submetidas à apreciação do julgador no caso concreto. Precedentes.

3. No caso, as gravações realizadas sem o induzimento da conversa por parte do interlocutor que as realizou são válidas e devem ser consideradas pelo Tribunal de origem para a formação de seu entendimento acerca do mérito da demanda.

4. Não prospera o argumento dos agravantes de que as provas não poderiam ter sido consideradas válidas, por se tratar de gravações clandestinas, sendo que "não há nos autos qualquer registro de que os interlocutores foram os responsáveis pelas indigitadas gravações".

5. No acórdão regional, toda a fundamentação exposta pelo relator sobre a licitude ou ilicitude das gravações ambientais está baseada na premissa de que estas foram colhidas por um dos interlocutores dos respectivos diálogos e, além disso, consta expressamente do voto vencido, cujo conteúdo não contraria as premissas fáticas do voto vencedor, que as gravações foram, todas elas, realizadas por um dos interlocutores das conversas, não se tratando de interceptações produzidas por terceiros estranhos aos diálogos gravados.

6. Conforme a jurisprudência deste Tribunal, o material fático-probatório avaliado pelo voto vencido compõe o acórdão recorrido, desde que não esteja em conflito com o que descrito no voto vencedor. Precedentes. 7. Alicerçada a decisão impugnada em fundamentos idôneos e constatada a inexistência de argumentos hábeis a modificá-la, deve-se negar provimento ao agravo interno. 8. Negado provimento ao agravo interno.

(Respe nº 195/PI, Rel. Min. Og Fernandes, DJE de 12/06/2020)

Cumpre definir a questão, a fim de garantir a segurança jurídica, um dos principais sustentáculos do Estado Democrático de Direito, com especial relevância no processo eleitoral, cuja dinâmica e celeridade requerem de todos os atores e operadores desse ramo específico balizas claras as quais orientarão as regras do jogo.

Alguns acham que o entendimento sufragado, desde 2009, pelo STF, no âmbito criminal, aplica-se ao processo eleitoral, enquanto outros entendem que, devido às peculiaridades deste último, tal orientação não seria aplicável, ou seja, seria inafastável a cláusula de reserva de jurisdição prevista no art. 5º, inciso XII da Constituição Federal, a qual se amoldaria tanto às interceptações de comunicações telefônicas, quanto às gravações ambientais.

Rogando vênias às respeitáveis opiniões contrárias, filio-me à segunda corrente, conforme já sinalizei quando do reconhecimento da repercussão geral do Tema n. 979, partindo das premissas já formuladas neste voto, no sentido de que a liberdade probatória não se reveste de caráter absoluto, devendo ser resguardados os direitos e garantias fundamentais assegurados no texto constitucional, robustecidas pela primazia do aproveitamento do voto, expressão da soberania popular, cujo resultado só pode ser informado ou eventualmente invalidado mediante provas robustas e legítimas que revelem, de forma cabal, a ilegitimidade do pleito ou a corrupção da vontade do eleitor.

O Tribunal Superior Eleitoral, no que tange à licitude da gravação ambiental feita sem o conhecimento de um dos interlocutores e sem autorização judicial, até o pleito de 2014, admitiu como prova no processo judicial apenas quando realizada em local público desprovido de controle de acesso, pois, nessas hipóteses, não haveria violação da intimidade ou quebra da expectativa de privacidade.

Tal orientação é a que mais se coaduna com as peculiaridades do processo eleitoral, em que os interesses e as conveniências partidárias e outras, de natureza privada, não raro se sobrepõem à lisura de um processo eleitoral conduzido por debates propositivos e voltados para o interesse coletivo.

Urge expurgar do processo eleitoral – em seu duplo aspecto, substancial e procedimental - as práticas abusivas, presentes, *in casu*, pela utilização desse artifício com a finalidade de desestabilizar a disputa eleitoral e judicializar as eleições com suporte em elementos despidos de legitimidade e moralidade, conforme preconizado tanto no art. 14, par. 9º, da CF, quanto nas regras de boa-fé e cooperação que regem a moderna processualística positivada no CPC/2015, cuja principiologia não se compraz com as vias sub-reptícias e temerárias.

Como bem pontuado no julgamento do AgR-REspe nº 36.359/MS no Tribunal Superior Eleitoral, a prova produzida a partir de gravação ambiental deve ser apreciada com cautela, principalmente em face de uma realidade de disputa eleitoral, até porque, ainda que eventualmente não ilícitas tais medidas entre candidatos ou eleitores, delas pode resultar possível deturpação da lisura da campanha ou injusta manipulação contra participantes da competição eleitoral. Isso porque “o cuidado necessário na valorização dessas provas no âmbito do processo eleitoral, por essa razão, deveria ser muito mais acentuado pela natureza da medida e dos eventuais resultados pretendidos”.

As pertinentes observações feitas pelo Ministro **Gilson Dipp** no precedente citado serviram ao TSE como um convite à reflexão de seu pretérito entendimento quanto à licitude da prova obtida por meio de gravação de conversas por um dos interlocutores sem a ciência do outro, como forma de documentar a ocorrência de eventuais ilícitos a serem apurados em juízo.

Excertos do julgado proferido no RESPE nº 637-61 do Superior Eleitoral bem equacionam a complexidade da questão:

“[As] gravações ambientais realizadas com propósito eleitoral por um dos interlocutores não se equipara àquela situação em que a captação é realizada para garantir elemento de defesa.

No âmbito das lides eleitorais, a real motivação para a captação de imagens e sons está diretamente relacionada com a produção de prova acusatória utilizada em processos que visam à cassação de registros ou diplomas, emprestando-se à conduta penal um caráter meramente coadjuvante.

Disto resulta que a garantia constitucional à privacidade não pode ser afastada sem que haja necessária e prévia decisão judicial que autorize a invasão da intimidade das pessoas gravadas.

Para o Ministro **Gilmar Mendes**,

“[a]s divergências políticas se acentuam durante o período eleitoral, e a disputa pelo voto pode conduzir à criação de armadilhas e subterfúgios entre concorrentes aptos a desqualificá-los durante a corrida eleitoral. Diante dessa realidade, a gravação ambiental deve ser analisada com ressalvas, pois, ainda que realizada por um dos interlocutores, poderia ocultar uma situação de flagrância preparada ou de ardil com vista a prejudicar o concorrente.

Note-se que, diversamente da Justiça Eleitoral, o Supremo Tribunal Federal admite, de forma objetiva, a validade das gravações ambientais como prova nos processos criminais quando não estiver presente causa legal de sigilo.

A interpretação conferida à matéria pela Corte Eleitoral é bem mais peculiar, já que seu escopo é o de coibir que as gravações ambientais sejam utilizadas com promiscuidade, de maneira dissimulada, ardilosa, no intento de produzir incidentes desestabilizadores do pleito eleitoral, como o induzimento ao crime e o preparo de flagrante.

Assim concluiu o Ministro **Henrique Neves** quando afirmou, por ocasião do julgamento do RO nº 1904-61, “ser necessário coibir o uso de gravações ambientais e proscrever o deplorável ardil do flagrante preparado, em que o interlocutor induz ou incita outrem à prática de conduta ilícita a fim de desequilibrar a disputa eleitoral”.

O ambiente político, especialmente em períodos eleitorais, é astucioso por excelência, o que pode fomentar a prática de condutas pouco ortodoxas no curso de uma disputa imparcial que se espera para as eleições. Essas condutas podem desqualificar inadequadamente os concorrentes, convolvendo-se em vantagem indevida para aqueles que delas se utilizam. A gravação ambiental ganha especial destaque entre essas deploráveis práticas.

A esse respeito, lapidares as achegas do Juiz de Direito **Richard Pae Kim** em artigo acadêmico, publicado na revista da Escola Judiciária Eleitoral Paulista:

A disseminação do uso de meio eletrônicos, principalmente para a gravação em todos os ambientes, acabou se tornando uma prática sórdida no meio político-eleitoral. Isso porque, o acirramento das disputas eleitorais acabou sendo trazido para os processos eleitorais – cíveis e criminais – e

esse tema, por isso, há de ser analisado, interpretado à luz da realidade de uma eleição em que são utilizadas práticas políticas antiéticas, 'práticas políticas nada edificantes'.

Firme nessas premissas, tenho que a gravação ambiental em espaço privado, considerado o acirrado ambiente das disputas político-eleitorais, reveste-se de intenções espúrias e deriva de um arranjo prévio para a indução ou a instigação de um flagrante preparado, o que enseja a imprestabilidade desse meio de prova no âmbito do processo eleitoral, pois, para além do induzimento ao ilícito por parte de um dos interlocutores, há a violação da intimidade e da privacidade.

Todavia, a gravação ambiental de segurança, normalmente utilizada de forma ostensiva em ambientes públicos como bancos, centros e lojas comerciais, ou mesmo nas ruas, que vem sendo admitido pelo Tribunal Superior Eleitoral, constitui prova válida no processo eleitoral, pois, dessa perspectiva, em razão da perda do caráter de clandestinidade, não há como se cogitar de violação da intimidade em local aberto ao público.

Com efeito, nos casos citados, a própria natureza do local retira a expectativa de privacidade, sobretudo porque o eventual autor da prática delituosa ou vedada tem plena consciência de que ali pode ser facilmente descoberto, seja por prova testemunhal, seja por gravação ambiental.

Pois bem. Na visão do *Parquet*, ora recorrente, o entendimento da Corte Eleitoral baseou-se em ponderação equivocada da cláusula de reserva de jurisdição, subscrita no art. 5º, inciso XII, da Constituição Federal, a qual se aplicaria somente às interceptações de comunicações telefônicas, hipótese diversa da gravação ambiental ora em exame – o que criaria uma exceção que a Constituição não criou, em afronta ao art. 5º, inciso II, mostrando-se, ainda, carente de fundamento idôneo, a atrair a incidência do dispositivo constitucional previsto no art. 93, inciso IX.

Tais argumentos, contudo, não merecem acolhimento, razão pela qual
NEGO PROVIMENTO ao presente recurso extraordinário, e **proponho a**

fixação da seguinte tese de repercussão geral, a qual deverá ser aplicada a partir das eleições de 2022, em homenagem ao princípio da segurança jurídica e ao disposto no art. 16 da CF:

- No processo eleitoral, é ilícita a prova colhida por meio de gravação ambiental clandestina, sem autorização judicial e com violação à privacidade e à intimidade dos interlocutores, ainda que realizada por um dos participantes, sem o conhecimento dos demais.

- A exceção à regra da ilicitude da gravação ambiental feita sem o conhecimento de um dos interlocutores e sem autorização judicial ocorre na hipótese de registro de fato ocorrido em local público desprovido de qualquer controle de acesso, pois, nesse caso, não há violação à intimidade ou quebra da expectativa de privacidade.

É como voto.

RE nº 583.937-QO-RG, Tribunal Pleno, Relator o Ministro **Cezar Peluso**, DJe de 18/12/2009.

Art. 5º Todos são iguais perante a lei, sem distinção de qualquer natureza, garantindo-se aos brasileiros e aos estrangeiros residentes no País a inviolabilidade do direito à vida, à liberdade, à igualdade, à segurança e à propriedade, nos termos seguintes:

[...]

XII - é inviolável o sigilo da correspondência e das comunicações telegráficas, de dados e das comunicações telefônicas, salvo, no último caso, por ordem judicial, nas hipóteses e na forma que a lei estabelecer para fins de investigação criminal ou instrução processual penal;

AgR-RESPE nº 363-59, Relator o Ministro Gilson Dipp, DJe de 18.8.2011.

Op cit.

AgR-RESP nº 25.258/SP, Relator o Ministro Caputo Bastos, DJe de 11.12.2006.

Relator o Ministro Henrique Neves, DJe de 21.5.2015.

RESPE nº 256-17, DJe de 11.5.2016.

Relator o Ministro Arnaldo Versiani, DJe de 21.8.2012.

GRAVAÇÃO AMBIENTAL CLANDESTINA COMO PROVA NAS CORTES ELEITORAIS. Disponível em: <>. Acesso em: 14 maio de 2018.

AC nº 22560, Relator o Ministro **Dias Toffoli**, DJe de 8.5.2013.

Art. 5º [...]

[...]

II - ninguém será obrigado a fazer ou deixar de fazer alguma coisa senão em virtude de lei.

Plenário Virtual - minuta de voto - 18/06/2021 00:00