

Gravação ambiental clandestina: o *discrímen* sem fundamento entre a seara penal (RE 583.937) e a seara eleitoral (RE 1.040.515)

-

Estudo crítico sobre o Tema 979 do Supremo Tribunal Federal e a quebra da isonomia probatória

Douglas Fischer ¹

Introdução. 1. O *leading case*: o RE nº 583.937 (Tema 237). 2. A ementa e a tese do Tema 979. 3. O *discrímen* à luz dos critérios isonômicos. 4. A construção lógica do parecer da PGR, não acolhido pelo Plenário. 5. Os votos vencidos: a razão estava na divergência. 6. A crítica às premissas da maioria. 6.1. A premissa da segurança jurídica não tem justificativa plausível. 6.2. A contradição interna do Agravo Regimental no REspe nº 36.359/MS. 6.3. A ilicitude abstrata presumida por Gilmar Mendes é falha e desprovida de razoabilidade. 6.4. A afirmativa sobre a exigência de autorização judicial no espaço privado não condiz com o entendimento do STF. 6.5. A Lei 13.964/19 não regulamentou a gravação por um dos interlocutores. 7. A evolução jurisprudencial do TSE: da ilicitude à inflexão de 2016. 8. Legalidade e moralidade: por que a gravação clandestina não é abusiva. 9. Quadro comparativo. **Conclusões.**

Introdução

O presente estudo é bastante rápido e tem a finalidade de analisar o tema da gravação ambiental “clandestina”, considerando-se dois julgados do STF. Um, no RE nº 583.937, outro no RE nº 1.040.515 (especificamente das gravações em âmbito eleitoral). Fixada essa observação, o caso subjacente tratava do seguinte? na origem, o Juiz da 4ª Zona Eleitoral de Sergipe julgou improcedentes os pedidos formulados na ação de impugnação de mandato eletivo proposta por Rui Barreto da Silva em desfavor de José Antônio Silva Alves e José Hamilton Carvalho de Souza, imputando-lhes a prática de abuso de poder econômico e político, bem como captação ilícita de sufrágio. Em grau recursal, o Tribunal Regional Eleitoral de Sergipe proveu o apelo e cassou as candidaturas dos eleitos a prefeito e vice-prefeito de Pedrinhas/SE, tendo como peça central uma gravação ambiental realizada por um eleitor sem o conhecimento do interlocutor gravado.

Antes de qualquer juízo sobre a tese firmada pelo Plenário do Supremo Tribunal Federal no RE nº 1.040.515 (Tema 979 da repercussão geral), preciso deixar claro, desde o início, qual foi a premissa fática que embasou toda a discussão. Um eleitor gravou conversa com o Secretário de Obras do Município de Pedrinhas, dentro do carro deste último e sem que ele soubesse. Posteriormente, tal prova foi utilizada para instruir a ação de impugnação de mandato eletivo. O TRE/SE, em grau recursal, julgou procedente o pedido e cassou as candidaturas dos candidatos eleitos a prefeito e vice-prefeito de Pedrinhas, por captação ilícita de sufrágio (abuso de poder político e abuso de poder econômico).

Embora tentarei esclarecer os entendimentos, adianto, desde logo, que defenderei que a decisão majoritária partiu do pressuposto mais restritivo possível,

¹ Procurador Regional da República na 4ª Região, Mestre em Instituições de Direito e do Estado pela PUCRS, Professor de Direito Penal e Direito Processual Penal. LATTES.cnpq.br/5240252425788419

quando deveria ser, pelo contrário, pelo menos igualitária ao *leading case* do RE nº 583.937. Não vejo nenhum sentido lógico para o tratamento discriminatório entre a seara penal, em que a gravação clandestina por um dos interlocutores é prova lícita, e a seara eleitoral, em que a mesma conduta, praticada pelas mesmas pessoas, diante dos mesmos direitos fundamentais, foi reputada ilícita. Nas linhas que seguem, tentarei demonstrar que o *discrímen* não preenche nenhum dos critérios que autorizam o tratamento diferenciado entre situações jurídicas, que a construção lógica correta estava no parecer da Procuradoria-Geral da República, não acolhido pelo Plenário, e que a razão estava inteiramente com os votos minoritários.

1. O *leading case*: o RE nº 583.937 (Tema 237)

O Supremo Tribunal Federal, no julgamento da Questão de Ordem no RE nº 583.937/RJ, de relatoria do Ministro Cezar Peluso, julgado em 19.11.2009, firmou, sob a sistemática da repercussão geral (Tema 237), a seguinte orientação:

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

A tese não nasceu de um acaso: é a síntese de uma linha jurisprudencial consolidada. No Inquérito nº 657, o Ministro Carlos Velloso já concluíra pela licitude da gravação realizada com o consentimento de um dos interlocutores, ao fundamento de que *"não ocorreu, no caso, violação do sigilo das comunicações – C.F., art. 5º, XII – nem seria possível a afirmativa de que fora ela obtida por meios ilícitos (C.F., art. 5º, LVI). Não há, ao que penso, ilicitude em alguém gravar uma conversa que mantém com outrem, com a finalidade de documentá-la, futuramente, em caso de negativa. A alegação talvez pudesse encontrar ressonância no campo ético, não no âmbito do direito"*. Na mesma assentada, o Ministro Francisco Rezek enfatizou que *"difícilmente se encontraria na ordem jurídica algo que nos autorizasse a ver como ilícita essa gravação de uma conversa a dois, por um dos interlocutores. É a ação do terceiro, é a interferência do terceiro – no grampeamento telefônico, na violação de correspondência alheia – que fere determinadas normas expressas na própria Carta da República. Quando, entretanto, um dos participantes da comunicação oral ou escrita entende de documentá-la de algum modo, ainda que na inconsciência da outra parte, isso não configura, em princípio, afronta à regra protetiva do sigilo. O resultado pode variar entre a indiscrição inofensiva e a mais reprovável vilania; mas não há, aí, um ato ilícito"*.

Nos anos seguintes, a jurisprudência das Turmas do STF foi se consolidando no sentido da validade desse tipo de prova quando a gravação da conversa, seja presencial ou telefônica, for produzida em legítima defesa da pessoa que a realizou. É o caso, por exemplo, da vítima de um crime que grava conversa com o autor do delito sem o seu consentimento. No HC nº 74.678, o Ministro Moreira Alves assentou que, *"afastada a ilicitude de tal conduta – a de, por legítima defesa, fazer gravar e divulgar conversa telefônica ainda que não haja o conhecimento do terceiro que está praticando crime –, é ela, por via de consequência, lícita e, também consequentemente, essa gravação não pode ser tida como prova ilícita, para invocar-se o artigo 5º, LVI, da Constituição com fundamento em que houve violação da intimidade (art. 5º, X, da Carta Magna)"*. No

HC nº 75.261, reconheceu-se a licitude da gravação de negociações entabuladas entre sequestradores, de um lado, e policiais e parentes da vítima, de outro. E no RE nº 212.081, a ilicitude foi excluída justamente por caracterizar-se o exercício de legítima defesa de quem a produziu: trata-se da *"captação, por meio de fita magnética, de conversa entre presentes, ou seja, a chamada gravação ambiental, autorizada por um dos interlocutores, vítima de concussão, sem o conhecimento dos demais"*.

O ponto culminante da construção doutrinária está no RE nº 402.717, da lavra do Ministro Cezar Peluso: *"não há ilicitude alguma no uso de gravação de conversa 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"*. E mais: *"a gravação aí é clandestina, mas não ilícita, nem ilícito é seu uso, em particular como meio de prova"*. Quem é partícipe da comunicação não intercepta; dispõe do que também é seu. A cláusula de reserva de jurisdição do art. 5º, XII, da Constituição protege o sigilo das comunicações contra a intromissão de terceiro, não contra a documentação feita por quem integra a comunicação.

É exatamente essa a posição que sustento na companhia de Pacelli (*PACELLI; FISCHER, Comentários ao Código de Processo Penal e sua Jurisprudência, 18ª ed., 2026, itens 157.3.a e 648.6.1.11*): a gravação ambiental clandestina realizada por um dos interlocutores é lícita, não se confunde com a interceptação telefônica, não se sujeita à reserva de jurisdição, e seu aproveitamento para a defesa é não apenas admissível como exigível, à luz da ampla defesa e do Estado Democrático de Direito. A Lei 13.964/2019, ao inserir o art. 8º-A na Lei 9.296/96, regulamentou a gravação ambiental *de origem estatal*, por terceiro, mediante autorização judicial, mas não tratou especificamente da gravação feita isoladamente por um dos interlocutores, hipótese que, em minha compreensão, permanece hígida e regida pela jurisprudência do próprio Supremo.

2. A ementa e a tese do Tema 979

No julgamento concluído em 26.4.2024, por maioria de sete a quatro, o Plenário do STF negou provimento ao recurso extraordinário e fixou tese a *ser aplicada a partir das eleições de 2022*. Transcrevo a ementa do acórdão, tal como publicada:

"Recurso extraordinário. Repercussão geral. Mérito. Tema nº 979. Ilicitude da prova. Gravação ambiental clandestina. Processo eleitoral. Ausência de conhecimento de um dos interlocutores e de autorização judicial. Violação da privacidade e intimidade. Direitos fundamentais. Liberdade probatória. Limites. Artigo 5º, incisos X, XI e LVI, da CF/88. Princípio da boa-fé. Inaplicabilidade da orientação firmada na questão de ordem no RE nº 583.937/RJ em matéria eleitoral. Não provimento. Fixação de tese. [...] 2. Conquanto o STF, no julgamento do RE nº 583.937/RJ-QO, tenha sufragado a validade da prova obtida por meio de gravação ambiental realizada por um dos interlocutores sem autorização judicial, a seara eleitoral guarda peculiaridades que, inexoravelmente, conduzem a solução jurídica distinta. 3. A produção da prova na busca pela verdade material e pela elucidação dos ilícitos eleitorais deve ser realizada mediante juízo de ponderação e proporcionalidade entre o princípio da

liberdade probatória e o da vedação da prova ilícita, observando-se, essencialmente, o disposto no art. 5º, incisos X, XI e LVI, da Carta Magna."

E a tese firmada:

"No processo eleitoral, é ilícita a prova colhida por meio de gravação ambiental clandestina, sem autorização judicial e com violação à privacidade e à intimidade dos interlocutores, ainda que realizada por um dos participantes, sem o conhecimento dos demais. A exceção à regra da ilicitude da gravação ambiental feita sem o conhecimento de um dos interlocutores e sem autorização judicial ocorre na hipótese de registro de fato ocorrido em local público desprovido de qualquer controle de acesso, pois, nesse caso, não há violação à intimidade ou quebra da expectativa de privacidade."

Votaram com o relator, Ministro Dias Toffoli, os Ministros Gilmar Mendes, Alexandre de Moraes, Cristiano Zanin, Flávio Dino, Nunes Marques e André Mendonça. Vencidos, os Ministros Luís Roberto Barroso (Presidente), Edson Fachin, Cármen Lúcia e Luiz Fux.

O item 2 da ementa é a espinha dorsal de toda a crítica que faço: a afirmação de que a seara eleitoral "*guarda peculiaridades que, inexoravelmente, conduzem a solução jurídica distinta*" é feita sem que se identifique uma única peculiaridade juridicamente relevante. A conduta é a mesma (gravar conversa da qual se é partícipe), o bem jurídico em jogo é o mesmo (privacidade e intimidade do gravado), o direito fundamental invocado é o mesmo (direito à prova, art. 5º, LVI e LV), e a reserva de jurisdição é a mesma inexistente. O que muda é apenas o rótulo do processo: AIME em vez de ação penal. Rótulo não é fundamento constitucional.

3. O *discrímen* à luz dos critérios isonômicos

Como tenho sustentado em meus textos sobre o princípio da isonomia, seguindo inúmeros entendimentos que considero prevalentes e corretos, só pode haver tratamento diferenciado entre situações jurídicas quando preenchidos quatro requisitos cumulativos: (1) a existência de um fator de discriminação, ou elemento diferenciador, legitimamente adotado pelo intérprete ou pelo legislador; (2) a existência de fundamento racional e objetivo que vincule esse fator às disparidades reconhecidas entre as situações comparadas; (3) a correspondência lógica entre o fator de discriminação e a desigualdade de tratamento dispensada, de modo que a diferença de regime seja proporcional à diferença de situações; e (4) a compatibilidade do tratamento diferenciado com os valores e princípios constitucionais, notadamente a dignidade da pessoa humana e o devido processo legal.

Aplicados esses critérios ao caso, o *discrímen* desmorona em cada um deles, respeitosamente. O fator de discriminação adotado (a natureza eleitoral do processo) não é, por si, elemento diferenciador juridicamente relevante para o regime da prova, porque a admissibilidade probatória se aterra à licitude da obtenção e à violação ou não de direitos fundamentais, e não ao ramo do direito em que a prova será apreciada. Não há fundamento racional que vincule a seara eleitoral a uma maior expectativa de privacidade do gravado: se algo, a disputa eleitoral torna mais, e não menos, necessária a documentação de condutas que se

praticam fora das vistas dos eleitores. Para mim, não há correspondência lógica entre o fator e o tratamento, porque a mesma gravação, instruída uma ação penal, seria lícita, e instruída uma AIME, seria ilícita, com a consequência de que a vítima de um crime eleitoral perde, no processo cível-eleitoral, o direito de provar a própria condição de vítima. E o tratamento não é compatível com os valores constitucionais, porque sacrifica o direito à prova e a defesa da lisura do pleito em nome de uma proteção reforçada da privacidade de quem, gravado, praticou conduta que a própria maioria reconhece não ser ilícita de forma abstrata.

Como sempre defendo: o “problema” não é a vedação do uso de prova ilícita (que não pode mesmo ser utilizada, por expressa proibição convencional, constitucional e também legal), mas “*o que se diz que é prova ilícita*”. E o caso aqui é paradigmático a provar esse tratamento sem qualquer lógica que se justifique.

De fato, o resultado é uma inversão completa da lógica isonômica: a situação mais frágil (o eleitor que grava para provar que é vítima de captação ilícita de sufrágio, ou para se defender) recebe o tratamento mais restritivo, e a situação mais robusta (a persecução penal estatal, com todo o aparato investigatório) recebe o tratamento mais favorável. Se o *discrímen* fosse, ao menos, igualitário ao Tema 237, manter-se-ia a coerência interna da jurisprudência do Supremo. Não foi o que se fez.

4. A construção lógica do parecer da PGR, não acolhido pelo Plenário

A Procuradoria-Geral da República opinou pelo provimento do recurso extraordinário, e o parecer, transcrito no voto-vista da Ministra Cármen Lúcia, contém a construção lógica que o Plenário deveria ter acolhido:

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

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

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

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

Sigo essa linha de raciocínio. O argumento decisivo está no item 4: se na seara eleitoral "exigem-se maiores rigores no enfrentamento do ilícito", a consequência lógica é admitir mais provas, e não menos. A vontade popular, longe de enfraquecer a necessidade de valorar essas provas, como sustentou o relator, reforça-a. Quem grava a conversa em que oferece vantagem em troca de voto é,

em regra, a própria vítima da captação ilícita; negar-lhe o uso da prova é negar-lhe o instrumento de defesa da lisura do pleito e de sua própria condição.

5. Os votos vencidos: a razão estava na divergência

O Ministro Luís Roberto Barroso divergiu e propôs tese sintética e correta:

"Diante de ilícito de natureza eleitoral, não havendo indução ou indício de flagrante preparado, é válida a gravação ambiental realizada por um dos interlocutores, em ambiente público ou privado".

A tese resolve, de uma vez, o único problema real que a maioria alegava (a possibilidade de indução e de flagrante preparado), sem sacrificar a liberdade probatória nem o direito de defesa. Onde há indução ou flagrante preparado, a prova é ilícita por causa autônoma, que nada tem a ver com a clandestinidade da gravação; onde não há, a gravação é válida. Esse posicionamento foi acompanhado pelos Ministros Edson Fachin, Cármen Lúcia e Luiz Fux, mas não de forma suficiente para integrar a maioria do entendimento do STF.

Em minha compreensão, o voto-vista da Ministra Cármen Lúcia é a análise mais completa do julgamento, porque reconstrói toda a evolução jurisprudencial que a maioria preferiu desconsiderar (ou afastar sem argumentos minimamente seguros). Ela registrou que *"nos anos seguintes, a jurisprudência deste Supremo Tribunal firmou-se no sentido da validade desse tipo de prova quando a gravação da conversa, seja presencial ou telefônica, for produzida em legítima defesa da pessoa que a realizou. É o caso, por exemplo, da vítima de um crime que grava conversa com o autor do delito sem o seu consentimento"*, e transcreveu a linha que vai do Inquérito nº 657 (Velloso e Rezek), passando pelos HC nºs 74.678 e 75.261 e pelo RE nº 212.081 (vítima de concussão que grava), até o RE nº 402.717, em que o Ministro Cezar Peluso assentou que *"a gravação aí é clandestina, mas não ilícita, nem ilícito é seu uso, em particular como meio de prova"*. Sua conclusão é lapidar e deveria ter prevalecido:

"com as venias dos entendimentos contrários, não vislumbro fundamento constitucional suficiente para adotar parâmetro diverso no processo eleitoral".

Não há como discordar. Vamos repetir o que já dito anteriormente. Se a vítima de concussão que grava tem prova lícita no processo penal, a vítima de captação ilícita de sufrágio que grava tem prova lícita na AIME. Se o interlocutor que grava para se defender tem prova lícita na ação penal, o eleitor que grava para se defender de imputação eleitoral tem prova lícita no processo eleitoral. Respeitosamente, o *discrímen* não tem lógica alguma, e os votos vencidos o demonstram ponto por ponto, com a fidelidade aos precedentes do próprio Supremo que a maioria não observou.

6. A crítica às premissas da maioria

6.1. A premissa da segurança jurídica não tem justificativa plausível

O relator justificou a fixação da tese restritiva afirmando que *"cumpre definir a questão, a fim de se garantir a segurança jurídica, um dos principais sustentáculos do Estado Democrático de Direito, com especial relevância no processo eleitoral, cuja dinâmica e celeridade requerem de todos os atores e operadores desse ramo específicas balizas claras que orientarão as regras do jogo"*.

Não se sustenta a premissa, respeitosamente.

A segurança jurídica exige balizas claras, mas não exige que a baliza seja a mais restritiva possível: a tese do Ministro Barroso (*"não havendo indução ou indício de flagrante preparado, é válida a gravação"*) é tão clara quanto a do relator, e muito mais coerente com o Tema 237.

Com todo o respeito, o voto do relator, na verdade, não tem qualquer justificativa plausível para a restrição, senão apenas dizer que se filia à corrente que não se pode admitir a prova. Filiação a uma corrente não é fundamento constitucional; é confissão de que o *discrímen* não decorre da Constituição, mas da preferência do intérprete.

6.2. A contradição interna do Agravo Regimental no REspe nº 36.359/MS

A ilogicidade de tudo encontra contradições na própria argumentação da maioria, que invocou o seguinte: *"como bem pontuado no julgamento do REspe nº 36.359/MS-AgR no Tribunal Superior Eleitoral, a prova produzida a partir de gravação ambiental deve ser apreciada com cautela, principalmente em face de uma realidade de disputa eleitoral, até porque, ainda que eventualmente não ilícitas tais medidas entre candidatos ou eleitores, delas pode resultar possível deturpação da lisura da campanha ou injusta manipulação contra participantes da competição eleitoral"*.

O trecho reconhece expressamente que as gravações *"eventualmente não [são] ilícitas"*, mas parte para uma argumentação genérica (sabe-se de onde surgiu ...) de que delas *"pode resultar possível deturpação da lisura da campanha ou injusta manipulação"*.

Se a prova não é ilícita, o receio de deturpação ou manipulação se resolve no juízo de valoração, na aferição da fidedignidade e da cadeia de custódia, e não na inadmissibilidade. Transformar uma cautela de valoração em regra de exclusão é confundir peso da prova com admissibilidade da prova, erro elementar que a própria ementa do Tema 979, ao invocar o art. 5º, LVI, da Constituição, não deveria cometer.

6.3. A ilicitude abstrata presumida por Gilmar Mendes é falha e desprovida de razoabilidade

O Ministro Gilmar Mendes sustentou que *"[a]s divergências políticas se acentuam durante o período eleitoral, e a disputa pelo voto pode conduzir à criação de armadilhas e subterfúgios entre concorrentes aptos a desqualificá-los durante a corrida eleitoreira. Diante dessa realidade, a gravação ambiental deve ser analisada com ressalvas, pois, ainda que realizada por um dos interlocutores, poderia ocultar uma situação de flagrância preparada ou de ardil com vista a prejudicar o concorrente"*.

Maxima venia, a argumentação é completamente falha e desprovida de razoabilidade, porque pressupõe uma ilicitude abstrata que não está em debate.

A tese divergente já exclui expressamente a indução e o flagrante preparado; o ardil que o ministro teme já está coberto pela vedação do flagrante provocado (Súmula 145 do STF) e pela análise concreta de cada caso. Não se pode declarar ilícita uma prova porque, em abstrato, *de forma imaginária (com discrímen abstrato)* ela poderia ter sido obtida de modo ilícito: isso inverte o ônus e converte a

suspeita em regra. O que se discute é a gravação concreta, incontroversa nos autos, feita por um eleitor dentro do carro de um agente público, sem qualquer indício de preparo.

6.4. A afirmativa sobre a exigência de autorização judicial no espaço privado não condiz com o entendimento do STF

O Ministro Gilmar Mendes fez mais uma afirmativa que não condiz com o entendimento do próprio Supremo, no sentido de que *"[n]o espaço privado, tanto a interceptação quanto a escuta ambiental exigem prévia autorização judicial, com prévia investigação formalizada, com objeto definido"*.

Nunca se fez essa distinção para casos não eleitorais.

O Tema 237 é justamente o contrário: a gravação ambiental feita por um dos interlocutores difere da interceptação das comunicações telefônicas, não se exigindo prévia autorização judicial, em ambiente público ou privado, desde que ausente causa legal de sigilo.

Se a tese do Ministro Gilmar Mendes tivesse mínima plausibilidade jurídica, o RE nº 583.937, os HC nºs 74.678 e 75.261, o RE nº 212.081 e o RE nº 402.717 estariam todos calcados em premissas erradas, porque todos admitiram gravações clandestinas em *espaços privados* sem autorização judicial. O eminente ministro não supera o precedente, apenas simplesmente o ignora quando o processo é eleitoral. Ponto.

6.5. A Lei 13.964/19 não regulamentou a gravação por um dos interlocutores

Igualmente falha é a argumentação de que *"[p]or fim, destaco que, após o início deste julgamento, o Tribunal Superior Eleitoral reafirmou a diretriz impugnada, e a Lei 13964/19 regulamentou a escuta ambiental"*.

A Lei não tratou especificamente da gravação feita isoladamente por um dos interlocutores. O art. 8º-A da Lei 9.296/96, por ela inserido, disciplina a gravação ambiental *de origem estatal*, mediante requisição da autoridade policial ou do Ministério Público e autorização judicial, com os requisitos de subsidiariedade e de pena máxima superior a quatro anos.

A hipótese da gravação feita por um dos interlocutores, *sem intervenção estatal*, permanece fora do alcance do dispositivo e se mantém hígida, conforme entendimento do próprio STF e conforme destacado nos Comentários ao CPP e sua jurisprudência (já declinado). Invocar a lei para legitimar a restrição é citar uma norma que não diz o que se lhe atribui.

7. A evolução jurisprudencial do TSE: da ilicitude à inflexão de 2016.

O histórico reconstruído no voto do relator confirma que a restrição não é tradição, mas inflexão recente.

Em 2008, o TSE adotou a tese de que *"a gravação ambiental somente é viável mediante autorização judicial e quando utilizada como prova em investigação criminal ou processo penal, sendo a proteção à privacidade direito fundamental estabelecido na Constituição Federal a regra"* (Respe 541-78/AL).

Essa orientação persistiu nas eleições de 2010 (RO nº 1904-61/RR) e se consolidou para o pleito de 2012, em precedentes como o Respe nº 973-39/SP (*"na linha da jurisprudência do TSE consolidada para as eleições de 2012, é ilícita a*

prova obtida por meio de gravação ambiental realizada por um dos interlocutores, sem anuência dos demais e sem autorização judicial”), o Respe nº 1003-27/SP e o Respe nº 2-35/RR, com a exceção, já então reconhecida, das gravações em local público desprovido de controle de acesso (Respe 98-26/PI). Nas eleições gerais de 2014 a orientação também preponderou.

Segundo depreendemos, a mudança para a restrição ocorreu especialmente em 2016, nas decisões do TSE relativas ao pleito municipal, quando a Corte Superior passou a oscilar, ora pendendo para a *legalidade*, ora para a *ilegalidade* do meio probatório, com a inflexão definitiva na direção da ilicitude.

Registre-se, como dado relevante, que a própria Ministra Cármen Lúcia, quando integrava o TSE, já registrava em seus votos a divergência contra a regra da ilicitude, e que em 2021 o TSE, por quatro votos a três, manteve a orientação restritiva.

O que o Tema 979 fez foi cristalizar, em sede de repercussão geral, a posição mais restritiva dessa “oscilação”, convertendo em tese vinculante o que era, até então, uma linha jurisprudencial instável e minoritária em relação ao entendimento do Supremo para todas as demais searas.

A oscilação, portanto, não justifica a restrição. Ao menos segundo pensamos.

Se o problema era a instabilidade, a solução coerente era firmar balizas claras no *sentido da licitude*, que é o que o STF sempre sustentou fora da seara eleitoral e o que a PGR e os votos vencidos propuseram. A solução adotada foi a de eleger, como regra nacional vinculante, precisamente a exceção.

8. Legalidade e moralidade: por que a gravação clandestina não é abusiva

Eventual gravação clandestina não é abusiva, mas demonstração de que não se pode admitir que práticas normalmente praticadas fora das vistas dos eleitores sejam desconsideradas.

A captação ilícita de sufrágio, o abuso de poder econômico e o abuso de poder político são, por natureza, condutas que se praticam no espaço privado, longe do escrutínio público.

Se o direito eleitoral recusa o único meio probatório ordinariamente disponível para documentá-las, o que se protege não é a privacidade, mas a impunidade. A vontade popular reforça a necessidade de valorar essas provas, e não enfraquece, como dito pelo relator: quanto mais relevante a escolha dos representantes do povo, maior a exigência de rigor no enfrentamento do ilícito, e maior, portanto, a necessidade de admitir a prova que o documenta.

Mais que isso, conforme compreendemos: não se reforça apenas a legalidade, mas também a moralidade, ao contrário do que dito no voto do relator, que inverteu totalmente a interpretação.

A moralidade eleitoral não é valor que se protege escondendo provas; é valor que se protege expondo-as (sendo lícitas, como já dito no precedente *geral* do STF). E a restrição tem ainda um efeito perverso que a maioria não enfrentou: mesmo que não se possa incriminar quem falou e foi gravado sem saber, a gravação deveria servir, ao menos, para provar que quem está gravando é vítima de um crime ou para o exercício de sua defesa (*o que sempre foi admitido e continua*

sendo admitido pelo STF e pelo STJ, mesmo depois das alterações da Lei 13.964/2019 – desde que sem “auxílio estatal”). Negar esse uso é negar ao eleitor, na seara eleitoral, o que o STF garante a toda vítima de concussão, extorsão ou sequestro na seara penal. Não há, nesse ponto, meio-termo: ou a gravação clandestina por interlocutor é lícita, ou o Supremo terá de explicar, *racionalmente*, por qual a vítima de crime eleitoral tem menos direitos que a vítima de crime comum.

9. Quadro comparativo

Aspecto	RE 583.937 (Tema 237, seara penal)	RE 1.040.515 (Tema 979, seara eleitoral)
Tese	"É lícita a prova consistente em gravação ambiental realizada por um dos interlocutores sem conhecimento do outro"	"No processo eleitoral, é ilícita a prova colhida por meio de gravação ambiental clandestina, sem autorização judicial e com violação à privacidade e à intimidade dos interlocutores, ainda que realizada por um dos participantes, sem o conhecimento dos demais"
Exceção	A gravação é ilícita apenas se houver causa legal de sigilo	Só é lícita se autorizada judicialmente ou se o fato ocorreu em local público sem controle de acesso
Fundamento central	Quem é partícipe da comunicação não intercepta; não há reserva de jurisdição para gravação ambiental	"A seara eleitoral guarda peculiaridades que, inexoravelmente, conduzem a solução jurídica distinta" (não identificadas)
Legítima defesa da vítima que grava	Reconhecida (HC 74.678, HC 75.261, RE 212.081)	Não reconhecida: a prova é ilícita mesmo para provar que quem grava é vítima
Uso para a defesa de quem grava	Admitido (RE 402.717: "clandestina, mas não ilícita")	Não admitido no processo eleitoral
Tratamento do risco de indução/flagrante preparado	Análise concreta da licitude da obtenção	Ilícitude abstrata presumida: "poderia ocultar uma situação de flagrância preparada ou de ardil"
Precedente interno respeitado	Sim, reafirma jurisprudência das Turmas	Não: declara a "inaplicabilidade da orientação firmada na questão de ordem no RE nº 583.937/RJ em matéria eleitoral"
Resultado prático	Vítima e defensor podem usar a gravação	Vítima e defensor ficam

		sem prova na AIME, ainda que a conduta gravada seja ilícita
--	--	---

Conclusões

A decisão do STF no RE nº 1.040.515 partiu do pressuposto mais restritivo quando deveria ser, pelo contrário, pelo menos igualitária ao *leading case* do RE nº 583.937.

O *discrímen* entre a seara penal e a seara eleitoral não preenche nenhum dos quatro requisitos que autorizam o tratamento diferenciado entre situações jurídicas: não há fator de discriminação juridicamente relevante, não há fundamento racional que o vincule às disparidades, não há correspondência lógica entre o fator e o tratamento, e o resultado não é compatível com os valores constitucionais do direito à prova e da ampla defesa.

Em nossa compreensão, a construção lógica do parecer da PGR, não acolhido pelo Plenário, e os votos vencidos dos Ministros Luis Barroso, Edson Fachin, Cármen Lúcia e Luiz Fux demonstram que a solução coerente com a jurisprudência do próprio Supremo era a da **licitude**, com a ressalva, sempre necessária, da ausência de indução e de flagrante preparado.

A “premissa” (abstrata e “lançada a esmo” na fundamentação na seara eleitoral) da segurança jurídica não justifica a restrição, porque balizas claras existiriam em qualquer tese firmada; a invocação do Agravo Regimental no RESpe nº 36.359/MS confunde valoração com admissibilidade.

A ilicitude abstrata *presumida* pelo Min. Gilmar Mendes pressupõe o que não está em debate; a exigência de autorização judicial no espaço privado contradiz o Tema 237; e a Lei 13.964/19 não regulamentou a gravação feita *exclusivamente* por um dos interlocutores, que permanece hígida.

A gravação clandestina do eleitor que documenta a captação ilícita de sufrágio não é abuso: é o exercício elementar de quem, vítima de uma prática que se esconde das vistas dos eleitores, se recusa a aceitar que a vontade popular seja construída na sombra. A democracia não se protege ocultando provas; protege-se valorando-as.

São as nossas considerações jurídicas, smj.