



TRIBUNAL SUPERIOR ELEITORAL

ACÓRDÃO

**AGRAVO REGIMENTAL NO RECURSO ESPECIAL ELEITORAL Nº 153-29.
2016.6.20.0027 – CLASSE 32 – SÃO RAFAEL – RIO GRANDE DO NORTE**

Relator: Ministro Edson Fachin

Agravantes: Reno Marinho de Macêdo Souza e outro

Advogados: Erick Wilson Pereira – OAB: 20519/DF e outros

Agravada: Coligação São Rafael o Desenvolvimento Continua!

Advogados: Felipe Augusto Cortez Meira de Medeiros – OAB: 3640/RN e outro

ELEIÇÕES 2016. AGRAVO INTERNO EM AGRAVO EM RECURSO ESPECIAL. AÇÃO DE INVESTIGAÇÃO JUDICIAL ELEITORAL. CAPTAÇÃO ILÍCITA DE SUFRÁGIO. PREFEITO. VICE. ELEIÇÕES MUNICIPAIS. CABÍVEL RECURSO ESPECIAL ELEITORAL. PRESSUPOSTOS PROCESSUAIS PREENCHIDOS. FUNGIBILIDADE RECURSAL. GRAVAÇÃO AMBIENTAL. ESPAÇO PRIVADO. AUSÊNCIA DE AUTORIZAÇÃO JUDICIAL. PROVA CONSIDERADA ILÍCITA PELO TRE/RN. HODIERNO ENTENDIMENTO DO TSE: LICITUDE, EM REGRA, DA GRAVAÇÃO AMBIENTAL. AMBIENTE PÚBLICO OU PRIVADO. EXCEPCIONALIDADES QUE OBSTAM A ADMISSIBILIDADE DESSE MEIO DE PROVA ANALISADAS CASO A CASO. DETERMINAÇÃO DE RETORNO DOS AUTOS AO TRIBUNAL DE ORIGEM. AGRAVO REGIMENTAL DESPROVIDO.

1. A aplicação do princípio da fungibilidade para receber o recurso ordinário como especial é possível quando forem atendidos os pressupostos específicos de recorribilidade.

2. O entendimento desta Corte firmado para os processos referentes ao pleito de 2016 é no seguinte sentido: a gravação ambiental é, a princípio, admissível como prova lícita, visto que o ambiente em que efetivada não se afigura determinante para reconhecer a sua (i)licitude, devendo-se analisar as excepcionalidades de cada caso a fim de se aferir a existência de óbices à

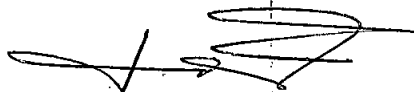
utilização do conteúdo da gravação, tal como a constatação de flagrante preparado.

3. No caso, o TRE/RN acolheu a preliminar de ilicitude da prova, considerando as circunstâncias de ter sido realizada em ambiente privado e sem autorização judicial, não se debruçando sobre a análise da existência de flagrante preparado, de modo que o retorno dos autos ao tribunal de origem é medida cabível para que não haja supressão de instância e violação ao duplo grau de jurisdição.

4. Agravo interno a que se nega provimento.

Acordam os ministros do Tribunal Superior Eleitoral, por unanimidade, em negar provimento ao agravo regimental, nos termos do voto do relator.

Brasília, 29 de agosto de 2019.



MINISTRO EDSON FACHIN - RELATOR

RELATÓRIO

O SENHOR MINISTRO EDSON FACHIN: Senhora Presidente, trata-se de agravo interno interposto por Reno Marinho de Macedo Souza e Carlos Magno Figueiredo da Silva contra decisão que, dando parcial provimento ao recurso especial eleitoral interposto pela Coligação São Rafael o Desenvolvimento Continual, determinou o retorno dos autos ao tribunal de origem para análise probatória, nos termos da seguinte ementa (fl. 295):

"ELEIÇÕES 2016. RECURSO ESPECIAL ELEITORAL. AÇÃO DE INVESTIGAÇÃO JUDICIAL ELEITORAL. CAPTAÇÃO ILÍCITA DE SUFRÁGIO. PREFEITO. VICE. ELEIÇÕES MUNICIPAIS. CABÍVEL RESPE. PRESSUPOSTOS PROCESSUAIS PREENCHIDOS. FUNGIBILIDADE RECURSAL. GRAVAÇÃO AMBIENTAL. ESPAÇO PRIVADO. AUSÊNCIA DE AUTORIZAÇÃO JUDICIAL. PROVA CONSIDERADA ILÍCITA PELO TRE/RN. HODIERNO ENTENDIMENTO DO TSE: LICITUDE, EM REGRA, DA GRAVAÇÃO AMBIENTAL. AMBIENTE PÚBLICO OU PRIVADO. EXCEPCIONALIDADES QUE OBSTAM A ADMISSIBILIDADE DESSE MEIO DE PROVA ANALISADAS CASO A CASO. RECURSO A QUE SE DÁ PARCIAL PROVIMENTO PARA DETERMINAR O RETORNO DOS AUTOS AO TRIBUNAL DE ORIGEM."

Nas razões do recurso, os agravantes alegam que não poderia ter sido aplicado o princípio da fungibilidade para receber o recurso ordinário como especial por ausência dos requisitos de admissibilidade.

Sustentam a ilicitude da gravação ambiental, ainda que se aplique o novo entendimento do TSE, visto que teria ocorrido flagrante preparado, arguindo que *"toda a conversa é direcionada, única e exclusivamente a compra de votos, denotando o claro intuito da cidadã em criar provas de supostas ilicitudes eleitorais"* (fl. 321).

Nesse ponto, defendem que, *"da simples leitura da degravação integral constante no CD que acompanhou a exordial, percebe-se que, em absolutamente todas as passagens, é a autora da gravação quem induz a conversa visando obter do agravante alguma declaração sobre o suposto oferecimento de bem ou vantagem em troca de votos"* (fl. 322).



Ademais, asseveram a ilicitude da gravação por ter sido realizada em ambiente fechado, *"com clara afronta aos princípios constitucionais da intimidade e privacidade"* (fl. 327).

Por fim, requerem o provimento do agravo para que o recurso interposto pela Coligação São Rafael o Desenvolvimento Continua! não seja conhecido e, alternativamente, para que o apelo seja desprovido, mantendo-se a ilicitude da gravação ambiental reconhecida pelo TRE/RN, *"em face da existência de flagrante preparado, o que se amolda às exceções jurisprudenciais à licitude da gravação ambiental, firmadas no hodierno entendimento desta Col. Corte no corrente ano"* (fl. 330).

O prazo para oferecimento de contrarrazões decorreu sem manifestação da agravada, consoante certidão de fl. 342.

É o relatório.

VOTO

O SENHOR MINISTRO EDSON FACHIN (relator): Senhora Presidente, o agravo interno não comporta provimento.

Em que pesem os argumentos expostos pelos agravantes, verifica-se que as razões recursais não são suficientes para alterar a decisão agravada, cujos fundamentos devem ser mantidos, nesses termos (fls. 299-312):

"O recurso merece parcial provimento.

Assenta-se, inicialmente, que as decisões proferidas pelos Tribunais Regionais Eleitorais são, em regra, irrecorríveis, admitindo-se, todavia, a interposição de recursos nas hipóteses previstas no art. 121, § 4º, da Constituição da República.

Consoante disposição constitucional, desafia recurso especial, para o TSE, as decisões proferidas contra disposição expressa da Constituição ou de lei e as que envolvam divergência na interpretação de lei entre dois ou mais tribunais eleitorais, e recurso ordinário quando o ato judicial impugnado tratar de inelegibilidade ou expedição de diplomas nas eleições federais ou estaduais, de



anulação de diplomas ou decretação a perda de mandatos eletivos federais ou estaduais e de denegação de habeas corpus, mandado de segurança, habeas data ou mandado de injunção.

As hipóteses constitucionais de cabimento de recurso ordinário também estão enunciadas na Súmula nº 36 do TSE, que diz: "*cabere recurso ordinário de acórdão de Tribunal Regional Eleitoral que decida sobre inelegibilidade, expedição ou anulação de diploma ou perda de mandato eletivo nas eleições federais ou estaduais (art. 121, § 4º, incisos III e IV, da Constituição Federal)*".

Desse modo, a jurisprudência desta Corte Superior é no sentido de que, nos processos relativos a pleitos municipais, o recurso cabível contra acórdão de Tribunal Regional Eleitoral é o especial, a saber:

'ELEIÇÕES 2016. REGISTRO DE CANDIDATO. VEREADOR. INELEGIBILIDADE POR REJEIÇÃO DE CONTAS. AUSÊNCIA DE DOLO.

1. O recurso cabível contra decisão de Tribunal Regional Eleitoral proferida em sede de registro de candidatura em eleições municipais é o especial.

2. Aplica-se o princípio da fungibilidade para receber o recurso ordinário como especial, tendo em vista a observância dos pressupostos específicos de recorribilidade.

[...]

Recursos especiais providos para deferir o registro do candidato ao cargo de vereador.'

(REspe nº 58-78/RO, Rel. Min. Henrique Neves, DJe de 13.12.2016)

'ELEIÇÕES DE 2008. CABIMENTO DE RECURSO ESPECIAL. RECURSO CONTRA EXPEDIÇÃO DE DIPLOMA. INELEGIBILIDADE CONSTITUCIONAL. ARTIGO 14, §§ 5º E 7º, DA CF. INEXISTÊNCIA. PRECLUSÃO. IRMÃO DE VICE-PREFEITO JÁ REELEITO CANDIDATO AO MESMO CARGO. IMPOSSIBILIDADE. NÃO OCORRÊNCIA. CONTAMINAÇÃO CHAPA. DESPROVIMENTO DOS RECURSOS.

A jurisprudência desta Corte é no sentido de que cabe recurso especial da decisão de TRE que versar sobre expedição de diploma nas eleições municipais. Precedentes.

Competência. A jurisprudência desta Corte é no sentido de que os tribunais regionais eleitorais são competentes para processar e julgar, originariamente, recursos contra a diplomação de prefeitos. Precedente.

[...]

Recurso especial de Jucélio Formiga de Sousa conhecido, mas desprovido.'

(REspe nº 222-13/PB, Rel. Min. Gilson Dipp, DJe de 28.02.2014)

'Eleição municipal. Investigação judicial.

1. O apelo cabível contra acórdão regional proferido em investigação judicial atinente às eleições municipais é o especial, conforme art. 121, § 4º, incisos I e II, da Constituição Federal, afigurando-se cabível o recurso ordinário, a que se refere o respectivo inciso III, apenas nas hipóteses de eleições federais ou estaduais.

[...]

Agravo regimental a que se nega provimento.'

(AgR-RO nº 2365/MS, Rel. Min. Arnaldo Versiani, DJe de 12.2.2010)

A controvérsia dos autos atine à prática de ilícitos eleitorais relativos a eleições municipais, razão pela qual o recurso especial seria o apelo cabível na espécie, e não o ordinário, tal como interposto pela recorrente.

No entanto, verifica-se a possibilidade de aplicação do princípio da fungibilidade para receber o recurso ordinário como especial, visto que a recorrente apontou violação legal e indicou julgados de outros tribunais eleitorais, ficando atendidos os pressupostos específicos de recorribilidade.

Discute-se nos presentes autos a configuração de captação ilícita de sufrágio imputada aos recorridos – Reno Marinho de Macedo Souza e Carlos Magno Figueiredo da Silva, candidatos eleitos aos cargos de Prefeito e Vice-Prefeito, respectivamente –, e, devido à existência de prova obtida por meio de gravação ambiental realizada em ambiente privado sem prévia autorização judicial, o debate em torno da (i)licitude desse meio de prova, que 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 escorço 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.

[...]

Recurso 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 prélios 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.)

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);

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. Carmen 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)licitude 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.

Nesse sentido foi o entendimento recentemente firmado pelo TSE, por ocasião do julgamento do REspe nº 455-02/PR, de relatoria do Min. Og Fernandes, julgado na sessão de 04.04.2019 e pendente de publicação até a presente data. Confira-se a ementa do acórdão:

'ELEIÇÕES 2016'. RECURSO ESPECIAL. AIJE. CAPTAÇÃO ILÍCITA DE SUFRÁGIO. CASSAÇÃO DOS DIPLOMAS DE PREFEITO, VICE-PREFEITO E VEREADOR. PROCEDÊNCIA EM PRIMEIRA INSTÂNCIA. REFORMA, EM PARTE, PELO TRIBUNAL A QUO. OFERTA DE BENS EM TROCA DE VOTO. OMISSÃO NO JULGADO. AFRONTA AO ART. 275 DO CE. NÃO OCORRÊNCIA. ALEGAÇÃO DE PROVA ILÍCITA. GRAVAÇÃO AMBIENTAL. PRINT DE CONVERSAS EM APLICATIVO DE CELULAR. WHATSAPP. PROVA ROBUSTA PARA CONDENAÇÃO. PROVA TESTEMUNHAL. REEXAME DE PROVAS. IMPOSSIBILIDADE. ENUNCIADO Nº 24 DA SÚMULA DO TSE. DISSÍDIO JURISPRUDENCIAL. NÃO OCORRÊNCIA.

1. A matéria relativa à ilicitude da gravação ambiental realizada por um dos interlocutores sem o conhecimento dos demais, nos feitos eleitorais, teve sua repercussão reconhecida pelo STF nos autos do RE nº 1.040.515 (Tema 979), que, embora se encontre pendente de julgamento, não obsta a que esta Corte Superior prossiga com a análise da matéria, tendo em vista a celeridade dos processos eleitorais, razão pela qual se indefere o pedido de suspensão do feito.

2. Para os feitos relativos ao pleito de 2016, deve ser admitida, como regra, a licitude da gravação ambiental realizada por um dos interlocutores sem o consentimento dos demais e sem autorização judicial, em ambiente público ou privado, avaliando-se, com cautela, caso a caso, a prova obtida mediante gravações ambientais, de modo a ampliar os meios de apuração de ilícitos eleitorais que afetem a lisura e a legitimidade das eleições.

3. Não há falar em ofensa ao art. 275 do CE, c/c o art. 1.022 do CPC/2015, quando a Corte regional, de forma clara e suficiente, enfrenta as questões submetidas à sua apreciação com fundamentação compatível.



4. A simples menção ao art. 270 do CE, desprovida da demonstração das razões de inconformidade, não se prestar a embasar a abertura da via especial. Aplicam-se os Enunciados Sumulares nºs 27 do TSE e 284 do STF.

5. Não incide a regra do art. 368-A do CE quando se verifica que a prova testemunhal não é exclusiva ou singular, tendo em vista a existência de outros elementos de prova nos autos.

6. Somente mediante o reexame de provas seria possível acolher a alegação dos recorrentes de que não ficou demonstrada a captação ilícita de sufrágio. Incidência do Verbete Sumular nº 24 do TSE.

7. O entendimento atual do TSE pela licitude da gravação ambiental prejudica a análise da alegação da divergência jurisprudencial.

8. Recurso especial ao qual se nega provimento.' [Grifou-se]

Trata-se, portanto, de evolução jurisprudencial deste Tribunal Superior, aplicável aos processos cível-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, até o julgamento do mencionado REspe nº 45-502/PR, de decisão desta Corte acerca do tema nos processos referentes às eleições de 2016, que é a hipótese dos autos.

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

O TRE/RN, à unanimidade, acolheu a preliminar de ilicitude da prova obtida por meio de gravação ambiental, porquanto realizada em ambiente privado e sem autorização judicial, vejamos excertos do julgado (fls. 222-224):

DA PREJUDICIAL DE ILICITUDE DA GRAVAÇÃO AMBIENTAL

Em contrarrazões, os recorridos levantam a ilicitude da gravação ambiental trazida aos autos com a inicial, com fundamento em entendimento jurisprudencial firmado no âmbito do Tribunal Superior Eleitoral.

De fato, com a ressalva de meu entendimento pessoal (com amparo no entendimento firmado no STF em repercussão geral [RE nº 583937 QO-RG]), o Tribunal Superior Eleitoral entende pela ilicitude da gravação ambiental realizada em ambiente fechado ou particular, sem prévia autorização judicial, por ofensa ao direito fundamental à intimidade, no que vem sendo seguido por este Regional, como se infere de recente julgado, da relatoria do Juiz Wladimir Capistrano [...]

[...]

Nessa perspectiva, sem maiores delongas, curvo-me ao entendimento deste Regional para acolher a prejudicial de ilicitude da gravação ambiental acostada à fl. 24 pelo investigante/recorrente, de modo a desconsiderá-la no julgamento do presente recurso.'

Todavia, com esteio nas premissas expostas alhures, recentemente firmadas no TSE, entende-se que a gravação ambiental questionada é, a princípio, admissível como prova lícita para comprovação dos fatos imputados aos recorridos, visto que o ambiente em que efetivada não se afigura determinante para reconhecer a sua (i) licitude, devendo-se analisar as excepcionalidades de cada caso a fim de se aferir a existência de óbices à utilização do conteúdo da gravação, tal como a constatação de flagrante preparado.

Desse modo, porquanto em dissonância com a hodierna jurisprudência do TSE, que admite a licitude da gravação ambiental realizada por um dos interlocutores sem o consentimento dos demais e sem autorização judicial, em ambiente público ou privado, o retorno dos autos ao tribunal de origem para análise do teor da gravação ambiental é medida que se impõe.

Ante o exposto, **dou parcial provimento ao recurso especial eleitoral**, nos termos do art. 36, § 7º, do Regimento Interno do Tribunal Superior Eleitoral, para, afastando-se, a princípio, a ilicitude da gravação ambiental acostada pelos recorrentes, determinar o retorno dos autos ao Tribunal de origem para que seja analisada a referida prova." [Grifos no original]

Consoante assentado na decisão agravada, o princípio da fungibilidade afigura-se possível no presente caso, para receber o recurso ordinário como especial, visto que os pressupostos de admissibilidade deste apelo foram preenchidos, notadamente, mediante a indicação de violação legal e de julgados de outros tribunais que dissentiram do entendimento firmado no acórdão recorrido.

Quanto ao caráter (i)lícito da gravação ambiental, assevera-se que a hodierna jurisprudência desta Corte é no seguinte sentido: a gravação ambiental questionada é, a princípio, admissível como prova lícita, visto que o ambiente em que efetivada não se afigura determinante para reconhecer a sua (i)licitude, devendo-se analisar as excepcionalidades de cada caso a fim de se aferir a existência de óbices à utilização do conteúdo da gravação, tal como a constatação de flagrante preparado.

No caso, verifica-se que o TRE/RN acolheu a preliminar de ilicitude da prova, considerando as circunstâncias de ter sido realizada em ambiente privado e sem autorização judicial, nos termos da jurisprudência



prevalente para os feitos anteriores às eleições de 2016, óbices prejudiciais à análise, pela Corte regional, de outras circunstâncias que pudessem macular o conteúdo da gravação, tal como o flagrante preparado.

Destarte, revela-se impossibilitada a análise, nesta seara superior, da existência de flagrante preparado, conforme defendem os agravantes, para que não haja supressão de instância e violação ao duplo grau de jurisdição.

Igualmente não merece prosperar a alegação da parte consistente na ilicitude de gravação que é realizada em ambiente fechado, porque, consoante exposto alhures, a jurisprudência firmada para o pleito de 2016 direcionou-se no sentido de admitir, em regra, a licitude da gravação ambiental, independentemente do espaço físico em que for efetivada.

Ante o exposto, **nego provimento ao agravo interno.**

É como voto.



EXTRATO DA ATA

AgR-REspe nº 153-29.2016.6.20.0027/RN. Relator: Ministro Edson Fachin. Agravantes: Reno Marinho de Macêdo Souza e outro (Advogados: Erick Wilson Pereira – OAB: 20519/DF e outros). Agravada: Coligação São Rafael o Desenvolvimento Continua! (Advogados: Felipe Augusto Cortez Meira de Medeiros – OAB: 3640/RN e outro).

Decisão: O Tribunal, por unanimidade, negou provimento ao agravo regimental, nos termos do voto do relator.

Composição: Ministra Rosa Weber (presidente), Ministros Edson Fachin, Marco Aurélio, Jorge Mussi, Luis Felipe Salomão, Tarcisio Vieira de Carvalho Neto e Sérgio Banhos.

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

SESSÃO DE 29.8.2019.

A handwritten signature or mark, possibly a stylized 'L' or a similar symbol, enclosed in a circular scribble.