

VOTO

O Senhor Ministro Alexandre de Moraes (Relator): Trata-se de Recurso Extraordinário interposto em face de acórdão proferido pelo Tribunal Superior Eleitoral, em que se discute o Tema 979 da repercussão geral:

Recurso extraordinário em que se discute, à luz do art. 5º, incs. II e XII da Constituição da República, a necessidade de autorização judicial para legitimar gravação ambiental realizada por um dos interlocutores ou por terceiro presente à conversa, apta a instruir ação de impugnação de mandato eletivo.

Na origem, o Juiz da 4ª Zona Eleitoral de Sergipe julgou improcedentes os pedidos formulados na ação de impugnação de mandato eletivo proposta por Rui Barreto da Silva em desfavor de José Antônio Silva Alves e José Hamilton Carvalho de Souza, ora recorridos, imputando-lhes a prática de abuso de poder econômico e político, bem como captação ilícita de sufrágio.

Ambos foram eleitos, respectivamente, aos cargos de prefeito e vice-prefeito do município de Pedrinhas (SE) nas eleições de 2012.

Interposto recurso eleitoral, o Tribunal Regional Eleitoral de Sergipe deu-lhe provimento para reformar a sentença, determinando a cassação do diploma eleitoral conferido àqueles candidatos eleitos.

O acórdão foi sintetizado nos termos da seguinte ementa (fl. 1, Vol. 37):

“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 CONDOTA. ARGUIÇÃO DE ILICITUDE DA PROVA. GRAVAÇÃO AMBIENTAL CLANDESTINA. ILEGALIDADE DA PROVA. SITUAÇÃO DE FLAGRÂNCIA PREPERADA. PREJUDICIAS 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.

2. A inexistência de arcabouço probatório robusto e idôneo acerca dos fatos que constituiriam abuso de poder econômico na campanha eleitoral dos recorridos é evento que conduz à improcedência do pedido nesse aspecto.

3. Após as alterações introduzidas pela "Lei da Ficha Limpa" (Lei Complementar n. 135/2010), toda captação ilícita de sufrágio implica necessariamente abuso do poder econômico, notadamente porque "para a configuração do ato abusivo, não será considerada a potencialidade de o fato alterar o resultado da eleição, mas apenas a gravidade das circunstâncias que o caracterizam" (LC n. 64/1990, art. 22, XV).

5. Para a condenação por captação ilícita de sufrágio, prevista no artigo 41-A da Lei nº 9.504/97, é indispensável a demonstração inequívoca da conduta de oferta ou entrega de bem ou vantagem com a finalidade da obtenção de votos, não se fazendo necessário o pedido explícito de votos, bastando que, a partir das circunstâncias do caso concreto, seja possível inferir o especial fim de agir.

6. A promessa realizada por candidato a eleitor, no sentido de que este seria mantido como responsável pela administração da "casa de farinha" do município e que também seria repassada àquele uma verba mensal em valor a ser definido, caso esse garantisse o apoio a sua candidatura, aí incluído o voto próprio e de seus familiares e a remoção de propaganda do adversário de sua residência, configura captação ilícita de sufrágio.

4. Recurso provido."

Opostos Embargos de Declaração pelos recorridos, foram desprovidos.

Irresignados, interpuseram Recurso Especial Eleitoral, com fundamento no art. 121, § 4º, II da Constituição Federal e no art. 276, I, "b", do Código Eleitoral, em que alegaram, em síntese, a ilicitude das provas obtidas mediante gravação ambiental realizada por um dos interlocutores sem a prévia autorização judicial.

Admitido o recurso no TRE de Sergipe, os autos foram remetidos ao Tribunal Superior Eleitoral.

Recebido o processo no TSE, a Ilustre Ministra LUCIANA LÓSSIO, em decisão monocrática, deu provimento ao apelo eleitoral.

Na sequência, o Ministério Público Eleitoral interpôs agravo regimental, sustentando a validade das gravações ambientais utilizadas como provas da prática de captação ilícita de sufrágio.

O TSE negou provimento ao agravo por considerar ilícitas as gravações ambientais que ampararam a condenação dos recorridos por captação ilícita de sufrágio. O acórdão foi assim ementado (fls. 1-3, Vol. 55):

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." (grifo nosso)

Em face desse aresto, o Ministério Público Eleitoral interpôs o presente Recurso Extraordinário, com base no art. 102, III, da Constituição Federal, em que aponta violação aos artigos 5º, II e XII, e 93, IX, da Carta Magna. Para tanto, sustenta, em suma, que:

(a) a gravação ambiental quando realizada por um dos interlocutores difere da interceptação telefônica e, por isso, é

desnecessária a prévia autorização judicial. Equiparar os dois institutos, aplicando a ambos a cláusula de reserva de jurisdição, contraria o art. 5º, XII, da CF;

(b) o SUPREMO TRIBUNAL FEDERAL, no julgamento da Questão de Ordem no RE 583.937, sob o rito da repercussão geral, consolidou o entendimento no sentido da licitude da gravação ambiental realizada por um dos interlocutores sem o conhecimento do outro, independentemente de autorização judicial. Em outros precedentes, também admitiu esse tipo de prova em processo cível, bem como em prol da persecução penal;

(c) a tese fixada no precedente acima deve ser aplicada também na esfera eleitoral, na qual envolvidos bens jurídicos de natureza coletiva cuja importância sobrepõe quando comparada com interesses particulares e, no caso, concreto, ilegítimos;

(d) o acórdão recorrido não indica o fundamento constitucional ou legal que embasa a conclusão acerca da necessidade de prévia autorização judicial para a realização de gravação ambiental, e cria uma exceção onde a Carta não o fez;

(e) a gravação ambiental na seara eleitoral também se justifica ante a existência do crime de corrupção previsto no art. 299 do Código Eleitoral, e em legítima defesa de terceiros, no caso, de toda a coletividade de eleitores;

(f) a proteção da privacidade e da honra não são princípios absolutos que devem ser relativizados em benefício do interesse público;

(g) não se pode invocar a tutela da intimidade e da vida privada com o propósito de salvaguardar práticas criminosas da efetivação das imposições legais, em prejuízo dos princípios do Estado de Direito, da legalidade e da segurança pública, igualmente tutelados pela Constituição da República;

(g) *" a gravação da conversa feita por um dos interlocutores não se enquadra no conceito etimológico e jurídico da interceptação e, portanto, não se amolda à disposição constitucional que exige autorização judicial para sua realização (art. 5º, XII, da CRF B) (fl. 11, Vol. 59); e*

(h) *deve prevalecer a busca pela verdade real, em prol do interesse público; "a questão posta não é de inviolabilidade das comunicações e sim da proteção da privacidade e da própria honra, que não constitui direito absoluto, devendo ceder em prol do interesse público" (fl. 13, VI. 59); e*

(i) o argumento de que se deve evitar situação de flagrante preparado em um ambiente de disputa eleitoral não se presta a afastar a validade da gravação ambiental, porque há situações nas quais o próprio candidato toma a iniciativa de corromper o eleitor. Em tais casos, não há boa-fé alguma do candidato que alicia o eleitor de forma

dolosa e premeditada, razão pela qual é impertinente preservar a privacidade do candidato em detrimento da democracia.

Por fim, requer o provimento do apelo para que seja reformado o acórdão recorrido, e considerada lícita a gravação ambiental que instruiu a demanda, oportunizando-se novo julgamento à luz de todo o conjunto probatório.

Em contrarrazões, José Antônio Silva Alves, ora recorrido, em preliminar, arguiu a ilegitimidade do Ministério Público Eleitoral para recorrer da decisão que confirmou o deferimento do registro da sua candidatura para o cargo de prefeito nas eleições de 2012, ao argumento de que o MP não apresentou impugnação ao pedido de registro da candidatura, e portanto, seria parte ilegítima para recorrer. Aduz que o recurso extraordinário é inadmissível ante os óbices das Súmulas 279 e 282, ambas do STF.

No mérito, sustenta a ilicitude da gravação ambiental por violação ao direito à privacidade, uma vez que foi realizada em ambiente particular com restrições de acesso e com o fim de prejudicar o candidato.

O TSE admitiu o apelo extremo como representativo da controvérsia (art. 1.30, V, "b", do CPC), e determinou a remessa dos autos ao SUPREMO TRIBUNAL FEDERAL.

Esta CORTE reconheceu a repercussão geral da matéria 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.”

A Procuradoria-Geral da Eleitoral manifestou-se pelo provimento do recurso, nos termos da seguinte ementa (fl. 1, Vol. 7):

ELEIÇÕES 2012. PREFEITO. VICE-PREFEITO. GRAVAÇÃO AMBIENTAL. PROVA. LICITUDE. 1. O Supremo Tribunal Federal, ao julgar o RE 583.937-Q0- 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.”

A União dos Vereadores do Brasil - UVB foi admitida no processo como *amicus curiae*.

É o relatório.

De início, afasto a preliminar arguida pelo recorrido em suas contrarrazões no tocante à ilegitimidade recursal do Ministério Público, uma vez que este não havia impugnado o registro da candidatura para o cargo de Prefeito.

A ação de impugnação de registro de candidatura tem fundamento no art. 14, § 9º, da Constituição Federal, que exhibe o seguinte teor:

§ 9º Lei complementar estabelecerá outros casos de inelegibilidade e os prazos de sua cessação, a fim de proteger a probidade administrativa, a moralidade para exercício de mandato considerada vida pregressa do candidato, e a normalidade e legitimidade das eleições contra a influência do poder econômico ou o abuso do exercício de função, cargo ou emprego na administração direta ou indireta.

Esse dispositivo foi disciplinado no art. 3º da Lei Complementar 64 /1990, *in verbis*:

Art. 3º Caberá a qualquer candidato, a partido político, coligação ou ao Ministério Público, no prazo de 5 (cinco) dias, contados da publicação do pedido de registro do candidato, impugná-lo em petição fundamentada.

Já a ação de impugnação de mandato eletivo tem suporte de validade no art. 14, § 10, da Constituição Federal:

§ 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.

Ou seja, são ações que incidem em momentos distintos: a primeira, após a escolha do candidato e tem por escopo questionar as condições de elegibilidade do candidato; a segunda incide após a diplomação do candidato eleito e visa à cassação de mandato inquinado de vícios de abuso do poder econômico, corrupção ou fraude.

Não há, portanto, vinculação entre um meio processual e outro que impeça o Ministério Público Eleitoral de atuar nos dois ou em apenas um deles.

Aliás, o SUPREMO TRIBUNAL FEDERAL, no julgamento do ARE 728.188, Tema 680 da repercussão geral, fixou tese no sentido de que o Ministério Público tem legitimidade para recorrer de decisão que defere o

pedido de registro de candidatura, ainda que não tenha apresentado impugnação anterior aos autos.

Assim, com mais forte razão, na hipótese vertente, inexistente empecilho a atuação recursal do *Parquet* Eleitoral.

Superada essa questão, passo ao exame do mérito.

Desde logo, não merecem ser acolhidas as razões da parte recorrente em relação à suscitada ofensa ao art. 93, IX, da Carta Magna, o Juízo de origem não destoou do entendimento firmado por esta CORTE no julgamento do AI 791.292-QO-RG/PE (Rel. Min. GILMAR MENDES, Tema 339).

No caso em apreço, a fundamentação do acórdão recorrido alinha-se às diretrizes desse precedente.

Pois bem: centra-se a controvérsia em definir se, à luz do art. 5º, II e XII, da Constituição Federal, é lícita a gravação ambiental realizada por um dos interlocutores, sem o consentimento do outro e sem a prévia autorização judicial, para ser utilizada como meio de obtenção de provas na seara eleitoral.

Os citados dispositivos constitucionais dispõem:

“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:

(...)

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

(...)

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;

No caso sob exame, o TSE entendeu que, por ser a proteção à privacidade um direito fundamental estabelecido na Constituição Federal, somente mediante autorização judicial seria possível admitir-se a gravação

ambiental como meio de prova da prática de captação ilícita de sufrágio, que pudesse levar à cassação de diploma eleitoral, mormente porque nenhuma das gravações foram captadas em ambientes abertos, sendo que uma delas ocorreu no interior de um automóvel, e a outra em local sem identificação.

Esclareceu que, a jurisprudência do TSE, para as eleições de 2012, foi fixada no sentido de admitir-se a gravação ambiental somente mediante autorização judicial. E, ainda naquele ano, excepcionou-se essa regra para considerar lícitas as gravações ocorridas em ambientes abertos.

Acerca da questão das gravações ambientais, esta SUPREMA CORTE já teve oportunidade de se debruçar sobre esse tema quando relacionado à esfera penal.

No RE 583937-QO-RG, Rel. Min. CEZAR PELUSO, Tema 237 da repercussão geral, Dje de 18/12/2009, o TRIBUNAL PLENO reafirmou jurisprudência desta CORTE para fixar a tese de que “ *É lícita a prova consistente em gravação ambiental realizada por um dos interlocutores sem conhecimento do outro.*”

O acórdão recebeu a seguinte ementa:

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.

Nesse precedente, o Min. CESAR PELUSO lembrou que, desde o julgamento do RE 402.717, Dje 13/2/2009, a jurisprudência da CORTE já estava consolidada no sentido de que tanto a gravação telefônica como a ambiental efetivada por um dos interlocutores não pode ser confundida com a interceptação das comunicações e, por tal razão, desnecessária a prévia autorização judicial que é exigida em casos de quebra de sigilo de comunicação telefônica, nos termos do art. 5º, XII, da CF.

Ressaltou que há situações nas quais deve preponderar a proteção à intimidade quando abrangida por obrigação legal do sigilo. Por fim, assentou a possibilidade de gravação clandestina como prova de acusação de crime.

Por esclarecedoras, confirmam os seguintes trechos da sua manifestação ao votar no Tema 237:

“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, salvas as exceções legais, sobre ela detêm disponibilidade exclusiva, como expressão dos direitos fundamentais de intimidade e liberdade.

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.

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, 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.

(...)

E, doutra feita, foi até mais longe, admitindo como princípio, em caso a que já fizemos referência, o uso processual da gravação clandestina, realizada por um dos interlocutores, sem a ciência do outro, como prova de acusação de crime de exploração de prestígio por esse praticado. E, justificando a proposição de licitude dessa prova contra investida criminosa de um dos interlocutores, a título que corresponde a causa excludente de injuridicidade ou, in nuce, de justa causa, assentou:

É inconsistente e fere o senso comum falar-se em violação do direito à privacidade quando o interlocutor grava diálogo com seqüestradores, estelionatários ou qualquer tipo de chantagista (Pleno, HC nº 75.338 , Rel. Min. NELSON JOBIM).

Igual coisa assentou a Corte, em caso ulterior, onde a gravação clandestina, aviada por um dos interlocutores, que era, aliás, representante do Ministério Público, foi tida como prova legítima do crime de corrupção ativa cometido pelo outro, que ignorava o registro da conversa. Da ementa expressiva consta:

Prova criminal: gravação telefônica por um dos interlocutores de oferta de vantagem indevida em troca de ato de ofício seu: legitimidade. Não constitui prova ilícita a gravação por um dos interlocutores de conversa telefônica na qual lhe é feita proposta de suborno, configurando corrupção ativa: a hipótese nem configura interceptação de comunicação telefônica, nem implica violação da intimidade ou de dever jurídico de sigilo (AI-AgRg nº 232.123 , 1ª Turma, Rel. Min. SEPÚLVEDA PERTENCE).”

Depois disso, o TRIBUNAL PLENO, novamente na esfera penal, assentou que “ *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)*” (Inq. 2.116 QO, Rel. Min. Ayres Britto, Dje de 29/2/2012).

No âmbito do TSE, até as eleições de 2012, a jurisprudência da CORTE ELEITORAL firmou-se no sentido de serem ilícitas as gravações ambientais,

quando realizadas por um dos interlocutores sem o conhecimento do outro ou sem autorização judicial, por violação à privacidade e à intimidade dos interlocutores. Admitia-se esse instrumento como meio de obtenção de prova apenas em investigação criminal ou processo penal.

Além dos diversos precedentes nesse sentido colacionados no voto do relator deste processo, o Ilustre Min. DIAS TOFFOLI, cito o seguinte julgado:

RECURSO ESPECIAL. ELEIÇÕES 2012. AIJE. CAPTAÇÃO ILÍCITA DE SUFRÁGIO. OFERECIMENTO DE DINHEIRO EM TROCA DE VOTOS. GRAVAÇÃO AMBIENTAL. PROVA ILÍCITA. CONTAMINAÇÃO. DEMAIS PROVAS. PROVIMENTO.

1. A teor da jurisprudência desta Corte Superior, a gravação ambiental somente é viável mediante autorização judicial e quando utilizada como prova em investigação criminal ou processo penal, sendo a proteção à privacidade - direito fundamental estabelecido na Constituição Federal - a regra.

2. Provas derivadas de gravação ambiental ilícita não se prestam para fundamentar condenação por captação ilícita de sufrágio, porquanto ilícitas por derivação. 3. Recurso especial provido. (REspe 602-30/MG, Rel. Min. LUCIANA LÓSSIO, DJe de 17/2/2014)

Ainda para as mesmas eleições de 2012, houve um temperamento dessa compreensão para considerar lícitas as gravações realizadas e ambientes abertos. Por todos, confira-se:

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

1. Não há falar em intempestividade do agravo regimental do Ministério Público interposto no primeiro dia útil após o prazo de três dias, contados da data do recebimento dos autos na secretaria da PGE.

2. Segundo o entendimento deste Tribunal, "o prazo recursal do Ministério Público Eleitoral inicia-se com o recebimento dos autos na secretaria desse órgão" (AgR-REspe nº 35.847, rel. Min. Aldir Passarinho Junior, DJe de 26.4.2011) e a interposição do recurso "não se conta da certidão que registra a abertura de vista, mas da data em que os autos são recebidos pelo MP" (HC nº 768-97, rel. Min. Henrique Neves, DJe de 19.4.2013).

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 98-6/PI, Rel. Min. HENRIQUE NEVES, DJe de 9/10/2015) (grifo nosso)

Assim, para as eleições de 2012 e 2014, prevaleceu o entendimento no sentido de ser válida a gravação feita em ambiente aberto e sem controle de acesso, mas ilícita aquela realizada de forma clandestina, sem autorização judicial, em ambiente fechado ou sujeito à expectativa de privacidade.

Já, para as eleições de 2016, o Tribunal Superior Eleitoral, no julgamento do REsp 408-98, Rel. Min. EDSON FACHIN, DJe de 6/8/2019, fixou entendimento no sentido de que a gravação ambiental, em processos cíveis eleitorais, realizada por um dos interlocutores em ambiente privado é, a princípio, lícita, “*ficando as excepcionalidades, capazes de desautorizar a utilização do conteúdo da gravação, submetidas à apreciação do julgador no caso concreto*”.

Ainda, ficou consignado que devem ser avaliadas no caso concreto, se a gravação (i) foi espontânea; (ii) realizada por um dos interlocutores da conversa registrada; e (iii) ausente induzimento ao ilícito.

Eis ementa do acórdão:

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 BENEFÍCIOS 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.

10. Consoante jurisprudência deste Tribunal Superior, o

(...)

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.

Pois bem. Feita essa breve incursão nos precedentes tanto do SUPREMO TRIBUNAL FEDERAL como do TSE sobre a matéria em apreço, devo registrar que sempre tive amplas ressalvas com relação à agravação ambiental no âmbito do processo eleitoral, diante da proteção albergada no inciso X do art. 5º da Constituição Federal.

Após o julgamento do REspe 408-98, supramencionado, ao votar no Agravo de Regimental no Agravo de Instrumento 29364, Rel. Min. ROBERTO BARROSO, propus uma mudança jurisprudencial no Tribunal Superior Eleitoral, de forma que as provas obtidas por meio de gravação ambiental clandestina fossem consideradas ilícitas quando obtidas em âmbito privado, salvo se utilizada para a defesa. Isso porque, em ambiente privado, a privacidade e a intimidade, que são direitos fundamentais, devem prevalecer.

Peço licença para transcrever abaixo o teor do meu voto proferido na ocasião que expus as razões do meu entendimento:

“ELEIÇÕES 2016. AGRAVO REGIMENTAL. AGRAVO DE INSTRUMENTO. RECURSO ESPECIAL ELEITORAL. REPRESENTAÇÃO. CAPTAÇÃO ILÍCITA DE SUFRÁGIO. CANDIDATOS A PREFEITO E A VEREADOR. GRAVAÇÃO AMBIENTAL EM AMBIENTE PRIVADO. ILICITUDE DA PROVA. PROVIMENTO.

1. Nos termos do artigo 8ª-A da Lei nº 9.296/96, introduzido pela Lei nº nº 13.964/2019, a gravação ambiental é possível para fins de investigação ou instrução criminal, por determinação judicial, mediante requerimento da autoridade policial ou do Ministério Público, demonstrando que por outro meio a prova não poderia ser realizada e houver elementos probatórios razoáveis do cometimento de crime cuja pena máxima supere quatro anos.

2. Nos termos do § 4º, do artigo 8º-A da Lei nº nº 9.296/96, introduzido pela Lei nº nº 13.964/2019, a gravação ambiental realizada por um dos interlocutores sem o prévio conhecimento das autoridades legitimadas no caput do mesmo artigo somente poderá ser utilizada

em matéria de defesa, no âmbito de processo criminal e desde que comprava a integridade de seu conteúdo.

3. Num ambiente caracterizado pela disputa, como é o político, notadamente acirrado pelo período eleitoral, o desestímulo a subterfúgios espúrios voltados a tumultuar o enlace eleitoral, resguardando assim a privacidade e intimidade constitucionalmente asseguradas, deve ser intensificado, de modo que reuniões políticas privadas travadas em ambientes residenciais ou inequivocamente reservados não se aprazem com gravações ambientais plantadas e clandestinas, pois vocacionadas tão só ao uso espúrio em jogo político ilegítimo, recrudescendo a possibilidade de manipulações.

4. São clandestinas e, portanto, ilícitas as gravações ambientais feitas em ambiente privado, ainda que por um dos interlocutores ou terceiros a seu rogo ou com seu consentimento, mas sem o consentimento ou ciência inequívoca dos demais, dada inequívoca afronta ao inciso X, do art. 5º, da Constituição Federal. Ilícitas, do mesmo modo, as provas delas derivadas, não se prestando a fundamentar condenação em representação eleitoral.

5. A compreensão aqui firmada não se afigura incompatível com a tese firmada pelo E. STF no RE nº 583.937 (QO-RG/RJ, Rel. Min. Cezar Peluso, j. em 19.11.2009 -Tema 237), que teve como perspectiva o prisma da instrução criminal, sobremodo distinto do aqui tratado por força de expressa norma constitucional (art. 5º, XII, parte final) e legal.

6. E tanto há distinção de enfoques que o próprio STF, no RE 1040515 (Rel. Ministro Dias Toffoli – Tema 979), afetou a discussão da necessidade de autorização judicial para legitimar gravação ambiental realizada por um dos interlocutores ou por terceiro presente à conversa, para fins de instrução de ação de impugnação de mandato eletivo, à luz do art. 5º, incs. II e XII da Constituição da República.

7. Agravo Interno provido para julgar improcedente a Representação proposta com base no art. 41-A da Lei 9.504/1997.

RELATÓRIO

O SENHOR MINISTRO ALEXANDRE DE MORAES (Relator): Trata-se de Agravo Interno interposto por Marcel André Regovichi e por Luiza Saraiva Lemos, candidatos aos cargos de Prefeito e Vereador de Santa Inês/PR, nas Eleições 2016, contra decisão monocrática, proferida pelo eminente Ministro LUÍS ROBERTO BARROSO, pela qual negado seguimento aos Agravos e mantido o acórdão regional que afastou a inelegibilidade imposta aos Agravantes e manteve a condenação ao pagamento de multa.

Em suas razões (ID 106743138), os Agravantes sustentam, em síntese: i) a ilicitude da gravação ambiental, *“porque o interlocutor que realizou a gravação não reside na residência em que foi colhido o material sonoro, tendo em vista que a gravação foi realizada por Ricardo na casa de sua mãe Roseli”* (fl. 18), ausente manifestação

acerca do Tema 979 do STF; ii) não pretendida a reavaliação de fatos e provas, mas o reenquadramento jurídico dos fatos; iii) necessária a formação de litisconsórcio passivo necessário com a inclusão, por tratar-se de típica Ação de Investigação Judicial Eleitoral (Aije), violados os arts. 22, XIV, da LC 64/90; 114 do CPC e a Súmula 38 do TSE; e iv) ausência de elementos configuradores da conduta prevista no art. 41-A da Lei 9.504/1997, uma vez que a conduta denunciada na petição inicial da lide é a prática de abuso do poder econômico e político.

Sem contrarrazões.

Os autos foram a mim redistribuídos, nos termos do art. 16, § 7º, do RITSE.

É o relatório.

VOTO

O SENHOR MINISTRO ALEXANDRE DE MORAES (Relator): Trata-se de Agravo Interno interposto por Marcel André Regovichi e por Luiza Saraiva Lemos, candidatos aos cargos de Prefeito e Vereador de Santa Inês/PR, nas Eleições 2016, contra decisão monocrática proferida pelo eminente Ministro LUÍS ROBERTO BARROSO, pela qual negado seguimento aos Agravos, sustentado o acórdão regional que, mantida a condenação ao pagamento de multa, afastou a inelegibilidade imposta aos Agravantes.

A decisão agravada foi assim ementada (ID 28530888):

“Ementa: Direito Eleitoral. Processual Civil. Recursos Especiais Eleitorais com agravos. Eleições 2016. Representação. Captação Ilícita de sufrágio. Gravação ambiental. Licitude da prova. Negativa de Seguimento.

I – Hipótese

1. Agravos contra decisão de inadmissão de recursos especiais eleitorais interpostos contra acórdão do TRE/PR que reformou parcialmente a sentença, mantendo a multa aplicada aos agravantes, bem como a cassação do diploma de vereadora da segunda agravante.

2. Na origem, o TRE/PR, confirmando a licitude da gravação ambiental realizada em reunião na residência do eleitor, manteve a conclusão da sentença quanto à comprovação de que os candidatos prometeram a eleitores pagamento em dinheiro, concessão de remédios e auxílio na obtenção do benefício de aposentadoria, com o fim específico de beneficiar as suas candidaturas.

II – Preliminar de coisa julgada em relação ao capítulo da sentença que aplicou multa imposta ao primeiro agravante

3. Afastada a tese da Procuradoria Geral Eleitoral de existência de coisa julgada em desfavor de Marcel Regovichi, que não recorreu da sentença.

4. O capítulo da sentença relativo à captação ilícita de sufrágio, do qual resulta multa para o primeiro agravante, vem sendo objeto de

recurso pela segunda agravante desde a origem. Nos termos do art. 1.005 do CPC/2015, 'o recurso interposto por um dos litisconsortes a todos aproveita, salvo se distintos ou opostos os seus interesses'. Portanto, a atuação contínua da segunda agravante, trazendo defesa que aproveita ao primeiro, é suficiente para evitar a formação da coisa julgada parcial.

5. Por outro lado, a tese da ausência de interesse recursal de Marcel Regovichi não foi debatida no acórdão regional (que julgou seus embargos de declaração) ou suscitada por meio de novos embargos declaratórios. O parecer da Procuradoria-Geral Eleitoral, portanto, ao tratar da matéria, apresenta inovação em fase recursal, insuscetível de conhecimento nesta sede, ainda que se trate de matéria de ordem pública. Precedentes

III – Agravos

6. **É lícita a gravação realizada por um dos interlocutores em sua própria residência sem qualquer indício de manipulação da conversa ou flagrante preparado.** Precedente.

7. Não é possível conhecer da alegação de vício na formação de litisconsórcio passivo necessário, tendo em conta que: (i) o entendimento da maioria do Tribunal Regional, no sentido de que a petição inicial não apresentava contornos de AIJE típica, tornou prejudicada toda a discussão quanto ao abuso de poder e afastou a inelegibilidade dos ora agravantes, resultado prático idêntico ao que lograriam os agravantes caso extinta parcialmente a AIJE em relação a esse capítulo; e (ii) a alegação de nulidade por ausência do vice-prefeito que compunha a chapa com o primeiro agravado constitui inovação recursal do agravo, o que atrai a incidência da Súmula nº 72 /TSE.

8. **Quanto à alegação de violação ao art. 41-A da Lei nº 9.504/1997, incide o óbice previsto na Súmula nº 24/TSE. O TRE/PR, com base em acervo probatório robusto – prova testemunhal e gravações ambientais –, concluiu que os agravantes, diretamente e mediante terceiros que atuaram com seu conhecimento e consentimento, ofereceram a eleitores, em período eleitoral, vantagem pecuniária, fornecimento de remédios e auxílio para concessão de aposentadoria, com finalidade eleitoral.**

IV – Conclusão

9. Agravos a que se nega seguimento.” (grifos nosso)

O TRE/PR manteve a procedência da representação eleitoral por captação ilícita de sufrágio (art. 41-A da Lei 9.504/1997) proposta em desfavor dos ora Agravantes.

Conforme assentado na decisão agravada, possível extrair do acórdão regional que: *“(i) os agravantes fizeram a oferta ‘de R\$ 6.000,00, divididos em três vezes, sendo dois mil, mais dois mil, e dois mil após o pleito, dentre outros benefícios, como a concessão de*

remédios e auxílio na obtenção de aposentadoria, à eleitora Roseli, em troca de apoio aos candidatos Cia [Marcel] e Luiza' (fl. 287); e (ii) 'a recorrente Luiza teve participação ativa na compra de votos, tanto é que ela confirmou os dizeres acerca da compra de votos' e ainda corroborou as promessas de vantagens aos eleitores".

Inicialmente, reitero, à luz da decisão agravada, que o TRE/PR analisou a alegação de litisconsórcio sob a ótica do art. 41-A da Lei 9.504/1997, concluindo que, *"no que diz respeito ao Secretário Municipal, Claudinei Hipólito, o acórdão regional consignou, de modo correto, que o terceiro, ainda que tenha em tese contribuído para a captação ilícita de sufrágio e seja agente público, não é legitimado passivo do art. 41- A da Lei nº 9.504/1997"*. Em relação a não inclusão do candidato a Vice-Prefeito, consignada pelo Relator a inovação recursal, efetivamente incide na espécie a Súmula 72/TSE.

No que toca à prova obtida por meio de gravação ambiental, diversamente da posição firmada na decisão agravada, entendo como clandestinas aquelas em que a captação e gravação da conversa pessoal, ambiental ou telefônica se dá no mesmo momento em que a conversa se realiza, feita por um dos interlocutores, ou por terceira pessoa com seu consentimento, sem que haja conhecimento dos demais interlocutores, implicando inequívoca afronta ao inciso X, do art. 5º, da Constituição Federal.

Isto porque a tutela constitucional das comunicações pretende tornar inviolável a manifestação de pensamento que não se dirige ao público em geral, mas a pessoa ou pessoas determinadas. Consiste, pois, no direito de escolher o destinatário da transmissão.

Num ambiente caracterizado pela disputa, como é o político, notadamente acirrado pelo período eleitoral, o desestímulo a subterfúgios espúrios voltados a tumultuar o enlace eleitoral, resguardando assim a privacidade e intimidade constitucionalmente asseguradas, deve ser intensificado.

Reuniões políticas privadas travadas em ambientes residenciais ou inequivocamente reservados não se aprazem com gravações ambientais plantadas e clandestinas, pois vocacionadas tão só ao uso espúrio em jogo político ilegítimo, recrudescendo a possibilidade de manipulações, com supressão de trechos, elaboração de sofisticadas montagens, trucagens cada vez mais sofisticadas viabilizadas por equipamentos moderníssimos que ao fim podem alterar completamente o sentido de determinadas conversas.

Como afirma Luiz Flávio Gomes, *"o que cabe realçar na gravação clandestina é a sua surpresa, o que a torna moralmente reprovável. Uma coisa é expressar o pensamento sem saber da gravação, outra bem distinta é quando se toma conhecimento dela. Não se nega que existe uma escolha da pessoa a quem se confia o conteúdo de uma comunicação. Mas o comunicador, até essa altura, tem controle da*

informação” (GOMES, Luiz Flávio; MACIEL, Silvio. *Interceptação Telefônica: comentários à Lei nº 9.296, de 24.07.1996. 2ª edição.* São Paulo: RT, 2013, p. 29).

E uma vez mais realçando o respeito a eventual posição divergente, impõe-se destacar que a compreensão aqui firmada não se afigura incompatível com a tese firmada pelo E. STF no RE nº 583.937 (QO-RG/RJ, Rel. Min. Cezar Peluso, j. em 19.11.2009 -Tema 237), que teve como perspectiva o prisma da instrução criminal, sobremodo distinto do aqui tratado por força de expressa norma constitucional (art. 5º, XII, parte final), ainda que também sob este enfoque guardemos reservas quanto à posição assentada.

Corroborando nosso entendimento, a Lei nº 13.964/2019, que incluiu o artigo 8ª-A e respectivos parágrafos à Lei nº 9.296/96, deixa expresso que *"para investigação ou instrução criminal, poderá ser autorizada pelo juiz, a requerimento da autoridade policial ou do Ministério Público, a captação ambiental de sinais eletromagnéticos, ópticos ou acústicos, quando:*

I - a prova não puder ser feita por outros meios disponíveis e igualmente eficazes; e

II - houver elementos probatórios razoáveis de autoria e participação em infrações criminais cujas penas máximas sejam superiores a 4 (quatro) anos ou em infrações penais conexas.

Ainda - e sempre sob o prisma da investigação e instrução criminal - o § 4º do referido art. 8º-A especifica que *"a captação ambiental feita por um dos interlocutores sem o prévio conhecimento da autoridade policial ou do Ministério Público poderá ser utilizada, em matéria de defesa, quando demonstrada a integridade da gravação"*.

Nesse contexto, a consideração de que válidas as gravações aqui utilizadas seria questionável ainda que de instrução ou investigação criminal se cuidasse. **No âmbito estrito de representação eleitoral sem vinculação penal, então, a ilegalidade é patente.**

E tanto há distinção de enfoques que o próprio STF, no RE 1040515 (Rel. Ministro Dias Toffoli – Tema 979), afetou a discussão da necessidade de autorização judicial para legitimar gravação ambiental realizada por um dos interlocutores ou por terceiro presente à conversa, apta a instruir ação de impugnação de mandato eletivo, à luz do art. 5º, incs. II e XII da Constituição da República, *verbis*:

EMENTA 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.

Reitere-se que no âmbito das disputas eleitorais, como regra, as gravações e interceptações ambientais clandestinas não são levadas a cabo por vítimas de ato criminoso, mas ao contrário, são ajambradas, por vezes premeditadas e não raro dirigidas exclusivamente com intuito de prejudicar o adversário ou o grupo momentaneamente rival, com vistas a finalidade oposta à nobreza ou ao legítimo exercício do direito de defesa.

Admiti-las lícitas, como regra, e não como algo excepcionalíssimo, seria relativizar as garantias individuais consagradas no artigo 5º, II, X e XII da Constituição Federal não como meio de prestigiar princípios constitucionais outros de igual ou maior envergadura, mas como estímulo à expedientes artificiosos que tendo como intuito primeiro o de desconstruir a imagem alheia, antes desmerecem o escoreito processo eleitoral e vão na contramão do aperfeiçoamento das instituições democráticas, do que virtuosamente contribuem para um sistema capaz de expurgar quem não detenha os atributos necessários a bem desempenhar mandatos eletivos.

Como ensina a Professora ADA PELLEGRINI GRINOVER, *deve-se observar, em primeiro lugar, que a Constituição, ao estabelecer a inadmissibilidade das provas obtidas por meios ilícitos, trata inquestionavelmente das provas obtidas com violação do direito material. Em segundo lugar, ao prescrever expressamente a inadmissibilidade processual das provas ilícitas, a Constituição brasileira considera a prova materialmente ilícita também processualmente ilegítima, estabelecendo desde logo uma sanção processual (a inadmissibilidade) para a ilicitude material* (Diligência e inspeção no processo administrativo: observações sobre o devido processo legal. Revista dos Tribunais OnLine Thomson Reuters, vol. 43, p. 353, jul/2010, p. 5).

A inadmissibilidade das provas ilícitas no processo deriva da posição preferente dos Direitos Humanos Fundamentais no ordenamento jurídico, tornando impossível a violação de um Principio Constitucional ("independência dos poderes") e de liberdades públicas ("inviolabilidade domiciliar" e "Juízo Natural") para obtenção de qualquer prova, como ocorreu na presente hipótese, pois, como destacado por CARLOS ALBERTO MOLINARO, *Um direito fundamental à prova não comporta a ilicitude na sua produção (...) Toda obtenção de prova ilícita, reprise-se à exaustão, por*

conseqüência, agride direitos fundamentais constitucionais expressamente reconhecidos (A questão da prova ilícita vista pelos tribunais. Revista dos Tribunais OnLine Thomson Reuters, vol. 145, p. 276, mar/2007, p. 8).

Esses exatos termos são, igualmente, apontados por RODRIGO GARCIA DA FONSECA:

Ou colocado o problema de outra forma, o devido processo legal, na forma abrigada pela Constituição do Brasil, força a exclusão do processo das provas ilícitas, vedando a sua consideração pelo eventual julgador (...) a proibição da utilização de provas obtidas ilicitamente tem forte conteúdo ético e é, em última instância, um sub-princípio de um princípio maior, o princípio da Dignidade Humana (...) Assim, além de representar uma garantia formal à veracidade do conteúdo das provas examinadas pelo julgador, a proibição das provas obtidas ilicitamente tem o mérito de resguardar as pessoas contra a intromissão de terceiros em suas vidas privadas e de garantir a sua própria integridade física e moral, tendo estreita relação, portanto, com o princípio da dignidade humana. (Das provas ilícitas no Direito Brasileiro. Revista de Informação Legislativa. Senado Federal: Brasília, ano 42, nº 167, julho/setembro 2005, p. 59 e 62).

A prova ilícita é NULA, IMPRESTÁVEL para a formação do convencimento do magistrado, que deverá afastá-la para solucionar o processo somente com as demais provas lícitas constantes nos autos, conforme proclamado pelo DECANO DO SUPREMO TRIBUNAL FEDERAL, Min. CELSO DE MELLO:

*“É indubitável que a prova ilícita, entre nós, não se reveste da necessária idoneidade jurídica como meio de formação do convencimento do julgador, razão pela qual deve ser desprezada, ainda que em prejuízo da apuração da verdade, no prol do ideal maior de um processo justo, condizente com o respeito devido a direitos e garantias fundamentais da pessoa humana, valor que se sobreleva, em muito, ao que é representado pelo interesse que tem a sociedade em uma eficaz repressão aos delitos. É um pequeno preço que se paga por viver-se em estado de direito democrático (...) a norma inscrita no art. 5º, LVI, da Lei Fundamental promulgada em 1988, consagrou, entre nós, com fundamento em sólido magistério doutrinário (Ada Pellegrini Grinover, *Novas tendências do direito processual*, p. 60/82, 1990, *Forense Universitária*; Mauro Cappelletti, *Efficacia di prove illegittimamente ammesse e comportamento della parte*, em *Rivista di Diritto Civile*, p. 112, 1961; Vincenzo Vigoriti, *Prove illecite e costituzione*, em *Rivista di Diritto Processuale*, p. 64 e 70, 1968), o postulado de que a prova obtida por meios ilícitos deve ser repudiada e repudiada sempre pelos juízes e Tribunais, por mais*

relevantes que sejam os fatos por ela apurados, uma vez que se subsume ela ao conceito de inconstitucionalidade (Ada Pellegrini Grinover, *op. cit.*, p. 62, 1990, Forense Universitária).

A cláusula constitucional do *due process of law* que se destina a garantir a pessoa do acusado contra ações eventualmente abusivas do Poder Público tem, no dogma da inadmissibilidade das provas ilícitas, uma de suas projeções concretizadoras mais expressivas, na medida em que o réu tem o impostergável direito de não ser denunciado, de não ser julgado e de não ser condenado com apoio em elementos instrutórios obtidos ou produzidos de forma incompatível com os limites impostos, pelo ordenamento jurídico, ao poder persecutório e ao poder investigatório do Estado. A absoluta invalidade da prova ilícita infirma-lhe, de modo radical, a eficácia demonstrativa dos fatos e eventos cuja realidade material ela pretende evidenciar.

Trata-se de conseqüência que deriva, necessariamente, da garantia constitucional que tutela a situação jurídica dos acusados em juízo penal e que exclui, de modo peremptório, a possibilidade de uso, em sede processual, da prova de qualquer prova cuja ilicitude venha a ser reconhecida pelo Poder Judiciário.

A prova ilícita é prova inidônea. Mais do que isso, prova ilícita é prova imprestável. Não se reveste, por essa explícita razão, de qualquer aptidão jurídico-material. Prova ilícita, sendo providência instrutória eivada de inconstitucionalidade, apresenta-se destituída de qualquer grau, por mínimo que seja, de eficácia jurídica.

Tenho tido a oportunidade de enfatizar, neste Tribunal, que a *Exclusionary Rule*, considerada essencial pela jurisprudência da Suprema Corte dos Estados Unidos da América na definição dos limites da atividade probatória desenvolvida pelo Estado, destina-se, na abrangência de seu conteúdo, e pelo banimento processual de evidência ilicitamente coligida, a proteger os réus criminais contra a ilegítima produção ou a ilegal colheita de prova incriminadora (*Garrity v. New Jersey*, 385 U.S. 493, 1967; *Mapp v. Ohio*, 367 U.S. 643, 1961; *Wong Sun v. United States*, 371 U.S. 471, 1962, v.g.) (STF, Ação Penal 307-3-DF Plenário, Rel. Min. Ilmar Galvão DJU, 13 out. 1995, em lapidar voto, o Ministro CELSO DE MELLO). Conferir ainda, no mesmo sentido: STF Segunda Turma HC 82.788/RJ Rel. Min. CELSO DE MELLO, Diário da Justiça, Seção I, 2 jun. 2006, p. 43; STF Primeira Turma HC 84.417/RJ Rel. Min. SEPÚLVEDA PERTENCE, Diário da Justiça, Seção I, 17 ago. 2004, p. 13; STF Inq 1.996/PR Rel. Min. CARLOS VELLOSO, Diário da Justiça, Seção I, 25 jun. 2003, p. 70; STF Pleno Pet 2.702/RJ Rel. Min. SEPÚLVEDA PERTENCE, Diário da Justiça, Seção I, 20 set. 2002, p. 117; STF Pleno RE 418416/SC Rel. Min. SEPÚLVEDA PERTENCE, decisão: 10-5-2006.

Segundo se infere da descrição constante do acórdão regional, a gravação foi realizada em ambiente privado (residência de eleitor),

durante a campanha eleitoral, com a presença de outros candidatos e correligionários, para a divulgação de propostas e ideias de campanha, **sem conhecimento, consentimento ou anuência dos demais interlocutores**, notadamente os recorrentes, **restando manifesta a ilicitude da prova**.

De se convir que segundo regras de experiência comuns relativas à convivência humana, ninguém que recebe visitas em sua casa, seja de pessoas próximas, para confraternização, seja de pessoas não tão próximas assim, para finalidade qualquer, ainda que previamente agendadas, tem por direcionamento natural posicionar aparato destinado à gravação dos diálogos que serão travados, sobretudo de forma camuflada, assegurando-se que os demais não tomem conhecimento daquela iniciativa.

Ainda que não se ignore que nos dias atuais tais gravações podem ser feitas com singular facilidade, pois um simples celular serve bem a tal finalidade, a iniciativa da gravação é algo que por si contradiz o estado de espírito desinteressado, compatível, via de regra, com a inércia.

Os recorrentes não teriam razão plausível para intuir que, num ambiente privado, no lar dos anfitriões, os assuntos tratados não seriam reservados estritamente a quem ali se encontrava, ao contrário do que normalmente ocorre em ambientes externos, públicos ou abertos ao público.

Assim, em regra, é ilícita a prova colhida mediante gravação ambiental feita por um dos participantes, mas sem o consentimento ou ciência inequívoca dos demais interlocutores, em ambiente inequivocamente privado, como o ocorrido no caso dos autos. De igual modo, provas derivadas de gravação ambiental ilícita não se prestam para fundamentar condenação, porque ilícitas por derivação.

Em matéria de provas ilícitas, o art. 157, § 1º, do CPC, excepciona a adoção da teoria dos frutos da árvore envenenada na hipótese em que os demais elementos probatórios não estiverem vinculados àquele cuja ilicitude foi reconhecida (HC 156157 AgR/STF, DJe de 26/11/2018 - destaquei). No mesmo sentido é a jurisprudência do TSE: RO 1821 (Rel. Min. Dias Toffoli, DJe de 31/03/2014).

Nessa mesma linha de raciocínio, reconhecendo a autonomia e independência das provas, já tive a oportunidade de registrar que as provas ilícitas, bem como todas aquelas delas derivadas, são constitucionalmente inadmissíveis, mesmo quando reconduzidas aos autos de forma indireta, devendo, pois, serem desentranhadas do processo, não tendo, porém, o condão de anulá-lo, permanecendo válidas as demais provas lícitas e autônomas delas não decorrentes, ou ainda, que também decorreram de outras fontes, além da própria prova ilícita; garantindo-se, pois, a licitude da prova derivada da ilícita, quando, conforme salientado pelo Ministro Eros Grau,

'arrimada em elementos probatórios coligidos antes de sua juntada aos autos' (Direito Constitucional – 33. ed. - São Paulo: Atlas, 2017, pp. 121-122).

No caso dos autos, contudo, ausentes outros elementos de prova que sejam desvinculados da gravação, substrato primeiro e último da formação da culpa e condenação imposta aos recorrentes.

O acórdão regional baseou-se estritamente na gravação produzida de forma ilícita, bem como na oitiva dos personagens na mesma gravação envolvidos, não havendo elemento independente ou autônomo que subsidie a condenação dos recorrentes pela captação ilícita de sufrágio.

Ante o exposto, DOU PROVIMENTO ao Agravo Regimental para julgar improcedente a Representação proposta com base no art. 41-A da Lei 9.504/1997.”

Na mesma linha, no REspEl 70761, de minha relatoria, Dje de 24/8/2021, consignei que *“é ilícita a prova colhida mediante gravação ambiental feita por um dos participantes, mas sem o conhecimento ou ciência inequívoca dos demais interlocutores, em ambiente inequivocamente privado.”*

Como procurei demonstrar, se mesmo a Lei 13.964/2019, “pacote anticrime”, que alterou o procedimento para interceptação de comunicações (art. 8-A da Lei 9.296/1996), estabelecendo que a captação ambiental deve ser feita mediante autorização judicial, e somente pode ser usada em matéria de defesa no âmbito do processo criminal (§ 4º do referido art. 8º-A), com mais forte razão a gravação ambiental realizada em ambiente privado na seara eleitoral deve ser tida por ilícita se feita por um dos participantes, sem o consentimento ou ciência inequívoca dos demais interlocutores, ou sem a permissão judicial.

Logo, nos termos acima expostos, reafirmo esse entendimento.

Como consignado pelo Relator deste recurso paradigma, Min. DIAS TOFFOLI, a ação de impugnação de mandato eletivo (AIME) subjacente a este apelo extremo foi ajuizada contra o ora recorrido, eleito ao cargo de prefeito nas eleições de 2012, e cujo mandato exauriu em 2016.

Todavia, o recurso não fica prejudicado, pois, o reconhecimento da repercussão geral do tema implica a objetivação do processo, que deve prosseguir para que seja fixada a tese, independentemente do interesse subjetivo da parte.

Assim, e, com base nas considerações aqui aduzidas, acompanho o Ilustre Relator, para considerar ilícita a gravação ambiental como meio de prova nas ações cíveis eleitorais, quando realizada por um dos interlocutores ou terceiros a seu rogo ou com seu consentimento, mas sem o consentimento ou ciência inequívoca dos demais, em ambientes residenciais ou inequivocamente reservados.

Por todo o exposto, acompanho o Eminentíssimo Relator para, NEGAR PROVIMENTO ao Recurso Extraordinário.

Adiro à tese proposta pelo Relator, para ser aplicada a partir das eleições de 2022.

Plenário Virtual - minuta de voto - 30/06/2023