TRIBUNAL SUPERIOR ELEITORAL

ACÓRDÃO

RECURSO ESPECIAL ELEITORAL Nº 298-73.2016.6.21.0022 – CLASSE 32 – GUAPORÉ – RIO GRANDE DO SUL

Relator: Ministro Jorge Mussi
Recorrente: Ademir Damo
Advogados: José Eduardo Rangel de Alckmin – OAB: 2977/DF e outros
Recorrida: Coligação União Trabalho e Fé
Advogados: Luciano Salvagni – OAB: 79425/RS e outros

RECURSO ESPECIAL. ELEIÇÕES 2016. VEREADOR. REPRESENTAÇÃO. ART. 41-A DA LEI 9.504/97. CAPTAÇÃO ILÍCITA DE SUFRÁGIO. LICITUDE. GRAVAÇÃO AMBIENTAL. TEMA DE FUNDO. OFERECIMENTO DE DINHEIRO EM TROCA DE VOTOS. PROVA ROBUSTA. REEXAME. PROVAS. IMPOSSIBILIDADE. SÚMULA 24/TSE. DESPROVIMENTO.

1. Recurso especial eleitoral interposto contra acórdão unânime do TRE/RS em que se mantiveram perda de diploma e multa impostas ao recorrente, Vereador de Guaporé/RS eleito em 2016, por compra de votos em reunião ocorrida no curso da campanha com inúmeros eleitores (art. 41-A da Lei 9.504/97).

2. O recorrente impugna, sob dois fundamentos, a licitude da filmagem em que aparece dialogando com eleitores: a) cuida-se de interceptação ambiental; b) ainda que se tratasse de gravação, ela ocorreu em ambiente particular, sem conhecimento dos demais interlocutores e sem *decisum* judicial que a autorizasse.

3. Segundo o TRE/RS, apesar de não identificada a pessoa que realizou a filmagem, "os vídeos [...] permitem verificar claramente que ela estava inserida no diálogo" e que "era também destinatári[a] da fala do candidato" (fl. 170), não havendo falar em interceptação. Concluir de modo diverso implicaria reexame de fatos e provas (Súmula 24/TSE).

4. A teor da jurisprudência firmada por esta Corte para as Eleições 2016, em regra afigura-se lícita a gravação ambiental realizada por um dos interlocutores, sem o conhecimento dos demais, ainda que em ambiente privado.

5. Não consta do aresto qualquer circunstância que denote induzimento dos diálogos, razão porque entender de forma diversa esbarra no óbice da Súmula 24/TSE.

6. O caso dos autos é ainda mais emblemático, pois a reunião ocorreu em ambiente particular com acesso franqueado a qualquer um do povo (pátio externo da residência do candidato), o que reforça a licitude da prova, conforme jurisprudência.

7. O TRE/RS assentou que "as pessoas estavam dispostas em roda, e o candidato estava em pé, falando a todos" e que "o diálogo também ocorre entre o representado e alguma pessoa que nem sequer aparece na filmagem, evidenciando o alcance de sua fala para todos os presentes" (fl. 170). Ademais, o próprio recorrente admite no recurso especial (fl. 184) e no agravo (fls. 213-214) que a reunião ocorreu no pátio externo de sua residência.

8. Quanto ao tema de fundo, a moldura fático-probatória do aresto é clara no sentido de que o recorrente ofereceu dinheiro a eleitores em encontro realizado no curso da campanha, visando obter os votos destes, configurando-se captação ilícita de sufrágio.

9. Segundo a Corte *a quo*: a) "o candidato [...] claramente ofereceu o valor de R$ 150,00 à eleitora Dalva Aparecida da Silva, afirmando que entregaria R$ 100,00 para a eleitora [...] 'se vocês nos ajudarem depois...'"; b) "em seguida, a eleitora Dalva tranquiliza o candidato: 'a gente se acerta com quem se acerta com a gente'"; c) "os eleitores conversam sobre os santinhos, afirmando 'tem que ser o 12 [número do recorrente]'"; d) "para não deixar dúvidas de que a 'ajuda' solicitada se referia ao voto dos presentes, o candidato ainda tratou de distribuir santinhos aos eleitores, os quais ainda confirmaram o número da legenda na qual votariam" (fl. 170v).

10. Os testemunhos a que se reportou o recorrente são contraditórios e incapazes de infirmar o teor dos diálogos.

11. Conclusão diversa demandaria reexame de fatos e provas, providência inviável em sede extraordinária (Súmula 24/TSE).

12. Recurso especial desprovido.

Acordam os ministros do Tribunal Superior Eleitoral, por unanimidade, em negar provimento ao recurso especial eleitoral, nos termos do voto do relator.

Brasília, 6 de agosto de 2019.

MINISTRO JORGE MUSSI – RELATOR

RELATÓRIO

O SENHOR MINISTRO JORGE MUSSI: Senhora Presidente, trata-se de recurso especial eleitoral interposto por Ademir Damo – Vereador de Guaporé/RS eleito em 2016[1] – contra acórdão proferido pelo TRE/RS assim ementado (fl. 168):

> Recurso. Ação de investigação judicial eleitoral. Captação ilícita de sufrágio. Art. 41-A da Lei n. 9.504/97. Vereador. Cassação do diploma. Multa. Eleições 2016.
>
> Preliminar afastada. Sentença extra petita não configurada.
>
> Condenação por captação ilícita de sufrágio, e não por abuso de poder econômico.
>
> Licitude da gravação ambiental realizada por um dos interlocutores sem o conhecimento do outro. Hipótese em que desnecessária a autorização judicial. Demonstrado que o responsável pela gravação da conversa estava inserido no diálogo e era também destinatário da fala do candidato.
>
> É vedada pela legislação eleitoral a entrega ou oferta de vantagens em troca do sufrágio. Não é exigido o pedido expresso, bastando apenas que a oferta ocorra com a finalidade de obtenção do voto. Gravação de áudio a revelar todos os elementos exigidos para a caracterização do delito disposto no art. 41-A da Lei das Eleições.
>
> Redução da sanção pecuniária fixada na sentença, em virtude do afastamento do caráter ilícito de um dos fatos que gerou a condenação. Manutenção da cassação do diploma. Vaga a ser ocupada pelo primeiro suplente da coligação.
>
> Provimento parcial.

Na origem, a Coligação União, Trabalho e Fé ajuizou representação em desfavor do recorrente, nos termos do art. 41-A da Lei 9.504/97[2], por compra de votos mediante prática das seguintes condutas:

> a) oferecimento de dinheiro a eleitores, em troca dos respectivos sufrágios, em reunião ocorrida em setembro de 2016;

---

[1] Obteve 964 votos (6,2%).

[2] Art. 41-A. Ressalvado o disposto no art. 26 e seus incisos, constitui captação de sufrágio, vedada por esta Lei, o candidato doar, oferecer, prometer, ou entregar, ao eleitor, com o fim de obter-lhe o voto, bem ou vantagem pessoal de qualquer natureza, inclusive emprego ou função pública, desde o registro da candidatura até o dia da eleição, inclusive, sob pena de multa de mil a cinquenta mil UFIR, e cassação do registro ou do diploma, observado o procedimento previsto no art. 22 da Lei Complementar nº 64, de 18 de maio de 1990.
§ 1º Para a caracterização da conduta ilícita, é desnecessário o pedido explícito de votos, bastando a evidência do dolo, consistente no especial fim de agir.

b) promessa de cessão de máquinas da Prefeitura a moradores da zonal rural para promover benfeitorias.

Em primeiro grau, os pedidos foram julgados procecedentes, decretando-se a perda de diploma de Ademir Damo multa de 10.000,00 UFIRs.

O TRE/RS, por unanimidade, proveu parcialmente o recurso apenas para excluir da condenação a segunda conduta acima elencada, e, por esse motivo, reduziu a multa para o mínimo legal (R$ 5.320,50).

Em seu recurso especial, Ademir Damo apontou o seguinte (fls. 181-194):

a) dissídio pretoriano e afronta ao art. 5º, X, da CF/88, por ilicitude da gravação ambiental, que ocorreu em ambiente particular, sem conhecimento dos demais interlocutores e sem *decisum* que a autorizasse;

b) "estava de passagem e fora chamado para dentro do pátio" e; além disso, "não deu [...] consentimento algum para ser gravado nessa conversa, que era estritamente particular e privada (dentro do pátio)" (fl. 184);

c) não há certeza, ademais, se a hipótese cuida de efetiva gravação ou de interceptação, pois não se sabe quem a realizou;

d) afronta ao art. 41-A da Lei 9.504/97, pois "o il. Relator baseou-se, exclusivamente, na gravação [...] largamente impugnada, incidindo em erro e levando seus pares a erro maior";

e) os testemunhos em juízo claramente infirmam a gravação;

f) não se admite condenação por compra de votos com base em conjunto probatório frágil.

Contrarrazões apresentadas (fls. 248-261).

A d. Procuradoria-Geral Eleitoral opinou pelo desprovimento do recurso (fls. 278-281).

O e. Ministro Herman Benjamin, meu antecessor, negou seguimento ao recurso especial e ressaltou que a gravação ocorrera em local público, sendo, portanto, lícita (fls. 289-300).

Ademir Damos interpôs agravo regimental e, no ponto, aduziu em síntese que "não há no v. aresto nada que autorize a conclusão de que a reunião teria sido promovida pelo ora agravante, muito menos de que ela teria ocorrido no pátio de sua residência" (fl. 311).

Diante da relevância da controvérsia, dei provimento ao agravo para submeter o recurso especial a julgamento colegiado (fl. 347).

Em parecer complementar, o *Parquet* reiterou a manifestação anterior (fls. 349-353).

É o relatório.

VOTO

O SENHOR MINISTRO JORGE MUSSI (relator): Senhora Presidente, examino, ponto a ponto, a insurgência do recorrente, o qual teve seu diploma cassado em primeiro e segundo graus por prática de captação ilícita de sufrágio (art. 41-A da Lei 9.504/97[3]).

1. Licitude de Gravação Ambiental

O recorrente impugna a licitude de filmagem em que aparece conversando com inúmeras pessoas – prova que embasou a propositura da representação – sob os seguintes fundamentos:

a) a hipótese cuida de interceptação ambiental, sendo ilícita para todos os fins;

[3] Art. 41-A. Ressalvado o disposto no art. 26 e seus incisos, constitui captação de sufrágio, vedada por esta Lei, o candidato doar, oferecer, prometer, ou entregar, ao eleitor, com o fim de obter-lhe o voto, bem ou vantagem pessoal de qualquer natureza, inclusive emprego ou função pública, desde o registro da candidatura até o dia da eleição, inclusive, sob pena de multa de mil a cinquenta mil UFIR, e cassação do registro ou do diploma, observado o procedimento previsto no art. 22 da Lei Complementar nº 64, de 18 de maio de 1990.

§ 1° Para a caracterização da conduta ilícita, é desnecessário o pedido explícito de votos, bastando a evidência do dolo, consistente no especial fim de agir.

b) ainda que se tratasse de gravação, ela seria imprestável, pois ocorreu em ambiente particular, sem conhecimento dos demais interlocutores e sem *decisum* judicial que a autorizasse.

No que diz respeito ao primeiro item, o TRE/RS assentou que, embora não se tenha identificado o autor da filmagem, é incontroverso que ele fez parte do diálogo. Confira-se (fls. 169v-170):

> Contudo, na hipótese dos autos, não se pode afirmar que tenha havido interceptação ambiental da conversa.
>
> Embora a pessoa que gravou a conversa não tenha sido identificada nos autos, os vídeos juntados (fl. 42) permitem verificar claramente que ela estava inserida no diálogo.
>
> [...]
>
> Dessa forma, não se pode falar em interceptação, pois o responsável pela gravação da conversa claramente estava inserido no diálogo, e era também destinatário da fala do candidato.

Conclusão em sentido diverso demandaria reexame de fatos e provas, providência inviável em sede extraordinária, a teor da Súmula 24/TSE.

Por outro vértice, a gravação afigura-se lícita independentemente do local em que ocorreu, se em âmbito público ou privado, conforme jurisprudência desta Corte.

Para os feitos relativos às Eleições 2016, este Tribunal decidiu que em regra afigura-se lícita a gravação ambiental realizada por um dos interlocutores, sem o conhecimento dos demais, ainda que em ambiente privado. Confira-se:

> ELEIÇÕES 2016. RECURSO ESPECIAL ELEITORAL. AÇÃO DE INVESTIGAÇÃO JUDICIAL ELEITORAL. VEREADOR. ART. 41-A DA LEI N° 9.504/97. ART. 22 DA LC N° 64/90. PRELIMINAR. GRAVAÇÃO AMBIENTAL REALIZADA POR UM DOS INTERLOCUTORES SEM AUTORIZAÇÃO JUDICIAL. LICITUDE DA PROVA. CAPTAÇÃO ILÍCITA DE SUFRÁGIO. OFERTA DE BENESSES EM TROCA DE VOTO. CONFIGURAÇÃO. ABUSO DE PODER POLÍTICO OU DE AUTORIDADE. NÃO CARACTERIZADO. AUSÊNCIA DE GRAVIDADE. RECURSO ESPECIAL A QUE SE DÁ PARCIAL PROVIMENTO.
>
> [...]

> 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 n° 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 n° 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. [...]
>
> (REspe 408-98/SC, Rel. Min. Edson Fachin, sessão de 9/5/2019) (sem destaques no original)

Conforme salientei na oportunidade, desde as Eleições 2010 esta Corte vinha assentando que a gravação nessas circunstâncias seria ilícita ao fundamento de que não poderiam ser desconsiderados os propósitos envolvidos por quem grava os diálogos no contexto da disputa eleitoral.

Essa distinção, todavia, não ocorre no âmbito do c. Supremo Tribunal Federal, que reconheceu a repercussão geral da matéria em questão de ordem no RE 583.937/RJ: "é lícita a prova consistente em gravação ambiental realizada por um dos interlocutores sem conhecimento do outro".

No mesmo sentido, a jurisprudência do c. Superior Tribunal de Justiça em inúmeros casos, dentre os quais o seguinte, de minha relatoria: "tanto o Supremo Tribunal Federal quanto o Superior Tribunal de Justiça admitem ser válida como prova a gravação ou filmagem de conversa feita por um dos interlocutores, mesmo sem autorização judicial, não havendo falar, na

hipótese, em interceptação telefônica, esta, sim, sujeita à reserva de jurisdição" (AgR-AREsp 589.337/GO, DJE de 7/3/2018).

Nesse diapasão, **tem-se como regra a validade de tais gravações**, sob pena de se descartar prova essencial para apurar condutas tendentes a comprometer a lisura e a legitimidade das eleições.

Na espécie, não consta da moldura fática do aresto qualquer circunstância que denote induzimento dos diálogos, razão porque entender de forma diversa esbarraria no óbice da Súmula 24/TSE.

Ademais, o caso dos autos é ainda mais emblemático, visto que a reunião ocorreu em ambiente particular (pátio da residência do candidato), porém com acesso franqueado a qualquer um do povo, o que também já foi objeto de exame por este Tribunal (AgR-REspe 256-17/MA, Rel. Min. Rosa Weber, DJE de 26/4/2018 e REspe 640-36/MG, Rel. Min. Gilmar Mendes, DJE de 19/8/2016, dentre outros).

Em uma primeira análise, não consta de forma expressa da moldura fática do aresto *a quo* se a filmagem ocorreu em ambiente particular sem restrição de acesso, limitando-se a Corte de origem a assentar que a prova é lícita. Veja-se (fls. 169v-170):

> Passando ao mérito, os recorrentes alegam a ilicitude da gravação ambiental, pois foi realizada por terceiro, estranho à conversa, caracterizando-se como verdadeira interceptação do diálogo entre o candidato e seus eleitores.
>
> A questão sobre a licitude das gravações perpassa pela tutela constitucional da intimidade e da privacidade.
>
> **A gravação ambiental realizada por um dos interlocutores não requer prévia autorização judicial**, pois não há nenhuma invasão da intimidade, já que a conversa é originalmente destinada ao próprio responsável pela gravação, conforme já decidiu o egrégio Supremo Tribunal Federal, em regime de repercussão geral, como se extrai da seguinte ementa: [...]

Todavia, duas circunstâncias, somadas, revelam que a hipótese dos autos é exatamente essa.

Em primeiro lugar, mais uma vez **segundo o TRE/RS, "as pessoas estavam dispostas em roda, e o candidato estava em pé, falando**

a todos os presentes" e "o diálogo também ocorre entre o representado [recorrente] e alguma pessoa que nem sequer aparece na filmagem, evidenciando o alcance de sua fala para todos os presentes" (fl. 170).

A quantidade de pessoas presentes na reunião permite concluir que a espécie não cuidou de evento fechado, de natureza restrita, mas sim de livre acesso a qualquer um do povo.

Além disso, **o próprio recorrente esclarece, em duas oportunidades, que a gravação ocorreu no pátio externo de sua residência.**

Nas razões do recurso especial, asseverou que "estava de passagem e **fora chamado para dentro do pátio**", onde então ocorreram os diálogos (fl. 184).

Já no agravo interposto contra a decisão da Presidência do TRE/RS por meio da qual se inadmitira o recurso especial, o recorrente foi ainda mais enfático, conforme se verifica da seguinte passagem (fls. 213-214):

> **O pátio – "parte externa da residência dos envolvidos", que foi o local onde ocorreu a gravação ambiental**, conforme a sentença (fl. 100), integra a propriedade e é local eminentemente privado. [...]
>
> [...]
>
> Portanto, **considerar um pátio residencial como "local público"**, para, com isso, fazer dessa definição uma exceção, ou uma excepcionalidade, do que seja pela jurisprudência gravação ilícita, para ser ela tomada como lícita, é exercício intelectual que mesmo oriundo (e principalmente) de uma Presidência [do TRE/RS] não se pode aceitar.
>
> (sem destaques no original)

Assim, evidencia-se a licitude da prova, pois a reunião eleitoreira, filmada por um dos presentes, ocorreu em local com acesso franqueado a qualquer um do povo.

2. Captação Ilícita de Sufrágio

Nos termos do art. 41-A da Lei 9.504/97, constitui **captação ilícita de sufrágio** o candidato doar, oferecer, prometer ou entregar bem ou

vantagem de qualquer natureza a eleitor com o fim de obter-lhe o voto. Confira-se a redação do dispositivo:

> Art. 41-A. Ressalvado o disposto no art. 26 e seus incisos, constitui captação de sufrágio, vedada por esta Lei, o candidato doar, oferecer, prometer, ou entregar, ao eleitor, com o fim de obter-lhe o voto, bem ou vantagem pessoal de qualquer natureza, inclusive emprego ou função pública, desde o registro da candidatura até o dia da eleição, inclusive, sob pena de multa de mil a cinquenta mil UFIR, e cassação do registro ou do diploma, observado o procedimento previsto no art. 22 da Lei Complementar nº 64, de 18 de maio de 1990.
>
> § 1º Para a caracterização da conduta ilícita, é desnecessário o pedido explícito de votos, bastando a evidência do dolo, consistente no especial fim de agir.

Ressalte-se que a prova do ilícito deve ser robusta e inconteste, conforme a jurisprudência deste Tribunal:

> [...] 1. A captação ilícita de sufrágio, nos termos do art. 41-A da Lei nº 9.504/97, aperfeiçoa-se com a conjugação dos seguintes elementos: (i) a realização de quaisquer das condutas típicas do art. 41-A (i.e., doar, oferecer, prometer ou entregar bem ou vantagem pessoal de qualquer natureza a eleitor, bem como praticar violência ou grave ameaça ao eleitor), (ii) o fito específico de agir, consubstanciado na obtenção de voto do eleitor e, por fim, (iii) a ocorrência do fato durante o período eleitoral (GOMES, José Jairo. Direito Eleitoral. 12ª ed. São Paulo: Atlas, p. 725).
>
> [...]
>
> 3. **A demonstração de prova robusta e inconteste da ocorrência do ilícito eleitoral é pressuposto indispensável à configuração da captação ilícita de sufrágio. Precedentes da Corte.** [...]
>
> (AgR-REspe 284-30/TO, Rel. Min. Luiz Fux, DJE de 26/9/2016) (sem destaque no original)

Na espécie, o ilícito afigura-se manifesto, porquanto o recorrente ofereceu dinheiro a eleitores presentes em encontro realizado na área externa de sua residência com intuito de obter o voto destes no pleito municipal que se avizinhava. Seguem trechos do acórdão recorrido (fls. 170 e 170v):

> Vê-se que **as pessoas estavam dispostas em roda, e o candidato estava em pé, falando a todos os presentes.** Nota-se, inclusive, que **o diálogo também ocorre entre o representado e alguma pessoa que nem sequer aparece na filmagem, evidenciando o alcance de sua fala para todos os presentes.**

> [...]
>
> **Ouvindo-se a gravação de áudio n. 03, juntada na folha 11 dos autos, verifica-se que o candidato Ademir Damo claramente ofereceu o valor de R$ 150,00 à eleitora Dalva Aparecida da Silva, afirmando que entregaria R$ 100,00 para a eleitora, dizendo na sequência "se vocês nos ajudarem depois..."** (46seg).
>
> **Em seguida, a eleitora Dalva tranquiliza o candidato: "a gente se acerta com quem se acerta com a gente"** (50seg).
>
> Após uma rápida conversa, o candidato afirma deixar santinhos para os eleitores: "Bom, vou deixar um santinho para vocês, e já deixo o que tu precisa" (1min28).
>
> **Em seguida, é possível perceber que os eleitores conversam sobre os santinhos, afirmando "tem que ser o 12... cadê ele aí? ah, tá aqui"** (2min11).
>
> A gravação deixa evidente a presença de todos os elementos exigidos pelo art. 41-A da Lei n. 9.504/97 para a caracterização da captação ilícita de sufrágio: a oferta de valor realizada com a finalidade de obter, em troca, o voto do eleitor.
>
> **Ao afirmar que entregaria R$ 100,00 à eleitora Dalva, buscou confirmar se o valor lhe garantiria o voto dos eleitores, pedindo que eles o ajudassem depois. Tal passagem deixa clara a intenção de mercancia com o oferecimento do dinheiro.**
>
> Para não deixar dúvidas de que a "ajuda" solicitada se referia ao voto dos presentes, **o candidato ainda tratou de distribuir santinhos aos eleitores, os quais ainda confirmaram o número da legenda na qual votariam.**
>
> A gravação demonstra, portanto, a captação ilícita de sufrágio, estando caracterizado o ilícito previsto no art. 41-A da Lei das Eleições.
>
> (sem destaques no original)

O teor das imagens e dos diálogos não deixa dúvida acerca da compra de votos e, além disso, como assentou o TRE/RS, os testemunhos em juízo são incapazes de infirmar essa conclusão, porquanto contraditórios. Veja-se (fl. 171):

> **Em seus testemunhos, Dalva, Karina e Darci negaram a oferta de dinheiro, mas tanto Dalva quanto o candidato Ademir Damo reconhecem suas vozes na gravação. Este último afirmou na audiência que a voz parecia não ser sua, mas reconheceu ser ele nas filmagens realizadas na mesma ocasião** e teve a possibilidade de, ouvindo o áudio, explicar o que pretendia dizer em cada passagem.

> Não restam dúvidas, portanto, de que a gravação retrata a conversa havida entre Ademir Damo, Dalva e seu pai, Darci.
>
> O douto juízo de primeiro grau ainda pontuou **diversas contradições no comportamento do vereador Ademir Damo. No registro de ocorrência, realizado no dia 27 de setembro de 2016, o candidato afirmou que a gravação foi realizada por Carlos Kobeliski, admitindo ser ele nas gravações, mas disse ter sido induzido a falar tais palavras. Já na audiência perante o juízo, além de ser reticente ao reconhecer-se, afirmou que não conhecia Darci, Dalva e Karina e não lembrava de ter comparecido à casa dos eleitores.**
>
> Tais contradições tornam o seu depoimento inconsistente diante da robustez da gravação trazida aos autos, a qual demonstra a captação ilícita de sufrágio.
>
> (sem destaques no original)

Para se desconstituir o julgado por suposta fragilidade de provas, no intuito de abrigar o pleito defensivo de erro no enquadramento legal da conduta, seria necessário reexaminar o conjunto fático-probatório dos autos, inviável na via eleita diante do óbice previsto na Súmula 24/TSE.

O acórdão regional, portanto, não merece reparo.

3. Conclusão

Ante o exposto, **nego provimento** ao recurso especial e mantenho as sanções de cassação de diploma e de multa impostas ao recorrente em primeiro e segundo graus.

É como voto.

VOTO

O SENHOR MINISTRO TARCISIO VIEIRA DE CARVALHO NETO: Eminente Presidente, também eu, inicio saudando a excelente sustentação oral do eminente Doutor Eduardo Alckmin.

Aqui, a questão saliente segue sendo a licitude ou a ilicitude da gravação ambiental e há uma alegação no recurso de que não seria, no caso, uma gravação, mas sim uma interceptação.

Mas, na via estreita do recurso especial, não me animo a rever as premissas fáticas do acórdão e o voto construído pelo eminente Ministro Mussi é certeiro.

A partir do julgamento do recurso especial eleitoral de Timbó Grande, em que fiquei vencido na honrosa companhia do eminente Ministro Sérgio Banhos, eu proferi um voto em sentido contrário ao da maioria e eu peço, inclusive, a juntada, nesse acórdão, do voto que proferi.

Mas a questão está vencida para as eleições de 2016, na linha do douto voto do eminente Ministro Luiz Edson Fachin. É verdade que no item 5 da ementa do voto do eminente Ministro Fachin existe espaço para que, caso a caso, a Justiça Eleitoral possa verificar excepcionalidades capazes de ensejar a invalidade do conteúdo gravado.

Diz Sua Excelência: "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."

O eminente Ministro Mussi, bastante leal, como sempre, fez anotar que, em uma primeira análise, realmente não consta, de forma expressa da moldura fática do acórdão atacado pelo especial, se a filmagem ocorrera em ambiente particular sem restrição de acesso, mas que há duas circunstâncias adicionais que, somadas, revelam que a hipótese é exatamente essa.

Em primeiro lugar – letras do acórdão: "as pessoas estavam dispostas numa roda, e o candidato estava em pé, falando a todos os presentes indistintamente".

E "o diálogo também ocorre entre o representado [recorrente] e alguma pessoa que nem sequer aparece na filmagem [letras do acórdão do regional], evidenciando o alcance de sua fala para todos os presentes".

Então, ressalvando o meu entendimento pessoal, mas, por apego irrestrito ao princípio da colegialidade, eu acompanho o eminente relator, aplicando essa jurisprudência formada a partir do precedente de Timbó Grande.

É como voto, Presidente.

DECLARAÇÃO DE VOTO

(Voto proferido no REspe nº 408-98 – Timbó Grande/SC)

O SENHOR MINISTRO TARCISIO VIEIRA DE CARVALHO NETO: Senhora Presidente, prefacialmente, procedo à recapitulação jurisprudencial acerca do instituto da gravação ambiental.

Essa abordagem passa, necessariamente, pela decisão proferida nos autos do RE nº 583.937 QO-RG/RJ, Rel. Min. Cezar Peluso, *DJe* de 18.12.2009, na qual o STF, em sede de recurso extraordinário submetido ao regime de repercussão geral, firmou o entendimento de ser lícita a prova consistente em gravação ambiental feita por um dos interlocutores sem conhecimento do outro, "**desde que não haja causa legal de sigilo**, tampouco de reserva da conversação, e, **sobretudo, quando usada para defesa própria em procedimento criminal**".

Transcrevo, no que interessa, parte do voto do e. Ministro Relator:

> O recurso extraordinário está submetido ao regime da repercussão geral e versa, em substância, **sobre tema cuja jurisprudência é consolidada nesta Corte no sentido da constitucionalidade do uso de gravação ambiental realizada por um dos interlocutores como prova**. É que este entendimento responde à mesma *ratio* da validade de gravação telefônica efetivada por um dos interlocutores, porque, nem em um caso, nem em outro, a gravação por um dos interlocutores pode ser vista como interceptação.
>
> A respeito, a Corte já acompanhou voto que, como Relator, proferi no julgamento do **RE nº 402.717** (*DJe* de 13.02.2009) e que passo a reproduzir, por ser de todo aplicável ao caso:

> 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.
>
> [...]
>
> A reprovabilidade jurídica da interceptação vem do seu sentido radical de intromissão que, operada sem anuência dos interlocutores, excludente de injuridicidade, 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 transcendentes.
>
> [...]
>
> 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**.

Sobressai da *ratio decidendi* explicitada no voto do e. ministro relator que a interceptação – meio inadmissível por implicar vulneração do direito à intimidade e à privacidade – não se confunde com a gravação por quem participou do diálogo, devendo prevalecer, nessa hipótese, o interesse

público da jurisdição no processo de reconstituição da verdade e na instrumentalização do direito de defesa em processos criminais.

No âmbito do TSE, a jurisprudência inicialmente se firmou no sentido de que a gravação efetuada por um dos interlocutores envolvido nos fatos que, em tese, são tidos como criminosos constitui prova lícita e pode servir de elemento probatório para a *notitia criminis* e para a persecução criminal. Nesse trecho, é de se notar um estudo realizado à época pelo eminente Ministro Cesar Asfor Rocha:

> [...] III – A gravação efetuada por um dos interlocutores que se vê envolvido nos fatos que, em tese, são tidos como criminosos é prova lícita e pode servir de elemento probatório para a *notitia criminis* e para a persecução criminal.
>
> [...]
>
> (REspe nº 252-14/SP, Rel. Min. Cesar Asfor Rocha, *DJ* de 11.9.2006)

Tal orientação, no entanto, foi alterada no julgamento do REspe nº 344-26/BA, Rel. Min. Marco Aurélio, *DJe* de 28.11.2012, quando se definiu que a gravação ambiental somente seria considerada lícita se precedida de autorização judicial e desde que fosse utilizada apenas para viabilizar a defesa em investigação criminal ou processo penal. O *decisum* foi assim ementado:

> [...] PRIVACIDADE – DADOS – GRAVAÇÃO AMBIENTE. A regra é a proteção à privacidade. Viabiliza-se a gravação quando, em investigação criminal ou processo penal, há a ordem judicial.
>
> (REspe nº 344-26/BA, Rel. Min. Marco Aurélio, RJTSE de 16.8.2012)

E se consolidou para as eleições de 2012, como se infere em inúmeros julgados: REspe nº 602-30/MG, Min. Luciana Lóssio, *DJe* de 17.2.2014; REspe nº 577-90/SP, Rel. Min. Henrique Neves, *DJe* de 5.5.2014; AgR-REspe nº 821-65/SP, Rel. Min. Gilmar Mendes, *DJe* de 13.11.2015; REspe nº 545-42/SP, Rel. Min. Antonio Herman de Vasconcellos e Benjamin, *DJe* de 20.3.2017.

Por ser bastante ilustrativa, transcrevo a ementa de recente julgado da lavra do eminente Ministro Edson Fachin, que revela a manutenção do aludido entendimento à luz do princípio da segurança jurídica:

> ELEIÇÕES 2012. AGRAVO REGIMENTAL EM RECURSO ESPECIAL ELEITORAL. RECURSO CONTRA EXPEDIÇÃO DE DIPLOMA. PREFEITO, VICE-PREFEITO E VEREADOR ELEITOS. CAPTAÇÃO ILÍCITA DE SUFRÁGIO. ABUSO DE PODER POLÍTICO. GRAVAÇÃO AMBIENTAL REALIZADA POR UM DOS INTERLOCUTORES SEM O CONHECIMENTO DO OUTRO. PROVA ILÍCITA. **ENTENDIMENTO CONSOLIDADO PARA AS ELEIÇÕES 2012. APLICAÇÃO. PRINCÍPIO DA SEGURANÇA JURÍDICA.** AGRAVO DESPROVIDO.
>
> **1. A gravação ambiental efetivada em ambiente estritamente privado por um dos interlocutores, sem o conhecimento dos demais e sem autorização judicial, é considerada ilícita, em harmonia com a jurisprudência deste Tribunal Superior para as eleições de 2012.**
>
> 2. Essa orientação jurisprudencial deve ser mantida na hipótese vertente, em deferência ao postulado da segurança jurídica, notadamente ante a tese consolidada no julgamento do RE nº 637.485/RJ, sob o regime de repercussão geral, segundo a qual "*as decisões do Tribunal Superior Eleitoral – TSE que, no curso do pleito eleitoral ou logo após o seu encerramento, impliquem mudança de jurisprudência não têm aplicabilidade imediata*".
>
> 3. Reconhecida a ilicitude da gravação ambiental, as demais provas dela derivadas padecem do mesmo vício, ante a aplicação da "Teoria dos Frutos da Árvore Envenenada".
>
> 4. Ausentes provas robustas aptas a comprovar a prática de captação ilícita de sufrágio e de abuso de poder político, deve-se manter a decisão agravada que afastou a condenação imposta aos Agravados na origem.
>
> 5. Agravo regimental a que se nega provimento.
>
> [...]
>
> (AgR-REspe nº 97-27/SP, Rel. Min. Edson Fachin, *DJe* de 9.11.2018 – grifei)

Segundo a ótica da corrente jurisprudencial majoritária edificada ao longo de vários anos nesta Justiça especializada, o ambiente de acirradas paixões dá ensejo ao "vale-tudo" nas disputas eleitorais, com a preparação de armadilhas e flagrantes premeditados para forjar e até mesmo estimular a prática de ilícitos eleitorais com vistas à judicialização do processo eleitoral, cenário que não pode ser desconsiderado na apreciação da legitimidade da prova obtida por meio de gravações sub-reptícias.

Nas últimas sessões do mês de junho de 2012, logo antes do recesso, o Tribunal Superior Eleitoral feriu o tema da gravação ambiental e alcançou conclusões sobremodo instigantes. Ao julgar os Recursos Especiais Eleitorais nº 507-06 e 541-78, ambos oriundos de Craíbas/AL, da relatoria do Ministro Marco Aurélio, esta Corte, por 4 votos a 3, afastou a ilicitude da gravação ambiental realizada por um dos interlocutores para aproveitamento em processo judicial eleitoral.

Já naquela oportunidade, mesmo vencido, mas nada convencido, o Ministro Marco Aurélio asseverou que gravações decorrentes de possíveis armações devem ser banidas do direito pátrio e, com mais razão, do processo eleitoral, "*em que as disputas são acirradas, prevalecendo, muitas vezes, paixões condenáveis*". No mesmo julgamento, o Ministro Gilson Dipp, também vencido naquela ocasião, fez uma importante diferenciação entre processo eleitoral e processo penal. Revelou que as decisões mais recentes do Supremo Tribunal Federal, sobre o tema, permissivas da utilização das gravações ambientais feitas por um dos interlocutores, dizem respeito à esfera da defesa criminal e que, no processo eleitoral, diferentemente, não há lugar para manobras oblíquas, artifícios traiçoeiros, práticas políticas nada edificantes. A regra, no seu entender, deve ser: "*não à gravação ambiental em processo eleitoral*".

Reproduzo as acuradas ponderações formuladas pelo Ministro Gilson Dipp no REspe nº 507-06/AL, nas quais foram ressaltadas as peculiaridades do processo eleitoral em relação ao criminal para a melhor conformação de tais gravações ao contexto material em que se origina esse controvertido meio probatório:

> É certo que a jurisprudência dos Tribunais Superiores tem-se filiado à orientação da licitude da captação de imagem e áudio de tais eventos, pois o que se pode dizer em depoimento se pode mostrar em gravação (voto Peluso no REspe n° 28.258/RJ), donde em princípio não haveria violação da intimidade exceto se existente obrigação de sigilo legal. Mas daí a tolerar qualquer captação apenas porque não é ilícita em outros domínios, penso, pode permitir-se engendrar costumes eleitorais que direta e indiretamente vulneram concomitantemente o interesse da legislação e a liberdade do eleitor: aquele, porque pode vir a ser diminuído ou esvaziado o rigor do controle por manobras oblíquas das partes mascarando ou exagerando fatos; e esta, porque o eleitor pode vir a ser

> sugestionado ou enganado por revelações nem sempre verdadeiras ou, quando verdadeiras, nem sempre completas.
>
> [...]
>
> Penso que não é demasia sublinhar não se tratar aqui de hipótese de valorização fática da prova para considerá-la desvio de propósitos. **Ao contrário, a gravação ambiental ou unilateral como prova, no campo eleitoral, em princípio deve ser de regra afastada, por definição mesmo, porquanto sua natureza ontológica conflita logicamente com as características do embate eleitoral**.
>
> Ou seja, se no processo comum criminal essa prova pode ser confortavelmente admitida – e o Supremo Tribunal Federal tem dito isso – porque o quadro em que acontece é sensivelmente diverso, já no processo eleitoral o momento e as circunstâncias da captação de imagens ou áudio, de conversas ou manifestações de candidatos, podem vir a potencializar-se e constituir grave e irreversível anomalia.
>
> Parece, assim, tecnicamente mais prudente inverter os padrões de interpretação para excluir todas as situações em que, a despeito da ocorrência de possível delito eleitoral por um candidato, a captação de áudio e vídeo por outro candidato ou correligionário sem o conhecimento daquele venha a constituir-se em sério agravo ao equilíbrio do pleito e violação da liberdade do eleitor – tão propagada pela Casa –, e então constituir prova ilícita.
>
> Aliás, **convém não perder de vista que facilidades tecnológicas têm tornado muito comum efeitos artificiais capazes de enganar as pessoas e dificilmente se saberá com a necessária presteza quando se está diante de um desses casos ou não, seja pela exiguidade de tempo seja pela escassez de instrumentos para apurá-los**. (REspe nº 507-06/AL, Rel. Min. Marco Aurélio, *DJe* de 14.12.2012 – grifei)

Importante salientar que, a partir de voto-vista do Ministro Henrique Neves, o Tribunal Superior Eleitoral deu provimento ao Recurso Ordinário nº 1904-61/RR, agora conhecido, entre os eleitoralistas, como caso "Chico das Verduras", cognome político do interessado. A nova maioria, agora com votos dos Ministros Cármen Lúcia, Dias Toffoli, Marco Aurélio, Gilson Dipp e Henrique Neves, fez verdadeira varredura da legislação relativa à matéria – desde o texto constitucional até resoluções do próprio TSE – e concluiu, com firmeza, que "*a competência de Polícia Judiciária Eleitoral é da Justiça, e não da Polícia Federal*".

O Ministro Dias Toffoli verberou que, pelo prisma exclusivamente eleitoral, nem a Polícia Federal tem o direito de ficar amoitada, sem ordem judicial, para flagrar pessoas, sob pena de se partidarizar. E a

Ministra Cármen Lúcia, de sua vez, diante das peculiaridades do caso concreto, anotou que, se não foi dada ciência prévia da gravação a quem quer que fosse, não se fazia possível, consequentemente, o aproveitamento da "investigação clandestina".

Pois bem, na sequência, esta Corte passou a considerar **válida a gravação audiovisual ocorrida em ambientes públicos ou sem controle de acesso**, justamente por não haver mácula ao direito à privacidade. Nesse sentido, anoto os seguintes precedentes: REspe nº 197-70/RJ, Rel. desig. Min. João Otávio de Noronha, *DJe* de 20.5.2015, e REspe nº 1660-34/SP, Rel. Min. Henrique Neves, *DJe* de 14.5.2015, este assim ementado:

> RECURSOS ESPECIAIS. ELEIÇÕES 2012. REPRESENTAÇÃO. CAPTAÇÃO ILÍCITA DE SUFRÁGIO. GRAVAÇÃO AMBIENTAL. LICITUDE. VIA PÚBLICA.
>
> [...]
>
> 4. Nos termos da atual jurisprudência do Tribunal Superior Eleitoral, a gravação ambiental realizada por um dos interlocutores, sem o conhecimento de um deles e sem a prévia autorização judicial, é prova ilícita e não se presta à comprovação do ilícito eleitoral, porquanto é violadora da intimidade. Precedentes: REspe nº 344-26, rel. Min. Marco Aurélio, *DJe* de 28.11.2012; AgR-RO nº 2614-70, rel. Min. Luciana Lóssio, *DJe* de 7.4.2014; REspe nº 577-90, rel. Min. Henrique Neves, *DJe* de 5.5.2014; AgR-REspe nº 924-40, rel. Min. João Otávio de Noronha, *DJe* de 21.10.2014.
>
> **5. Diversa é a situação em que a gravação 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. A gravação obtida nessas circunstâncias deve ser reputada como prova lícita que não depende de prévia autorização judicial para sua captação.**
>
> [...]
>
> Recursos especiais aos quais se nega provimento. (Grifei)

Desse modo, prevaleceu, no âmbito desta Corte, para as eleições de 2012 e 2014, a tese de que é prova ilícita a gravação ambiental feita de forma clandestina, sem autorização judicial, em ambiente fechado ou sujeito à expectativa de privacidade. Nesse sentido: ED-AgR-REspe nº 437-13/DF, Rel. Min. Herman Benjamin, *DJe* de 16.11.2016; RO nº 7950-38/RJ, Rel. Min. João Otávio de Noronha, *DJe* de 5.11.2015.

Para o pleito de 2016 e seguintes, o Tribunal sinalizou a necessidade de amoldar o entendimento desta Corte à interpretação que vem prevalecendo no âmbito pelo STF. O assunto começou a ser tratado no julgamento do REspe nº 2-35/RN, relativo às eleições de 2012. Todavia, o julgamento foi concluído em 19.12.2017, **sem** a fixação de tese, inicialmente proposta pelo relator do feito, e. Ministro Herman Benjamin, nos seguintes termos: "*é lícita, como regra, gravação ambiental realizada por um dos interlocutores, sem conhecimento dos demais e sem autorização judicial, mesmo que se trate de espaço estritamente particular*".

Ante a proposta de mudança formulada pelo relator, o Ministro Gilmar Mendes fez as seguintes ponderações:

> E, claro, temos a jurisprudência do Supremo, que, neste momento, parece também estar buliçosa quanto a essa matéria. Mas a ideia de que é passível para o direito de defesa ainda permanece. O problema é que estão implícitos, muitas vezes, concitação, incitação e flagrantes preparados. É isso que precisamos analisar no contexto geral.

Em seu voto-vista, Sua Excelência pontuou que:

> Como é público e notório, tem sido crescente o incremento de gravações ambientais com o intuito de se produzirem provas pelo Estado, nas hipóteses taxativamente admitidas pelo ordenamento jurídico, e também pelo público em geral, nas mais diversas situações e para todo e qualquer procedimento, em todas as áreas do Direito (Penal, Civil, Trabalhista, Administrativo, etc.).
>
> Esse método de atuação do particular tem atendido a multifacetados objetivos, ultrapassando a gravação ambiental a barreira jurisprudencial inaugural que a admitia nos limites da defesa de direito próprio. Abarcam-se muitas outras finalidades, dentre as quais destaco, pelo ineditismo: escutas clandestinas realizadas para incriminar terceiros, para desvelar supostos crimes ou, até mesmo, para viabilizar acordos de colaboração premiada.
>
> Em todos esses casos não é difícil divisar o móvel que tem animado a produção dessa espécie probatória, à qual se está emprestando contornos de ato investigatório, típico de função de Estado.
>
> É certo que esta Corte Superior havia fixado, para a validação da gravação ambiental realizada por um dos interlocutores, o critério do lugar, ou seja, lícita seria quando realizada em lugar público. Tratando-se de local privado ou com expectativa de privacidade, a gravação seria ilícita.
>
> A preocupação que trago se assenta na fixação de critério despido de cientificidade para a análise de questão de suma importância:

conferir-se o selo da licitude a gravações clandestinas independentemente das circunstâncias de tempo (dia ou noite), lugar (público ou privado) e, especialmente, do elemento anímico da conduta do autor da gravação. Sem tais fatores de contenção, aberto está o caminho da transmutação em regra daquilo que deveria ser exceção.

Em outras palavras, tem-se relevado um dado meramente objetivo, lugar em que a gravação é feita pelo interlocutor, sem perscrutar o essencial, o aspecto subjetivo da prova, da legitimidade do agente para empreender caminhos extremamente sensíveis do ponto de vista constitucional.

O resultado dessa permissividade, estamos vendo, tem sido a completa aniquilação de direitos fundamentais básicos, como o direito ao sigilo, o direito à privacidade e ao silêncio, para ficarmos apenas com esses direitos constitucionais diretamente envolvidos em uma gravação clandestina de conversas.

Anote-se: o poder destrutivo dessa nossa tolerância ultrapassa a esfera do direito, atinge a sociabilidade, as relações humanas, a necessidade básica de comunicação ativa e passiva das pessoas, a vida em comunidade, enfim, a convivência em grupos, como é próprio da natureza humana.

[...]

Gravações clandestinas feitas a mando e orientação de agentes do Estado, sem autorização judicial, estão indiscutivelmente viciadas pela ilicitude. O particular que grava terceiros movido por suas paixões eleitorais, ou que atua como se investigador policial fosse, ou ainda para garantir uma espécie de *Bill* de impunidade, o que se daria com delator em potencial, que utilizará da gravação se e quando pilhado na prática delitiva, não deveria merecer o placê do Judiciário.

Assinale-se: o interessado que atua por conta própria ou sob o comando e orientação de autoridade (polícia ou Ministério Público), sem autorização judicial, ingressando em locais colocados ao abrigo da proteção constitucional da intimidade para gravar conversas, filmar pessoas, também deve obediência aos ditames legais e constitucionais relativos aos direitos envolvidos.

O fato de ser o agente da gravação partícipe da conversa não lhe outorga poderes absolutos para violar direitos fundamentais.

[...]

Não se pode descartar, igualmente, que nesse modelo de atividade invasiva do particular, sem amparo legal, existe a possibilidade de incitação a diálogos duvidosos, surgindo aí a nefasta figura do agente provocador do delito ou do flagrante preparado, espécies proibidas pelo ordenamento pátrio.

Para todas essas situações hipotéticas existem barreiras legais, às quais deve sujeitar-se o particular. A infiltração de agentes dá-se nos moldes estabelecidos no ad. 53, inciso I, da Lei n° 11.343/2006, ou no ad. 10 e seguintes da Lei n° 12.850/2013; o ad. 17 do Código Penal rechaçam a figura do agente provocador ou a cenografia do flagrante preparado.

> No âmbito da inviolabilidade do domicílio, nos termos do ad. 51, inciso XI, da Constituição Federal, ninguém pode negar que a autorização do morador obtida pelo agente público mediante fraude vicia a busca domiciliar e invalida eventuais provas encontradas por clara ofensa ao comando constitucional de ser a casa asilo inviolável.
>
> Na mesma linha de raciocínio, o particular não está autorizado a ingressar em casa alheia utilizando meios enganosos para realizar gravações clandestinas e incriminar moradores e convivas. Admitir-se o contrário seria decretar o fim das garantias constitucionais alusivas ao devido processo legal, à vida privada e à intimidade.
>
> Os órgãos da persecução penal poderiam facilmente contornar a reserva de jurisdição imposta a determinadas matérias, bastando ter em mãos algum interessado disposto a participar da investigação. As provas produzidas pelo particular, tendo como meta sua utilização em processo judicial, devem ser submetidas ao crivo da respectiva moldura legal, cabendo ao Poder Judiciário recusar métodos espúrios de produção probatória.
>
> Sem isso, o particular investido indevidamente de funções de Estado, agindo como investigador policial, atuaria livremente, sem o correspondente ônus imposto ao agente público, dispensado de prévia autorização judicial e até mesmo do dever de alertar o investigado do direito a não autoincriminação.
>
> (REspe nº 2-35/RN, Rel. Min. Herman Benjamin. Rel design. Min. Luiz Fux, *DJe* de 22.3.2018)

Manteve-se, portanto, no aludido julgado, o entendimento de que "*a gravação clandestina, materializada na obtenção de conversa por um dos interlocutores sem o conhecimento do outro, se afigura prova ilícita na seara eleitoral,* ex vi *do art. 5º, LVI, da Constituição de 1988, entendimento cristalizado na jurisprudência do Tribunal Superior Eleitoral para os feitos alusivos às eleições de 2012*".

Em que pese a necessidade premente de melhor reflexão sobre o tema, no caso concreto, traz algumas características interessantes. A primeira delas é que ele está alcançado, justamente, nessa encruzilhada jurisprudencial do TSE e do STF, porquanto a matéria atinente à validade da gravação ambiental como meio de prova, especificadamente sob o viés eleitoral, está submetida ao STF, com repercussão geral reconhecida (RE nº 1.040.515/SE, Rel. Min. Dias Toffoli, *DJe* de 11.12.2017).

No caso específico, eu recolho do contexto fático circunscrito pelo e. Relator que "*consoante se extrai da moldura fática delineada no aresto*

regional, a gravação ambiental de conversa encetada entre os recorrentes e a eleitora Juscilaine Barros de Souza foi por ela realizada nas dependências da Unidade de Saúde Moisés Dias de Timbó Grande, precisamente em sala restrita a funcionários do hospital, cujo acesso foi facilitado por Gilmar Massaneiro, enfermeiro da instituição".

Há evidente expectativa de privacidade. É, inclusive, o que está no acórdão regional (fl. 314):

> Como resta evidenciado neste caso, a autora do áudio Juscilaine Barros de Souza, documentou as conversas em uma das salas da unidade hospitalar, sendo certo, porém que o acesso àquele espaço não era franqueado ao público, pois, conforme se pode verificar nas imagens da câmera de segurança n. 1 (vídeo à fl. 25), geradas no dia 18.8.2016, por volta das 10h, ela somente pôde entrar acompanhada do enfermeiro Gilmar Massaneiro.

Do referido balizamento fático, infere-se, portanto, o caráter privado do ambiente que se realizou a gravação ambiental e, essa circunstância, a meu sentir, é elementar para abrir divergência.

As demais teses de defesa foram afastadas à luz da jurisprudência. O ponto central, portanto, é a discussão acerca da gravação ambiental. Admitida, a constatação é de ocorrência de captação ilícita de sufrágio. Já o abuso de poder foi afastado pelo e. Relator.

A proposta que faço, portanto, é de acolher a preliminar de ilicitude da prova.

Com efeito, penso que reafirmar o entendimento do TSE na linha da impossibilidade de utilização desse meio de prova, nas eleições de 2016, ora julgado em maio de 2019, ao menos nessa quadra atual, em que a matéria há de ser descortinada, com verticalidade, método e sabor de definitividade pelo próprio STF, constitui, quando não muito, uma deferência à opção legislativa do CPC/2015, no seu art. 926 – no sentido da estabilidade, da integridade e da coerência da jurisprudência.

Ante esses fundamentos, ouso divergir do eminente relator para, com renovadas vênias, **dar provimento em maior extensão ao apelo**

nobre e, assim, **acolher a preliminar de ilicitude da prova e julgar totalmente improcedente a ação de investigação judicial eleitoral**.

Uma vez vencido no particular, quanto ao tema de fundo, subscrevo, *in totum*, o voto do e. relator.

É como voto.

VOTO

O SENHOR MINISTRO SÉRGIO BANHOS: Também eu, Senhora Presidente, acompanho o relator, com as ressalvas bem postas pelo Ministro Tarcisio.

VOTO

O SENHOR MINISTRO LUÍS ROBERTO BARROSO: Presidente, estou com o relator.

VOTO

O SENHOR MINISTRO EDSON FACHIN: Senhora Presidente, com o relator.

VOTO

A SENHORA MINISTRA ROSA WEBER (presidente): Senhores Ministros, eu também, saudando o Doutor Alckmin, como sempre com excelente sustentação oral, acompanho o eminente relator.

EXTRATO DA ATA

REspe nº 298-73.2016.6.21.0022/RS. Relator: Ministro Jorge Mussi. Recorrente: Ademir Damo (Advogados: José Eduardo Rangel de Alckmin – OAB: 2977/DF e outros). Recorrida: Coligação União Trabalho e Fé (Advogados: Luciano Salvagni – OAB: 79425/RS e outros).

Usaram da palavra, pelo recorrente, Ademir Damo, o Dr. Eduardo Alckmin e, pelo Ministério Público Eleitoral, o Dr. Humberto Jacques de Medeiros.

Decisão: O Tribunal, por unanimidade, negou provimento ao recurso especial eleitoral, nos termos do voto do relator.

Composição: Ministra Rosa Weber (presidente), Ministros Luís Roberto Barroso, Edson Fachin, Jorge Mussi, Og Fernandes, Tarcisio Vieira de Carvalho Neto e Sérgio Banhos.

Vice-Procurador-Geral Eleitoral: Humberto Jacques de Medeiros.

SESSÃO DE 6.8.2019.