



TRIBUNAL SUPERIOR ELEITORAL

ACÓRDÃO

**RECURSO ESPECIAL ELEITORAL Nº 408-98.2016.6.24.0051 – CLASSE 32 –
TIMBÓ GRANDE – SANTA CATARINA**

Relator: Ministro Edson Fachin

Recorrentes: Gilmar Massaneiro e outro

Advogados: Alexandre Dorta Canella – OAB: 16310/SC e outros

Recorrido: Valdeci Cardoso dos Santos

Advogados: Luiz Magno Pinto Bastos Junior – OAB: 17935/SC e outros

Recorrido: Ministério Público Eleitoral

ELEIÇÕES 2016. RECURSO ESPECIAL ELEITORAL. AÇÃO DE INVESTIGAÇÃO JUDICIAL ELEITORAL. VEREADOR. ART. 41-A DA LEI Nº 9.504/97. ART. 22 DA LC Nº 64/90. PRELIMINAR. GRAVAÇÃO AMBIENTAL REALIZADA POR UM DOS INTERLOCUTORES SEM AUTORIZAÇÃO JUDICIAL. LICITUDE DA PROVA. CAPTAÇÃO ILÍCITA DE SUFRÁGIO. OFERTA DE BENESSES EM TROCA DE VOTO. CONFIGURAÇÃO. ABUSO DE PODER POLÍTICO OU DE AUTORIDADE. NÃO CARACTERIZADO. AUSÊNCIA DE GRAVIDADE. RECURSO ESPECIAL A QUE SE DÁ PARCIAL PROVIMENTO.

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

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

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

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

5. Admite-se, para os feitos referentes às Eleições 2016 e seguintes, que sejam examinadas as circunstâncias do caso concreto para haurir a licitude da gravação ambiental. Ou seja, a gravação ambiental realizada por um dos interlocutores sem o consentimento dos demais e sem autorização judicial, em ambiente público ou privado, é, em regra, lícita, ficando as excepcionalidades, capazes de ensejar a invalidade do conteúdo gravado, submetidas à apreciação do julgador no caso concreto, de modo a ampliar os meios de apuração de ilícitos eleitorais que afetam a lisura e a legitimidade das eleições.

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

7. O ilícito descrito no art. 41-A da Lei nº 9.504/97 se consubstancia com a oferta, a doação, a promessa ou a entrega de benefícios de qualquer natureza, pelo



candidato, ao eleitor, em troca de voto, que, comprovado por meio de acervo probatório robusto, acarreta a cominação de sanção pecuniária e a cassação do registro ou do diploma.

8. Acertada a decisão regional, visto que, a partir do teor da conversa anteriormente transcrito, objeto da gravação ambiental, depreende-se ter havido espontânea oferta de benesses, pelos recorrentes, à eleitora Juscilaine Bairos de Souza e seus familiares – oferecimento da quantia de R\$ 500,00 (quinhentos reais), facilitação do uso dos serviços médicos da Unidade de Saúde Moisés Dias, oferta de gasolina e de veículos para transportar, no dia das eleições, os parentes que moram em outro município e promessa de emprego para o marido da eleitora –, vinculada ao especial fim de obter votos para o então candidato Gilberto Massaneiro, que participou ativamente da conduta.

9. O art. 22, XVI, da LC nº 64/90, com a redação conferida pela LC nº 135/2010, erigiu a gravidade como elemento caracterizador do ato abusivo, a qual deve ser apurada no caso concreto. A despeito da inexistência de parâmetros objetivos, a aferição da presença desse elemento normativo é balizada pela vulneração dos bens jurídicos tutelados pela norma, quais sejam, a normalidade e legitimidade das eleições, que possuem guarida constitucional no art. 14, § 9º, da Lei Maior.

10. Consoante jurisprudência deste Tribunal Superior, o abuso do poder político ou de autoridade insculpido no art. 22, *caput*, da LC nº 64/90, caracteriza-se quando o agente público, valendo-se de sua condição funcional e em manifesto desvio de finalidade, compromete a igualdade e a legitimidade da disputa eleitoral em benefício de candidatura própria ou de terceiros (RO nº 172365/DF, Rel. Min. Admar Gonzaga, *DJe* de 27.2.2018; RO nº 466997/PR, Rel. Gilmar Mendes, *DJe* de 3.10.2016; REspe nº 33230/RJ, Rel. Min. João Otávio de Noronha, *DJe* de 31.3.2016).

11. Na hipótese dos autos, em que pese a moldura fática evidencie o uso desvirtuado da instituição pública, as circunstâncias não se afiguram suficientemente graves para macular a legitimidade e a isonomia do pleito, porquanto os fatos comprovados no acórdão cingem-se à eleitora específica e à ocasião única, o que, embora aptos a caracterizar captação ilícita de sufrágio, mostram-se inábeis para atrair a gravidade necessária à configuração do ato abusivo.



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.

Acordam os ministros do Tribunal Superior Eleitoral, por maioria, em dar parcial provimento ao recurso especial, apenas para afastar a configuração do abuso do poder político em relação a ambos os recorrentes, mantida a condenação de Gilberto Massaneiro pela prática de captação ilícita de sufrágio, e julgar prejudicado o pedido de concessão de efeito suspensivo ao recurso especial, nos termos do voto do relator.

Brasília, 9 de maio de 2019.



MINISTRO EDSON FACHIN – RELATOR

RELATÓRIO

O SENHOR MINISTRO EDSON FACHIN: Senhora Presidente, trata-se de recurso especial eleitoral interposto por Gilmar Massaneiro, servidor público municipal, e Gilberto Massaneiro, candidato eleito ao cargo de vereador do Município de Timbó Grande/SC no pleito de 2016, em face de acórdão do Tribunal Regional Eleitoral de Santa Catarina (TRE/SC) que i) afastou a litispendência entre AIJE nº 408-98 e Rp nº 410-68 para julgar os processos conjuntamente; ii) rejeitou as preliminares de nulidade da sentença por cerceamento de defesa e de ilicitude da prova obtida por meio de gravação ambiental; e iii) manteve a condenação imposta pelo juiz eleitoral aos recorrentes pela prática de captação ilícita de sufrágio e abuso de poder de autoridade, afastando apenas a pena de multa imposta a Gilmar Massaneiro pela prática do art. 41-A da Lei nº 9.504/97.

Na origem, o Ministério Público Eleitoral e Valdeci Cardoso dos Santos – então candidato, não eleito, ao cargo de vereador nas eleições de 2016 no Município de Timbó Grande/SC – ajuizaram, respectivamente, Ação de Investigação Judicial Eleitoral (AIJE nº 468-98.2016.6.24.0051/SC) e Representação Eleitoral (Rp nº 410-68.2016.6.24.0051/SC) em desfavor de Gilmar Massaneiro, servidor público municipal, e Gilberto Massaneiro, candidato eleito vereador naquele Município nas eleições de 2016, pela suposta prática de captação ilícita de sufrágio e abuso do poder político ou de autoridade.

Na inicial da AIJE, respaldada em notícia apresentada por Hélio Correa e Valdeci Cardoso dos Santos, alegou-se que Gilmar Massaneiro, servidor da Unidade de Saúde Moisés Dias de Timbó Grande, teria utilizado as dependências desse hospital municipal em prol da candidatura do seu irmão, Gilberto Massaneiro, angariando votos de eleitores carentes da localidade que buscavam atendimento médico nessa unidade pública de saúde.

Arguiram que os investigados, em conversa travada com a eleitora Juscilaine Bairos de Souza, em sala reservada da unidade de saúde, propuseram-lhe vantagens em espécie, tais quais, oferecimento da quantia de

R\$ 500,00 (quinhentos reais), promessa de emprego ao marido dela, facilitação aos familiares para a marcação de consultas médicas e para a realização de cirurgias e proposta de fornecimento de combustível ou transporte para eleitores arregimentados por ela para o dia da eleição, tudo em troca de votos.

O áudio da mencionada conversa foi registrado pela própria eleitora cooptada, além de ter sido acostado aos autos, pelos investigadores, mídia virtual com as imagens das câmeras de segurança do hospital, que captaram os dois investigados na presença da sobredita eleitora.

Esses mesmos fatos foram narrados na inicial da Representação Eleitoral ajuizada por Valdeci Cardoso dos Santos.

O juízo eleitoral, nos autos da Rp nº 410-68/SC, acima mencionada, julgou extinto o feito, sem resolução do mérito, assentando a existência de litispendência com a AIJE nº 408-98/SC, ante a similitude dos pedidos e causa de pedir (fls. 140-144, do apenso).

Lado outro, na AIJE nº 408-98/SC, o juízo eleitoral julgou procedente os pedidos nela formulados, com esteio nos arts. 22, XIV, da LC nº 64/90 e 41-A da Lei nº 9.504/97, declarando a inelegibilidade dos investigados, aplicando multa individual no valor de R\$ 10.000,00 (dez mil reais) e cassando o diploma de vereador de Gilberto Massaneiro.

Sobrevieram recursos eleitorais, em ambas as ações, interpostos por Gilberto e Gilmar Massaneiro, nos autos da AIJE nº 408-98, e por Valdeci Cardoso dos Santos, na Representação nº 410-68.

Na Corte Regional, os feitos foram submetidos à mesma relatoria, ante o reconhecimento de conexão assentada na decisão de fls. 254-256.

O TRE/SC deu provimento ao recurso manejado por Valdeci Cardoso dos Santos nos autos da representação para afastar a litispendência, reformando a decisão que extinguiu o processo sem resolução do mérito, e determinar o seu julgamento conjunto com a AIJE nº 408-98.

Nos autos da AIJE, foram rechaçadas as preliminares de cerceamento de defesa e de ilicitude da gravação ambiental e, no mérito, foram parcialmente providos os apelos, apenas para afastar a pena de multa imposta a Gilmar Massaneiro com esteio no art. 41-A da Lei das Eleições, mantendo-se as demais condenações. O acórdão recebeu a seguinte ementa (fls. 304/305):

- ELEIÇÕES 2016 - RECURSO ELEITORAL - INVESTIGAÇÃO JUDICIAL - SUPOSTA CAPTAÇÃO ILÍCITA DE SUFRÁGIO - ABUSO DE PODER DE AUTORIDADE - CANDIDATO A VEREADOR.

- PRELIMINAR DE LITISPENDÊNCIA - INOCORRÊNCIA - CONEXÃO CONFIGURADA NA ESPÉCIE - REFORMA DA SENTENÇA - PROVIMENTO DO RECURSO - JULGAMENTO CONJUNTO DOS FEITOS.

- NULIDADE DA SENTENÇA POR CERCEAMENTO DE DEFESA - DOCUMENTOS COLIGIDOS AOS AUTOS POR REQUISIÇÃO DOS RECORRENTES - EXPRESSA INTIMAÇÃO PARA PRESTAREM ALEGAÇÕES FINAIS - QUESTÃO REFERIDA NAS RAZÕES DE RECURSO - INEXISTÊNCIA DE EFETIVO PREJUÍZO - REJEIÇÃO.

- GRAVAÇÃO AMBIENTAL - VIOLAÇÃO AO PRINCÍPIO DA INTIMIDADE/PRIVACIDADE - GRAVAÇÃO REALIZADA EM AMBIENTE RESTRITO, POR UM DOS INTERLOCUTORES, SEM A CIÊNCIA DOS OUTROS, DESPROVIDA DE AUTORIZAÇÃO JUDICIAL, DE FORMA CLANDESTINA - LICITUDE - RESSALVA DO PONTO DE VISTA DA RELATORA PELA ILICITUDE - PRELIMINAR SUPERADA - ADMISSIBILIDADE DA GRAVAÇÃO.

- ALEGAÇÃO DE CIRCUNSTÂNCIA EQUIPARÁVEL AO FLAGRANTE PREPARADO - VALORAÇÃO DA PROVA QUE CONDIZ COM O MÉRITO DA CAUSA - GRAVAÇÃO AUDIOVISUAL QUE NÃO DEMONSTRA INSTIGAÇÃO DO CANDIDATO PARA A PRÁTICA DO ATO ILÍCITO - CANDIDATO QUE PEDE VOLUNTARIAMENTE VOTOS DE PARENTES E DE CONHECIDOS DA ELEITORA EM TROCA DE BENESSES - PROVA TESTEMUNHAL QUE RATIFICA A OCORRÊNCIA DA CAPTAÇÃO ILÍCITA DE SUFRÁGIO.

- TERCEIRO NÃO PARTÍCIPE DA DISPUTA ELEITORAL QUE, EM NOME DO CANDIDATO, VENHA A COMETER UMA DAS CONDUTAS NÚCLEO DESCRITAS NO CAPUT DO ART. 41-A DA LEI DAS ELEIÇÕES, NÃO RESPONDE POR CAPTAÇÃO ILÍCITA DE SUFRÁGIO - PARCIAL PROVIMENTO DO RECURSO - AFASTAMENTO DA PENA DE MULTA EM RELAÇÃO AO TERCEIRO.

- ABUSO DO PODER DE AUTORIDADE - USO EFETIVO DAS DEPENDÊNCIAS DE PRÉDIO PÚBLICO PARA COMERCIALIZAÇÃO DE SERVIÇOS PÚBLICOS, INTERMEDIADA POR SERVIDOR, COMO MOEDA DE TROCA, PARA A OBTENÇÃO DE VOTOS PARA O IRMÃO, CANDIDATO A VEREADOR -

PÁRTICIPACÃO DIRETA DO CANDIDATO NA CONDUTA ABUSIVA
- CAPTAÇÃO ILÍCITA DE SUFRÁGIO CONFIGURADA -
INCIDÊNCIA DA SANÇÃO DE INELEGIBILIDADE, APLICÁVEL A
AMBOS.

Os embargos declaratórios opostos por Gilberto e Gilmar Massaneiro foram rejeitados por ausência de omissão, contradição e dúvida no acórdão atacado (fls. 397-409).

Nas razões do recurso especial, interposto com esteio no art. 276, I, *a e b*, do Código Eleitoral, as parte apontam ofensa aos arts. 139, I, e 373, II, do CPC; 5º, XXXVI e LVII, da Constituição da República; 6º da Lei de Introdução às Normas do Direito Brasileiro; e 368-A do Código Eleitoral.

Sustentam a ilicitude da gravação realizada pela eleitora Juscilaine Bairros de Souza, nestes termos: *"tal prova, a nosso sentir, são imprestáveis para o fim de condenar os recorrentes, não só porque produzidas em qualidade duvidosa, mas também porque e principalmente realizadas e produzidas de forma ilícita, gravadas em local privado (onde o público em geral não tem acesso) e sem qualquer espécie de autorização judicial.* (fl. 419).

Suscitam divergência jurisprudencial entre o acórdão objurgado e os julgados desta Corte Superior proferidos na AC nº 0600015-86 e no RO nº 1904-61/RR, arguindo que o TSE assenta a ilicitude de gravação ambiental quando realizada sem prévia autorização judicial.

Aduzem a necessidade de reavaliação das provas acostadas aos autos, alegando que o TRE/SC apenas considerou parte do acervo probatório que os prejudica, desprezando-se a parte que os favorece. No ponto, arguem que demonstraram *"a profunda e contundente participação de Juscilaine Bairros de Souza na orquestrada ação de prejudicá-los, inclusive na produção das supostas provas em que se baseou o Ministério Público Eleitoral"* (fl. 421).

Com amparo em trechos do voto vencido proferido pelo Desembargador César Abreu, alegam que a eleitora realizou a gravação a mando de adversários políticos dos recorrentes e que o oferecimento de benesses foi induzido por ela, caracterizando o flagrante preparado. Nessa esteira, afirmam que *"incorreu em equívoco o acórdão combatido ao não*

considerar ilícitas as provas produzidas pela acusação, consubstanciada em gravação de flagrante preparado, sem autorização judicial, em flagrante afronta ao assente entendimento desse egrégio TSE sobre a matéria" (fls. 427).

Defendem, ainda, que *"o acórdão recorrido, ao apreciar as provas em desacordo com o consolidado entendimento manifestado por essa Corte Superior Eleitoral também fere o princípio da segurança jurídica, que possui seu fundamento normativo insculpido no art. 5º, XXXVI, da Constituição Federal e art. 6º da Lei de Introdução ao Código Civil, e está intimamente ligado à confiança que o cidadão possui em um ordenamento que está sempre em mutação" (fl. 427).*

Aduzem violação ao art. 368-A do Código Eleitoral que inadmite prova testemunhal singular exclusiva para embasar a perda de mandato, arguindo que, no caso, *"a única testemunha dos autos, que supostamente teria sido cooptada, é a Sra. Juscilaine Bairos de Souza, testemunha única, cujo depoimento levou a cassação do embargante Gilberto" (fl. 429).* Pugnam, ainda, pela concessão de efeito suspensivo ao recurso, alegando que a afronta à jurisprudência consolidada pelo TSE e aos dispositivos mencionados evidencia *"os pressupostos de plausibilidade do direito invocado e de perigo no atraso da prestação jurisdicional, mormente pela grande possibilidade de êxito do presente recurso especial" (fl. 435).*

Por fim, pleiteiam a anulação da decisão regional para que outra seja proferida, desconsiderando as provas ilícitas, obtidas sem autorização judicial, e as delas decorrentes ou, alternativamente, o provimento do recurso especial para, reformando-se o acórdão regional, julgar improcedentes os pedidos formulados na presente ação de investigação judicial eleitoral.

O Presidente do TRE/SC admitiu o recurso (fls. 637-643).

Valdeci Cardoso dos Santos apresentou contrarrazões às fls. 654-659.

A Procuradoria-Geral Eleitoral manifesta-se pelo parcial conhecimento do recurso e, nessa extensão, pelo seu desprovimento (fls. 666-669).

Registra-se que, em 27.11.2017, Gilmar e Gilberto Massaneiro ajuizaram a AC nº 0604144-66.2017.6.00.0000, visando à concessão de efeito suspensivo ao recurso especial por eles interposto contra acórdão prolatado pelo TRE/BA nos presentes autos.

O pedido foi indeferido pela então Relatora, Ministra Rosa Weber, em decisão publicada no DJe de 27.11.2017, na qual se consignou que, *“para as eleições de 2016, caso dos autos, este Tribunal Superior, em julgamentos pretéritos, já sinalizou futura alteração de entendimento, mediante aplicação prospectiva (prospective overruling) – nos termos assentados na jurisprudência do STF –, à luz dos primados da segurança jurídica, visando a ‘garantir a estabilidade, proporcionando tranquilidade no jurisdicionado, na medida em que esse possa moldar sua conduta contando com certa dose considerável de previsibilidade’”* (ID 170366, pág. 4).

A relatora acrescentou perfilar o entendimento do STF acerca da licitude, em princípio, da gravação ambiental, assentando que *“a valoração [da prova] deverá ser feita com cautela e em cotejo com as demais peculiaridades do caso, como parece ter ocorrido na hipótese vertente”* (ID 170366, pág. 5).

Nessa esteira, entendeu que, à luz da evolução jurisprudencial quanto ao tema das gravações ambientais e do quadro fático delineado no acórdão regional, a adoção de conclusão diversa acerca da validade da prova, ao menos em juízo perfunctório, esbarraria no óbice plasmado na Súmula nº 24/TSE. Em face dessa decisão foi interposto agravo interno que se encontra pendente de julgamento, conforme se extrai de consulta ao sistema PJe.

É o relatório.

VOTO

O SENHOR MINISTRO EDSON FACHIN (relator): Senhora Presidente, o recurso merece parcial provimento.

Discute-se nos presentes autos a configuração da captação ilícita de sufrágio e do abuso do poder de autoridade imputados aos recorrentes, considerando a existência de prova obtida por meio de gravação ambiental realizada por um dos interlocutores sem o conhecimento dos demais e sem autorização judicial, cuja (i)licitude constitui o ponto fulcral da controvérsia.

A princípio, convém ressaltar que a matéria relativa à (i)licitude da gravação ambiental realizada por um dos interlocutores sem o conhecimento dos demais é controvertida nesta seara eleitoral, tanto que teve sua repercussão geral reconhecida pelo Supremo Tribunal Federal no bojo do RE nº 1.040.515 (Tema 979), que, embora se encontre pendente de julgamento, não impede a discussão da temática no âmbito desta Corte Superior, dada a celeridade cogente aos feitos eleitorais.

Acerca desse tema, registra-se a existência de jurisprudência do Supremo Tribunal Federal – reafirmada no RE nº 583.937, julgado em 19.11.2009 sob regime de repercussão geral –, segundo a qual, nas ações penais, é lícita a utilização da gravação ambiental realizada por um dos interlocutores sem o consentimento do outro (Tema 237). Nessa assentada, o Relator, Ministro Cezar Peluso, consignou que *“não parece sensato impedir o uso de gravação que se traduza na prova cabal da veracidade daquilo que, em juízo, afirme a parte, ou a testemunha, como objeto de conversa telefônica de que haja participado”*.

Na seara eleitoral, contudo, a partir de um esboço jurisprudencial sobre o tema, constata-se que o entendimento desta Corte, desde as eleições de 2010, vem sendo no sentido de não se admitir a gravação ambiental realizada por um dos interlocutores sem o consentimento do outro, como meio válido de prova, nas ações cíveis-eleitorais.

Essa jurisprudência se fundamenta no direito à privacidade e à intimidade e, sobretudo, no entendimento de que, no âmbito eleitoral, devem ser consideradas as disputas acirradas inerentes à competição eleitoral, de sorte que o estado de animosidade instalado nos participantes do processo político de escolha dos candidatos a mandatos eletivos poderia impulsioná-los a se valer desse meio probatório de modo ardiloso, acarretando a deturpação da lisura do pleito e a manipulação injusta contra participantes da disputa eleitoral.

No julgamento do REspe nº 637-61/MG, de relatoria do Min. Henrique Neves, *DJe* de 21.5.2015, este Tribunal Superior, debruçando-se novamente sobre o tema, assentou que a gravação ambiental desacompanhada de prévia autorização judicial e realizada sem o consentimento dos envolvidos pode ser considerada lícita, desde que obtida por áudios ou vídeos captados em ambientes públicos e desprovidos de qualquer controle de acesso. Na esteira do voto do relator, inexistiria, em tais situações, ofensa à intimidade ou à privacidade dos envolvidos na gravação, consoante se extrai da ementa do julgado:

RECURSOS ESPECIAIS. AÇÃO CAUTELAR. AÇÃO DE INVESTIGAÇÃO JUDICIAL ELEITORAL. ABUSO DO PODER ECONÔMICO. CAPTAÇÃO ILÍCITA DE SUFRÁGIO.

[...]

2. 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 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; AgRRO 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; AgRRespe nº 924-40, rel. Min. João Otávio de Noronha, *DJE* de 21.10.2014.

3. As circunstâncias registradas pela Corte de origem indicam que o discurso objeto da gravação se deu em espaço aberto dependências comuns de hotel, sem o resguardo do sigilo por parte do próprio candidato, organizador da reunião. Ausência de ofensa ao direito de privacidade na espécie, sendo lícita, portanto, a prova colhida.

[...]

Recuso especial conhecido e desprovido. Ação cautelar julgada improcedente.

(REspe nº 637-61/MG, Rel. Min. Henrique Neves, *DJe* de 21.5.2015)

Dessa forma, adotou-se como critério de aferição da validade das gravações eventual expectativa de privacidade que o ambiente gera no interlocutor. Assim, existindo perspectiva de privacidade gerada pelo ambiente e pelas circunstâncias dos fatos, as gravações realizadas sem o conhecimento do outro interlocutor se afiguram ilícitas. Por outro lado, se realizadas em local aberto ao público ou em ambiente cujo caráter privado tenha sido descaracterizado, as gravações podem ser utilizadas na instrução processual eleitoral.

Nesse sentido, citam-se os seguintes precedentes: AgR-REspe nº 25617/MA, Rel. Min. Rosa Weber, *DJe* de 26.4.2018; RESpe nº 54542/SP, Rel. designado para acórdão Min. Herman Benjamin, *DJe* de 18.10.2016; RESpe nº 640-36/MG, Rel. Min. Gilmar Mendes, *PSESS* de 1º.7.2016.

A despeito das divergências, por vezes sinalizadas, acerca da temática no âmbito desta Corte, inclusive por mim, no AgR-REspe nº 53980/PA, essa diretriz jurisprudencial guiou o julgamento dos feitos relativos aos pleitos anteriores ao ora em referência (2016), mormente em deferência ao princípio da segurança jurídica.

É certo que o preceito da segurança jurídica assegura a previsibilidade do direito positivo e dos posicionamentos jurisdicionais. No âmbito eleitoral, *“assume sua face de princípio da confiança para proteger a estabilização das expectativas de todos aqueles que de alguma forma participam dos prêmios eleitorais. A importância fundamental do princípio da segurança jurídica para regular transcurso dos processos eleitorais está plasmada no princípio da anterioridade eleitoral positivado no art. 16 da Constituição”* (STF, Recurso Extraordinário nº 637.485/RJ, Rel. Min. Gilmar Mendes, *DJe* de 21.5.2013).

Todavia, o princípio da segurança jurídica não pode se apresentar como óbice à análise do tema por esta Corte, sobretudo quando, em relação a determinado pleito, ainda não exista julgado sobre o assunto, revelando-se oportuna a alteração da compreensão jurisprudencial anterior,

visto que estará garantida a isonomia entre os jurisdicionados envolvidos no mesmo processo eleitoral.

Nesse sentido, confira-se o seguinte posicionamento doutrinário:

Não se olvida que a uniformidade dos entendimentos e mesmo a sua positivação, resultante da reiteração nos julgados, deixam transparecer certa previsibilidade durante determinado período. Nesse interregno o entendimento é absorvido pelos jurisdicionados e se sabe, em nome da segurança jurídica, qual o posicionamento adotado pelas diversas instâncias em que tramita o processo eleitoral. É a previsibilidade.

Pergunta-se, todavia, até que ponto essa segurança jurídica traduzida pela previsibilidade deve ser preservada no direito eleitoral cujas normas têm por obrigação acompanhar as mudanças que são sempre impactantes no ambiente eleitoral, no qual disputas políticas dão o tom do momento.

A importância assumida pela Justiça Eleitoral e pelo Direito Eleitoral passa pela credibilidade nos julgamentos e pela coerência entre os julgados e sobretudo pela disposição para mudar o que mesmo sedimentado carece – a partir de um dado momento, de alteração para que seja eficaz. Ressalta-se, por oportuno, que as alterações advindas de novos posicionamentos carecem de reflexão, estudo, comparação, para que os julgados que formarão novos precedentes também tragam em sua repetição a marca da coerência.”

(ALCÂNTARA, Adriana Soares. A formação da jurisprudência eleitoral: necessidade de reflexão e coerência. In: FUX, Luiz; PEREIRA, Luiz Fernando Casagrande; AGRA, Walber de Moura (Coord.); PECCININ, Luiz Eduardo (Org.). *Direito Constitucional Eleitoral*. Belo Horizonte: Fórum, 2018. p. 305-321. Tratado de Direito Eleitoral, v. 1.)

Em relação ao pleito de 2016, verifica-se que ainda não existe julgado que tenha se debruçado sobre a temática da (i)licitude da gravação ambiental, a qual, embora ventilada no REspe nº 469-96/SP, de relatoria do Min. Napoleão Nunes, está pendente de discussão, em razão do pedido de vista do Min. Admar Gonzaga.

Ademais, conforme mencionado alhures, existe entendimento do Supremo Tribunal Federal acerca da matéria, sedimentado, sob a sistemática da repercussão geral, no sentido de ser lícita a gravação levada a efeito por um dos interlocutores sem o conhecimento do outro (QO-RG-RE nº 583.937/RJ, Rel. Min. Cezar Peluso, DJe de 18.12.2009).

Cumpra registrar os seguintes precedentes da Suprema Corte na esteira da referida questão de ordem:

AGRAVO INTERNO NO RECURSO EXTRAORDINÁRIO COM AGRAVO. MANDADO DE SEGURANÇA. SERVIDOR PÚBLICO. PROCESSO ADMINISTRATIVO DISCIPLINAR. INDEFERIMENTO DE DILIGÊNCIA PROBATÓRIA. MATÉRIA COM REPERCUSSÃO GERAL REJEITADA PELO PLENÁRIO DO STF NO ARE 639.228. TEMA 424. REGULARIDADE DO PROCESSO ADMINISTRATIVO. NECESSIDADE DE REVOLVIMENTO DO CONJUNTO FÁTICO-PROBATÓRIO DOS AUTOS. IMPOSSIBILIDADE. SÚMULA 279 DO STF. **GRAVAÇÃO AMBIENTAL REALIZADA POR UM DOS INTERLOCUTORES. POSSIBILIDADE. REPERCUSSÃO GERAL RECONHECIDA PELO PLENÁRIO NO RE 583.937-QO-RG. REAFIRMAÇÃO DE JURISPRUDÊNCIA.** REITERADA REJEIÇÃO DOS ARGUMENTOS EXPENDIDOS PELA PARTE NAS SEDES RECURSAIS ANTERIORES. MANIFESTO INTUITO PROTETATÓRIO. RECURSO INTERPOSTO SOB A ÉGIDE DO NOVO CÓDIGO DE PROCESSO CIVIL. MANDADO DE SEGURANÇA. INAPLICABILIDADE DO ARTIGO 85, § 11, DO CPC/2015. AGRAVO INTERNO DESPROVIDO.

(AgR-ARE nº 1134463/PR, Rel. Min. Luiz Fux, *DJe* de 6.8.2018);

AGRAVO INTERNO NO RECURSO EXTRAORDINÁRIO COM AGRAVO. PENAL E PROCESSUAL PENAL. CRIME DE CONCUSSÃO. ARTIGO 316 DO CÓDIGO PENAL. **GRAVAÇÃO DE CONVERSA AMBIENTAL REALIZADA COM A ANUÊNCIA DE UM DOS INTERLOCUTORES. TEMA 237. RE 583.937.** DEVOLUÇÃO DO FEITO À ORIGEM. ATO JUDICIAL PREVISTO NO ARTIGO 328, PARÁGRAFO ÚNICO, DO RISTF. IRRECORRIBILIDADE. DEVOLUÇÃO IMEDIATA. ALEGADA VIOLAÇÃO AO ARTIGO 5º, LIV, DA CONSTITUIÇÃO FEDERAL. PRINCÍPIOS DA AMPLA DEFESA, DO CONTRADITÓRIO E DO DEVIDO PROCESSO LEGAL. OFENSA REFLEXA AO TEXTO DA CONSTITUIÇÃO FEDERAL. AGRAVO DESPROVIDO.

(AgR-ARE nº 1093677/MS, Rel. Min. Luiz Fux, *DJe* de 4.4.2018); e

AGRAVO REGIMENTAL NO RECURSO EXTRAORDINÁRIO COM AGRAVO. DIREITO PENAL. LICITUDE DA **GRAVAÇÃO AMBIENTAL FEITA POR UM DOS INTERLOCUTORES. JURISPRUDÊNCIA REAFIRMADA EM REPERCUSSÃO GERAL.** ALEGAÇÃO DE AFRONTA AO ART. 5º, INCS. LIV E LV, DA CONSTITUIÇÃO DA REPÚBLICA: AUSÊNCIA DE REPERCUSSÃO GERAL. PRINCÍPIO DO JUIZ NATURAL. NATUREZA INFRACONSTITUCIONAL. AUSÊNCIA DE OFENSA CONSTITUCIONAL DIRETA. AGRAVO REGIMENTAL AO QUAL SE NEGA PROVIMENTO.

(AgR-ARE nº 933530/RS, Rel. Min. Cármen Lúcia, *DJe* de 15.3.2016). Grifos nossos

Ainda que essa jurisprudência da Suprema Corte tenha se firmado no âmbito penal, mister sua aplicação para o equacionamento dos feitos desta esfera eleitoral que versem sobre a mesma questão jurídica, notadamente para uniformizar o entendimento dos órgãos judiciais.

Isso porque, se no âmbito penal admite-se a gravação ambiental realizada por um dos interlocutores sem o conhecimento do outro para fundamentar condenação de um indivíduo à restrição de sua liberdade de locomoção (que constitui um dos direitos mais substanciais do ordenamento jurídico), com maior razão é sua admissibilidade na seara eleitoral para o fim de preservar o interesse público de lisura do processo eleitoral, que ultrapassa a esfera jurídica do candidato. Não se justifica o caráter absoluto, no caso e nesse horizonte, do direito à privacidade e à intimidade que respalda a atual orientação jurisprudencial deste Tribunal Superior.

Reforçam a previsibilidade jurídica desse entendimento nesta seara eleitoral, em deferência ao primado da segurança jurídica, as diversas sinalizações deste Tribunal Superior sobre a possibilidade de futura alteração de compreensão quanto à (i)lícitude da prova obtida por meio de gravação ambiental, como nos REspe nº 697-31/MA, REspe nº 2-35/RN e AgR-REspe nº 133250/RN, atinentes a pleitos anteriores.

Especificamente quanto ao REspe nº 2-35/RN, relativo às Eleições 2012, ressalta-se que foi proposta fixação de tese para o pleito de 2016 e seguintes, pelo Ministro Herman Benjamin, a qual não foi acolhida, embora tenha a Corte consentido em analisar a temática posteriormente. Confirmam-se os fundamentos da tese proposta:

No meu sentir, deve-se ter como regra a validade de gravações ambientais sem autorização judicial e sem conhecimento de um dos interlocutores, nos termos do raciocínio da Suprema Corte - ainda que em matéria penal - quando em prol do interesse público e da lisura do processo eleitoral.

[...]

Assim, a jurisprudência desta Corte Superior deve balizar-se no sentido de, ao mesmo tempo em que preserva de modo geral direitos fundamentais, tais como os de intimidade e proteção à vida privada, sopesa a imprescindível e irrestrita observância a valores como lisura do processo eleitoral, legitimidade e moralidade do pleito

e paridade de armas, a fim de garantir a observância ao princípio democrático do art. 1, § 1º, da CF/88.

Em outras palavras, direitos fundamentais de privacidade e intimidade não são absolutos e podem ser relativizados em casos específicos em nome desses pilares democráticos, aqui entendidos como justa causa para utilização de importante mecanismo probatório.

[...]

Daí a necessidade de se valorar, caso a caso e com cautela, a prova obtida mediante gravações ambientais, mas admitindo-se como regra não a ilicitude, mas sim a licitude desse relevantíssimo mecanismo de busca da verdade real.

Ou seja, se a prova tiver sido obtida com provocação ou induzimento de modo a se retirar da conversa o que se quer obter de declaração da outra parte, poderá ela ser imprestável no caso concreto. Porém, simples antagonismo político, choque de interesses e até mesmo inimizades declaradas não devem prejudicar, em regra, investigações pelo aprimoramento das instituições democráticas.

Como consequência, a prova colhida por um dos interlocutores, consistente em gravação em ambiente público ou privado, não deve ser declarada ilícita de imediato, mas vista com parcimônia diante do conjunto probatório.

O peso que essa prova adquirirá - pelas circunstâncias que envolvem o processo eleitoral - é questão a ser aferida no caso concreto. Sendo certa ou muito provável a sua fragilidade, pelos ânimos e meios dirigidos à sua produção, deve ser avaliada com cuidado pelo julgador e preferencialmente acompanhar outras provas.

Nesse sentido, o e. Min. Cezar Peluso, relator do RE/STF 402.717, DJe de 13.2.2009, ressaltou que "não se admitirá a divulgação sem justa causa de fatos que digam com a privacidade das pessoas. Caberá ao juiz avaliar. Generalizar a proibição é que não me parece adequado".

Nessa toada, entende-se que admitir a licitude desse meio de prova, seja em ambiente público ou privado, não implica reconhecer a validade de toda e qualquer gravação ambiental, visto que as circunstâncias em que ela for obtida, no caso concreto, podem obstar sua utilização no processo.

Com efeito, caberá ao julgador, na análise de mérito de cada caso, distinguir as situações em que a gravação é efetivada de forma ardilosa, mediante induzimento ou constrangimento do interlocutor à prática de ilícito, daquelas em que a gravação é realizada para captar condutas ilegais espontaneamente praticadas. Nas hipóteses em que constatada a manipulação injusta da gravação ambiental contra participantes da disputa

eleitoral, o seu valor probante restará enfraquecido nos autos, acarretando a inocuidade do conteúdo para comprovar os fatos a que se destina.

Desse modo, em princípio, deve ser admitida a licitude da gravação ambiental realizada por um dos interlocutores sem o consentimento dos demais e sem autorização judicial, em ambiente público ou privado, ficando as excepcionalidades, capazes de desautorizar a utilização do conteúdo da gravação, submetidas à apreciação do julgador no caso concreto, de modo a ampliar os meios de apuração de ilícitos eleitorais que afetam a lisura e a legitimidade das eleições.

Trata-se, portanto, de evolução jurisprudencial deste Tribunal Superior, aplicável aos processos cíveis-eleitorais relativos às Eleições 2016 e seguintes, que não acarreta prejuízo à segurança jurídica, notadamente devido i) à necessidade de harmonizar o entendimento desta Corte com a compreensão chancelada pelo STF no RE nº 583.937/RJ; ii) às sinalizações feitas pelo TSE, em processos referentes a pleitos anteriores (2012 e 2014) para aplicação prospectiva, quanto à possibilidade de reconhecer a licitude da gravação ambiental realizada por um dos interlocutores sem o consentimento dos demais e sem autorização judicial; e iii) à inexistência de decisão desta Corte acerca do tema nos processos referentes às eleições de 2016, que é a hipótese dos autos.

Convém ressaltar que, conforme relatado anteriormente, a possibilidade de aplicação desse entendimento no caso dos autos já foi indicada na decisão proferida pela Ministra Rosa Weber no bojo da AC nº 0604144-66.2017.6.00.0000, ajuizada pelos ora recorrentes com a finalidade de obter o efeito suspensivo ao recurso especial, nos seguintes termos:

[...] para as eleições de 2016, caso dos autos, este Tribunal Superior, em julgamentos pretéritos, já sinalizou futura alteração de entendimento, mediante aplicação prospectiva (prospective overruling) – nos termos assentados na jurisprudência do STF –, à luz dos primados da segurança jurídica, visando a ‘garantir a estabilidade, proporcionando tranquilidade no jurisdicionado, na medida em que esse possa moldar sua conduta contando com certa dose considerável de previsibilidade’.

Iniciado o julgamento do REspe nº 2-35/RN, em sessão de 09.02.2017, proposta pelo Relator, Min. Herman Benjamin – no que foi acompanhado pelo Min. Luiz Fux em voto-vista –, a fixação de

tese no sentido de que, a partir das eleições de 2016, é lícita, com regra, gravação ambiental realizada por um dos interlocutores, sem conhecimento dos demais e sem autorização judicial, mesmo que se trate de espaço estritamente particular.

Embora não definida a questão – considerado o pedido de vista formulado pelo Min. Gilmar Mendes, em 19.9.2017 –, inegável haver sólida tendência desta Corte Superior pela superação do entendimento aplicado aos pleitos de 2012 e 2014, pois, se o próprio STF reconhece a sua licitude no âmbito do processo penal, com maior razão o TSE deveria adotar a mesma premissa, embora necessária valoração dessa espécie de prova com cautela, a partir das nuances do caso concreto.

[...]

Alinho-me ao referido, já firmado no âmbito da Suprema Corte acerca da licitude, em princípio, dessa prova, cuja valoração deverá ser feita com cautela e em cotejo com as demais peculiaridades do caso, como parece ter ocorrido na hipótese vertente.

Dito isso, passa-se à análise do caso concreto.

O TRE/SC, por maioria, rejeitou a preliminar de ilicitude da prova obtida por meio de gravação ambiental.

Com esteio nas premissas expostas alhures, entende-se que a gravação ambiental questionada é, em princípio, admissível como prova lícita para comprovação dos fatos imputados aos recorrentes. Contudo, mister avaliar se, no caso, sua obtenção deu-se mediante flagrante preparado alegado pelos recorrentes, o que, se constatado, a tornaria inservível no processo.

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. Confirmam-se os seguintes trechos do acórdão (fl. 314):

Como resta evidenciado neste caso, a autora do áudio, Juscilaine Bairos dos Santos, 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.

Importante anotar que, apesar do caráter público da instituição, tem-se que a gravação foi realizada a portas cerradas, fora do alcance de qualquer outro sistema de vigilância [...].

Do referido balizamento fático, infere-se o caráter privado do ambiente em que se realizou a gravação ambiental, circunstância que não macula, por si só, a sua validade como meio de prova, visto que, doravante, a gravação é, em regra, admitida, à luz dos fundamentos anteriormente esposados.

Destarte, a aferição da força probante da gravação ambiental no presente caso perpassa pela análise do teor da conversa e do contexto em que capturado o áudio impugnado, notadamente para se perquirir eventual manipulação da prova colhida, como sói ocorrer em situação de flagrante preparado, cujo exame, por se tratar de valoração probatória, adentra no mérito da demanda.

Passe-se, portanto, à análise da alegação de flagrante preparado.

O TRE/SC, ao se debruçar sobre as alegações de flagrante preparado, concluiu por sua inexistência visto que as benesses prometidas à Juscilaine de Souza e seus familiares foram espontaneamente oferecidas pelos irmãos Gilberto e Gilmar Massaneiro, não se verificando a atuação ardilosa por parte da eleitora no sentido de induzir os interlocutores a praticar ilícito eleitoral tão somente para incriminá-los, tal como alegado pelos recorrentes. É o que se extrai dos seguintes trechos do acórdão (fls. 322-330):

Prememente se faz, pois, avaliar o contexto em que inseridos os diálogos, com o fito de aferir se houve ou não o alegado induzimento, ou, a contrario sensu, se o pedido de votos formulado ao eleitor teria sido voluntário, de modo a configurar a conduta ilícita [...].

[...]

Vale lembrar que, nessa espécie de delito, as provas são, na maioria das vezes, indiretas, devendo, por esse motivo, ser formada a convicção judicial pelo conjunto probatório, que, no entendimento desta Corte, deve ser robusto a permitir a conclusão da oferta pelo candidato ou, ao menos, a confirmação de que com ela teria anuído.

Isso, entretanto, não impede que se proceda com a devida cautela, já que não se pode descartar, ante a peculiaridade das disputas eleitorais, o eventual manejo de evidências no intuito de forjar a ocorrência de infrações eleitorais e, assim, gerar o desequilíbrio as forças dos contendores.

Segundo a inicial, no princípio do período eleitoral, nas dependências do pronto atendimento da Fundação Hospitalar Moisés Dias, o candidato a vereador Gilberto Massaneiro e o irmão, Gilmar Massaneiro, técnico em enfermagem daquela instituição, teriam tentado aliciar a eleitora Juscilaine Bairos de Souza, oferecendo-lhe vantagens em espécie, gasolina, emprego para o marido, consultas médicas e cirurgias, em troca de seu voto e de seus familiares.

Narra-se que, na data de 17.8.2016, por volta das 13h30min, Juscilaine Bairos de Souza se encontrava na sala de espera do referido posto de saúde, em companhia de sua mãe Tereza Bairos de Souza — que aguardava atendimento médico —, quando teria sido cumprimentada por Gilberto Massaneiro e, em seguida, convidada pelo enfermeiro Gilmar Massaneiro para conversar com o então candidato, compromisso que ficou agendado para a manhã do dia posterior.

No dia acordado, em torno das 10h, Juscilaine Bairos de Souza teria comparecido naquela unidade de saúde, ocasião em que conferenciou com o candidato recorrente, registrando a conversa, que a seguir se reproduz:

Juscilaine Bairos de Souza: Bem, e você?

Gilberto Massaneiro: Viu, na verdade ontem a hora que eu te vi sabe, eu tava meio apuradinho.

Juscilaine Bairos de Souza: Aham.

Gilberto Massaneiro: Eu até tava falando com o nego, lá... ali é bem conhecido e eu sei que você tem experiência, você já trabalhou vez passada para o quarenta.

Juscilaine Bairos de Souza: Trabalhei.

Gilberto Massaneiro: Viu, me diga uma coisa, você não tem compromisso com ninguém?

Juscilaine Bairos de Souza: Não, eu nem tava morando aqui né, eu vim embora, tava em Santa Cecília.

Gilberto Massaneiro: Viu, mas, e você vota aqui também né?

Juscilaine Bairos de Souza: Sim.

Gilmar Massaneiro: E parente de fora, você não tem que vote aqui?

Juscilaine Bairos de Souza: Parente de fora que vote aqui, tenho.

Gilmar Massaneiro: Você faz uma lista, qualquer coisa você liga para eles, dizendo que o Gilberto vai arrumar gasolina ou (inaudível).

Juscilaine Bairos de Souza: eu tenho família em Lages.

Gilmar Massaneiro: há, então desses que vem votar por aqui, manda o carro ir buscar (inaudível).

Gilberto Massaneiro: não sei se você conhece aquele que é pedreiro, que namora com a Neuci lá do Buriti, uma enfermeira, eles moram ali.

Juscilaine Bairros de Souza: Ah, o compadre Miguel.

Gilberto Massaneiro: esse mesmo, ele tem uma saveirinha cinza... Aquele, nós já acertamos com ele, que ele vai me ajudar, e daí a mulher, a mãe da Cintia ali, ela mora lá também... e, o que que você acha, assim, de você me ajudar?

Juscilaine Bairros de Souza: Eu posso te ajudar, mas eu tenho que ver com meu marido né, bem certinho, por que ele não pode se complicar.

Gilmar Massaneiro: E aquela outra, a Margarete?

Juscilaine Bairros de Souza: Ela casou, agora não sei se ela vai trabalhar esse ano, não conversei mais com ela, que nós trabalhamos a vez passada né.

Gilmar Massaneiro: A família dela é bastantinho né, se nós conseguir um dela meu, puxa né.

Juscilaine Bairros de Souza: Não, bem tranquilo.

Gilberto Massaneiro: Viu abençoada, assim ó, é que nem eu disse assim, todo esse tipo de coisa tem um preço, e tipo assim ó, eu para falar a verdade, sou uma pessoa assim, que não sou rico.

Juscilaine Bairros de Souza: Ninguém é, né.

Gilberto Massaneiro: É que nem diz o negócio, eu vivo do meu salário, mas tipo assim ó, se você puder me ajudar aí esses 30 dias, que agora é só 45 dias, né. Se você puder me ajudar, tipo assim, eu posso tá te dando; talvez não seja muito, talvez você seja merecedora de muito mais, mas tipo assim R\$ 500,00 eu te ajudava assim, pra você me ajudar. E, tipo assim, que nem eu digo, você já é conhecida dos parentes tudo aí.

Juscilaine Bairros de Souza: Tenho bastante parente por aqui.

Gilmar Massaneiro: E você (inaudível), conhece eu também.

Gilberto Massaneiro: Daí abençoada, tipo assim, que nem eu te digo assim, eu não vou te prometer assim, às vezes alguma coisa assim, tipo se nós ganhar, se o Ari ganhar, eu vou te ajeitar alguma coisa, mas o que tiver no nosso alcance, que nem eu digo assim, quem me ajudar, eu também vou ter que ter um compromisso com aquelas pessoas que me ajudaram, que nem aqui no hospital, se você precisar de alguma coisa, o Gilmar vai estar aqui, tomara que nunca você precise de médico, de consulta, de cirurgia, assim, mas a ideia assim, é tipo assim ó, porque o combinado com nós e a coligação é três secretarias, e uma das secretarias é aqui né, e nós tamo pensando de levar o Gilmar um pouco mais alto aqui, daí ele vai poder ajudar muito mais você e a tua família também né. Eu digo assim ó, é que nem eu digo assim, é pessoa que você

já conhece né, que na verdade assim bem mais simples, que nem tem uma mulher ali com o Gilmar, ela falou assim ó, que ia vota pra nós. Viu é que nem eu disse, meninada é bom para ganhar, mas a gente vai poder te ajuda depois mesmo que chegar.

Juscilaine Bairros de Souza: É eu na verdade não sabia o (inaudível), porque eu não moro pra cá né, então eu não sei nem quem que é quem. Porque eu não fui em comício nenhum, não fui em lugar nenhum, daí na verdade, daí vou ser a primeira que tá pedindo voto, porque eu tava em Santa Cecília.

Gilmar Massaneiro: Aham.

Juscilaine bairros de Souza: dois anos já, daí eu voltei agora para cá.

Gilmar Massaneiro: Viu e você tá casada ou tá namorando? Tá casada?

Juscilaine Bairros de Souza: Quatro anos já.

Gilmar Massaneiro: Assim ó, você vai trabalhar aqui e veja, a primeira coisa, dos parentes teu, já certo ó, eu to trabalhando com o Gilberto e ele falou se pode se esse aqui de cá o São Pedro, ou Santa Cecília, tu tem bastante gente lá em São Bento, você pode acertar, a gente vai buscar, como a gente também dá a gasolina (inaudível).

Gilmar Massaneiro: É que hoje é difícil né, quem não tem um carro, (inaudível).

Gilmar Massaneiro: Daí você diz ó Gilmar eu tenho seis, seis lá que vão vim em um carro, dois carros, três, seis ou dez, não sei, eu preciso disso aqui ó, a gente já dá para você e você já fica responsável. Só que você não pode (inaudível).

Gilberto Massaneiro: Viu é que nem esse favor, daí você vai conversar com o teu marido, ele vai, vocês vão troca uma ideia ver se ele concorda ou não.

Juscilaine Bairros de Souza: É que ele não é daqui, ele é de fora.

Gilberto Massaneiro: Tipo assim ó, abençoada, se ele disser sim, eu só peço para você assim ó, eu to ajudando o Gilberto por causa da nossa amizade com ele e com Gilmar, eles são bem conhecidos, mas eu não to ganhando nada em troca, porque daí o seguinte, eu escutei uma conversa que o Roberto tá dando dinheiro, daí eu vou ir, daí o seguinte ninguém vence. Na verdade, você já tem experiência nas outras e você já sabe.

Gilmar Massaneiro: Viu porque o Roberto (inaudível) o "chupin" pega dele e não vota, entendeu? (inaudível).

Gilmar Massaneiro; (inaudível) eles sugam todo mundo e aqui diz "não, pode deixar que eu vou trabalhar para você" (inaudível). O preço, paga mais, mas não vamos prometer coisa e depois não cumprir...

Gilberto Massaneiro: Viu, eu vou fazer o seguinte, eu não vou prometer coisa que eu não vou cumprir para você, é que nem eu digo, o que que são coisas que depois a gente dá para ajudar né, aqui no hospital dá para ajudar, alguma coisa assim pessoal, até na Câmara de Vereadores.

Gilmar Massaneiro: E na empresa também.

Gilberto Massaneiro: E tipo amanhã ou depois uma agente de saúde, você pode conseguir.

Gilmar Massaneiro: Sim, o Gilberto é responsável lá pelo setor de contratação, um dia que pintar uma vaga, se precisar, para o teu marido, alguma coisa, um parente né.

Juscilaine Bairros de Souza: Eu fui lá levar currículo, eles não pegaram.

Gilmar Massaneiro: Eles não pegam, tudo hoje se não tiver um padrinho, eles não pegam ... se sabe. Tudo precisa é padrinho.

Juscilaine Bairros de Souza: É que meu marido é mecânico, ele ia trabalha de pedreiro né.

Gilberto Massaneiro: Viu abençoada e outra coisa, essa parte de serviço de pedreiro é tudo comigo.

Juscilaine Bairros de Souza: Não, mas ele é mecânico.

Gilberto Massaneiro: Ah, mecânico, pois é.

Juscilaine Bairros de Souza: E eu soube que tem uma vaga lá.

Gilberto Massaneiro: E ele levou lá o currículo e eles não pegaram daí?

Juscilaine Bairros de Souza: Não, não pegaram nem o currículo.

Gilmar Massaneiro: Ele é (inaudível) família?

Juscilaine Bairros de Souza: Ele é Margoti. Gilmar Massaneiro: mas veja lá. rs

Gilberto Massaneiro: e me diga uma coisa assim, ele tem segundo grau?

Gilberto Massaneiro: Ah, mecânico, pois é.

Juscilaine Bairros de Souza: E eu soube que tem uma vaga lá.

Gilberto Massaneiro: E ele levou lá o currículo e eles não pegaram daí?

Juscilaine Bairros de Souza: Não, não pegaram nem o currículo.

Gilmar Massaneiro: Ele é (inaudível) família?

Juscilaine Bairros de Souza: Ele é Margoti.

Gilmar Massaneiro: mas veja lá. rs

Gilberto Massaneiro: e me diga uma coisa assim, ele tem segundo grau?

Constata-se, dessa forma, que o comportamento dos agentes envolvidos não restou influenciado pela eleitora, ficando evidenciado, já no início do diálogo, que Gilberto Massaneiro a teria convocado para conversarem sobre sua campanha eleitoral, ao se desculpar por não ter falado com a eleitora no dia anterior.

Do conteúdo degravado, dúvida não emerge quanto à configuração da conduta ilícita, pois, apesar de a eleitora ter sido responsável pela gravação da conversa, tem-se que a sua participação não foi determinante para induzir os atores envolvidos a agir contrariamente à lei.

Possível conferir, além disso, que partiu dos dois recorrentes a proposição para o fornecimento de combustível ou mesmo de transporte a eleitores que fossem por ela arregimentados.

Notória, ainda, a participação do candidato, ao comentar com desenvoltura ou sem qualquer constrangimento a negociação do voto dela e de outros familiares, inclusive, com a promessa de futuro auxílio, não só de sua parte — fazendo remissão à empresa em que trabalhava e à Câmara de Vereadores —, mas também de Gilmar Massaneiro, que, segundo ele, poderia facilitar a todos o acesso aos serviços de saúde prestados naquela unidade hospitalar, especialmente porque tencionava ascender o irmão enfermeiro na carreira.

Certo que Gilberto Massaneiro ofereceu vantagem pecuniária no importe de R\$ 500,00 à Juscilaine Bairros de Souza, assim como já o teria feito a outro casal residente em São Pedro — conforme por ele mesmo revelado —, parecendo, aqui, ser verossímil a ideia de que o candidato objetivava o engajamento da eleitora em sua campanha, sendo mesmo razoável o valor oferecido em contrapartida aos seus préstimos.

Nada obstante, o desenrolar da conversa revela a intenção do candidato em cooptar também o voto de pessoas próximas à eleitora.

Reflete o intento as diretas intervenções de Gilmar Massaneiro nos diálogos mantidos com a eleitora, em especial, ao se comprometer a fornecer transporte ou gasolina, conforme o caso, a familiares dela residentes em São Bento e Santa Cecília.

A solicitação de listagem dos parentes de Juscilaine Bairros de Souza, aptos a votarem no município em que concorria o candidato, formulada por Gilmar Massaneiro, bem como a oferta de Gilberto Massaneiro de que poderia apadrinhar o seu marido, conseguindo um cargo na empresa Bonet, onde seria o responsável pelo setor de contratação, são seguros indicativos disso.

Nesse contexto, não se afigura razoável a tese de que restaria configurado, na hipótese, o flagrante forjado, pois a abordagem dos agentes indica que o objetivo, em suma, era o de cooptar os votos da família e de outros que pudesse a eleitora angariar em prol da candidatura, como, aliás, muito bem expôs o Procurador Regional Eleitoral, Dr. Marcelo da Mota:

As provas amealhadas apontam claramente para a prática da infração ao 41-A da Lei das Eleições e tornam indiscutível o

abuso de poder político atribuído aos recorrentes, já que os recorrentes não negam que Juscilaine, à convite deles, compareceu em local público para com ambos conversar sobre a campanha política de Gilberto, momento em que lhe fizeram as ofertas indevidas, em troca de seu voto e do voto de eventuais familiares, o que afasta a tese defensiva que teriam apenas a intenção de contratá-la como cabo eleitoral [fl. 272].”

Do teor da conversa transcrita no acórdão regional, depreende-se que o seu desdobramento foi protagonizado pelos irmãos Gilberto e Gilmar Massaneiro que questionaram, entre outras coisas, se Juscilaine de Souza trabalhou para algum candidato em eleições passadas, se tinha compromisso com algum candidato, se votava na localidade e se tinha parente de outro município que votava na localidade.

Prosseguem direcionando a conversa com a oferta de benefícios, tais quais, oferecimento da quantia de R\$ 500,00 (quinhentos reais); facilitação do uso dos serviços médicos da Unidade de Saúde Moisés Dias; oferta de gasolina e de veículos para, no dia das eleições, transportar os parentes que moram em outro município; e promessa de emprego para o marido da eleitora.

Ressalta-se trecho da conversa em que Gilberto tenta manipular a versão dos fatos, orientando a eleitora a informar ao marido dela que estaria se dispondo a ajudá-lo somente por questão de amizade, pedindo para que ela omitisse o oferecimento de benefícios, nestes termos: *“Gilberto Massaneiro: Tipo assim ó, abençoada, se ele disser sim, eu só peço para você assim ó, eu to ajudando o Gilberto por causa da nossa amizade com ele e com Gilmar, eles são bem conhecidos, mas eu não to ganhando nada em troca, porque daí o seguinte, eu escutei uma conversa que o Roberto tá dando dinheiro, daí eu vou ir, daí o seguinte ninguém vence. Na verdade, você já tem experiência nas outras e você já sabe”* (fl. 326).

De todo o diálogo, percebe-se que a interlocutora se limitou a responder às perguntas formuladas pelos recorrentes, evidenciando-se a oferta espontânea de benesses, de modo que se afigura descaracterizada a alegada situação de flagrância forjada.

Ainda para sustentar a alegação de existência de flagrante preparado, os recorrentes apontam que a eleitora fora induzida a realizar a gravação ambiental por opositores políticos de Gilberto Massaneiro, arguição que tem respaldo probatório no depoimento da tabeliã cartorária que emitiu escritura pública com as declarações da eleitora, a qual teria afirmado em juízo que *“Juscilaine Bairos de Souza estava acompanhada de Sandro Varela, tendo ele a orientado a adequar a narrativa às imagens de vídeo e pago os emolumentos”* (fl. 330).

Todavia, o TRE/SC analisou e valorou, com reserva, as declarações dessa testemunha que, sequer, foi compromissada, em razão de ser *“esposa de Michel Garcia, causídico que inicialmente atuou em defesa dos recorrentes [...] circunstância que [...] gera dúvida quanto ao teor de suas declarações”* (fl. 331).

A Corte Regional asseverou que, afora esse testemunho, inexistem outros elementos de prova hábeis a demonstrar o vínculo da eleitora

com adversários políticos do recorrente, nestes termos: *“além do conflito de interesses evidenciado neste caso, não há elemento comprobatório conclusivo quanto ao efetivo vínculo entre a eleitora Juscilaine Bairos de Souza e o suposto candidato Sandro Varela”* (fl. 331).

Demais disso, o TRE/SC consignou que os fatos verificados na mídia coligida aos autos, consistente em vídeo das câmeras de monitoramento do hospital, não condizem com aqueles narrados pelos recorrentes, vejã-se os seguintes trechos da decisão (fls. 331-334):

“A defesa alega que no dia da gravação, 18.8.2016, Sandro Varela teria permanecido ‘bom tempo sentado ao seu lado’, porém, essa assertiva não tem sustentação, pois a data mencionada nem sequer corresponde àquela em que teriam sido eles efetivamente filmados.

Com efeito, a presença do candidato opositor teria sido registrada no dia anterior, em 17.8.2016, conforme documentado no vídeo acostado à fl. 25. Ao assistir à mídia, possível verificar, já no início da filmagem, por meio da câmara 1 da sala de recepção, às 13h45m, a eleitora encostada à parede onde está afixada a televisão, aguardando o atendimento médico. Já Gilberto Massaneiro acessa o recinto às 13h49min e logo se encaminha ao corredor direito. Neste exato momento, porém, a eleitora encontra-se no corredor oposto, encostada à parede, mas sem visão para a entrada, conversando com uma atendente. Na continuidade, vê-se que Juscilaine Bairos de Souza sai por volta das 13h59min, retornando às 14h10min, e posta-se de pé no mesmo local onde antes estava. Às 14h11min, Gilmar e Gilberto aparecem no vídeo. Nesta hora, o candidato avista a eleitora, que, após um minuto, se senta. Às 14h16min, Gilmar e Gilberto Massaneiro saem. Às 14h18min, entra um homem que aparenta ser Sandro Varela, pois, assim como o candidato Gilberto Massaneiro, cumprimenta os presentes, após o que se senta ao lado de Juscilaine, não sendo possível, porém, apurar o tempo em que lá permanece ou o que pretendia fazer.

Apesar disso, tem-se que, somente de forma presumida, se poderia afirmar que a eleitora — que, aliás, estava grávida —, encontrava-se no posto de saúde para forjar uma situação de flagrância.

[...].

Com efeito, embora seja possível extrair da narrativa dos fatos captados pela mídia visual que Sandro Varela esteve no hospital e que em um determinado momento sentou-se ao lado de Juscilaine, as premissas fáticas delineadas não evidenciam circunstância capaz de comprovar interferência do opositor político na produção da prova obtida pela eleitora.

Assim, observa-se que para modificar a conclusão do acórdão regional, quanto à insuficiência de provas a fim de demonstrar o vínculo da eleitora com os opositores políticos de Gilberto Massaneiro, seria imprescindível o reexame do conjunto fático-probatório dos autos, inviável em sede de recurso especial, consoante enunciado na Súmula nº 24 do TSE.

Nessa toada, ressuma do contexto assentado no aresto regional a inexistência de elementos suficientes à comprovação de que a gravação ambiental colhida pela eleitora deu-se por meio de flagrante preparado, conforme consignado nos seguintes excertos (fl. 334):

Carece de plausibilidade, assim, a suposta 'armação política' contra os dois recorrentes.

De fato, não se observa, na espécie, tenham os recorrentes atuado mediante a provocação ou mesmo a indevida influência externa da eleitora, de modo a desvirtuar a espontaneidade ao agir e contaminar a legitimidade da prova encartada.

Contrariamente ao que sustentam, os recorrentes não tiveram sua vontade viciada, estando manifestamente flagrante, isso, sim, a intenção de cooptar os votos da eleitora e de seus familiares.

Além de participar ativamente de todo o diálogo, o candidato Gilberto Massaneiro permitiu que seu irmão, Gilmar Massaneiro, falasse e agisse em seu nome, na condição de verdadeiro cabo eleitoral, ao prometer vantagens materiais à eleitora, tudo com o claro objetivo de auferir dividendos para o pleito que se avizinhava.

Da captação ilícita de sufrágio

O ilícito descrito no art. 41-A da Lei nº 9.504/97 se consubstancia com a oferta, a doação, a promessa ou a entrega de benefícios de qualquer natureza pelo candidato ao eleitor, em troca de voto, que, comprovado por meio de acervo probatório robusto, acarreta a cominação de sanção pecuniária e a cassação do registro ou do diploma.

Ressalta-se que, para a configuração da captação ilícita de sufrágio, o pedido explícito de voto afigura-se desnecessário, bastando a evidência do especial fim de agir, qual seja, a vontade de obter o voto do eleitor cooptado. É o que prevê o art. 41-A, § 1º, a saber: *"para a caracterização da conduta ilícita, é desnecessário o pedido explícito de votos, bastando a evidência do dolo, consistente no especial fim de agir"*.

Confirmam-se os seguintes julgados desta Corte que perfilharam esse entendimento:

ELEIÇÕES 2012. VEREADOR. AGRAVO REGIMENTAL. RECURSO ESPECIAL. REPRESENTAÇÃO COM BASE NO ART. 41-A DA LEI Nº 9.504/1997. CAPTAÇÃO ILÍCITA DE SUFRÁGIO. DISTRIBUIÇÃO DE VALES-COMBUSTÍVEL. PROVAS TESTEMUNHAIS E DOCUMENTAIS. CASSAÇÃO DE DIPLOMAS E MANDATOS POLÍTICOS. MULTA ELEITORAL. DESPROVIMENTO.

1. Não ocorrência de violação do art. 40, § 2º, do CPC e do art. 22, incisos VI e VII, da LC nº 64/1990.

2. A configuração do ilícito previsto no art. 41-A da Lei nº 9.504/1997 exige a presença cumulativa dos seguintes requisitos: (i) realização de uma das condutas típicas previstas no dispositivo legal pelo candidato ou por terceiro, desde que, nessa hipótese, haja, ao menos, ciência do ilícito pelo favorecido; (ii) o fim especial de agir, consistente na vontade de obtenção do voto, embora não se exija a presença do pedido expresso. Esse entendimento se reforça com a edição da Lei Complementar nº 135/2010, pois o reconhecimento do ilícito em questão, além de ensejar a grave sanção de cassação de diploma, afasta o político das disputas eleitorais pelo longo prazo de oito anos (art. 1º, inciso I, alínea j, da LC nº 64/1990).

3. O conjunto probatório dos autos consistente em prova testemunhal coerente é apto a demonstrar o preenchimento de todos os requisitos da captação ilícita de sufrágio, sendo inviável o novo enquadramento jurídico dos fatos para fins de afastar as penalidades aplicadas.

4. Decisão agravada mantida por seus fundamentos. Agravo regimental desprovido.

(AgR-AI nº 494-86/MT, Rel. Min. Gilmar Mendes, DJe de 17.3.2017)

RECURSO ORDINÁRIO. CASSAÇÃO. DIPLOMA. SUPLENTE. DEPUTADO ESTADUAL. MANUTENÇÃO. ALBERGUES. ENVIO. CORRESPONDÊNCIA. PEDIDO DE VOTO. OFERECIMENTO. SERVIÇOS ASSISTENCIAIS. CONTINUIDADE. PERÍODO ELEITORAL. ANUÊNCIA. CANDIDATO. CONFIGURAÇÃO. CAPTAÇÃO ILÍCITA DE SUFRÁGIO.

1. A manutenção de serviços sociais no período eleitoral prestados por candidato, aliada ao envio de correspondência com pedido de voto e oferecimento da continuidade dos serviços a eleitora cujo nome constava do cadastro de pessoas atendidas, demonstra que as práticas assistencialistas tinham como principal objetivo cooptar ilicitamente o voto do eleitor.

2. Para a configuração da captação ilícita de sufrágio não é necessário pedido expresso de votos, sendo suficiente a demonstração do especial fim de agir.

3. Recurso desprovido.

(RO nº 8362-51/RS, Rel. Min. Dias Toffoli, DJe de 29.11.2013)

No caso, o TRE/SC consignou estarem presentes os requisitos legais da captação ilícita de sufrágio, inferindo que o então candidato participou diretamente dos atos configuradores do ilícito, veja-se (fls. 335-336):

Na hipótese, a materialidade da conduta está devidamente comprovada, respaldada não só na proposta eleitoral flagrada na gravação ambiental produzida, como também nos depoimentos da eleitora em Juízo.

A instrução processual, nesse ponto, comprova a efetiva oferta ou doação de vantagens — como o pagamento de gasolina, o transporte de eleitores, a facilitação do acesso à prestação de serviços públicos de saúde à família da eleitora, proposição de emprego —, em troca do voto da eleitora e, ao menos, de seus parentes, sem que para isso se tenha havido qualquer ardil ou induzimento da intermediação.

[...]

Na hipótese, a participação do candidato Gilberto Massaneiro resta mais do que comprovada nestes autos, não tendo havido qualquer negação da defesa quanto à identidade dos interlocutores da gravação produzida.

À vista de todos esses fatores, têm-se presentes os requisitos essenciais à configuração da captação ilícita de sufrágio perpetrada pelo candidato eleito vereador.

Acertada, pois, a decisão regional, visto que, a partir do teor da conversa anteriormente transcrito, objeto da gravação ambiental, depreende-se ter havido espontânea oferta de benesses, pelos recorrentes, à eleitora Juscilaine Bairos de Souza e seus familiares — oferecimento da quantia de R\$ 500,00 (quinhentos reais), facilitação do uso dos serviços médicos da Unidade de Saúde Moisés Dias, oferta de gasolina e de veículos para transportar, no dia das eleições, os parentes que moram em outro município e promessa de emprego para o marido da eleitora —, vinculada ao especial fim de obter votos para o então candidato Gilberto Massaneiro, que participou ativamente da conduta.

No mais, quanto ao argumento de violação ao art. 368-A do Código Eleitoral que inadmite prova testemunhal singular exclusiva para embasar a perda de mandato, ficou assentado no acórdão integrativo regional que: *“as conclusões deste colegiado não estão assentadas apenas no depoimento oral da eleitora cooptada, havendo inferência a outras espécies de provas — imagens das câmaras de vigilância da unidade hospitalar e o teor da*

gravação ambiental – , que, conjugadas, conduzem à irrefutável certeza da ocorrência dos ilícitos eleitorais imputados aos embargantes [...] este colegiado analisou com a devida cautela os aspectos controvertidos da demanda para formar seu juízo de convicção ao final” (fl. 399).

Com efeito, não há que se falar em contrariedade ao art. 368-A do Código Eleitoral na espécie, visto que o testemunho da eleitora Juscilaine Bairos de Souza não foi o único elemento de prova que amparou as conclusões do TRE/SC, tal como alegado pelos recorrentes, havendo outras provas acostadas aos autos – como a gravação ambiental, as imagens das câmeras de vigilância do hospital e depoimentos de testemunhas – que corroboraram o depoimento da eleitora e, juntas, formaram o caderno probatório do qual se erigiu a convicção do julgador.

Em vista disso, não merece reparos o acórdão regional que reconheceu a prática da captação ilícita de sufrágio pelo recorrente Gilberto Massaneiro, impondo-lhe as sanções de cassação do mandato e multa.

Do abuso do poder político ou de autoridade

A proibição do uso abusivo do poder, prevista no art. 22 da LC nº 64/90, visa a tutelar a igualdade de oportunidades entre os candidatos e o livre exercício do direito de sufrágio a fim de salvaguardar a normalidade e a legitimidade das eleições.

Os casos de abuso, todavia, não são “tipificados”, pois a sua verificação depende de uma avaliação principiológica, incompatível com a enumeração legal de suas hipóteses. Conforme acentua José Jairo Gomes, “o conceito jurídico de abuso de poder é indeterminado, fluido e aberto; sua delimitação semântica só pode ser feita na prática, diante das circunstâncias que o evento apresentar. Portanto, em geral, somente as peculiaridades do caso concreto é que permitirão ao intérprete afirmar se esta ou aquela situação real configura ou não abuso de poder” (Direito eleitoral. 14. ed., São Paulo: Atlas, 2018, p. 365).

O art. 22, XVI, da LC nº 64/90, com a redação conferida pela LC nº 135/2010, erigiu a gravidade como elemento caracterizador do ato abusivo, a qual deve ser apurada no caso concreto. A despeito da inexistência de parâmetros objetivos, a aferição da presença desse elemento normativo é balizada pela vulneração dos bens jurídicos tutelados pela norma, quais sejam, a normalidade e legitimidade das eleições, que possuem guarida constitucional no art. 14, § 9º, da Lei Maior.

Na linha da jurisprudência desta Corte Superior, para configuração do abuso de poder, faz-se mister a comprovação da gravidade das circunstâncias do caso concreto suscetível a adelgaçar a igualdade de chances na disputa eleitoral, conforme os seguintes precedentes:

ELEIÇÕES 2016. AGRAVO REGIMENTAL. AGRAVO DE INSTRUMENTO. NEGATIVA DE SEGUIMENTO. AIJE. ABUSO DE PODER POLÍTICO. IMPROCEDÊNCIA. PROVA ROBUSTA. AUSÊNCIA. GRAVIDADE DOS FATOS. NÃO COMPROVAÇÃO. REEXAME. IMPOSSIBILIDADE. DESPROVIMENTO.

Para a cassação do mandato por abuso de poder político tipificado no art. 22, XVI, da LC nº 64/90, é obrigatória a robustez do conjunto probatório que comprove ofensa à normalidade e à legitimidade do pleito. Precedentes.

[...]

8. Em ambos os fatos imputados, a Corte Regional assentou ser insuficiente o conjunto probatório dos autos para configuração do abuso de poder político. Entendeu que os fatos não ostentaram gravidade suficiente para a cassação dos agravados por abuso de poder político, haja vista não ficar evidenciada ofensa à normalidade e à legitimidade do pleito. Para alterar tal conclusão, seria necessário rever o conjunto fático-probatório, o que é inadmissível nesta instância extraordinária.

9. Agravo regimental desprovido.

(AgR-AI nº 56328/RS, Rel. Min. Tarcisio Vieira de Carvalho Neto, DJe de 3.12.2018);

ELEIÇÕES 2014. RECURSOS ORDINÁRIOS. CONTRATAÇÃO DE SERVIDORES TEMPORÁRIOS EM PROL DA CANDIDATURA DA IRMÃ DO PREFEITO. CONFIGURAÇÃO DO ABUSO DE PODER E CAPTAÇÃO ILÍCITA DE SUFRÁGIO. INSUFICIÊNCIA DO CONJUNTO PROBATÓRIO PARA A RESPONSABILIZAÇÃO DO CANDIDATO A DEPUTADO FEDERAL. RESCISÃO DE CONTRATOS TEMPORÁRIOS APÓS AS ELEIÇÕES E ANTES DA POSSE DOS ELEITOS. CONFIGURAÇÃO DE CONDUTA VEDADA NO CASO CONCRETO APESAR DE NÃO PRATICADA NA CIRCUNSCRIÇÃO DO PLEITO. IMPOSSIBILIDADE DE IMPOSIÇÃO DE MULTA AO NÃO CANDIDATO.

[...]

16. “Com a alteração pela LC 135/2010, na nova redação do inciso XVI do art. 22 da LC 64/90, passou-se a exigir, para configurar o ato abusivo, que fosse avaliada a gravidade das circunstâncias que o caracterizam, devendo-se considerar se, ante as circunstâncias do caso concreto, os fatos narrados e apurados são suficientes para gerar desequilíbrio na disputa eleitoral ou evidente prejuízo potencial à lisura do pleito” (REspe 822-03/PR, Rel. Min. Henrique Neves da Silva, DJe de 4.2.2015).

[...]

(RO nº 222952/AP, Rel. Min. Rosa Weber, DJe de 6.4.2018); e

ELEIÇÕES 2012. AGRAVO REGIMENTAL. RECURSO ESPECIAL. AÇÃO DE INVESTIGAÇÃO JUDICIAL ELEITORAL. ABUSO DE PODER ECONÔMICO. NÃO CONFIGURADO. GRAVIDADE NÃO COMPROVADA. AGRAVO REGIMENTAL DESPROVIDO.

1. Para a configuração do abuso de poder ‘faz-se necessária a comprovação da gravidade das circunstâncias do caso concreto que caracterizam a prática abusiva, de modo a macular a lisura da disputa eleitoral’ (AgR-REspe nº 349-15/TO, Rel. Min. Dias Toffoli, DJe de 27.3.2014).

2. Das circunstâncias evidenciadas no decurso combatido, não é possível extrair a gravidade necessária para caracterizar o ato abusivo, notadamente diante do reduzido número de eleitores que estiveram em contato com o artista durante sua rápida visita ao município.

3. Agravo regimental a que se nega provimento.

(AgR-REspe nº 563-65/GO, Rel. Min. Luciana Lóssio, DJe de 1º.12.2014)

Especificamente quanto ao abuso do poder político, entende-se que a legislação eleitoral visa cobrir “a *extrapolação do uso legítimo das prerrogativas conferidas aos agentes públicos para o regular desempenho de seus deveres institucionais em favor do interesse coletivo e em consonância com os princípios que regem a administração pública, agregando-se sobremaneira ao conceito de ‘abuso’ a necessária concorrência de motivos particulares em auferir vantagem em benefício próprio ou de outrem envolvido na disputa eleitoral*” (SANTOS, Fernando Muniz. *Abuso de poder econômico eleitoral: por uma definição complessiva desse instituto. In: Os abusos nas eleições: a conquista ilícita de mandato eletivo*. São Paulo: Quartier Latin, 2008, p. 62).

Consoante jurisprudência deste Tribunal Superior, o abuso do poder político ou de autoridade insculpido no art. 22, *caput*, da LC nº 64/90, caracteriza-se quando agente público, valendo-se de sua condição funcional e em manifesto desvio de finalidade, compromete a igualdade e a legitimidade da disputa eleitoral em benefício de candidatura própria ou de terceiros (RO nº 172365/DF, Rel. Min. Admar Gonzaga, *DJe* de 27.2.2018; RO nº 466997/PR, Rel. Gilmar Mendes, *DJe* de 3.10.2016; REspe nº 33230/RJ, Rel. Min. João Otávio de Noronha, *DJe* de 31.3.2016).

No caso dos autos, o Tribunal de origem consignou configurado o abuso do poder de autoridade, nos termos do art. 22, XIV, da LC nº 64/90, com esteio nos seguintes fundamentos (fls. 337-338):

Do contexto probatório coligido, sobressai a convicção de que houve o excesso e o desvio do poder de autoridade, por meio do desmesurado uso da estrutura pública, em prol da candidatura de Gilberto Massaneiro.

Oportuno ressaltar, neste aspecto, que o candidato possuía livre acesso às dependências da instituição hospitalar, em razão do vínculo de parentesco com o enfermeiro Gilmar Massaneiro, permitindo-se mesmo inferir, pelas imagens das câmaras de vigilância locais, que não havia óbice nenhum à disponibilização e uso das salas pelos irmãos.

O abuso de poder de autoridade não se encontra consubstanciado apenas na constatação do uso das instalações prediais, mas, principalmente, por ser palco para comercialização de serviços públicos, intermediada por um de seus próprios servidores, como moeda de troca para a obtenção de votos em prol da candidatura de Gilberto Massaneiro.

Nas palavras do representante ministerial de primeiro grau: "Ao utilizar o ambiente público, a estrutura pública, para angariar votos, a desigualdade na disputa eleitoral é automaticamente criada, mormente em municípios pequenos, como Timbó Grande. Portanto, a gravidade é indiscutível no caso concreto" [fl. 247].

Evidente, pois, o alegado proveito eleitoral, sendo irrefutável que os atos foram praticados com abuso, de modo a favorecer, incontestavelmente, a candidatura em questão, mostrando-se hábeis a comprometer o bem jurídico tutelado pela normativa de regência, quais sejam, a normalidade e a legitimidade do pleito.

Extrai-se do acórdão que o recorrente Gilmar Massaneiro, servindo-se da sua condição de agente público do hospital municipal, facilitou o acesso, de seu irmão e candidato no prélio eleitoral, às dependências da instituição hospitalar para utilizá-la em prol da candidatura de Gilberto

Massaneiro, por meio do oferecimento de benesses à eleitora Juscilaine Bairos de Souza e seus familiares.

Em que pese a moldura fática evidencie o uso desvirtuado da instituição pública, as circunstâncias não se afiguram suficientemente graves para macular a legitimidade e a isonomia do pleito, porquanto os fatos comprovados no acórdão se cingem à eleitora específica e à ocasião única, o que, embora aptos a caracterizar captação ilícita de sufrágio, mostram-se inábeis para atrair a gravidade necessária à configuração do ato abusivo.

Com efeito, a prática que denota ilegalidade ou imoralidade, mas se revela desprovida de gravidade que afete a normalidade e a legitimidade das eleições, não gera repercussão na seara eleitoral de modo a configurar abuso de poder. Nessa esteira, confira-se a seguinte lição doutrinária:

[...] O abuso, em seu emprego coloquial, é o uso exagerado de algo; o aproveitamento exorbitante de atribuições, funções ou prerrogativas. No contexto eleitoral, é o abuso do poder que reflete na normalidade e legitimidade do pleito, eis que estes são, conforme demonstrado, o bem jurídico tutelado pela Constituição Federal, juntamente com a probidade administrativa e a moralidade para exercício de mandato considerada vida pregressa do candidato.

Esta ordem de ideias evidencia o conceito de que a mera ilegalidade, imoralidade ou mesmo improbidade administrativa que não revelem qualquer nota grave a atingir a normalidade e a legitimidade do pleito não são objeto de análise da justiça Eleitoral e, muito menos, podem configurar hipótese de abuso eleitoral.” (PEREIRA, Flávio Henrique Unes e AMARAL, Bárbara Mendes Lôbo. Abuso de poder eleitoral: o alcance da noção de gravidade e de legitimidade do pleito tendo por pressuposto o princípio da mínima intervenção, p. 75. In: Direito Eleitoral – Aspectos materiais e processuais. Tarcísio Vieira de Carvalho Neto, Telson Luís Cavalcante Ferreira (coord.) São Paulo: Migalhas, 2016).

Portanto, no ponto, merece reforma o acórdão regional para afastar a configuração do abuso do poder político ou de autoridade e, conseqüentemente, as penalidades previstas no art. 22, XIV, da LC nº 64/90 impostas aos recorrentes.

Ante o exposto, **dou parcial provimento ao recurso especial**, 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.

É como voto.

ESCLARECIMENTO

O SENHOR MINISTRO LUÍS ROBERTO BARROSO: Senhora Presidente, Vossa Excelência me permite?

A SENHORA MINISTRA ROSA WEBER (presidente): Pois não.

O SENHOR MINISTRO LUÍS ROBERTO BARROSO: Eu ouvi o voto do Ministro Edson Fachin, que não tive a oportunidade de estudar antes desta sessão, e até me inclinaria pela manutenção do acórdão relativamente à captação ilícita, sem propriamente rediscutir essa questão da licitude da prova, porque como a gravação se deu no âmbito de um hospital público, eu teria certa dúvida de caracterizar como ambiente privado.

Além do que, o Supremo Tribunal Federal, mesmo em jurisprudência mais antiga, antes de ter flexibilizado mais a gravação, entendia que se alguém estiver sendo vítima de um crime, poderia gravar. E, aqui, eu penso que a conduta imputada é claramente caracterizadora de um crime, que é o art. 299 do Código Eleitoral.

De modo que, por esses fundamentos, eu manteria a decisão, sem rediscutir a jurisprudência. Todavia, o Ministro Edson Fachin propõe revisitarmos esse tema. Eu mesmo – e penso que também outros colegas – vinha decidindo no sentido de aguardar o julgamento da repercussão geral no Supremo Tribunal Federal.

A SENHORA MINISTRA ROSA WEBER (presidente): O Tema 979.

O SENHOR MINISTRO LUÍS ROBERTO BARROSO: Porém, me chamou atenção o fato destacado pelo Ministro Edson Fachin em seu voto, de que este é o primeiro julgamento relativo à eleição de 2016. Portanto, de uma certa forma, o que nós decidirmos aqui deverá ser adotado como padrão em todos os julgamentos referentes a essa eleição.

Isso me trouxe certa dúvida quanto à solução que eu proporia, de manter, por fundamento diverso, a rediscussão da licitude ou não da prova. Mas, diante do voto do Ministro Edson Fachin, talvez a hora para repensar o tema seja esta, porque, uma vez decidido este caso, penso que teremos de manter o precedente.

A SENHORA MINISTRA ROSA WEBER (presidente): Vossa Excelência me permite?

O SENHOR MINISTRO LUÍS ROBERTO BARROSO: Claro. Com muito prazer. Sempre.

A SENHORA MINISTRA ROSA WEBER (presidente): No processo que vamos apregoar a seguir, de relatoria do Ministro Napoleão Nunes Maia Filho, o tema aborda exatamente as eleições de 2016. E o Tribunal tinha outra composição.

O SENHOR MINISTRO LUÍS ROBERTO BARROSO: Nesse outro caso, também nós não estaríamos discutindo propriamente a licitude da prova, pelo que bem entendi. Mas Vossa Excelência disse que a matéria não foi prequestionada. Não é essa a tese?

O SENHOR MINISTRO ADMAR GONZAGA: Não.

O SENHOR MINISTRO LUÍS ROBERTO BARROSO: Está bem. Então é a mesma discussão?

A SENHORA MINISTRA ROSA WEBER (presidente): Essa é que seria a delicadeza, de o Tribunal se pronunciar com outra composição, agora, eventualmente, alterando...

O SENHOR MINISTRO LUÍS ROBERTO BARROSO: Mas é sobre a eleição de 2016?

A SENHORA MINISTRA ROSA WEBER (presidente): Sim. Era o primeiro caso. Essa é a delicadeza.

O SENHOR MINISTRO LUÍS ROBERTO BARROSO: E Vossa Excelência está assentando a ilicitude da prova, não?

O SENHOR MINISTRO ADMAR GONZAGA: Neste caso também eu entendo ilícita a prova.

PEDIDO DE VISTA

O SENHOR MINISTRO LUÍS ROBERTO BARROSO: Então, Senhora Presidente, eu acho que talvez seja conveniente que eu peça vista para nós produzirmos – no meu caso, mais refletidamente – uma discussão sobre manter, porque, pelo que eu entendi, o Ministro Edson Fachin propõe rever a jurisprudência – essa é uma posição que a Ministra Rosa Weber já adotou em precedentes.

A SENHORA MINISTRA ROSA WEBER (presidente): Sempre votei vencida, ressaltando a posição.

O SENHOR MINISTRO LUÍS ROBERTO BARROSO: Eu vinha mantendo a posição de aguardar o pronunciamento do Supremo. Já saiu a pauta do Supremo, inclusive do segundo semestre, e a menos que me tenha escapado, essa matéria não entrou. Portanto, não há perspectiva de o Supremo julgar o tema este ano.

De modo que eu acho que a hora de nós ou reiterarmos a posição ou revermos a posição é essa. De modo que se os colegas estiverem de acordo, eu peço licença para solicitar vista antecipada dos autos.

O SENHOR MINISTRO ADMAR GONZAGA: Tenho uma proposta com o intuito de abreviar o julgamento.

Trouxe manifestação a respeito deste processo, de relatoria do Ministro Edson Fachin, do qual, respeitosamente e de forma muito ousada, eu divirjo, e encaminharei tanto a Vossa Excelência, que pede vista, como aos

demais, a minha compreensão sobre o tema. E peço já à minha assessoria que o faça, distribuindo a todos os colegas.

O SENHOR MINISTRO EDSON FACHIN (relator): No caso em que Vossa Excelência pediu vista, o local, só para explicitar, aqui é uma unidade pública de saúde, lá foi uma convenção partidária.

O SENHOR MINISTRO ADMAR GONZAGA: Foi uma convenção partidária.

Aqui, a minha compreensão é de que, muito embora o hospital seja um ambiente público – realmente é um ambiente público –, no caso, o que se tem é que houve um acesso franqueado por um enfermeiro a uma sala reservada do hospital e essa pessoa já entra nesta sala munida de um gravador, para ali captar uma proposta.

Eu tenho muita preocupação de sinalização da possibilidade desse comportamento para todas as campanhas, em que há paixões... Mas meu voto explicita a minha preocupação consequencialista até nesse sentido, porque a repercussão disso implica...

O SENHOR MINISTRO LUÍS ROBERTO BARROSO: Acho que há uma outra discussão, paralela e interessante, que é a caracterização do que seja público e do que seja privado. Porque duas pessoas cochichando no banco de uma praça, imagino que estejam numa conversa privada. Mas a praça ninguém discutirá que seja um espaço público.

O SENHOR MINISTRO ADMAR GONZAGA: Com certeza.

O SENHOR MINISTRO LUÍS ROBERTO BARROSO: Portanto, também esta pré-caracterização do público e do privado é complexa. Bom mesmo seria que o Supremo Tribunal Federal definisse isso.

A SENHORA MINISTRA ROSA WEBER (presidente): É uma situação muito interessante. Porque, pelo que eu apreendi, a divergência do Ministro Admar Gonzaga não diz com a tese em si defendida pelo Ministro Edson Fachin, diz com a caracterização, porque o Ministro Edson Fachin destacou que, em regra, a regra será considerar a prova lícita. Mas nada impede que, pelas circunstâncias fáticas, ela seja invalidada.

E Vossa Excelência justamente vê que esse fato de o enfermeiro – ou alguém – ter ingressado já com o gravador infere na verdade qual seria a finalidade, que seria invalidar, enfim.

O SENHOR MINISTRO LUÍS ROBERTO BARROSO: Mas para gravar a conversa, tem que entrar com o gravador, mesmo.

A SENHORA MINISTRA ROSA WEBER (presidente): Mas hoje em dia há o celular. Nem precisa. O celular hoje é um gravador – permanente.

É interessante, porque quando nós julgávamos assim, Ministro Luís Roberto Barroso, a nossa orientação – eu passei a acompanhar o Ministro Herman Benjamin, que foi o primeiro que vi sustentar essa tese, ela estava em absoluta consonância com a tese que firmamos no Supremo Tribunal Federal, ainda em processo da relatoria do Ministro Cezar Peluso, que era o Tema nº 237.

O SENHOR MINISTRO LUÍS ROBERTO BARROSO: Mas era criminal.

A SENHORA MINISTRA ROSA WEBER (presidente): Exatamente.

A tese do Tema nº 237 é criminal. Por isso é que se admitiu o Tema nº 979, que ainda – digamos assim – não foi julgado, e foi inclusive levado ao Plenário Virtual pelo Ministro Dias Toffoli, especificamente para o processo eleitoral, e consideradas as suas peculiaridades. Este ainda não está definido.

Mas na época que votávamos assim, nós votávamos e a tendência toda era julgar em consonância com a compreensão do Supremo Tribunal Federal. Nada impede que agora o Supremo, no processo eleitoral, tenha uma tese diversa.

O SENHOR MINISTRO LUÍS ROBERTO BARROSO: Mas assim, desde que entrei no TSE, eu vinha mantendo a jurisprudência vigente, porque se referia a pleitos anteriores, para que o juízo fosse homogêneo.

Agora nós vamos iniciar um novo ciclo. Se for para mudarmos a jurisprudência, o momento teria de ser agora.

A SENHORA MINISTRA ROSA WEBER (presidente): Perfeito.

EXTRATO DA ATA

REspe nº 408-98.2016.6.24.0051/SC. Relator: Ministro Edson Fachin. Recorrentes: Gilmar Massaneiro e outro (Advogados: Alexandre Dorta Canella – OAB: 16310/SC e outros). Recorrido: Valdeci Cardoso dos Santos (Advogados: Luiz Magno Pinto Bastos Junior – OAB: 17935/SC e outros). Recorrido: Ministério Público Eleitoral.

Decisão: Após o voto do relator, dando parcial provimento ao recurso especial, 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, e julgando prejudicado o pedido de concessão de efeito suspensivo ao recurso especial, antecipou o pedido de vista o Ministro Luís Roberto Barroso.

Aguardam os Ministros Jorge Mussi, Og Fernandes, Admar Gonzaga, Tarcisio Vieira de Carvalho Neto e Rosa Weber.

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

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

SESSÃO DE 12.3.2019.

VOTO-VISTA

I – APRESENTAÇÃO DO CASO E O VOTO DO MINISTRO RELATOR

O SENHOR MINISTRO LUÍS ROBERTO BARROSO: Senhora Presidente, trata-se de recurso especial eleitoral interposto contra acórdão do Tribunal Regional Eleitoral de Santa Catarina – TRE/SC, proferido nos autos de Ação de Investigação Judicial Eleitoral, ajuizada pelo Ministério Público Eleitoral em desfavor de Gilmar Massaneiro, servidor público municipal, e Gilberto Massaneiro, candidato eleito a Vereador do Município de Timbó Grande nas eleições de 2016, por suposta prática de captação ilícita de sufrágio e abuso do poder político e de autoridade.

2. O juízo eleitoral julgou procedentes os pedidos, a fim de declarar a inelegibilidade dos investigados, aplicar multa individual no valor de R\$ 10.000,00 a cada um deles, bem como cassar o diploma de vereador de Gilberto Massaneiro. O TRE/SC reformou parcialmente a sentença, apenas para afastar a multa imposta ao servidor Gilmar Massaneiro, por ser terceiro não partícipe da disputa eleitoral. Determinou, assim, (i) a cassação do mandato de vereador de Gilberto Massaneiro, bem como a imposição de multa, pela prática de captação ilícita; e (ii) a inelegibilidade dos recorrentes por 8 anos, em razão da prática de abuso de poder.

3. No recurso especial, os investigados alegam violação aos arts. 139, I, e 373, II, do CPC; 5º, XXXVI e LVII, da Constituição; 6º da Lei de Introdução às Normas do Direito Brasileiro; e 368-A do Código Eleitoral. Sustentam, em síntese: (i) a ilicitude da gravação realizada pela eleitora Juscilaine Bairos de Souza em local privado e sem autorização judicial; e (ii) que a condenação foi baseada no depoimento de uma única testemunha. Aduzem, ainda, divergência jurisprudencial entre o acórdão recorrido e julgados desta Corte (AC nº 0600015-86 e RO nº 1904-61/RR), ao argumento de que o TSE entende ilícita a gravação ambiental quando realizada sem prévia autorização judicial, ainda que feita por um dos interlocutores. Por fim,

pedem a atribuição de efeito suspensivo ao recurso e, sucessivamente, a anulação do acórdão regional ou a sua reforma, a fim de julgar improcedentes os pedidos iniciais.

4. A questão controvertida, portanto, está em saber se deve ser considerada lícita a gravação ambiental que fundamentou a condenação dos recorrentes, uma vez que realizada pela própria eleitora cooptada sem o conhecimento dos demais interlocutores e sem autorização judicial.

5. Na sessão de 12.3.2019, o eminente relator, Min. Edson Fachin, considerando a necessidade de se harmonizar o entendimento desta Corte com o decidido pelo STF no RE nº 583.937/RJ (Tema 237), bem como sinalizações de membros Tribunal nesse sentido, propôs 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”. O Ministro Relator concluiu que, “se no âmbito penal admite-se a gravação ambiental realizada por um dos interlocutores sem o conhecimento do outro para fundamentar condenação de um indivíduo à restrição de sua liberdade de locomoção (que constitui um dos direitos mais substanciais do ordenamento jurídico), com maior razão é sua admissibilidade na seara eleitoral para o fim de preservar o interesse público de lisura do processo eleitoral, que ultrapassa a esfera jurídica do candidato”. Destacou, ademais, que as excepcionalidades capazes de ensejar a invalidade do conteúdo gravado deverão ser submetidas à apreciação do julgador no caso concreto.

6. Quanto ao caso em análise, considerou que não havia excepcionalidade apta a afastar o uso da gravação ambiental como meio de prova. Com base no acervo probatório examinado pelo TRE/SC, entendeu configurado o ilícito descrito no art. 41-A da Lei nº 9.504/1997, mas afastou a configuração de abuso de poder, tendo em conta que as circunstâncias não se afiguram suficientemente graves para macular a legitimidade e a isonomia do pleito. Assim, votou pelo provimento parcial do recurso especial apenas para afastar a configuração do abuso do poder político em relação aos recorrentes,

mantendo-se a condenação de Gilberto Massaneiro pela prática de captação ilícita de sufrágio.

7. Para melhor análise das questões debatidas, pedi vista dos autos, trazendo-os agora para continuidade do julgamento.

II– A EVOLUÇÃO DA JURISPRUDÊNCIA DO TSE QUANTO À GRAVAÇÃO AMBIENTAL

8. A jurisprudência desta Corte, relativa às eleições de 2010 e às anteriores, seguia o entendimento de que o “desconhecimento da gravação de conversa por um dos interlocutores não enseja ilicitude da prova colhida, tampouco da prova testemunhal dela decorrente” (AgR-REspe nº 258-58, Rel. Min. Joaquim Barbosa, j. em 11.9.2008). Nesse mesmo sentido: AgR-REspe nº 4198880, Rel. Min. Ricardo Lewandowski, j. em 15.4.2010, e AgR-AI nº 76984, Rel. Min. Cármen Lúcia, j. em 16.12.2010. Esta Corte alinhava-se, assim, à jurisprudência do Supremo Tribunal Federal em matéria penal, que foi reafirmada, em sede de repercussão geral, em 19.11.2009, a fim de fixar a tese de que é admissível o uso, como meio de prova, de gravação ambiental realizada por um dos interlocutores. Segue a ementa do paradigma (RE nº 583.937, Rel. Min. Cezar Peluso):

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

9. A partir do julgamento do REspe nº 499-28, sob a relatoria da Min. Nancy Andrighi, em 1º.12.2011, alguns membros desta Corte sinalizaram a necessidade de aplicar, nos feitos eleitorais, entendimento diverso daquele consolidado em matéria penal, em razão do risco de manipulação dessas gravações nas disputas eleitorais. Cito, a propósito, trecho do voto do Min. Gilson Dipp proferido no referido julgado:

Sabe-se que as disputas eleitorais, sobretudo nos interiores, naturalmente deixam entrever interesses e conveniências às vezes mais amplos que a pretensão eleitoral em sentido estrito.

Assim, não é surpresa que as paixões do pleito exorbitem do campo puramente eleitoral para domínios diversos. Nesse sentido, a participação de correligionários, familiares ou militantes confundem-se com o interesse do próprio candidato, daí porque se a gravação não for realizada por um dos interlocutores, mas por um desses apoiadores, o significado parece ser o mesmo podendo qualquer destes ser tomado como se fosse o próprio candidato para esse efeito. (...)

A finalidade lícita das gravações desse tipo passa a ser vulnerar ou abater o adversário com revelações possivelmente constrangedoras em momento crucial da campanha. E tudo potencializado pela dificuldade ulterior de apurar quando já perdido ou desaparecido o interesse eleitoral. (...)

Em princípio se poderia extrair a conclusão de que não haveria violação da intimidade exceto se existente outra obrigação de sigilo legal.

Mas daí a tolerar qualquer captação apenas porque não é ilícita em outros domínios, pode incentivar práticas 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 contextualizadas ou completas. (...)

Em outros termos, se no processo comum criminal essa prova pode ser confortavelmente admitida porque o quadro em que acontece é diverso (o que é patente na jurisprudência do STF), já no processo eleitoral o momento e as circunstâncias da captação de conversas ou manifestações de candidatos, podem ser magnificadas e constituir grave e irreversível anomalia.

Parece mais prudente, para esse quadro, inverter os padrões de interpretação, não tanto para afastar a jurisprudência, mas para excluir todas as situações em que, a despeito do bom propósito de revelar a prática de possível delito eleitoral por um candidato, a captação de conversas, áudio ou vídeo por outro candidato ou correligionário sem o conhecimento daquele, venha a constituir-se em fator de desequilíbrio do pleito e violação da liberdade do eleitor.

10. A alteração de entendimento, já sinalizada por alguns membros do Tribunal, foi confirmada a partir do julgamento do RO nº 1904-61, da relatoria do Ministro Arnaldo Versiani, em 28.6.2012, cujo acórdão foi redigido pelo Ministro Henrique Neves. Na ocasião, esta Corte considerou que essas gravações poderiam ser utilizadas para manipular os participantes da competição eleitoral, de modo a desequilibrar o pleito e violar a liberdade do eleitor. Nesse julgamento, fixou-se o entendimento de que “a lícitude da interceptação ou gravação ambiental depende de prévia autorização judicial”.

11. A partir do julgamento do REspe nº 637-61, Rel. Min. Henrique Neves da Silva, em 16.4.2015, houve flexibilização desse entendimento. Esta Corte passou a admitir o uso de gravação ambiental, ainda que clandestina, para a comprovação de ilícito eleitoral, quando registrar fatos ocorridos em espaços públicos ou não sujeitos à expectativa de privacidade. Concluiu-se que, nessas situações, não haveria violação ao direito à intimidade e à privacidade (art. 5º, X, da Constituição Federal) e, por consequência, não seria exigível autorização judicial para a realização da diligência.

12. Em julgados mais recentes, inclusive em processos relativos a pleitos anteriores a 2016, esta Corte vem sinalizando uma mudança de entendimento sobre o tema. Destaca-se que, em 19.12.2017, no julgamento do REspe nº 2-35, relativo às Eleições 2012, o Min. Herman Benjamin¹ propôs que, para as Eleições 2016, fosse fixada tese quanto à licitude da gravação ambiental sem autorização judicial por um dos interlocutores, mas ficou vencido. Tendo em conta que o caso concreto objeto do recurso se referia às Eleições 2012, os demais membros deste Tribunal reservaram-se para apreciar a questão no momento do exame de processo relativo ao pleito de 2016.

13. Nota-se, assim, que o tema está em constante debate neste Tribunal. A questão também é objeto de debate pelo Supremo Tribunal Federal, no âmbito do RE nº 1.040.515/SE (Tema 979), de relatoria do Min. Dias Toffoli, com repercussão geral reconhecida, em que se discute a validade da gravação ambiental como meio de prova no contexto específico do processo eleitoral.

¹ Trecho do voto do Min. Herman Benjamin:

[...] direitos fundamentais de privacidade e intimidade não são absolutos e podem ser relativizados em casos específicos em nome desses pilares democráticos, aqui entendidos como justa causa para utilização de importante mecanismo probatório. [...]

Daí a necessidade de se valorar, caso a caso e com cautela, a prova obtida mediante gravações ambientais, mas admitindo-se como regra não a ilicitude, mas sim a licitude desse relevantíssimo mecanismo de busca da verdade real.

Ou seja, se a prova tiver sido obtida com provocação ou induzimento de modo a se retirar da conversa o que se quer obter de declaração da outra parte, poderá ela ser imprestável no caso concreto. Porém, simples antagonismo político, choque de interesses e até mesmo inimizades declaradas não devem prejudicar, em regra, investigações pelo aprimoramento das instituições democráticas.

Como consequência, a prova colhida por um dos interlocutores, consistente em gravação em ambiente público ou privado, não deve ser declarada ilícita de imediato, mas vista com parcimônia diante do conjunto probatório.

O peso que essa prova adquirirá - pelas circunstâncias que envolvem o processo eleitoral - é questão a ser aferida no caso concreto. Sendo certa ou muito provável a sua fragilidade, pelos ânimos e meios dirigidos à sua produção, deve ser avaliada com cuidado pelo julgador e preferencialmente acompanhar outras provas.

III – TESE PROPOSTA PARA AS ELEIÇÕES 2016 E SEGUINTE

14. Em primeiro lugar, penso que não há impedimento ao julgamento da questão pelo Plenário desta Corte ou a necessidade de sobrestamento do feito até que o Supremo Tribunal Federal decida a matéria em repercussão geral. Não houve qualquer determinação por aquela Corte de sobrestamento dos processos (na forma do art. 1.035, § 5º², do CPC) que versem sobre a controvérsia objeto do Tema 979. Evidentemente que se, no julgamento do paradigma, o entendimento do STF em matéria eleitoral for diverso do fixado por este Tribunal, o que vier a ser decidido pela Suprema Corte será observado por toda a Justiça Eleitoral.

15. Em segundo lugar, é preciso diferenciar duas situações que podem ensejar o reconhecimento da ilicitude da prova obtida para instruir processo cível-eleitoral: (i) a gravação ambiental, que é aquela em que um dos interlocutores capta imagens e ou sons em ambiente no qual se encontra em interação com terceiros; e (ii) a interceptação ambiental, que é aquela em que nenhum dos interlocutores tem conhecimento da captação.

16. No caso de interceptação ambiental em ambiente privado, será sempre necessária autorização judicial, uma vez que há violação à intimidade e privacidade de todos os envolvidos por meio de interferência ilegítima de quem não é partícipe ou interlocutor, a atrair a proteção conferida pelo art. 5º, XII³, da Constituição Federal. Nessa linha, concluiu o Min. Cezar Peluso no julgamento RE nº 583.937-RG, destacando que:

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

² Art. 1.035. O Supremo Tribunal Federal, em decisão irrecorrível, não conhecerá do recurso extraordinário quando a questão constitucional nele versada não tiver repercussão geral, nos termos deste artigo.

(...) § 5º Reconhecida a repercussão geral, o relator no Supremo Tribunal Federal determinará a suspensão do processamento de todos os processos pendentes, individuais ou coletivos, que versem sobre a questão e tramitem no território nacional.

³ 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;

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

17. Por outro lado, no caso em que a gravação é feita por um dos interlocutores, não há violação ao art. 5º, XII, da Constituição Federal, na medida em que, conforme voto do Min. Peluso no RE nº 583.937-RG, “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”.

18. É certo que a utilização de gravação ambiental como meio de prova, tanto em processos penais quanto em processos eleitorais, tem o potencial de restringir valores constitucionalmente protegidos, como a intimidade e a privacidade. Entendo, porém, que, admitida a gravação ambiental realizada por um dos interlocutores sem o conhecimento do outro para fundamentar condenação criminal de indivíduo, capaz de restringir sua liberdade de locomoção, não há razão para inadmiti-la na esfera eleitoral, ao fundamento de preservação da privacidade e da intimidade do candidato a cargo público. Ademais, tal interpretação prestigia o interesse público na lisura do processo eleitoral.

19. Como é sabido, por força do princípio da unidade da Constituição, não há hierarquia em abstrato entre normas constitucionais, devendo a precedência relativa de uma sobre a outra ser determinada à luz do caso concreto, a partir de um processo ponderativo. Nesse contexto, é importante ressaltar que a conclusão pela licitude da gravação ambiental realizada por um dos interlocutores sem o conhecimento do outro e sem autorização judicial, não implica reconhecer a validade de toda e qualquer gravação ambiental. Eventual mau uso das informações captadas por um dos interlocutores pode obstar sua utilização no processo. Caberá ao julgador, em cada caso, a valoração das circunstâncias em que efetivada a gravação para analisar se houve manipulação contra participantes da disputa eleitoral. Se constatado o induzimento ou constrangimento do interlocutor à prática de ilícito, será possível o reconhecimento da invalidade da gravação.

IV – SOLUÇÃO DO CASO CONCRETO

20. No caso em exame, consta do acórdão recorrido que a ação proposta pelo Ministério Público Eleitoral originou-se de notícia formulada por opositor do recorrente Gilberto Massaneiro e instruída com gravação ambiental efetuada pela eleitora Juscilaine Bairos de Souza em sala reservada da Unidade de Saúde Moisés Dias de Timbó Grande. No áudio captado pela eleitora, os recorrentes oferecem a ela vantagem em espécie de R\$ 500,00 (quinhentos reais) e diversos outros benefícios em troca de votos: promessa de emprego ao seu marido, facilitação aos seus familiares para a marcação de consultas médicas e para a realização de cirurgias, fornecimento de combustível ou transporte para eleitores arregimentados por ela para o dia da eleição. O TRE/SC considerou lícita a gravação ambiental e afastou a tese dos recorrentes de que teriam sido influenciados pelo comportamento da eleitora. Cita-se, a propósito, o seguinte trecho do voto condutor do acórdão regional (fls. 329/330):

o comportamento dos agentes envolvidos não restou influenciado pela eleitora, ficando evidenciado, já no início do diálogo, que Gilberto Massaneiro a teria convocado para conversarem sobre sua campanha eleitoral, ao se desculpar por não ter falado com a eleitora no dia anterior.

Do conteúdo degravado, dúvida não emerge quanto à configuração da conduta ilícita, pois, apesar de a eleitora ter sido responsável pela gravação da conversa, tem-se que a sua participação não foi determinante para induzir os atores envolvidos a agir contrariamente à lei.

Possível conferir, além disso, que partiu dos dois recorrentes a proposição para o fornecimento de combustível ou mesmo de transporte a eleitores que fossem por ela arregimentados.

Notória, ainda, a participação do candidato, ao comentar com desenvoltura ou sem qualquer constrangimento a negociação do voto dela e de outros familiares, inclusive, com a promessa de futuro auxílio, não só de sua parte — fazendo remissão à empresa em que trabalhava e à Câmara de Vereadores —, mas também de Gilmar Massaneiro, que, segundo ele, poderia facilitar a todos o acesso aos serviços de saúde prestados naquela unidade hospitalar, especialmente porque tencionava ascender o irmão enfermeiro na carreira.

(...)

Nesse contexto, não se afigura razoável a tese de que restaria configurado, na hipótese, o flagrante forjado, pois a abordagem dos agentes indica que o objetivo, em suma, era o de cooptar os votos

da família e de outros que pudesse a eleitora angariar em prol da candidatura (...).

21 Quanto ao ponto, alinho-me ao voto do relator no sentido de manter a conclusão do TRE/SC quanto à ausência de flagrante preparado no caso, uma vez que (i) o desdobramento da conversa foi protagonizado pelos investigados; (ii) os investigados direcionaram a conversa ao oferecimento de quantia em dinheiro e outras vantagens (facilitação do uso dos serviços médicos; oferta de gasolina e de veículos para, no dia das eleições, transportar de parentes, promessa de emprego para o marido da eleitora); e (iii) a interlocutora se limitou a responder às perguntas formuladas pelos recorrentes.

22. Admitindo-se a gravação ambiental como meio de prova do ilícito no caso concreto, deve ser afastada a tese de violação ao art. 368-A do Código Eleitoral, alegada pelos recorrentes, uma vez que o testemunho da eleitora Juscilaine Bairros de Souza não constitui única prova a amparar as conclusões do TRE/SC.

23. Quanto à configuração de captação ilícita de sufrágio, entendo que, no caso, o ilícito eleitoral está demonstrado. A partir do teor da conversa objeto da gravação ambiental, constante do acórdão regional, depreende-se ter havido espontânea oferta de vantagens, pelos recorrentes, à eleitora Juscilaine Bairros de Souza e seus familiares vinculada ao especial fim de obter votos para o então candidato Gilberto Massaneiro.

24. Já em relação ao abuso do poder político e de autoridade pelos recorrentes, penso que não há, no caso, gravidade suficiente a ensejar o reconhecimento do abuso. No caso, o Tribunal de origem considerou que houve abuso de autoridade pelo recorrente Gilmar Massaneiro, na condição de agente público do hospital municipal, em benefício da candidatura de seu irmão, Gilberto Massaneiro, pelo (i) uso das dependências da instituição hospitalar para angariar votos e (ii) uso de serviços públicos como moeda de troca para votos ao candidato a vereador. Apesar de a moldura fática evidenciar o uso desvirtuado da instituição pública, as circunstâncias não se mostram suficientemente graves para interferir na isonomia entre os

candidatos. No caso, os fatos comprovados no acórdão regional são limitados à eleitora Juscilaine Bairos de Souza e a uma única oferta de compra de votos, que, embora suficiente para caracterizar captação ilícita de sufrágio, não tem aptidão para afetar a normalidade do pleito e atrair a aplicação das sanções decorrentes da prática de ato abusivo.

25. Por essas razões, acompanhando o Ministro Relator, voto pelo parcial provimento ao recurso especial, apenas para afastar a configuração do abuso de poder em relação aos recorrentes, mantendo-se a condenação de Gilberto Massaneiro pela prática de captação ilícita de sufrágio. Julgo, ainda, prejudicado o pedido de concessão de efeito suspensivo ao recurso especial. Sugiro a fixação da seguinte tese de julgamento, aplicável aos feitos relativos ao pleito de 2016: *“Admite-se, em regra, como prova do ilícito eleitoral a gravação ambiental feita por um dos interlocutores sem o conhecimento do outro e sem prévia autorização judicial, seja em ambiente público ou privado”*.

26. É como voto.

VOTO

O SENHOR MINISTRO JORGE MUSSI: Senhora Presidente, a controvérsia dos autos envolve dois pontos:

- a) a licitude de gravação ambiental realizada por um dos interlocutores, sem conhecimento dos demais e sem autorização judicial, em ambiente privado;
- b) se a conduta imputada ao recorrente de fato configura compra de votos.

Quanto ao primeiro ponto, desde as Eleições 2010 o TSE vem assentando que gravação realizada nessas circunstâncias seria ilícita, ao fundamento de que não podem ser desconsiderados os propósitos envolvidos por quem grava os diálogos no contexto da disputa eleitoral.

Essa distinção, todavia, não ocorre no âmbito do STF, que reconheceu a repercussão geral da matéria em questão de ordem no RE 583.937/RJ, nos seguintes termos: “é lícita a prova consistente em gravação ambiental realizada por um dos interlocutores sem conhecimento do outro”.

No mesmo sentido, a jurisprudência do STJ em inúmeros casos, dentre os quais destaco 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, penso que se deve ter 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.

Por óbvio, não se desconhece o fato de que as paixões inerentes ao processo eleitoral acarretam, por vezes, o emprego de meios pouco ou nada éticos visando exclusivamente prejudicar determinado candidato, como no caso, por exemplo, de gravações mediante induzimento, numa espécie de flagrante preparado. Porém, essa circunstância, por si só, não permite que se declare ilícita toda e qualquer gravação de forma automática, cabendo ao magistrado valorá-la caso a caso.

Em outras palavras, havendo provocação, induzimento ou situações similares, a prova será imprestável. Por outro vértice, simples antagonismo político, choque de interesses e até mesmo inimizades declaradas não devem prejudicar, por si só, o uso desse meio probatório, que, além disso, pode e deve ser cotejado com outros elementos documentais e testemunhais que constem dos autos.

Ademais, ao se declarar ilícito todo e qualquer registro ambiental, sem sopesar as nuances do caso, serão preteridas as gravações realizadas por cidadãos realmente interessados na lisura do processo eleitoral, excluindo-se também provas delas derivadas, em verdadeiro prejuízo à apuração dos fatos.

No caso específico dos autos, extrai-se do voto condutor do aresto *a quo* que “não se afigura razoável a tese de que restaria configurado, na hipótese, o flagrante forjado, pois a abordagem dos agentes indica que o objetivo, em suma, era o de cooptar os votos da família e de outros que pudesse a eleitora angariar em prol da candidatura”, inexistindo, portanto, ilicitude.

No que toca ao tema de fundo, de igual modo acompanho integralmente o Relator, que mantém o acórdão do TRE/SC no sentido da inequívoca configuração da compra de votos.

O teor da gravação revela de forma inequívoca o ilícito. Para não cansar os eminentes pares, limito-me a citar trecho da fala do candidato em que, após consultar eleitora sobre quais de seus parentes votam no Município e prometer pagar a gasolina para os que comparecerem, esclarece que “eu digo assim, quem me ajudar, eu também vou ter que ter um compromisso com aquelas pessoas que me ajudaram”, prometendo acesso facilitado aos serviços médicos oferecidos pelo Município.

Além disso, a eleitora que realizou as gravações corroborou os fatos em juízo, sendo, de acordo com o TRE/SC, “coerente ao narrar as circunstâncias fáticas”.

Ante o exposto, **acompanho** o Relator.

É como voto.

VOTO

O SENHOR MINISTRO OG FERNANDES: Senhora Presidente, Senhores Ministros, realmente, o tema candente é referente à gravação – se coroada de licitude ou tismada pela ilicitude.

Embora o tema seja importante, parece que a matéria é incontroversa. O Supremo Tribunal Federal, já foi dito aqui – tanto pelo Ministro Edson Fachin quanto pelo Ministro Luís Roberto Barroso – já esclareceu que sobre esse tema o martelo foi batido no sentido da licitude dessas gravações.

Eu acompanho esse entendimento – não foi isso, pela licitude da gravação?

O SENHOR MINISTRO LUÍS ROBERTO BARROSO: Sim.

O SENHOR MINISTRO TARCISIO VIEIRA DE CARVALHO NETO: Senhora Presidente, pela ordem. No Supremo há uma repercussão geral sobre essas implicações na seara eleitoral. O que há de concreto no Supremo é a validade dessa prova na perspectiva do exercício do direito de defesa em matéria criminal.

O SENHOR MINISTRO OG FERNANDES: Perfeito.

A SENHORA MINISTRA ROSA WEBER (presidente): Na verdade, no Supremo a tese estava estratificada a partir de um belíssimo voto do Ministro Cezar Peluso. E assim se compreendeu.

Mas, se bem me recordo, o Ministro Dias Toffoli colocou em repercussão geral o tema específico na área eleitoral, como agora registra o Ministro Tarcisio Vieira de Carvalho Neto, mas está aguardando ainda.

O SENHOR MINISTRO OG FERNANDES: Aguarda e não há implicação de suspensão de processo que analise esse tema. Essa matéria, durante todo o tempo em que atuei na área criminal do STJ – obviamente, não eleitoral –, foi tratada do modo pelo qual foi recepcionada no Supremo para análise, especificamente no tópico eleitoral.

Eu não vejo motivo para mudar o meu entendimento, exceto por uma disciplina judiciária decorrente da futura decisão do STF em torno desse momento.

Então acho, entendo também que essa matéria, não estando suspensa pelo STF a análise do tema, vale o escrito até aqui. E, nesse ponto, mantenho meu ponto de vista anterior.

No mais, eu sou tendente a repetir o voto anterior, em relação à prova. Estamos em seara de recurso especial, a matéria foi tratada no Tribunal Regional Eleitoral de Santa Catarina de determinada forma. Cabe, essencialmente, no caso, esclarecer se houve violação de direito eleitoral, se há dispositivos de tribunais eleitorais sobre a matéria, de forma distinta. Então,

eu fico muito adstrito à avaliação que faço em meu pequeno terreiro do STJ, que é onde decido recursos especiais amiúde.

Penso que verificar se houve essa gravidade ou não dos fatos para implicar abuso econômico, diferentemente do que fez o tribunal de origem, sem elementos que possam invocar violação de direito federal, ainda que sejam a respeito não da legislação eleitoral, mas de prova, fôssemos analisar a questão sob o ângulo, essencialmente, da normativa sobre prova, parece que a mim não me é permitido, salvo melhor juízo.

E por isso eu acompanho o entendimento aqui formado, em relação à licitude da prova e inclino-me – sem nenhuma vocação para permanecer num ponto de vista que adiante possa vir a ser modificado pela jurisprudência, que permita penetrar nesse tema de forma diferente, mas no atual estado da arte – a manter a decisão proferida pelo Tribunal Regional Eleitoral de Santa Catarina.

É assim como voto, Senhora Presidente.

VOTO

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 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**.

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 nº 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 nº 11.343/2006, ou no ad. 10 e seguintes da Lei nº 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, ousou 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: Senhora Presidente, não obstante a louvável compreensão do eminente relator, **peço vênia para divergir quanto à tese alusiva à licitude da gravação ambiental.**

A despeito do entendimento do Supremo Tribunal Federal notoriamente invocado no QO-RG-RE 583.937, de relatoria do Ministro Cezar Peluso, fato é que o próprio Supremo Tribunal Federal reconheceu nova repercussão geral acerca do tema alusivo à (i)licitude da gravação ambiental, agora em processo especificamente eleitoral (RE 1.040.515).

E, no ponto, minha compreensão é de que as gravações ambientais, sem autorização judicial, não devem ser admitidas, diante das peculiaridades que envolvem as contendas eleitorais, sobretudo diante do usual acirramento de ânimos da disputa, com o costumeiro uso de meios subreptícios para produção dessa prova, em nítida afronta à confiança dos interlocutores e muitas vezes norteadas com indução de conversas.

Ainda que se possa sustentar que o direito à intimidade e à privacidade deve ceder ao interesse público, vê-se que, na verdade, o próprio

ambiente de formação da prova enseja sérias discussões de validade, idoneidade e legitimidade dela, razão pela qual entendo irrepreensível a lição do Ministro Marco Aurélio quanto à sua preocupação com o resguardo da boa-fé nas relações sociais.

Vale lembrar que mesmo os precedentes do STF não vinculantes que reconheceram a possibilidade de utilização da prova em favor da acusação envolvem questões fáticas e jurídicas que se distinguem da singularidade do processo eleitoral, razão pela qual compreendo que não deve ser privilegiada a gravação clandestina, ainda que com escopo de prova de ilícitos eleitorais.

Assim, entendo que esta Corte deve manter a sua jurisprudência já consolidada, no sentido da ilicitude da gravação clandestina, salvo em ambientes sem reserva de intimidade/privacidade, **ao menos até que o Supremo Tribunal Federal julgue novamente a matéria, com enfoque específico à seara eleitoral.**

Postas essas premissas, no tocante à análise deste caso específico, verifica-se que o Tribunal Regional Eleitoral, conforme trecho transcrito no voto do Ministro Edson Fachin, reconheceu que a gravação foi realizada em sala restrita de um hospital, evidenciando-se o caráter privado do ambiente em que foi realizada a gravação ambiental, o que ocorreu sem autorização judicial.

Ademais, depreende-se que o contexto probatório consistiu nessa gravação e, ainda, em elementos probatórios derivados de imagens de câmara de vigilância de hospital e do testemunho da eleitora Juscilaine Barros de Souza e de outras testemunhas, o que ensejaria, portanto, a nulidade também das demais provas coligidas aos autos.

À míngua de provas autônomas dos fatos ilícitos narrados, impõe-se a improcedência dos pedidos formulados pelos recorridos em face das ações eleitorais propostas.

Pelo exposto, **divirjo em parte do eminente relator, a fim de prover integralmente o recurso especial, para julgar improcedente a AIJE 468-98 e a Representação 410-68, julgadas conjuntamente no âmbito do Tribunal Regional Eleitoral.**

VOTO

A SENHORA MINISTRA ROSA WEBER (presidente):
Senhores Ministros, peço vênias às compreensões diversas para acompanhar o voto do eminente relator, não só assentando a validade da prova como mantendo a decisão no que tange à captação ilícita de sufrágio, mas afastando a condenação sob o viés do abuso do poder econômico, justamente porque, apesar da gravidade do fato de que teria ficado evidenciada a compra de um voto, entendo que, em se tratando de um voto – e esse dado consta do acórdão –, não seria possível reconhecer aptidão para afetar a normalidade do pleito. No caso, é um requisito da configuração do abuso do poder econômico.

Peço vênias especialmente ao Ministro Og Fernandes, pois votamos na mesma linha no processo anterior. Sua Excelência nega provimento, porque mantém também a condenação por abuso do poder político no caso.

EXTRATO DA ATA

REspe nº 408-98.2016.6.24.0051/SC. Relator: Ministro Edson Fachin. Recorrentes: Gilmar Massaneiro e outro (Advogados: Alexandre Dorta Canella – OAB: 16310/SC e outros). Recorrido: Valdeci Cardoso dos Santos (Advogados: Luiz Magno Pinto Bastos Junior – OAB: 17935/SC e outros). Recorrido: Ministério Público Eleitoral.

Decisão: O Tribunal, por maioria, deu parcial provimento ao recurso especial, apenas para afastar a configuração do abuso do poder político em relação a ambos os recorrentes, mantida a condenação de Gilberto Massaneiro pela prática de captação ilícita de sufrágio, e julgou prejudicado o pedido de concessão de efeito suspensivo ao recurso especial, nos termos do voto do relator. Vencidos o Ministro Og Fernandes, que negou provimento ao recurso especial, e os Ministros Tarcisio Vieira de Carvalho Neto e Sérgio Banhos, que lhe deram provimento integral.

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 9.5.2019.*

* Sem revisão das notas de julgamento dos Ministros Luís Roberto Barroso e Admar Gonzaga.