

VOTO VISTA

O SENHOR MINISTRO GILMAR MENDES: Trata-se de Recurso Extraordinário representativo do Tema 979 [Repercussão Geral], interposto pelo **Ministério Público Federal** contra acórdão do egrégio Superior Tribunal Eleitoral [TSE] que reconheceu a ilicitude das gravações ambientais utilizadas para cassação do mandato do Prefeito e do Vice-Prefeito de Pedrinhas [SE], nos autos de Ação de Impugnação de Mandato Eletivo [AIME].

A relevância da temática foi reconhecida pelo Plenário do Supremo Tribunal Federal, com suporte no art. 1.030, V, *b*, do CPC [e-DOC 63].

Iniciado o julgamento, o relator, Eminentíssimo Min. DIAS TOFOLLI proferiu voto favorável, com a seguinte ementa:

“RECURSO EXTRAORDINÁRIO. REPERCUSSÃO GERAL MÉRITO. TEMA N. 979. ILICITUDE DA PROVA. GRAVAÇÃO AMBIENTAL CLANDESTINA. PROCESSO ELEITORAL. AUSÊNCIA DE CONHECIMENTO DE UM DOS INTERLOCUTORES E DE AUTORIZAÇÃO JUDICIAL. VIOLAÇÃO DA PRIVACIDADE E INTIMIDADE. DIREITOS FUNDAMENTAIS. LIBERDADE PROBATÓRIA. LIMITES. ART. 5º, INCISOS X, XI E LVI, DA CF/88. PRINCÍPIO DA BOA-FÉ. INAPLICABILIDADE DA ORIENTAÇÃO FIRMADA NA QUESTÃO DE ORDEM NO RECURSO EXTRAORDINÁRIO N. 583.937/RJ EM MATÉRIA ELEITORAL. DESPROVIMENTO. FIXAÇÃO DE TESE.

“1. Uma vez exaurido o mandato do recorrido em 2016, eventual provimento deste apelo extremo nenhum efeito surtiria sobre o caso concreto, 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. (Precedente: RE 657718 AgR, Rel. para o acórdão Min. Roberto Barroso, Tribunal Pleno, De de 25.10.2019).

“2. Conquanto o STFl, 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, sem autorização judicial, a seara eleitoral guarda peculiaridades as quais,

inexoravelmente, conduzem a solução jurídica distinta.

“3. A produção da prova na busca pela verdade material e elucidação dos ilícitos eleitorais deve ser realizada mediante juízo de ponderação e proporcionalidade entre o princípio da liberdade probatória e o da vedação da prova ilícita, observando-se, essencialmente, o disposto no art. 5º, incisos X, XI e LVI, da Carta Magna.

“4. Tais balizas são as que mais se harmonizam com a lisura e a moralidade que devem nortear os atores envolvidos na arena política e visam a expurgar práticas desleais, bem como as perniciosas guerras jurídicas, largamente difundidas como "lawfare", principalmente em face de uma realidade de acirradas disputas eleitorais.

“5. Recurso extraordinário ao qual se nega provimento, com 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:

a) 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.

b) 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”.

Pedi vista para melhor analisar a controvérsia, especialmente diante da diretriz mundial de ampliação dos espaços de proteção à intimidade, à privacidade e à proteção de dados relacionados à transformação digital e à consolidação normativa e jurisprudencial de salvaguardas ao poder invasivo dos dispositivos tecnológicos na esfera privada.

Acompanho o relator na rejeição das **preliminares** invocadas [Ilegitimidade recursal do Ministério Público e Ausência de Prejudicialidade].

Este Supremo Tribunal Federal, quando do julgamento do ARE 728.188, julgado sob a sistemática da Repercussão Geral [Tema 680],

entendeu “pela legitimidade do MPE para recorrer da decisão que julga o pedido de registro de candidatura, ainda que não tenha apresentado impugnação”. [ARE 728.188/RJ, Min. Ricardo Lewandowski, Tribunal Pleno, DJe 12.08.2014].

No tocante à relevância da temática, por oportunidade do acolhimento da Repercussão Geral o colegiado declarou o preenchimento dos requisitos legais, reforçados pelo voto do Eminentíssimo relator:

“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”.

De fato, o tema é relevante diante da necessária criação de salvaguardas ao uso de estratégias maliciosas na obtenção de provas, especialmente a partir da instrumentalização do direito como arma de guerra, comportamento denominado de *Lawfare*. Logo, acompanho o relator no afastamento das preliminares arguidas.

No **mérito**, de início, destaco que a Premissa Fática [PF] é incontroversa. Um interlocutor, [eleitor], gravou conversa com o Secretário de Obras do Município de Pedrinhas [Beto de Nito], dentro do carro deste último e sem que ele soubesse. Posteriormente, tal prova foi utilizada para instruir AIME. O TRE/SE, em grau recursal, julgou procedente o pedido e cassou as candidaturas dos ora recorridos, candidatos eleitos a prefeito e vice-prefeito de Pedrinhas, por captação ilícita de sufrágio [abuso de poder político/abuso de poder econômico] [eDOC 37].

No contexto, cabe distinguir os atributos do espaço da aquisição do diálogo, da titularidade, do âmbito de proteção em face do escopo

[incriminador ou exonerador], do contexto e da finalidade, isto é, dos pressupostos, requisitos e condições para atribuição do valor de prova: [a] lícita; ou, [b] ou ilícita.

No espaço público, a gravação pelo interlocutor ou por terceiro, em princípio, não está coberta pela reserva de Jurisdição e exigência de autorização judicial, salvo nas hipóteses em que houver preparação ou manipulação das condições ambientais, com violação da de boa-fé comunicacional e da justa expectativa de sigilo, intimidade, de privacidade e de proteção de dados.

No espaço privado, tanto a interceptação quanto a escuta ambiental exigem prévia autorização judicial, com prévia Investigação estatal formalizada, com objeto definido.

Consoante destacado no voto proferido pelo Eminentíssimo Min. DIAS TOFFOLI, a estabilidade das decisões do Tribunal Superior Eleitoral quanto ao tema se vincula às especificidades do jogo político, a partir da garantia dos Direitos Fundamentais e da potencial instrumentalização do Direito na modalidade Lawfare. Em consequência, os julgados alinhados indicam as razões públicas da rejeição do uso de escuta ambiental para o fim de obter prova contra o interlocutor.

Com efeito, a moldura jurídica aponta cada vez mais à ampliação da esfera de proteção da privacidade, especialmente diante da ampliação do potencial tecnológico de captação de som [microfones de alta potência, gravadores, escutas etc.], isto é, os artefatos digitais-eletrônicos cada vez mais invadem o cotidiano, exigindo, por consequência, novas coordenadas legislativas e, também, judiciais. [MARTOS, José Antônio de Faria. **As interceptações telefônicas e telemáticas danosas e seus reflexos no processo civil**. São Paulo: Dialética, 2022, p. 34-35].

Por fim, destaco que após o início do julgamento deste caso, o Tribunal Superior Eleitoral reafirmou a diretriz impugnada e, também, a Lei 13964/19 regulamentou a escuta ambiental. Em relação à Reserva de Jurisdição para os casos de gravação ambiental e interceptação telefônica, o advento da Lei 13964/19 veio definir normativamente a tendência que estava sendo consolidada na jurisprudência, ao prever, no § 5º, do art. 8º-A, da Lei 9.296/96, que [se] “*aplicam subsidiariamente à captação ambiental as regras previstas na legislação específica para a interceptação telefônica e telemática*”. Logo, diversamente do alegado pelo recorrente, o acórdão recorrido está fundamentado e a baliza constitucional que exige a Reserva de Jurisdição é justamente a proteção efetiva aos Direitos Fundamentais à privacidade, à intimidade e à proteção de dados pessoais.

Por tais motivos, acompanho o voto do Eminentíssimo Relator, com os acréscimos legislativos subsequentes, para o fim de negar provimento ao Recurso Extraordinário.

É como voto.