

VOTO VISTA

A SENHORA MINISTRA CÁRMEN LÚCIA:

1. Recurso extraordinário interposto pelo Ministério Público no qual reconhecida a repercussão geral da “*discussão sobre a licitude da prova obtida por meio de gravação ambiental realizada por um dos interlocutores sem o conhecimento do outro, na seara eleitoral*”.

2. Na origem, foi ajuizada ação de impugnação de mandato eletivo contra José Antônio Silva Alvez “Zé de Bá”, candidato ao cargo de prefeito de Pedrinhas/SE, e José Hamilton Carvalho de Souza “Milton da Laranja”, candidato ao cargo de vice-prefeito desse mesmo município.

3. O juiz do Cartório Eleitoral da Quarta Zona/Boquim julgou improcedente o pedido, por falta de provas.

4. Interposto recurso inominado pelo autor, o Tribunal Regional Eleitoral de Sergipe proveu o apelo para decretar a cassação do diploma eleitoral dos recorridos:

“RECURSO ELEITORAL. AÇÃO DE IMPUGNAÇÃO DE MANDATO ELETIVO. ORIGEM. IMPROCEDÊNCIA. ABUSO DE PODER POLÍTICO COM VIÉS ECONÔMICO. CAPTAÇÃO ILÍCITA DE SUFRÁGIO. POSSIBILIDADE. PRECEDENTES DO TSE. ABUSO NÃO CONFIGURADO. AUSÊNCIA DE GRAVIDADE NA CONDUTA. ARGUIÇÃO DE ILICITUDE DA PROVA. GRAVAÇÃO AMBIENTAL CLANDESTINA. ILEGALIDADE DA PROVA. SITUAÇÃO DE FLAGRÂNCIA PREPARADA. PREJUDICIAIS DE MÉRITO AFASTADAS. CAPTAÇÃO ILÍCITA DE SUFRÁGIO. CONJUNTO PROBATÓRIO ROBUSTO E CONSISTENTE. PROVIMENTO DO RECURSO.

1. A gravação ambiental realizada por um dos interlocutores, sem o conhecimento do outro, constitui prova lícita, sobretudo quando o teor do diálogo gravado não revelar a prática de atos de indução ou de instigação alheia por parte dos interlocutores. Precedentes do STF. (...)” (e-doc. 37).

5. Esse acórdão foi objeto de recurso especial eleitoral, provido pela Relatora, Ministra Luciana Lóssio, em 30.6.2016, para julgar improcedente

o pedido.

Contra essa decisão o Ministério Público interpôs agravo regimental, desprovido pelo Tribunal Superior Eleitoral em 6.9.2016:

“AGRAVO REGIMENTAL. RECURSO ESPECIAL. AIME. ELEIÇÕES 2012. PREFEITO. VICE-PREFEITO. GRAVAÇÃO AMBIENTAL. PROVA. ILICITUDE. DESPROVIMENTO.

1. A teor da jurisprudência desta Corte Superior, fixada para as eleições de 2012, a gravação ambiental somente é viável mediante autorização judicial, sendo a proteção à privacidade - direito fundamental estabelecido na Constituição Federal - a regra.

2. Entendimento aplicável ao caso concreto, em homenagem aos princípios da isonomia e da segurança jurídica, por tratarem-se de fatos ocorridos no pleito em referência.

3. Ainda em 2012, o TSE, contra o meu voto, excepcionou a regra citada no item 1 desta ementa, para considerar lícitas as gravações ocorridas em ambientes abertos.

4. Na espécie, contudo, duas gravações ambientais fundamentaram a condenação do agravante. A primeira realizada no interior de um automóvel e, a segunda, sem identificação do respectivo local. Afasta-se, assim, a aplicação da exceção anteriormente explicitada.

5. Agravo regimental desprovido”.

6. O Ministério Público interpôs recurso extraordinário contra esse acórdão. Sustenta a existência de repercussão geral sob o argumento de que *“o tema vêm sendo recorrentemente debatido perante o Tribunal Superior Eleitoral e envolve matéria constitucional, considerada a interpretação equivocada dada ao art. 5º, XII, da Constituição da República pelo Tribunal Superior Eleitoral, ao equiparar a gravação ambiental à interceptação telefônica, esta última objeto da cláusula de reserva de jurisdição, prevista no retromencionado dispositivo”.*

Alega que, *“embora esse Tribunal Superior tenha assentado a necessidade de autorização judicial para legitimar a gravação ambiental, salvo quando realizada em locais públicos (TSE, RESPE n. 637-61) não expôs de forma direta qual o fundamento legal de tal exigência”.*

Afirma que *“o art. 5º, XII, da CRFB realmente exige prévia autorização judicial em casos de quebra de sigilo de comunicação telefônica. No entanto, a*

gravação ambiental feita por um dos interlocutores difere da interceptação telefônica. Essa matéria foi magistralmente discutida em Questão de Ordem no Recurso Extraordinário nº 583.937, de relatoria do Ministro Cezar Peluso (DJe 18.12.2009), em que assentada a dicotomia etimológica e jurídica entre interceptação e gravação de conversa, por um dos interlocutores”.

Argumenta que “gravação ambiental de conversa por um dos interlocutores - situação dos autos - nada tem a ver com interceptação de conversa por terceiros a ela estranhos”.

Acrescenta que “o acórdão recorrido conflita, ainda, com o art. 93, IX, da Constituição da República, ao não indicar o fundamento constitucional que impõe a necessidade de prévia autorização judicial para a realização de gravação ambiental. Além disso, destoa também do comando do art. 5º, II, da Constituição da República, ao criar uma exceção onde a Carta não o fez”.

Salienta que “o fundamento de que a gravação ambiental somente seria legítima se utilizada em defesa do candidato, nunca para acusá-lo da prática de um ilícito eleitoral, conflita seriamente com a consolidada jurisprudência do Supremo Tribunal Federal, para quem a gravação ambiental pode ser utilizada não apenas pela defesa, mas também em prol da persecução penal”.

Este o pedido:

“Ante o exposto, o MINISTÉRIO PÚBLICO ELEITORAL requer a admissão e o provimento do recurso extraordinário, com a reforma do acórdão proferido pelo Tribunal Superior Eleitoral, a fim de que seja considerada lícita a gravação ambiental que instruiu a ação, oportunizando-se novo julgamento à luz de todo o conjunto probatório”.

7. A Procuradoria-Geral da República opinou pelo provimento do recurso extraordinário:

“ELEIÇÕES 2012. PREFEITO. VICE-PREFEITO. GRAVAÇÃO AMBIENTAL. PROVA. LIITUDE.

1. O Supremo Tribunal Federal, ao julgar o RE 583.937- QO-RG (Rel. Min. Cezar Peluso, DJe 18.12.2009), reafirmou sua jurisprudência, sob a sistemática repetitiva, a respeito da admissibilidade da gravação ambiental como meio de obtenção de provas, ainda que sem prévia autorização judicial. Ausência de razões jurídicas para a superação do precedente.

2. *Em um Estado de Direito, caracterizado pelo destaque aos valores republicanos, a prática de atos ilícitos não se confunde com o conjunto de informações sob o domínio da privacidade, marcada pela reserva do segredo, diante da sua capacidade de afetar toda a sociedade. Tal constatação ganha ainda mais força no âmbito do processo eleitoral, por envolver a legítima escolha dos representantes do povo.*

3. *A gravação ambiental feita por um dos interlocutores difere da interceptação das comunicações telefônicas, não se exigindo prévia autorização judicial.*

4. *Não se verificam circunstâncias fáticas ou jurídicas aptas ao afastamento do entendimento jurisprudencial consolidado no âmbito do Supremo Tribunal Federal. Ao revés, na seara eleitoral, por estarem em jogo o processo eletivo e o exercício do sufrágio, exigem-se maiores rigores no enfrentamento do ilícito, prestigiando-se a legitimidade das eleições.*

- Parecer pelo provimento do recurso extraordinário”.

8. Em sessão virtual de 18.6.2021 a 25.6.2021, o Relator, Ministro Dias Toffoli, proferiu voto negando provimento ao recurso extraordinário e propondo a fixação da seguinte tese:

”- 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”.

Após o voto do Relator, pediu vista dos autos o Ministro Gilmar Mendes.

9. Em sessão virtual de 23.6.2023 a 30.6.2023, os Ministros Gilmar Mendes e Alexandre de Moraes prolataram voto acompanhando o Ministro Dias Toffoli.

O Ministro Roberto Barroso apresentou voto divergente, dando provimento ao recurso e propondo a fixação da seguinte tese: *“Diante de ilícito de natureza eleitoral, não havendo indução ou indício de flagrante*

preparado, é válida a gravação ambiental realizada por um dos interlocutores, em ambiente público ou privado". O Ministro Edson Fachin acompanhou o entendimento exposto pelo Ministro Roberto Barroso.

Pedi vista dos autos para melhor analisar a questão.

10. Peço vênia ao Ministro Relator e aos que o acompanharam para adotar igual entendimento exposto no voto divergente do Ministro Roberto Barroso.

A validade constitucional da utilização probatória de gravação de conversa realizada sem autorização judicial, com o consentimento de apenas um dos interlocutores, já foi objeto de análise por este Supremo Tribunal Federal em diversas ocasiões.

11. No julgamento do Inquérito n. 657, Relator o Ministro Carlos Velloso, DJe 19.11.1993, o Plenário acompanhou, à unanimidade, o voto do Ministro Relator pelo recebimento da denúncia.

O Ministro Carlos Velloso concluiu, naquela ocasião, pela licitude de gravação ambiental realizada com o consentimento de um dos interlocutores, ao fundamento de que

"(...) não ocorreu, no caso, violação do sigilo das comunicações – C.F., art. 5º, XII – nem seria possível a afirmativa de que fora ela obtida por meios ilícitos (C.F., art. 5º, LVI). Não há, ao que penso, ilicitude em alguém gravar uma conversa que mantém com outrem, com a finalidade de documentá-la, futuramente, em caso de negativa. A alegação talvez pudesse encontrar ressonância no campo ético, não no âmbito do direito".

O Ministro Francisco Rezek enfatizou, nesse mesmo julgamento, que *"(...) dificilmente se encontraria na ordem jurídica algo que nos autorizasse a ver como ilícita essa gravação de uma conversa a dois, por um dos interlocutores. É a ação do terceiro, é a interferência do terceiro – no grampeamento telefônico, na violação de correspondência alheia – que fere determinadas normas expressas na própria Carta da República. Quando, entretanto, um dos participantes da comunicação oral ou escrita entende de documentá-la de algum modo, ainda que na inconsciência da outra parte, isso não configura, em princípio, afronta à regra protetiva do sigilo. O resultado pode variar entre a indiscrição inofensiva e a*

mais reprovável vilania; mas não há, aí, um ato ilícito. (...)”.

Os Ministros Marco Aurélio e Celso de Mello, embora tenham acompanhado o voto do Relator pelo recebimento da denúncia, afirmaram a ilicitude da gravação ambiental realizada com o consentimento de um dos interlocutores.

Os Ministros Paulo Brossard, Néri da Silveira e Moreira Alves ressaltaram que se manifestariam sobre a validade da prova no julgamento da ação penal.

O caso não representou, portanto, consolidação de um entendimento no sentido da validade da gravação de conversa realizada por um dos interlocutores e sem o conhecimento do outro.

12. Nos anos seguintes, a jurisprudência deste Supremo Tribunal firmou-se no sentido da validade desse tipo de prova quando a gravação da conversa, seja presencial ou telefônica, for produzida em legítima defesa da pessoa que a realizou. É o caso, por exemplo, da vítima de um crime que grava conversa com o autor do delito sem o seu consentimento. Nesse sentido:

“Habeas corpus”. Utilização de gravação de conversa telefônica feita por terceiro com a autorização de um dos interlocutores sem o conhecimento do outro quando há, para essa utilização, excludente da antijuridicidade.

- Afastada a ilicitude de tal conduta - a de, por legítima defesa, fazer gravar e divulgar conversa telefônica ainda que não haja o conhecimento do terceiro que está praticando crime -, é ela, por via de consequência, lícita e, também consequentemente, essa gravação não pode ser tida como prova ilícita, para invocar-se o artigo 5º, LVI, da Constituição com fundamento em que houve violação da intimidade (art. 5º, X, da Carta Magna).

“Habeas corpus” indeferido” (HC n. 74.678, Relator o Ministro Moreira Alves, Primeira Turma, DJ 15.8.1997).

“- 1. Interceptação telefônica e gravação de negociações entabuladas entre seqüestradores, de um lado, e policiais e parentes da vítima, de outro, com o conhecimento dos últimos, recipiendários das ligações. Licidade desse meio de prova. Precedente do STF: (HC 74.678, 1ª Turma, 10-6-97).

2. *Alegação improcedente de perda de objeto do recurso do Ministério Público estadual.*

3. *Reavaliação do grau de culpabilidade para fins de revisão de dosagem da pena. Pretensão incompatível com o âmbito do habeas corpus.*

4. *Pedido, em parte, deferido, para suprimento da omissão do exame da postulação, expressa nas alegações finais, do benefício da delação premiada (art. 159, § 4º, do Código Penal), mantidas a condenação e a prisão” (HC n. 75.261, Relator o Ministro Octavio Gallotti, Primeira Turma, DJ 22.8.1997).*

“Captação, por meio de fita magnética, de conversa entre presentes, ou seja, a chamada gravação ambiental, autorizada por um dos interlocutores, vítima de concussão, sem o conhecimento dos demais. Ilicitude da prova excluída por caracterizar-se o exercício de legítima defesa de quem a produziu. Precedentes do Supremo Tribunal HC 74.678, DJ de 15-8- 97 e HC 75.261, sessão de 24-6-97, ambos da Primeira Turma” (RE n. 212.081, Relator o Ministro Octavio Gallotti, Primeira Turma, DJ 27.3.1998).

13. Posteriormente, a jurisprudência deste Supremo Tribunal evoluiu para distinguir de forma clara o tratamento constitucional conferido à interceptação telefônica realizada pelo Poder Público da gravação clandestina realizada com consentimento de um dos interlocutores, retomando-se o entendimento manifestado pelos Ministros Carlos Velloso e Francisco Rezek no recebimento da denúncia no Inquérito n. 657.

No julgamento do Recurso Extraordinário n. 402.717, Relator o Ministro Cezar Peluso, DJe 13.2.2009, a Segunda Turma deste Supremo Tribunal assentou:

“Como longamente já sustentei alhures, não há ilicitude alguma no uso de gravação de conversação telefônica feita por um dos interlocutores, sem conhecimento do outro, com a intenção de produzir prova do intercurso, sobretudo para defesa própria em procedimento criminal, se não pese, contra tal divulgação, alguma específica razão jurídica de sigilo nem de reserva, como a que, por exemplo, decorra de relações profissionais ou ministeriais, de particular tutela da intimidade, ou doutro valor jurídico superior. A gravação aí é clandestina, mas não ilícita, nem ilícito é seu uso, em particular como meio de prova.

A matéria em nada se entende com o disposto no art. 5º, XII, da

Constituição da República, o qual apenas protege o sigilo de comunicações telefônicas, na medida em que as põe a salvo da ciência não autorizada de terceiro, em relação ao qual se configura, por definição mesma, a interceptação ilícita.

Esta, na acepção jurídica, vizinha à etimológica, na qual há idéia de subtração (< interceptus < intercipere < inter + capere), está no ato de quem, furtivamente, toma conhecimento do teor de comunicação privada da qual não é partícipe ou interlocutor.

A reprovabilidade jurídica da interceptação vem do seu sentido radical de intromissão que, operada sem anuência dos interlocutores, excludente de injuricidade, nem autorização judicial na forma da lei, rompe o sigilo da situação comunicativa, considerada como proprium dos respectivos sujeitos, que, salvo as exceções legais, sobre ela detêm disponibilidade exclusiva, como expressão dos direitos fundamentais de intimidade e liberdade.

Talvez conviesse observar que tal reprovabilidade se prende, na origem, à vulnerabilidade material relativa de que se revestem os canais de comunicação mediada, como o telefone, o telégrafo e as correspondências, perante o caráter restrito ou reservado que, em tese, esses instrumentos tecnológicos propõem às expectativas dos usuários interlocutores. Há, em tais condutos comunicativos, certa promessa de privacidade das interlocuções, que o sistema jurídico tem de assegurar em respeito à intimidade (privacy) dos interlocutores. Noutras palavras, porque estes devam confiar em garantias jurídicas da reserva natural, mas não absoluta, esperada do uso desses meios de comunicação, é que de regra o ordenamento reprime a interceptação, enquanto ingerência indevida de terceiro que devassa situação comunicativa reservada, porque alheia.

Ora, quem revela conversa da qual foi partícipe, como emissor ou receptor, não intercepta, apenas dispõe do que também é seu e, portanto, não subtrai, como se fora terceiro, o sigilo à comunicação, a menos que esta seja recoberta por absoluta indisponibilidade legal proveniente de obrigação jurídica heterônoma, ditada pela particular natureza da relação pessoal vigente entre os interlocutores, ou por exigência de valores jurídicos transcendentais.

Diz-se com efeito:

"O que fere a inviolabilidade do sigilo é, pois, entrar na comunicação alheia, fazendo com que o que deve ficar entre sujeitos que se comunicam privadamente passe ilegitimamente ao domínio de um terceiro. Ou seja, a inviolabilidade do sigilo garante, numa sociedade democrática, o cidadão contra a intromissão clandestina ou não autorizada pelas partes na

comunicação entre elas... o objeto protegido pelo inc. XI do art. 5º da CF, ao assegurar a inviolabilidade do sigilo, não são os dados em si, mas sua comunicação. A troca de informações (comunicação) é que não pode ser violada por sujeito estranho à comunicação” (FERRAZ JUNIOR, Tércio Sampaio. Sigilo das operações de instituições financeiras. In: Revista do IASP, nº 9/162).

Tirante as situações excepcionais em que, no fundo, prepondera a exigência de proteção da intimidade, ou de outra garantia da integridade moral da pessoa humana,³ nenhuma consideração pode sobrepor-se à divulgação do relato de conversa telefônica, cuja prova seja necessária à reconstituição processual da verdade e, pois, à tutela de direito subjetivo do proponente, ou ao resguardo do interesse público da jurisdição. (...)

A objeção, consistente, é que, sendo sempre limitado pelas regras de exclusão, o direito à prova não basta por justificar a admissibilidade processual da eficácia da gravação de conversa telefônica realizada por um dos interlocutores, sem conhecimento do outro, antes de se lhe demonstrar a licitude, porque, no confronto com outros direitos, não se poderia, sem tal demonstração prévia, excluir nunca qualquer prova ilícita, que fosse a única possível no caso concreto. (...)

O que, em resumo, se sustenta é que, tida acaso por ilícita, em caráter absoluto, a gravação de conversa telefônica realizada por um dos interlocutores, sem a ciência do outro, debaixo do pretexto de, em última instância, constituir também violação do sigilo garantido às comunicações telefônicas, então deveria predicar-se igual restrição ou interdição jurídica ao campo retórico da prova oral, embora a custo do seu completo e absurdo aniquilamento.

É que assim os depoimentos pessoais, como os testemunhais soem exprimir o conteúdo de conversas entretidas, pelas partes e testemunhas, entre si, ou com outras pessoas, significando sempre, nesses casos, reprodução e divulgação do conteúdo da conversa entre presentes, ou até mantida por via telefônica, de um dos interlocutores, sem prévio assentimento ou conhecimento do outro, com resultado prático idêntico ao da semelhante revelação do teor de comunicação telefônica gravada, e, como tal, suscetível de idêntico juízo teórico de reprovabilidade jurídica. Que diferença há, para fins de justificação da existência de suposto dever de sigilo que recairia também sobre os próprios interlocutores, entre conversa mantida por telefone e a que se dá entre presentes? Ambas guardam a mesma particularidade de serem, enquanto estão ocorrendo, comunicações instantâneas, fugidias e desprovidas de vestígios materiais. E, qualquer que seja a

modalidade ou o meio técnico usado para tanto, a revelação de uma em nada difere da revelação da outra, de modo que seria absurdo encontrar ilicitude num caso e licitude noutro.

Ao depois, se a ninguém jamais ocorreu descobrir ilicitude à reprodução, nos depoimentos judiciais de partes e de testemunhas, do relato de conversas telefônicas desvestidas de sigilo ou reserva legal, em que a parte, ou a testemunha, tenha sido um dos interlocutores, seria despropósito jurídico não menor impedir à parte, ou à testemunha, que demonstre, por meio de gravação, a fidelidade da versão lícitamente apresentada ao juízo por via oral. Ou seja, não parece sensato impedir o uso de gravação que se traduza na prova cabal da veracidade daquilo que, em juízo, afirme a parte, ou a testemunha, como objeto de conversa telefônica de que haja participado. Se é lícito, ou se não é, antes, dever mesmo, relatar em juízo a verdade daquilo sobre que se conversou, é-o a fortiori trazer a juízo gravação capaz de comprovar a fidelidade do relato ou conversa, cujo conteúdo se invoque como verdadeiro! (...)

Essa orientação foi reafirmada pelo Plenário deste Supremo Tribunal, sob a sistemática da repercussão geral, no julgamento do Recurso Extraordinário n. 583.937, Relator o Ministro Cezar Peluso, nos termos da seguinte ementa:

“AÇÃO 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” (RE n. 583.937-QO-RG, Relator o Ministro CEZAR PELUSO, Plenário, DJe 18.12.2009).

14. Esse entendimento continua a predominar na jurisprudência deste Supremo Tribunal, tanto no processo civil quanto no processo penal, conforme se tem nos seguintes precedentes:

“AGRAVO REGIMENTAL NO AGRAVO DE INSTRUMENTO. CONSTITUCIONAL E PROCESSUAL PENAL. (...) 4) GRAVAÇÃO AMBIENTAL FEITA POR UM INTERLOCUTOR SEM CONHECIMENTO DO OUTRO: CONSTITUCIONALIDADE. (...) AGRAVO REGIMENTAL AO QUAL SE NEGA SEGUIMENTO” (AI n. 769.798-AgR, de minha relatoria, Primeira Turma, DJe 23.2.2011).

“AGRAVO REGIMENTAL EM AGRAVO DE INSTRUMENTO. GRAVAÇÃO AMBIENTAL FEITA POR UM INTERLOCUTOR SEM CONHECIMENTO DOS OUTROS: CONSTITUCIONALIDADE. AUSENTE CAUSA LEGAL DE SIGILO DO CONTEÚDO DO DIÁLOGO. PRECEDENTES.

1. *A gravação ambiental meramente clandestina, realizada por um dos interlocutores, não se confunde com a interceptação, objeto cláusula constitucional de reserva de jurisdição.*

2. *É lícita a prova consistente em 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. Precedentes.*

3. *Agravo regimental desprovido” (AI n. 560.223-AgR, Relator o Ministro Joaquim Barbosa, Segunda Turma, DJe 29.4.2011).*

“QUESTÃO DE ORDEM. INQUÉRITO INSTAURADO A PARTIR DE CARTA DENÚNCIA E DE DEGRAVAÇÃO DE FITA MAGNÉTICA. GRAVAÇÃO AMBIENTAL. CONVERSAS NÃO PROTEGIDAS POR SIGILO LEGAL. AUSÊNCIA DE ILICITUDE. INDÍCIOS DE PARTICIPAÇÃO DE AGENTE DETENTOR DE PRERROGATIVA DE FORO. COMPETÊNCIA ORIGINÁRIA DO SUPREMO TRIBUNAL FEDERAL. QUESTÃO DE ORDEM RESOLVIDA, POR MAIORIA, PARA DETERMINAR O PROSSEGUIMENTO DAS INVESTIGAÇÕES NO STF.

1. *É lícita a prova obtida mediante a gravação ambiental, por um dos interlocutores, de conversa não protegida por sigilo legal. Hipótese não acobertada pela garantia do sigilo das comunicações telefônicas (inciso XII do art. 5º da Constituição Federal).*

2. *Se qualquer dos interlocutores pode, em depoimento pessoal ou como testemunha, revelar o conteúdo de sua conversa, não há como reconhecer a ilicitude da prova decorrente da gravação ambiental.*

3. *A presença de indícios de participação de agente titular de prerrogativa de foro em crimes contra a Administração Pública confere ao STF o poder-dever de supervisionar o inquérito.*

4. *Questão de ordem resolvida no sentido da fixação da competência do Supremo Tribunal Federal para supervisionar as investigações e da rejeição da proposta de trancamento do inquérito por alegada ilicitude da gravação ambiental que motivou a abertura desse procedimento investigatório” (Inq n. 2.116-QO, Relator o Ministro Marco Aurélio, Redator para o acórdão o Ministro Ayres Britto, Plenário, DJe 29.2.2012).*

“PROCESSUAL CIVIL. SEGUNDO AGRAVO REGIMENTAL NO AGRAVO DE INSTRUMENTO. COMPROVAÇÃO TARDIA DE TEMPESTIVIDADE. POSSIBILIDADE. MATÉRIA DECIDIDA PELO TRIBUNAL PLENO NO RE 626.358 AGR, MIN. CEZAR PELUSO, DJE DE 23/08/2012. INTERPOSIÇÃO DE RECURSO CONTRA DECISÃO QUE DÁ PROVIMENTO A AGRAVO DE INSTRUMENTO. POSSIBILIDADE. AGRAVO REGIMENTAL QUE DISCUTE O PRÓPRIO CONHECIMENTO DO RECURSO. GRAVAÇÃO TELEFÔNICA REALIZADA POR UM DOS INTERLOCUTORES. LICITUDE. POSSIBILIDADE DE UTILIZAÇÃO COMO PROVA EM PROCESSO JUDICIAL. PRECEDENTES.

1. É pacífico na jurisprudência do STF o entendimento de que não há ilicitude em gravação telefônica realizada por um dos interlocutores sem o conhecimento do outro, podendo ela ser utilizada como prova em processo judicial.

2. O STF, em caso análogo, decidiu que é admissível o uso, como meio de prova, de gravação ambiental realizada por um dos interlocutores sem o conhecimento do outro (RE 583937 QO-RG, Relator(a): Min. CEZAR PELUSO, DJe de 18-12-2009).

3. Agravo regimental a que se nega provimento” (AI n. 602.724-AgR-segundo, Relator o Ministro Teori Zavascki, Segunda Turma, DJe 22.8.2013).

“AGRAVO INTERNO NO RECURSO EXTRAORDINÁRIO COM AGRAVO. MANDADO DE SEGURANÇA. SERVIDOR PÚBLICO. PROCESSO ADMINISTRATIVO DISCIPLINAR. INDEFERIMENTO DE DILIGÊNCIA PROBATÓRIA. MATÉRIA COM REPERCUSSÃO GERAL REJEITADA PELO PLENÁRIO DO STF NO ARE 639.228. TEMA 424. REGULARIDADE DO PROCESSO ADMINISTRATIVO. NECESSIDADE DE REVOLVIMENTO DO CONJUNTO FÁTICO-PROBATÓRIO DOS AUTOS. IMPOSSIBILIDADE. SÚMULA 279 DO STF. GRAVAÇÃO AMBIENTAL REALIZADA POR UM DOS INTERLOCUTORES. POSSIBILIDADE. REPERCUSSÃO GERAL RECONHECIDA PELO PLENÁRIO NO RE 583.937-QO-RG. REAFIRMAÇÃO DE JURISPRUDÊNCIA. REITERADA REJEIÇÃO DOS ARGUMENTOS EXPENDIDOS PELA PARTE NAS SEDES RECURSAIS ANTERIORES. MANIFESTO INTUITO PROTELATÓRIO. RECURSO INTERPOSTO SOB A

ÉGIDE DO NOVO CÓDIGO DE PROCESSO CIVIL. MANDADO DE SEGURANÇA. INAPLICABILIDADE DO ARTIGO 85, § 11, DO CPC/2015. AGRAVO INTERNO DESPROVIDO” (ARE n. 1.134.463-AgR, Relator o Ministro Luiz Fux, Primeira Turma, DJe 6.8.2018).

“AGRAVO INTERNO EM MANDADO DE SEGURANÇA. ACÓRDÃO DO CONSELHO NACIONAL DE JUSTIÇA QUE JULGOU PROCEDENTE REVISÃO DISCIPLINAR. ATUAÇÃO DA INSTÂNCIA CENSÓRIA LOCAL EM CONTRARIEDADE À LEI E À EVIDÊNCIA DOS AUTOS. GRAVAÇÃO AMBIENTAL FEITA POR UM DOS INTERLOCUTORES SEM O CONHECIMENTO DOS DEMAIS. VALIDADE PROBATÓRIA. TESE FIRMADA POR OCASIÃO DO EXAME DO TEMA Nº 237 DA REPERCUSSÃO GERAL. POTENCIAL RELEVÂNCIA CRIMINAL DOS FATOS EM APURAÇÃO NA SEARA ADMINISTRATIVA. DISCIPLINA DA PRESCRIÇÃO DA PRETENSÃO PUNITIVA POR PRAZO ESTABELECIDO NO ART. 109 DO CÓDIGO PENAL QUE NÃO PODE SER AFASTADA DE MODO IMEDIATO E INEQUÍVOCO.

1. A autoridade impetrada, em sintonia com a jurisprudência desta Suprema Corte (tese firmada ao exame do tema nº 237 da repercussão geral), entendeu que o Tribunal de Justiça do Estado do Rio de Janeiro atuou em contrariedade à lei, quando recusou validade probatória a vídeo capturado por profissional de imprensa, em repartição pública, sem conhecimento dos demais interlocutores. Esse vídeo teria aptidão, em tese, de demonstrar a prática, pela impetrante, de falta funcional consistente na delegação de atividades jurisdicionais indelegáveis a servidores. (...)

4. Agravo interno conhecido e não provido, com aplicação, no caso de votação unânime, da penalidade prevista no art. 1.021, § 4º, do CPC, calculada à razão de 1% (um por cento) sobre o valor atualizado da causa” (MS n. 35.732-AgR, Relatora a Ministra Rosa Weber, Primeira Turma, DJe 5.4.2019).

“GRAVAÇÃO AMBIENTAL – INTERLOCUTOR – PROVA – VALIDADE. É válida a utilização de gravação ambiental, realizada por um dos interlocutores sem o conhecimento do outro, como meio de prova no processo penal – recurso extraordinário nº 583.937, relator ministro Cezar Peluso, julgado sob o regime da repercussão geral. Ressalva de entendimento pessoal. PROVA – PRODUÇÃO – INDEFERIMENTO. O artigo 400, § 1º, do Código de Processo Penal

versa o indeferimento de produção de prova considerada impertinente” (RHC n. 112.428, Relator o Ministro Marco Aurélio, Primeira Turma, DJe 10.2.2021).

“AGRAVO REGIMENTAL NO RECURSO EXTRAORDINÁRIO COM AGRAVO. PROCESSO PENAL. APLICAÇÃO DE REPERCUSSÃO GERAL NA ORIGEM (TEMAS 237 E 339): AUSÊNCIA DE PREVISÃO LEGAL DE RECURSO OU AÇÃO JUDICIAL NO SUPREMO TRIBUNAL FEDERAL. CORRUPÇÃO ATIVA. ORGANIZAÇÃO CRIMINOSA. AÇÃO PENAL ORIGINÁRIA. RECEBIMENTO DE DENÚNCIA. LICITUDE DA GRAVAÇÃO AMBIENTAL FEITA POR UM DOS INTERLOCUTORES. JURISPRUDÊNCIA REAFIRMADA EM REPERCUSSÃO GERAL: PRECEDENTES. DENÚNCIA. REQUISITOS. IMPOSSIBILIDADE DE REEXAME DO CONJUNTO PROBATÓRIO: SÚMULA N. 279 DO SUPREMO TRIBUNAL FEDERAL. ALEGADA CONTRARIEDADE AO INC. IX DO ART. 93 DA CONSTITUIÇÃO DA REPÚBLICA: INOCORRÊNCIA. FUNDAMENTO DA DECISÃO AGRAVADA NÃO IMPUGNADO: SÚMULA N. 287 DESTE SUPREMO TRIBUNAL. AGRAVO REGIMENTAL DESPROVIDO” (ARE n. 1.431.397-AgR, de minha relatoria, Primeira Turma, DJe 18.8.2023).

15. Com as venias dos entendimentos contrários, não vislumbro fundamento constitucional suficiente para adotar parâmetro diverso no processo eleitoral. Realizada a gravação da conversa com o consentimento de apenas um dos interlocutores, é válida a sua utilização como prova, desde que não se configure situação de flagrante preparado.

No caso dos autos, consta do acórdão proferido pelo Tribunal Regional Eleitoral de Sergipe que a gravação foi realizada por um dos interlocutores do diálogo:

“Diversamente do alegado pelos recorridos, vislumbra-se que a gravação foi realizada por pessoa presente e participante da conversa, além de ter sido produzida sem qualquer traço de violência ou ameaça desferida em relação ao Sr. JOSÉ ANTÔNIO.

No presente, o Sr. JOSENILTON gravou o diálogo com o fito de deixar registrado a conversa da qual participou, a fim de evitar que alguém, notadamente um dos participantes, alterasse a verdade.

Completamente diferente é a interceptação, na qual o terceiro captou a conversa da qual não deveria sequer ter tomado conhecimento”.

À luz dos fatos descritos no acórdão proferido pelo Tribunal Regional Eleitoral de Sergipe, é lícita a gravação ambiental que instruiu a presente ação de impugnação de mandato eletivo.

16. Pelo exposto, voto no sentido de acompanhar o voto divergente proferido pelo Ministro Roberto Barroso.