UNIVERSIDADE FEDERAL DA BAHIA
FACULDADE DE DIREITO
CURSO DE GRADUAÇÃO EM DIREITO

BIANCA ANDRADE NOGUEIRA DE OLIVEIRA

DA (IN)ADMISSIBILIDADE DA GRAVAÇÃO AMBIENTAL COMO MEIO DE PROVA PARA CRIMES ELEITORAIS: ANÁLISE DA JURISPRUDÊNCIA DO TRIBUNAL SUPERIOR ELEITORAL NOS ÚLTIMOS QUATRO ANOS

Salvador
2018

BIANCA ANDRADE NOGUEIRA DE OLIVEIRA

DA (IN)ADMISSIBILIDADE DA GRAVAÇÃO AMBIENTAL COMO MEIO DE PROVA PARA CRIMES ELEITORAIS: ANÁLISE DA JURISPRUDÊNCIA DO TRIBUNAL SUPERIOR ELEITORAL

Trabalho de Conclusão de Curso apresentado ao Programa de Graduação da Faculdade de Direito da Universidade Federal da Bahia como requisito para a obtenção do grau de Bacharel em Direito.

Orientador: Prof. Luiz Viana Queiroz

Salvador
2018

BIANCA ANDRADE NOGUEIRA DE OLIVEIRA

DA (IN)ADMISSIBILIDADE DA GRAVAÇÃO AMBIENTAL COMO MEIO DE PROVA PARA CRIMES ELEITORAIS: ANÁLISE DA JURISPRUDÊNCIA DO TRIBUNAL SUPERIOR ELEITORAL

Relatório final, apresentado à Faculdade de Direito da Universidade federal da Bahia, como parte das exigências para a obtenção do título de bacharel em Direito.

Salvador/BA, 5 de março de 2018.

BANCA EXAMINADORA

_____

Prof. Luiz Viana Queiroz (Orientador)
Universidade Católica do Salvador/UCSAL

_____

Prof. Dr. Sebástian Borges de Albuquerque Mello
Faculdade de Direito/UFBA

_____

Prof. Dr. André Luiz Batista Neves
Faculdade de Direito/UFBA

OLIVEIRA, Bianca Andrade Nogueira de. Da (In)Admissibilidade da Gravação Ambiental como Meio de Prova para Crimes Eleitorais: Análise da Jurisprudência do Tribunal Superior Eleitoral. Monografia (Graduação em Direito) – Faculdade de Direito, Universidade Federal da Bahia, Salvador, 2018.

RESUMO

O presente trabalho tem por objetivo promover a análise dos principais aspectos que envolvem o tema das das gravações ambientais como meio de prova no Direito Processual Penal Eleitoral. Inicialmente, busca-se examinar o tema dando ênfase aos novos meios tecnológicos que surgem como facilitadores para a obtenção de suportes probatórios sob a forma de audiovisual, dando ênfase ao procedimento das gravações clandestinas ambientais, meio de captação de conversação entre pessoas presentes. Ato contínuo, segue com a análise dos aspectos principais atinentes ao Direito Penal Eleitoral que circundam o tema e o individualiza. Logo em seguida, o trabalho toma por foco o desenvolvimento dos direitos e garantias fundamentais, sobretudo aqueles que são infringidas por meio do procedimento da gravação. Por fim, o quinto e último capítulo estuda especificamente os principais pontos de controvérsia sustentados como fundamentação na jurisprudência do Tribunal Superior Eleitoral, para admitir, ou inadmitir as gravações ambientais como meio de prova.

Palavras-chave: Direito Eleitoral; Direito Processual Penal; Direito Penal; Gravação Ambiental; Prova Ilícita; Direitos Fundamentais; Tribunal Superior Eleitoral (TSE).

OLIVEIRA, Bianca Andrade Nogueira de. From (In) Admissibility of Media Recordings as Evidence for Electoral Crimes: Analysis of legal precedents of the Superior Electoral Court. Monograph (Law Graduation) – Law school, Federal University of Bahia, Salvador, 2018.

ABSTRACT

The present work aims to promote the analysis of the main aspects that involve the theme of Media Recordings as a means of proof in the Criminal Electoral Procedural Law. Initially, it seeks to examine the theme by emphasizing the new technological means that appear as facilitators to obtain probative support in the form of audiovisual, emphasizing the procedure of Media Recordings, a means of capturing conversation between people present. It follows, with the analysis of the main aspects related to the Electoral Criminal Law that surround the theme and individualize it. Subsequently, the work focuses on the development of fundamental rights and guarantees, especially those that are infringed through the recording procedure. Finally, the fifth and final chapter deals specifically with the main points of contention grounded in the legal precedents of the Higher Electoral Court to admit or reject Media Recordings as evidence.

Keywords: Electoral Law; Criminal Procedural Law; Criminal Law; Environmental Recording; Unlawful Proof; Fundamental rights; Electoral Superior Court (TSE).

SUMÁRIO

1. INTRODUÇÃO 1
2. DA MODERNIZAÇÃO DOS MEIOS DE OBTENÇÃO DE PROVA 6
2.1. DIREITO E TECNOLOGIA 6
2.2. OS NOVOS MEIOS PARA A OBTENÇÃO DE PROVA 10
2.3.1 Interceptação telefônica *stricto sensu* 12
2.3.2 Escuta Telefônica 14
2.3.3 Captação ambiental: interceptação e escuta 15
2.3.4 Natureza jurídica da prova audiovisual produzida 16
2.3. DA GRAVAÇÃO AMBIENTAL 17
2.3.1 Conceituação 17
2.3.2. Critérios de Admissibilidade Doutrinários: restrições às captações de conversas entre pessoas presentes 18
2.3.3. Regramento jurídico da gravação ambiental no Brasil 20
2.3.4. Informativo 568 do Supremo Tribunal Federal: breve análise do caso de repercussão geral por questão ordinária em Recurso Extraordinário 583.937 Rio de Janeiro. 24
3. DO PROCESSO PENAL ELEITORAL: PRINCÍPIOS E REGRAS 25
3.1. ASPECTOS GERAIS SOBRE CRIMES ELEITORAIS 25
3.2. DA SANÇÃO PENAL ELEITORAL 27
3.3. DO RITO PROCESSUAL PENAL ELEITORAL 28
3.4. DA PROVA NO PROCESSO PENAL ELEITORAL 31
3.4.1. Conceito e Função da Prova 31
3.4.2. Admissibilidade 32
4. A ADMISSIBILIDADE DA GRAVAÇÃO AMBIENTAL NO PROCESSO PENAL ELEITORAL E O CONFLITO COM DIREITOS FUNDAMENTAIS 42
4.1. A LIBERDADE DE MANIFESTAÇÃO DO PENSAMENTO E O SIGILO DAS COMUNICAÇÕES – BRITTO E BADARÓ 42
4.2. O DIREITO À INTIMIDADE E À VIDA PRIVADA 44
4.3. A INVIOLABILIDADE DO DOMICÍLIO ..... **Error! Bookmark not defined.**
4.4. O DIREITO À NÃO-AUTOINCRIMINAÇÃO 46
4.5. O INTERESSE PÚBLICO E A MORALIDADE ADMINISTRATIVA – PORCIUNCULA E ARTIGO 47
4.6. PROPORCIONALIDADE - PIEROBOM 47
5. CRÍTICA AOS PRINCIPAIS FUNDAMENTOS PARA AS DECISÕES SOBRE (IN)ADMISSIBILIDADE DA PROVA CONFORME JURISPRUDÊNCIA DO TSE 50
6. REFERÊNCIAS BIBLIOGRÁFICAS 58

1. INTRODUÇÃO

Sem o conhecimento da outra pessoa envolvida, um dos interlocutores de um diálogo grava o seu conteúdo, e o utiliza como suporte probatório para embasar ação no âmbito eleitoral, geralmente visando a cassação do registro e/ou diploma daquele que não tinha ciência. Este procedimento para obtenção de prova recebe o nome de gravação ambiental, e sua licitude vem sendo questionada no Tribunal Superior Eleitoral, em razão da necessidade de preservação dos direitos fundamentais à privacidade e intimidade, definidos com brilhantismo pelo professor Tércio Ferraz Sampaio Junior:

> "A intimidade é o âmbito do exclusivo que alguém reserva para si, sem nenhuma repercussão social, nem mesmo ao alcance de sua vida privada que, por mais isolada que seja, é sempre um viver entre os outros (na família, no trabalho, no lazer em comum). Já a vida privada envolve a proteção de formas exclusivas de convivência. Trata-se de situações em que a comunicação é inevitável (em termos de alguém com alguém que, entre si, trocam mensagens), das quais, em princípio, são excluídos terceiros."[1]

Conforme cediço, Robert Alexy define os princípios e garantias fundamentais como mandatos de otimização, em suas palavras: "*são caracterizados por poderem ser satisfeitos em graus variados e pelo fato de que a medida devida de sua satisfação não depende somente das possibilidades fáticas, mas também das possibilidades jurídicas.*" (ALEXY, 2008, p. 90). Assim, para garantir a satisfação destes direitos do candidato/cidadão, insofismável é que deve haver uma limitação aos métodos de obtenção probatória, especialmente quando se põe em mesa a utilização quase indiscriminada da gravação ambiental em âmbito eleitoral, onde transbordam-se casos com intenções político-partidárias como pano de fundo de questões jurídicas postas em apreciação. De tal modo, o presente estudo estará centrado na busca de diretrizes que delimitem qual o grau necessário de preservação do direito à privacidade e intimidade em detrimento de um suposto interesse coletivo, ao ponto de estabelecer critérios que determinem, ou não, o desentranhamento da prova obtida por gravação ambiental e dos seus desdobramentos dos autos, considerando as peculiaridades desta justiça especializada.

---

[1] FERRAZ JÚNIOR, Tércio Sampaio. **Sigilo de dados: o direito à privacidade e os limites à função fiscalizadora do Estado**, p. 79.

É certo que os estudos sobre admissibilidade de prova em âmbito processual penal, sopesando-se o atual cenário de alta reprovação social e enrijecimento jurisprudencial para crimes com sujeição ativa de personagens exercentes ou aspirantes à mandatos no Poder Executivo ou Legislativo, ainda não se mostraram esgotados em sua amplitude de debates. Ao contrário, haja vista ser a jurisprudência eleitoral um instrumento cambiante, posto que inexiste neste ramo do Poder Judiciário, ao menos em terceiro grau, quadro próprio de magistrados ou servidores, o problema ora apresentado se faz campo fértil para novas pesquisas e trabalhos monográficos.

Em sua jurisprudência, por dois exercícios (anos de 2006 a 2010), o referido tribunal vinha admitindo de maneira ampla e irrestrita as gravações ambientais mesmo clandestinas. Debruçava-se na égide de que bastaria "*o autor da gravação seja um dos interlocutores da conversa para que tal meio de prova seja considerado lícito*" (MORAES JARDIM, PITTA, p. 11, 2011). Evidente, portanto, a lesão a direito fundamental, ao passo em que não se preocupava em otimizar ao menos algum grau da garantia constitucionalmente estabelecida.

Tal entendimento, inclusive, destoava da jurisprudência do Supremo Tribunal Federal, que considerava a gravação ambiental unilateral como lícita apenas excepcionalmente[2]. No entanto, para a Corte Superior Eleitoral, a admissibilidade deste meio de prova era aplicada indiscriminadamente, na medida em que a licitude seria considerada mediante a análise de um único requisito objetivo: a participação do autor da gravação na conversa.

Contudo, não obstante tal consideração, a jurisprudência da egrégia Corte Eleitoral, num primeiro momento, esteve alinhada com a do Supremo Tribunal Federal. Nesse sentido, cumpre destacar precedente do ano de 2001, oriundo de juízo monocrático do Ministro Sálvio de Figueiredo, tratando de hipótese de vereador que propôs a desistência de sua candidatura para apoiar candidato da oposição ao cargo de prefeito, gravando todo o diálogo sem a ciência do seu interlocutor:

> RECURSO ORDINÁRIO RECEBIDO COMO ESPECIAL. APLICAÇÃO DO PRINCÍPIO DA FUNGIBILIDADE RECURSAL. FITA CASSET E CONTENDO GRAVAÇÃO DE DIÁLOGO FEITA POR UM DOS INTERLOCUTORES. LEGÍTIMA DEFESA. NÃO CONFIGURAÇÃO. PROVA ILÍCITA. ABUSO DE PODER ECONÔMICO E DE AUTORIDADE. EXAME DA MATÉRIA PREJUDICADO. PRECEDENTES

[2] Via de regra, sua utilização só poderia ocorrer em casos extraordinários, desde que envolvesse interesses e direitos do interlocutor que fez a gravação. Vide em http://ibrade.org/pdf/artigoflaviojardim.pdf p. 2-11

> DO SUPREMO TRIBUNAL FEDERAL. RECURSO A QUE SE NEGA SEGUIMENTO. (...) III - A prova consistente em fita cassete contendo gravação de diálogo efetuada por um dos interlocutores, sem o conhecimento do outro ou dos demais, não produzida para uso futuro, em defesa, é de ser tida como ilícita, a teor da jurisprudência do Supremo Tribunal Federal, da qual o relator, respeitosamente, guarda reserva. IV- Ilícita a prova dos autos, prejudicado fica, com suporte na doutrina dos frutos da árvore envenenada (*fruits of the poisonous tree*), o exame da matéria atinente à alegação de ocorrência de prática de abuso de poder econômico e de autoridade[3].

No início de 2003, também se verifica pronunciamento neste sentido, embora agora por parte do colegiado, nos autos do Recurso Especial Eleitoral n. 20.945/SC, da relatoria do Ministro Fernando Neves, utilizando-se do supramencionado precedente do Ministro. Fixou-se, assim, a tese da ilicitude da prova obtida por meio de gravação ambiental unilateral:

> RECURSO ESPECIAL - INVESTIGAÇÃO JUDICIAL - CONVERSAS - GRAVAÇÕES NÃO AUTORIZADAS POR UMA DAS PARTES - PROVA ILÍCITA - TESTEMUNHAS - DEPOIMENTOS - PROVA CONTAMINADA - NULIDADE - REEXAME DE PROVA. RECURSO NÃO CONHECIDO.

Ainda, nesse sentido, existiram diversos outros precedentes: Respe n. 21.248/SC, Rel. Min. FERNANDO NEVES , DJ de 08.8.03; Respe n. 21.261/MG, Rel. Min. FRANCISCO PEÇANHA MARTINS , DJ de 05.3.04; MC n. 1645/SP, Decisão de 28.4.05, Rel. Min. CARLOS EDUARDO CAPUTO BASTOS , DJ de 04.5.05.

Conforme já mencionado, a partir do ano de 2006, o entendimento do egrégio Tribunal alterou-se diametralmente, inclinando-se para a admissibilidade da prova em quaisquer circunstâncias. Destaca-se, nesse espeque, os seguintes arestos:

> "Agravo regimental em recurso especial. Captação ilícita de sufrágio. Prova consubstanciada em gravação ambiental. [...] 4. A gravação ambiental realizada por um dos interlocutores é prova válida . [...]" [4]

> "AGRAVO REGIMENTAL. RECURSO ESPECIAL ELEITORAL. DECISÃO AGRAVADA EM CONSONÂNCIA COM A JURISPRUDÊNCIA DA CORTE. GRAVAÇÃO CLANDESTINA. POSSIBILIDADE. AGRAVO REGIMENTAL DESPROVIDO.

---

[3] TSE-RO n. 507/MT, Decisão de 30.4.01, Rel. Min. SÁLVIO DE FIGUEIREDO, DJ de 14.5.01. Trânsito em julgado em 13.8.01, após a rejeição dos embargos declaratórios.

[4] TSE - REspe n. 20.945/SC, Acórdão de 18.2.03, Rel.Min. FERNANDO NEVES, DJ de 23.5.03.

> I – É lícita a prova obtida por meio de gravação de conversas por um dos interlocutores, sem a ciência do outro, para documentar a ocorrência de eventuais ilícitos a serem apurados em juízo.
>
> II – Agravo regimental desprovido. (AgR-Respe nº 36.035 (43614-37.2009.6.00.0000)/CE, Rel. Min. RICARDO LEWANDOWSKI, julgado em 18.3.2010, DJe 10.5.2010)"[5]

A partir do ano de 2010, o tribunal passou a submeter a validade da prova ao requisito da prévia autorização judicial sobre o caso concreto. Observa-se que, em meados de 2011, a hipótese suscitada a preocupação com a antiga jurisprudência no julgamento do Agravo Regimental no Recurso Especial Eleitoral nº 36.359/MS[6], relatado pelo Min. Gilson Dipp. O voto proferido, em síntese, trazia o seguinte:

> *"no caso em apreciação, cuidava-se de reunião partidária ou com a participação de eleitores e candidatos de modo que a gravação que se quer oferecer como prova de ilícito eleitoral de um deles teria sido realizada em ambiente e sem conhecimento do suposto acusado, mas em atmosfera de competição eleitoral."*

Ademais, o Exmo. Ministro externou expressamente a preocupação com a admissibilidade irrestrita deste meio de prova no âmbito eleitoral, em razão do jogo político-partidário:

> *"justifica-se aqui a cautela de apreciar as alegações e provas trazidas 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 de competição eleitoral."*

Neste mesmo ano, a questão teve seu mérito analisado em Plenário. Tratou-se do Recurso Especial Eleitoral nº 49.928/PI , em que o Ministério Público Eleitoral pede que seja *"considerada lícita gravação ambiental que fundamentou, em decisão na primeira instância, a cassação dos diplomas do prefeito de Rio Grande do Piauí-PI, José Wellington Procópio, e de sua vice, Maria José Lopes da Silva, por compra de votos na eleição de 2008[7]."*

Em 2015, novamente, o Tribunal voltou a apresentar mudanças acerca desse entendimento, ao julgar o Recurso Especial de n. 63761. Ficou sedimentado que gravações

---

[5] TSE - Agravo Regimental em Recurso Especial Eleitoral nº 36992, Acórdão de 19/08/2010, Relator(a) Min. CÁRMEN LÚCIA ANTUNES ROCHA, Publicação: DJE - Diário da Justiça Eletrônico, Data 28/9/2010, Página 16-17

[6] TSE - Agravo Regimental em Recurso Especial Eleitoral nº 36359, Acórdão de 01/07/2011, Relator(a) Min. GILSON LAGARO DIPP, Publicação: DJE- Diário da Justiça Eletrônico, Data 18/08/2011, Página 32/33.

[7] Vide a íntegra em: http://agencia.tse.gov.br/sadAdmAgencia/noticiaSearch.do?acao=get&id=1423518. Acesso em 31.10.2017.

ambientais captadas em “ambiente público”, que em tese estariam fora do alcance das garantias constitucionais de privacidade, prescindem de autorização dada pelo outro interlocutor, enquanto àquelas recolhidas em ambiente privado seguem sem cumprimento do requisito de validade.

Para além disso, ficou definido que, se o método de obtenção da prova envolver “provocação ou induzimento”, é dizer, se o interlocutor responsável por gravar o diálogo captar tão somente o que é de seu interesse –, deve ser considerada imprestável e, assim, desentranhada dos autos. Na hipótese de o réu já ter sido condenado, se a decisão derivar de registro ambiental ilícito, o próprio julgamento é anulado.

Em que pese a intensa alteração jurisprudencial acerca do assunto, é importante frisar que o novo entendimento apenas se aplicaria aos fatos praticados após a sedimentação de tal mudança. Conforme explica Luis Gustavo Maciel: “em caso de alterações jurisprudenciais, a segurança jurídica será observada, pois assim determinou o STF em repercussão geral, tendo por norte outro princípio: o da anterioridade eleitoral, previsto no art. 16 da Constituição da República” (MACIEL, 2017).

2. DA MODERNIZAÇÃO DOS MEIOS DE OBTENÇÃO DE PROVA

2.1. DIREITO E TECNOLOGIA

Tecnologia, certamente, é a palavra de ordem para o século XXI. Trata-se de léxico com origem derivada das expressões gregas "*techné*", que significa "técnica, saber fazer", e "*logos*" que pode ser traduzida como "razão". Destarte, tecnologia importa na "razão do saber fazer" (RODRIGUES, 2001). Partindo de uma concepção intelectualista, trata-se de um saber prático, que deriva de um saber teórico-científico submetido a uma escala evolutiva: teses cada vez mais sofisticadas vão gradativamente substituindo as anteriores.

Perceptível é que, o fenômeno do desenvolvimento tecnológico tem reflexos em diversas áreas do conhecimento humano, sejam elas referentes às ciências naturais ou sociais. E dentre as ciências sociais, se inclui o Direito. A primeira vista, Direito e Tecnologia se apresentam como campos antagônicos: o judiciário expira burocracia e morosidade, enquanto a evolução tecnológica atinge níveis de velocidade impressionantes, especialmente no que tange ao seguimento de produtos eletrônicos industrializados intimamente relacionados à tecnologia da informação, ao ponto de ensejar o que se chama de Terceira Revolução Industrial na pós-modernidade [8]:

> "A aplicação (ou criação por meio dela) da microeletrônica de uma base tecnológica comum a uma constelação de produtos e serviços agrupou um conjunto de indústrias, setores e segmentos na forma de um "complexo eletrônico", densamente intra-articulado pela convergência intrínseca da tecnologia da informação. A formação desse poderoso *cluster* de inovações capazes de penetrar amplamente (uso generalizado), direta ou indiretamente, todos os setores da economia configura a formação de um novo paradigma tecnológico no mais puro sentido neo-schumpeteriado".

Contudo, paulatinamente, o Direito começa a abrir espaço para a modernização de seus aparatos e estruturas já seculares. Se observa tal transição em modificações simples, como a substituição do processo físico pelos autos digitais, a oitiva de testemunhas e interrogados por meio de videoconferência e o peticionamento eletrônico, mas também em questões mais complexas como a utilização de contratos inteligentes e dinheiro digital – *blockchain* e *bitcoins,* respectivamente – a criação de divisões especializadas em crimes

[8] COUTINHO, Luciano. A terceira revolução industrial e tecnológica. As grandes tendências das mudanças. Economia e Sociedade, [S.l.], v. 1, n. 1, p. 69-87, out. 2016. ISSN 1982-3533. Disponível em: <https://periodicos.sbu.unicamp.br/ojs/index.php/ecos/article/view/8643306/10830>. Acesso em: 15 jan. 2018.

cibernéticos, marcadas pela interdisciplinaridade com profissionais de Tecnologia da Informação (TI), Criptografia e Segurança da Informação, a inteligência artificial (AI) e os serviços de *Lawtech* e *Legaltech* – sistemas operacionais que visam dinamizar e tornar mais prazeroso o trabalho dos advogados, majorando a eficiência em escritórios, departamentos jurídicos e mercado externo.

A otimização do trabalho do sistema judiciário nacional a partir da tecnologia é pauta que interessa a todos os órgãos e instâncias desse Poder.

O Conselho Nacional de Justiça (CNJ), órgão instituído pela EC 45/04 e implantado no ano de 2005, conforme cediço, tem como função primaz o controle dos tribunais brasileiros, especialmente no que se refere à transparência administrativa e processual. Em palestra articulada no I Congresso Internacional de Direito e Tecnologia, evento realizado nos dias 23 e 24 de Novembro de 2017, no Tribunal Superior do Trabalho (TST), em Brasília/DF[9], o Diretor de Tecnologia da Informação desse órgão, Lúcio Meire, tratou da Resolução n. 198 por ele editada. O referido diploma normativo define quais são os macrodesafios do Poder Judiciário a serem superados até o ano de 2020 e, dentre eles, se inclui a melhoria da infraestrutura e governança de Tecnologia da Informação. Para garantir a efetivação de tal meta, foi traçado o plano estratégico regulamentado pela resolução n. 210/2013, que institui até mesmo cota obrigatória para profissionais de informática nos tribunais do país. A iniciativa do CNJ impõe, portanto, que todos os tribunais que compõem o Poder Judiciário do Brasil dediquem parte de sua política e orçamento para Direito e Tecnologia.

O Superior Tribunal de Justiça, por exemplo, de acordo com Rodrigo Carvalho, Secretário de Tecnologia da Informação e Comunicação, é palco para alguns destes avanços. Em 2001, o referido Tribunal lançou um sistema digital interno, que se converteu em externo após a edição da lei n. 11.419/06, que instituiu o processo eletrônico. Após, promoveu a digitalização de todos os processos que ali tramitavam, e com o apoio de todos os tribunais de justiça do país, passaram a já receber processos via malote digital. Atualmente, o STJ já tem como projetos a utilização de Computacional em Nuvem, dados e algoritmos abertos, *machine learning*, e *big data.*

Um exemplo bem sucedido da tentativa de utilização destas novas tecnologias neste tribunal foi a implementação do sistema de Triagem Parametrizada com Automação de

[9] BRASIL. https://www.direitotec.com.br/congresso-de-direito-e-tecnologia-manha-de-sexta/. Acesso em: 15.01.2018

Minutas, que o levou ao recebimento do Prêmio Inovare no ano de 2016. Consiste numa espécie de "check-list" para detecção de vícios formais no processo realizado logo no ato de recebimento, ou seja, em momento prévio à distribuição, para que chegassem à apreciação do ministro relator apenas processos prontos para ter seu mérito julgado. A cada 1.000 (mil) processos recebidos diariamente pelo STJ, cerca de 400 (quatrocentos) eram despachados diretamente pela ministra presidente com a inadmissibilidade e abertura de prazo para retificação do vício. Contudo, apenas 3% destes processos inadmitidos retornavam com o preenchimento do requisito pendente. Ou seja, uma simples triagem processual prévia à distribuição, além de otimizar o trabalho dos ministros relatores, que passam a receber processos sem vícios formais, contribuiu para reduzir o congestionamento do Judiciário nesta instância em aproximadamente 40% .

A própria Justiça Eleitoral vem cedendo às inovações tecnológicas, como bem se observa com a instituição da urna eletrônica, e recentemente, do cadastramento biométrico. É a tecnologia sendo utilizada em favor da segurança do processo eleitoral.

Evidente, por assim dizer, que a utilização das novas ferramentas tecnológicas no âmbito do Poder Judiciário é uma aliada na garantia da melhor movimentação da máquina pública. Entretanto, toda utilização indiscriminada de determinado recurso em um serviço torna-se prejudicial para o seu bom funcionamento. Como bem nos ensina Aristóteles, na sua clássica obra Ética a Nicômaco, "a mediedade é uma virtude"[10].

Observa-se que, ao longo da história, todos os exemplos bem sucedidos de utilização destas ferramentas na seara do direito tem caráter instrumental: a tecnologia está presente na criação de produtos acessórios ao bom funcionamento dos tribunais, escritórios de advocacia, e demais órgãos do Judiciário. Quando, porém, assume papel de protagonismo na solução de determinado conflito jurídico, é preciso observar se estão respeitados os limites da moralidade, ética e garantias constitucionais, para que a experiência seja bem sucedida.

Na Terceira Revolução Industrial, marcada pela velocidade do fluxo de informações, por minuto, e para milhões de pessoas, é disponibilizado o acesso a novos meios eletrônicos, a cada dia mais sofisticados. Fala-se em um universo composto tanto de autoridades públicas – policiais, judiciais e políticas – como por particulares, todos convivendo diariamente com a possibilidade de usar, ou ter contra si utilizados, serviços que invariavelmente invadem sua esfera íntima. Fala-se em detetives particulares capazes de instalar ou localizar escutas em

empresas, veículos ou residências, minigravadores ocultos, ou aparelhos de *fac simile* com teclas destinadas exclusivamente à função de gravar uma ligação telefônica, por exemplo.

De acordo com o autor Bernhard Wolfang Schön "com um mínimo de componentes e investimento, qualquer um é capaz de montar uma escuta e escondê-la em lugares imprevisíveis"[11]. Do outro lado da moeda, portanto, qualquer um pode ter violada sua mais íntima esfera de privacidade – algumas vezes por ação da própria autoridade pública – com base no emprego destes equipamentos e, quem sabe, ver o fruto de tal violação ser utilizado contra si em determinado processo judicial.

Caso tal processo se insira no campo do Direito Penal e Processual Penal, o abuso se torna ainda mais acentuado, pela própria natureza invasiva da sanção a ser aplicada em caso de condenação. O exercício de quaisquer atividade investigativa perpetrada pelo Estado, invariavelmente, vai de encontro à proteção que a Constituição brasileira impôs em torno dos direitos da personalidades, com ênfase àqueles que envolvem liberdade, sigilo das comunicações, e intimidade do homem.

Contudo, diante da ineficiência dos mecanismos repressivos estatais direcionados à persecução penal – em razão de inúmeros problemas, tais quais o inchaço da máquina burocrática; distanciamento do indivíduo com os centros de poder; a própria falência do sistema prisional; a anomalia que é (ou deveria ser) a corrupção administrativa, dentre outros defeitos –, cresce na sociedade certa descrença na Justiça. Assim, na utopia de alcançar o fim da impunidade dos infratores, e restaurar o sentimento de plena confiança no Poder Judiciário e instituições públicas, os próprios cidadãos apoiam a redução de suas garantias individuais com verdadeira apologia ao uso de artifícios como as interceptações telefônicas e gravações clandestinas.

Essa declaração de guerra à impunidade, consubstanciada em um sentimento de revolta com as instituições públicas e réus específicos, sempre foi observada com intensidade na criminalidade comum. Entretanto, diante dos novos fenômenos emergidos da atualidade, como a famosa Operação Lava Jato, começa-se a observar uma crescente repulsa à criminalidade econômica, especialmente se a conduta for direcionada à lesar o erário público. Destarte, os sujeitos ativos destes crimes – em geral políticos e empresários – passam a ser

[11] SCHÖN, Bernhard Wolfang. **O universo das escutas telefônicas**, 1992. *apud* AVOLIO, Luiz Francisco Torquato. **Provas ilícitas: Interceptações telefônicas, ambientais e gravações clandestinas.** 6 ed. rev. atual. e amp. São Paulo: Editora Revistas dos Tribunais, 2015, p.94

vistos como inimigos da sociedade ao invés de produto dela, e cresce o clamor por punições mais severas para suas ações criminosas.

É a incipiência da instituição de um verdadeiro Direito Penal do Inimigo, por força da condição de antagonista que assume o réu, conforme define Günter Jakobs, idealizador de tal teoria:

> "a persona es algo distinto de un ser humano; este es resultado de procesos naturales, y aquélla un producto social que se define como la unidad ideal de derecho y deberes que son administrados a través de un cuerpo y de una conciencia"[12]

Nestes termos, o Direito Eleitoral, cujos tribunais já são naturalmente contaminados com os jogos de poder político pelas partes envolvidas no litígio, passam a ser instrumento para a efetivação deste ideal punitivista face ao "inimigo" que é o político, ou futuro político. É cada vez mais frequente o surgimento de demandas cujo objeto principal é o equilíbrio do binômio "segurança social - liberdades individuais", face a admissibilidade de provas teoricamente ilícitas, fruto justamente da difusão de equipamentos eletrônicos utilizados indiscriminadamente de forma sub-reptícia.

Assim sendo, a relação entre direito e tecnologia manifestamente requer um ponto de equilíbrio para que dela se extraiam ferramentas com vistas à otimização do trabalho de agentes judiciais, ao invés defloração de direitos fundamentais dos investigados/réus. Destarte, a tríade doutrina, jurisprudência e legislação vêm buscando erigir barreiras contendoras de eventuais abusos e balanceamento da referida relação, especialmente quando se trata de Direito Penal e Processual Penal, campo fértil para as mais graves afrontas à dignidade da pessoa humana.

2.2. OS NOVOS MEIOS PARA A OBTENÇÃO DE PROVA

Muito embora crescente seja o uso de diversas outras tecnologias aplicadas na atividade investigatória, inclusive utilizadas pela Inteligência de Segurança Pública (ISP), como os sistemas INFOCRIM e INFOSEG, este trabalho irá se ater apenas às ferramentas de produção de prova audiovisual com potencialidade para violar as garantias individuais.

---

[12] JAKOBS, Günter. **Sobre la normativización en la Dogmática jurídico-penal**, 1ª edição, ed. Thomson Civitas, ISBN: 84-470-2062-2, Madrid, 2003, p. 21. Em livre tradução: "a persona é algo distinto de um ser humano; Este é um resultado de processos naturais, e aquela um produto social que se define como a unidade ideal de direito e deve ser administrado através de um corpo e de uma consciência"

A voz e/ou vídeo pode ser registrada a partir da interceptação de uma conversa telefônica, por aparelhos previamente instalados no ambiente onde se realizará o diálogo, por um dos interlocutores sem o conhecimento do outro, por jornalistas investigativos ou câmeras ocultas ou ostensivas. Neste ponto, importante registrar uma distinção conceitual já clássica no processo penal: entre fontes e meios de prova.

A conversação entre dois interlocutores, pela sua própria natureza, é efêmera. Não obstante a possibilidade de qualquer um deles retratar o conteúdo do diálogo *a posteriori*, a precisão exata de tons de voz utilizados, ruídos exteriores, expressões faciais, dentre outros aspectos, nunca poderá ser congenitamente reproduzida, mas tão somente narrada com a contaminação por juízos de valor do depoente. Logo, a única forma de se ter acesso a todas as condições e contexto aos quais o diálogo fora submetido, é mediante a imobilização deste no tempo e espaço através de equipamentos concebidos para tanto.

O conteúdo do diálogo, portanto, é o que se considera fonte de prova, ou seja, é o elemento da realidade que será levado ao processo no intuito de demonstrar a existência de determinado fato. Por sua vez, a mídia audiovisual se trata de meio de prova, isto é, a maneira pela qual se leva a fonte ao processo. É como exemplifica Francesco Carnelutti[13]:

> Sí como vimos um pagaré es fuente de prueba, el médio de prueba para incorporarlo al processo sera la prueba documental. Si la fuente de prueba será lo que una persona percibió con sus sentidos respecto de un hecho determinado, la via procesal para llevarlo al processo será la prueba testemonial

Em que pese haja técnicas para obtenção de prova claramente distintas entre si, todas guardam consigo uma essência em comum que é o ato de gravar ou simplesmente escutar, para imortalizar determinada fonte probatória e posteriormente aproveitá-la em processo judicial. Convém, portanto, estudar brevemente os principais procedimentos utilizados para fazê-lo, e, por último, sua forma de incorporação ao processo, para que então seja avaliada a legalidade ou mesmo a constitucionalidade da medida.

Mesmo se levando em consideração as especificidades de cada meio de cominicação que a tecnologia propicia hoje em dia, Claudio Martinelli[14] às classifica em dois grandes grupos: as comunicações *inter absentes* e entre pessoas presentes. As primeiras são aquelas realizadas à distância, como funciona nas modalidades de comunicação epistolar, telefônica,

---

[13] CARBONE, Carlos Alberto. **Grabaciones, escuchas telefónicas y filmaciones como médios de prueba**, 1ª ed, Santa Fé, Rubinzal-Culzoni, 2005, p. 88

[14] MARINELLI, Claudio. **Intercettazioni processuali**... op. cit, p. 20. *apud* ARANTES FILHO, Márcio Geraldo Britto. **A interceptação de comunicação...** op. cit.

ou telemática, por exemplo. Essas últimas, contudo, como o próprio nome sugere, se dão por meio da percepção física dos sinais sensoriais dos interlocutores que se encontram num mesmo ambiente, e é nesta classificação que se enquadram as gravações ambientais.

Antes de adentrar a análise específica da modalidade de obtenção de prova objeto desse trabalho, fundamental tecer algumas considerações referentes as demais espécies elencadas pela doutrina e ordenamentos jurídicos. Seriam elas: (i) interceptação telefônica *stricto sensu*, (ii) escuta telefônica, (iii) captação ambiental: interceptação e escuta, (iv) gravação clandestina ou telefônica. Essas últimas, serão abordadas em conjunto com as gravações ambientais em tópico específico.

2.3.1 Interceptação telefônica *stricto sensu*

O primeiro, e talvez mais conhecido, destes métodos é a interceptação telefônica em sentido estrito. Contudo, antes mesmo de se abordar seus aspectos técnicos, oportuno é que se sedimente uma noção do conceito da própria interceptação, em sentido amplo.

Ainda que seja tal terminologia consagrada por toda a doutrina nacional para a identificação desta técnica, seu procedimento jurídico destoa do significado etimológico da expressão. Interceptar significa [15]"1- Deter ou interromper em seu curso. 2 - Não deixar chegar ao seu destino. 3 - Cortar. 4 - Pôr obstáculos no meio de". No meio jurídico, contudo, a interferência na comunicação não precisa necessariamente ter o escopo de impedi-las, mas apenas para tomar conhecimento do seu conteúdo.

A despeito da possibilidade de se identificar vários subtipos de interceptações, importante destacar que o núcleo rígido desta modalidade de captação de conversas é o protagonismo de um terceiro, estranho ao diálogo, que realiza a ação de gravar ou de simplesmente escutar. É dizer, o ouvinte deve ser pessoa que não teria outra possibilidade de tomar conhecimento dos fatos, senão através do procedimento de interceptação. Existindo o preenchimento de tal condição, sequer faz-se necessária a efetiva gravação do que está sendo conversado, ou mesmo o sigilo sobre a realização de interceptação para ambos interlocutores, ou seja, um deles pode ter ciência de que está sendo gravado, sem que isso desclassifique o procedimento.

---

[15] BUARQUE DE HOLANDA FERREIRA, Aurélio. **Dicionário Aurélio de Português online**. Publicado em: 2016-09-24, revisado em: 2017-02-27. Disponível em: ‹https://dicionariodoaurelio.com/interceptar›. Acesso em: 30 Jan. 2018

A doutrina italiana, capitaneada por Francesco Caprioli[16], ao sustentar a necessidade dessa condição de terceiro para o agente interceptador, a denomina de "*terzeità",* cuja tradução mais aproximada para o português está nas palavras "neutralidade, independência, isenção". Destarte, considera-se que quem intercepta uma conversação não pode ter qualquer interesse particular no desfecho de tal procedimento, sob pena de desclassificar este meio de obtenção de prova para algum dos demais, que não pressuponha o fator "*terzeità*" e se submeta, portanto, a outro regramento específico.

Isto posto, a interceptação telefônica em sua acepção estrita, como define Ada Pellegrini Grinover, se trata da diligência onde há o ato de "intervir numa central telefônica, nas ligações da linha do telefone que se quer controlar, a fim de ouvir e/ou gravar conversações"[17].

No Brasil, possui regramento de acordo com a Lei 9.296/96, cujo art. 2º impõe requisitos negativos para a sua admissibilidade, *verbis*:

> Art. 2° Não será admitida a interceptação de comunicações telefônicas quando ocorrer qualquer das seguintes hipóteses:
> I - não houver indícios razoáveis da autoria ou participação em infração penal;
> II - a prova puder ser feita por outros meios disponíveis;
> III - o fato investigado constituir infração penal punida, no máximo, com pena de detenção.
> Parágrafo único. Em qualquer hipótese deve ser descrita com clareza a situação objeto da investigação, inclusive com a indicação e qualificação dos investigados, salvo impossibilidade manifesta, devidamente justificada.

Ato contínuo, no art. 3º, restringe a legitimidade de quem pode requerer ou determinar sua execução:

> Art. 3° A interceptação das comunicações telefônicas poderá ser determinada pelo juiz, de ofício ou a requerimento:
> I - da autoridade policial, na investigação criminal;
> II - do representante do Ministério Público, na investigação criminal e na instrução processual penal.

Destarte, tal atividade de interceptar é privativa de autoridades públicas, não possuindo qualquer valor *probandi* o procedimento deste gênero realizado por particulares – não obstante existam outras modalidades de obtenção de prova audiovisual que não possuem essa peculiaridade.

---

[16] CAPRIOLI, Francesco. Intercettacione e registrazione di colloqui presenti nel passagio dal vecchio al nuevo Codice di Procedura Penale, *apud* AVOLIO, Luiz Francisco Torquato. **Provas ilícitas: Interceptações telefônicas, ambientais**… op. cit. p. 96

[17] GRINOVER, Ada Pellegrini. **As nulidades no processo penal**. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2004, p.207

Acerca da necessidade de ordem judicial para dar início à execução do procedimento supramencionada, a doutrina é pacifica ao declarar que sua natureza seria cautelar. Isso porque, lança-se mão da interceptação para conservar determinada situação de fato, resguardando-a dos efeitos decorrentes do decurso do tempo. Em outras palavras, preserva-se uma fonte de prova (conversação) existente ao tempo do crime, que não poderá ser reproduzida no momento da fase processual instrutória.

Como toda tutela cautelar, portanto, exige comprovação dos requisitos que justifiquem a antecipação. Nesta hipótese, seriam o *fumus comissi delict,* consistente na posse pela autoridade judicial de elementos seguros da realização de conduta aparentemente criminosa, de acordo com um juízo de probabilidade[18]; e o *periculum libertatis*, que dimensiona o risco de fracasso da investigação criminal ou instrução processual penal decorrente da não realização daquela medida, ou seja, deve ser prova imprescindível para prosseguimento das investigações e, ainda, único meio de prova disponível para comprovar determinado fato criminoso. Tal imprescindibilidade é sedimentada pelo legislador nacional no bojo da Lei 9.296/96, bem como mundo afora, como é exemplo o código de processo penal italiano, que em seu art. 267, exige que o procedimento de interceptação telefônica seja indispensável para o prosseguimento das investigações.

Por fim, destaca-se que o referido provimento judicial tem validade para 15 (quinze) dias de duração, sendo necessário renovar a ordem caso a autoridade careça de maior prazo para concluir a diligência.

2.3.2 Escuta Telefônica

É também uma modalidade de intervenção e, portanto, a ela se aproveitam todas as considerações já destacadas a respeito de tal procedimento quando abordado em sentido amplo.

Mais uma vez conforme as lições de Grinover:

> "a doutrina configura a hipótese como uma espécie de direito do indivíduo ao controle de seu próprio telefone: assim, por exemplo, os familiares da pessoa

[18] Em uma acepção Carneluttiana, devemos falar em possibilidade ao invés de probabilidade quando há equivalência de argumentos e contra-argumentos que sustentam determinada hipótese. Ou seja, para um juízo de possibilidade, não é necessário o predomínio de razões favoráveis para validação de determinada hipótese. Entende-se que, como se trata de autorização para procedimento de obtenção de prova, que ainda será submetido a controle de validade conforme parâmetros legais, bem como a contraditório no curso do processo

> sequestrada, ou a vítima de estelionato, ou ainda aquele que sofre intromissões ilícitas e anônimas em sua vida privada"

Trata-se da forma de interceptação onde um dos interlocutores tem a ciência de que está sendo ouvido e ou gravado. Em que pese exista certa controvérsia doutrinária, a maioria dos juristas, bem como a jurisprudência dos tribunais superiores, já afirmaram que a escuta telefônica está tutelada pela Lei 9.296/96, posto que também composta do fator "*terzeità*". Possui, destarte, a mesma natureza cautelar que a interceptação em sentido estrito e submete-se aos mandamentos legais ora mencionados.

2.3.3 Captação ambiental: interceptação e escuta

Antigamente, vigorava no ordenamento brasileiro a Lei 10.217/01, que, ao alterar a Lei 9.034/1995, instituiu no país os procedimentos de captação ambiental, conforme literalidade do seu art. 2º, *verbis*:

> Art. 2º Em qualquer fase de persecução criminal são permitidos, sem prejuízo dos já previstos em lei, os seguintes procedimentos de investigação e formação de provas:
> IV – a captação e a interceptação ambiental de sinais eletromagnéticos, óticos ou acústicos, e o seu registro e análise, mediante circunstanciada autorização judicial.

Seguindo a lógica dos procedimentos idealizados para captar conversações telefônicas, a hipótese de interceptação ambiental, em sentido estrito, ocorre quando um sujeito externo à conversa capta seu conteúdo – seja por meio dos próprios sentidos, ou mediante utilização de aparelho gravador – sem o conhecimento dos interlocutores, ao se situar no mesmo ambiente que eles. De outro lado, em sentido amplo, é procedimento que também engloba as escutas telefônicas. Classifica-se como escuta telefônica também a interceptação da conversa entre pessoas presentes, contudo, há ciência e assentimento de um dos interlocutores para que o procedimento seja realizado.

Salienta-se que nesta classificação continua sendo identificado o fator "*terzeità*", conforme sugere a própria nomenclatura, contudo – e por óbvio – apenas não se enquadram na Lei 9.296/96, por não ter como objeto conversações realizadas através de aparelho telefônico. Destarte, não são procedimentos privativos da autoridade pública, ou mesmo submetidos aos requisitos delineados em tal diploma legislativo. Tratam-se de procedimentos, que não estão regulamentados no ordenamento jurídico nacional, em razão da pendência de criação de lei específica que o faça. Sua utilização em processos judiciais, portanto, diante da inércia do Poder Legislativo, provoca bastante polêmica entre os aplicadores do direito.

Observa-se, contudo, que a Lei n. 10.217/2001, modificadora da Lei. n. 9.034/95 não regulamenta verdadeiramente a interceptação de comunicações entre pessoas presentes, tão somente a prevê em sede infraconstitucional. Esperava-se, destarte, com o advento da Lei n. 12.850/2013 – que define organização criminosa e dispõe sobre a investigação criminal e os meios de obtenção da prova – cuja edição revogou a anterior, houvesse algum regramento neste sentido. Todavia, mantiveram-se praticamente inalteradas as disposições já previstas pelo diploma legislativo anterior, no que tange a captação ambiental. *Verbis*:

> Art. 3º. Em qualquer fase da persecução penal, serão permitidos, sem prejuízo de outros já previstos em lei, os seguintes meios de obtenção da prova:
> [...]
> II - captação ambiental de sinais eletromagnéticos, ópticos ou acústicos;

A única alteração que de fato salta aos olhos, consiste no silêncio da nova lei quanto à necessidade de autorização judicial para a realização das interceptações ambientais. Sobre o assunto, leciona o então ministro Gilmar Mendes:

> "não parece concebível afirmar que, com a nova lei, a autorização judicial passou a ser dispensável. Interpretação nesse sentido não se mostraria condizente com as garantias constitucionais inerentes à privacidade, cujo alcance há de ser aquilatado em consonância com os riscos decorrentes do indiscriminado uso de novas tecnologias invasivas".

Embora não se acredite que a autorização judicial, por si só, tem o condão de resguardar plenamente o direito à privacidade, a posição adotada pelo autor é a que guarda maior coerência com as diretrizes do ordenamento jurídico nacional. É a tese mais acolhida diante dos tribunais pátrios, e maioria da doutrina.

2.3.4 Natureza jurídica da prova audiovisual produzida

Dada a noção procedimental de cada uma das modalidades de interceptação previstas no ordenamento jurídico, cumpre estudar sua forma de incorporação ao processo. O diálogo interceptado, que é a fonte de prova, pode ser apresentado sob diversos meios: mídia audiovisual com a gravação, termo contendo a degravação do conteúdo e até mesmo testemunho do interceptador. Em se tratando, contudo, de operação técnica protagonizada por agentes públicos, sempre irá revestir-se de caráter documental.

Ao receber a prova, o magistrado deve realizar um juízo de admissibilidade, observando o cumprimento dos parâmetros legais pré-estabelecidos para sua execução, bem como eventuais lesões a direitos fundamentais *in concreto*. Caso bem sucedido, como toda

prova documental pré-constituída, deve ser submetida a contestação do réu. Caso ele não reconheça a voz gravada como sua, se faz indispensável a realização de perícia, por meio de exame denominado espectograma.

O valor probante da interceptação é questão a ser analisada durante o "momento probatório da sua valoração pelo juiz" (GRINOVER, p.148). É dizer, como todo e qualquer outro meio de prova, se recai diretamente sobre o fato a ser provado, é considerada direta, podendo inclusive embasar uma condenação. Contudo, caso recaia sobre questões diversas, porém pertinentes ao processo, deverá ser analisada como indiciária.

2.3. DA GRAVAÇÃO AMBIENTAL

2.3.1 Conceituação

A gravação ambiental, espinha dorsal do presente trabalho, é espécie do gênero das gravações clandestinas, juntamente com as chamadas gravações telefônicas ou clandestinas *stricto sensu*.

A característica geral que identifica o grupo das gravações clandestinas é justamente a ausência do fator "*terzeità*". Isso porque, nesta modalidade, a captação da conversa é efetuada diretamente por um dos interlocutores, sem o conhecimento do outro. Nas gravações clandestinas propriamente ditas, também chamadas gravações telefônicas, como o próprio nome sugere, o registro é feito a partir de conversação telefônica, enquanto nas gravações ambientais o registro é do diálogo entre pessoas presentes.

Nessa linha, leciona o professor Marcelo Novelino[19]:

> A gravação clandestina é aquela feita por um dos interlocutores sem o conhecimento dos demais, podendo ser telefônica, pessoal (realizada com um mini-gravador) ou ambiental (imagens captadas por uma câmera escondida).

Também com o mesmo pensamento, e agora centrando a análise na disciplina das gravações ambientais, Grinover as define como: "a captação clandestina de conversa, por terceiro ou por um dos interlocutores, no próprio ambiente em que ela se desenvolve"[20]. A grande controvérsia no que diz respeito às gravações ambientais, contudo, não está na sua conceituação, mas sim, nos seus critérios de admissibilidade.

---

[19] NOVELINO, Marcelo. Direito Constitucional. 2ª edição, São Paulo: Método, 2008, p. 273.
[20] Grinover, A.. **O Regime brasileiro das interceptações telefônicas**. Revista CEJ, América do Norte, 112 12 1997.

2.3.5 Critérios de Admissibilidade Doutrinários: restrições às captações de conversas entre pessoas presentes

Quando se fala em captação de conversações, necessariamente se traz a baila a tensão entre interesses opostos: de um lado, os direitos e garantias individuais, e de outro, a tutela da segurança pública e combate à impunidade. É dizer, na busca por fontes de prova para determinados fatos típicos, por meio da obtenção de provas audiovisuais – o que Claus Roxin denomina de "medidas coercitivas" – necessariamente se tem ingerências em direito fundamental do indivíduo. Assim, quando se buscam critérios de admissibilidade para a utilização destes meios de prova, se objetiva limitar o grau da lesão que irá ser causada em determinada garantia.

De acordo com Arantes Filho[21], "as exigências-limite para a restrição de comunicações entre presentes serem concretizadas são, em síntese, as seguintes: a reserva de lei, a reserva de jurisdição e a proporcionalidade". Se ultrapassados tais limites, a prova deve ser considerada ilícita, e consequentemente inadmitida no processo.

A reserva de lei é a chave para conferir legitimidade à restrição aos direitos fundamentais em berlinda. Decorrente do princípio da legalidade, positivado no art. 5º, *caput,* II e LIV da CF, assim como a anterioridade e taxatividade da norma processual penal, consiste na necessidade de lei que preveja as restrições. Sobre o assunto, contudo, alerta Benjamin Silva Rodrigues:

> "A ideia de reserva de lei, para a concretização dos direitos fundamentais e liberdades públicas não se basta com a existência de uma lei prévia, devendo a mesma ser suficiente para com isso permitir que o lesado, alvo da ingerência nas comunicações, goze de um mínimo de protecção legal no seu direito"

Tal exigência de legalidade deve ser observada a partir de dois prismas: a legalidade da prova, onde se analisará o cumprimento dos requisitos em lei estabelecidos para a obtenção de determinada fonte; e também a legalidade da própria restrição que a lei impõe, se muito invasiva ao direito individual protegido, ou não.

Disciplinada em lei a referida medida, é necessário o crivo da autoridade judicial para que se dê início a sua execução. A esse requisito se dá o nome de reserva de jurisdição. Funda-se na consagração do sistema acusatório pela Constituição Federal – tendo em vista que apenas uma autoridade imparcial e independente, com atribuição distinta daquela de investigar, tem a capacidade de conduzir o procedimento quando há conflito entre as

[21] ARANTES FILHO, Márcio Geraldo Britto. **A interceptação de comunicação...** op. cit. p.135

inviolabilidades e demandas investigativas – na garantia do devido processo legal (art. 5º, *caput*, LIV, CF/88), do acesso à justiça (art. 5º, XXX, CF/88) e do juiz natural (art. 5º, LIII, CF/88).

Como toda autorização judicial, deve ser motivada (art. 93, IX, CF/88). Na linha do que leciona Magalhães Gomes Filho, a fundamentação da decisão, para além de servir como ferramenta para demonstração de que o juiz aplicou validamente as normas legais restritivas, cumpriria as funções política e processual. Política, por significar instrumento de controle popular para a forma de exercício da função jurisdicional, e processual, por assegurar a efetividade da cognição judicial, a independência e imparcialidade do juiz, do contraditório, duplo grau de jurisdição e publicidade.

Especialmente neste provimento judicial, onde a defesa exerceria tão somente o controle sucessivo, já que não participa da fase de formação do juízo de admissibilidade da captação de conversa para que se conserve o fator surpresa típico do procedimento, devem estar expressas todas as razões fáticas e jurídicas, apreciadas sob parâmetros racionais e legais. Para além disso, como explicita Arantes Filho:

> deve constar a apresentação todos os requisitos da disciplina legal que propicie a restrição das comunicações, com a necessária referência a dados concretos que a eles se amoldem, para demonstração de que a medida é admissível

Soma-se ao conjunto de exigências a explicitação de qual o procedimento que será utilizado para a captação da conversa e sua duração. Todos esses fundamentos devem estar previstos no bojo da própria decisão de admissibilidade, e nunca complementadas por justificação presente em outros atos processuais – o que a doutrina denomina de motivação *per relationem* – sob pena de ilegalidade daquele meio de obtenção de prova.

Por fim, a última das exigências é a proporcionalidade, palavra mágica na concepção de grande parte dos juristas nacionais e estrangeiros. Por ser tema bastante complexo, será abordada em capitulo específico no presente trabalho. Contudo, desde logo, cumpre ressaltar que se trata de restrição que se opera em dois níveis distintos: tanto em análise da constitucionalidade da lei que traz a restrição, como na observância do procedimento correto para a obtenção da prova. Nas palavras de Maurício Zanoide de Morais:

> "o primeiro, destinado ao campo legislativo-abstrato, pelo qual o Judiciário verifica se a elaboração normativa apresentou justificação constitucional; e o segundo nível, relacionado com o campo concreto da aplicação e execução das leis pelo Judiciário e pelo Executivo, no caso específico."

Esse controle em nível legislativo-abstrato se dá mediante a verificação de existência das duas balizas anteriores (reserva de lei e jurisdição). No nível da aplicação concreta, contudo, deve-se examinar a adequação, necessidade, e proporcionalidade em sentido estrito.

Em apertada síntese, a adequação consiste na avaliação da capacidade que determinado meio possui para a consecução do fim almejado, isto é, se a partir de uma interceptação, escuta, ou gravação ambiental, é possível se identificar determinada fonte de prova. A necessidade, por sua vez, é critério que avalia se não há outro meio menos invasivo que permita o alcance do mesmo fim, ou seja, verifica-se se o procedimento é o único idôneo para o acesso à fonte. Por último, a proporcionalidade em sentido estrito expressa um juízo de ponderação, sopesamento, dos valores envolvidos, com a finalidade de se afirmar qual deve se sobressair no caso concreto, é dizer, mesmo que seja a captação ou gravação ambiental meio adequado e necessário para acessar a fonte de prova, deve prevalecer o interesse nela, ou mais vale resguardar eventual direito fundamental que está sendo maculado?

Neste espeque, todas as três restrições apresentadas por Arantes Filho apesar de se delinearem em conceitos bastante simples, trazem consigo alto grau de subjetividade no momento de transpô-las para o plano concreto. Destarte, a efetivação destas restrições pressupõe alto nível de debate, antes que possa se falar em admissão da prova audiovisual nos autos de determinado processo.

2.3.3. Regramento jurídico da gravação ambiental no Brasil

A Constituição Brasileira de 1988, muito embora pugne pela inadmissibilidade absoluta de qualquer meio de prova produzido de forma ilícita no bojo dos processos judiciais de qualquer natureza[22], conforme expressa seu art. 5º, LVI, permite exceção à regra da inviolabilidade do sigilo das comunicações telefônicas "por **ordem judicial**, nas hipóteses e **na forma que a 1ei estabelecer**, para fins de investigação criminal ou instrução processual penal" (destaques acrescidos), vide inciso XII do mesmo dispositivo. Assim fazendo, o constituinte não abre espaço para dúvidas de que buscou equilibrar os interesses de banir do processo as denominadas provas ilícitas e de dar mínimo substrato ao Estado para investigação de formas mais sofisticadas de criminalidade.

Contudo, tendo em vista que tal concessão, apesar de buscar maior efetividade do *jus puniendi*, obviamente se trata de medida que restringe direitos fundamentais, necessária se faz a existência de lei que regulamente a matéria, como já referido. Não apenas lei, mas também a

[22] Sobre o assunto: vide capitulo 3, item 3.2.x

submissão do caso concreto ao crivo da autoridade judicial, posto que a redação constitucional supramencionada é bastante clara na imposição destes dois requisitos.

Pois bem. Para início de debate, inexiste no ordenamento jurídico brasileiro qualquer lei que estabeleça em quais condições é lícito lançar mão da gravação ambiental, desde já maculando a restrição da reserva legal supramencionada. Assim, o único regramento sobre a matéria de fato positivado é a norma constitucional, que transborda generalidade e abstração.

O legislador, inclusive, abriu mão de grande oportunidade para regulamentar o assunto, com o arquivamento do PL 3.514/89. De autoria do Deputado Federal Miro Teixeira (que hoje em dia exerce seu 11º mandato na Câmara dos Deputados), como resultado dos estudos de Grupo de Trabalho formado pelo à época Deputado Michel Temer (atual Presidente da República), chegou a ser aprovado por maioria na Câmara, contudo, arquivado durante votação no Senado. Disciplinava todas as modalidades de violação do sigilo das comunicações, impondo critérios de admissibilidade, prazos e formas de incorporação ao processo.

Especificamente quando às gravações ambientais, o Projeto Miro Teixeira previa em seu art. 12:

> Art. 12 - Não se considera ilícita a gravação de conversa entre presentes feita por um dos interlocutores, quando se destinar à prova de um direito seu ameaçado ou violado.

Nota-se que, intencionava o legislador apenas flexibilizar o uso das gravações ambientais em reverência ao direito de defesa, brilhantemente, posto que é este o principal fruto do princípio da presunção de inocência, base do devido processo legal em um Estado Democrático de Direito como o Brasil. Contudo, como o projeto não foi adiante, não existe qualquer referência no ordenamento jurídico nacional quando a admissibilidade da gravação ambiental em processos judiciais.

Mesmo assim, em postura claramente ativista e ignorando o não cumprimento de um dos requisitos constitucionalmente imposto, hoje em dia é basicamente pacífico, por orientação do STF, que a gravação ambiental pode ser utilizada em processos judiciais em determinadas circunstâncias. Por óbvio, e em homenagem ao princípio da inafastabilidade da jurisdição, é inegável que o juiz não pode escusar-se da apreciação de qualquer lesão ou ameaça de lesão ao direito com base na inexistência de lei. Contudo, este espaço de criatividade judicial, decorrente da própria imprevisibilidade do completo acervo de situações da vida, deve estar intimamente conectado com as noções políticas, sociais e históricas da

sociedade onde ele exerce sua jurisdição, e não a sua própria convicção. É como define o professor Lênio Streck[23]: "o ativismo é um problema de comportamento, em que o juiz substitui os juízos políticos e morais pelos seus, a partir de sua subjetividade".

Ora, o Brasil adota um regime democrático tripartite, onde cada poder tem uma função primaz: executiva (ou administrativa), legislativa (ou normativa) e jurisdicional (ou judicial). Dentre estas duas últimas, que são as que mais interessam a esta discussão, temos como principal diferença o olhar dado sobre determinada situação: enquanto a função legislativa exige um olhar prospectivo e abstrato, prevendo questões que podem vir a acontecer no seio social, a função jurisdicional adota olhar imediato ou retrospectivo e concreto, para tutelar situações que já ocorreram ou estão na iminência de ocorrer. A primeira é típica do Poder Legislativo, enquanto a segunda é típica do Poder Judiciário. Estranhamente, o que se observa na tutela das gravações ambientais pelo STF é a fixação de uma tese abstrata de admissibilidade para determinadas circunstâncias[24], que se altera de acordo com a conveniência do cenário atual. Assim, recorre-se mais uma vez a Streck[25]:

> Com efeito, parece não haver dúvidas de que o STF vem julgando por argumentos de políticas e não por princípios (o que, por si, já demonstra um elevado grau de ativismo da Suprema Corte). Na verdade, ele atende aos vários segmentos, numa espécie de "presidencialismo de coalizão judicial"

O outro critério constitucional constitucionalmente estabelecido, seria a autorização judicial. Sobre este aspecto, o entendimento da Corte Constitucional varia de acordo com a forma de violação do sigilo, considerando a captação de conversas entre presentes: se por interceptação/escuta, ou se mediante gravação. Entende o STF que, não havendo autorização judicial prévia, é inconstitucional a realização de interceptação ambiental, já que a presença do fator "*terzeità"* daria ensejo a violações ao art. 5º, incisos X, XII e LVI da Carta Magna. Todavia, o mesmo Tribunal intui que tal proteção não abrange as gravações clandestinas (ambientais e telefônicas). Veja-se um exemplo:

> PROVA. Criminal. Conversa telefônica. Gravação clandestina, feita por um dos interlocutores, sem conhecimento do outro. Juntada da transcrição em inquérito policial, onde o interlocutor requerente era investigado ou tido por suspeito. Admissibilidade. Fonte lícita de prova. Inexistência de interceptação, objeto de vedação constitucional. Ausência de causa legal de sigilo ou de reserva da conversação. Meio, ademais, de prova da alegada inocência de quem a gravou.

---

[23] STRECK, Lenio Luiz. **O que é isto, o ativismo judicial, em números?** Artigo publicado originalmente na revista Consultor Jurídico, edição 26/10/2013. In. < http://www.osconstitucionalistas.com.br/o-que-e-isto-o-ativismo-judicial-em-numeros > Acesso em: 10.02.2018

[24] Nota explicativa com a pesquisa daquele cara.

[25] STRECK, Lenio Luiz. **O que é isto, o ativismo judicial, em números?** Artigo publicado originalmente na revista Consultor Jurídico, edição 26/10/2013. In. < http://www.osconstitucionalistas.com.br/o-que-e-isto-o-ativismo-judicial-em-numeros > Acesso em: 10.02.2018

> Improvimento ao recurso. Inexistência de ofensa ao art. 5o, incs. X, XII e LVI, da CF. Precedentes. Como gravação meramente clandestina, que se não confunde com interceptação, objeto de vedação constitucional, é licita a prova consistente no teor de gravação de conversa telefônica realizada por um dos interlocutores, sem conhecimento do outro, se não há causa legal específica de sigilo nem de reserva da conversação, sobretudo quando se predestine a fazer prova, em juízo ou inquérito, a favor de quem a gravou. (RE 402717, Rel. Min. CEZAR PELUSO, Segunda Turma, DJE 13/02/2009)

Trata-se de entendimento semelhante àquele adotado pela jurisprudência da Suprema Corte dos Estados Unidos, como demonstra o julgamento de "On Lee v. U.S.", de 1952, leading case a respeito do tema, o Tribunal entendeu que "*the party being recorded was speaking voluntarily and directy to the person doing the recording and thereby ran the risk that what he was saying would be repeated, or testified to in court*"[26]. Contudo, questiona-se: será mesmo que a parte teria falado voluntariamente caso soubesse que suas palavras podiam ser usadas contra si em eventual processo? O testemunho do ouvinte – considerando as hipóteses de contradita ou mesmo de contradição do depoimento em peça de defesa – teria igual peso para formação da convicção de um tribunal que a voz do próprio acusado narrando certo fato?

Não se considera razoável impor às pessoas que, em todos os diálogos particulares que mantêm, estejam atentas e precavidas para a hipótese de que o seu interlocutor estar gravando a conversa. A vida privada e as relações interpessoais se tornariam um permanente estado de tensão.

Ademais, como explica Márcio Geraldo Britto Arantes Filho[27], as comunicações são tuteladas constitucionalmente, a partir da liberdade de comunicação, isto é, da faculdade que todo ser humano tem de se comunicar ou não se comunicar; bem como através da inviolabilidade do sigilo de comunicações, que assegura o segredo do seu conteúdo. Então, é mandamento geral, e hierarquicamente superior, o direito do indivíduo ter resguardadas suas conversações diante de terceiros, que não compõem o quadro de destinatários que ele mesmo escolheu para expressar determinado pensamento.

Portanto, eventual causa legal específica de sigilo tão somente reforça essa condição de privacidade para determinadas situações consideradas pelo legislador como merecedoras de destaque (como as relações médico-paciente, defensor-cliente, jornalista-fonte), mas não

---

[26] Em livre tradução: "A parte que estava sendo registrada estava falando voluntariamente e direcionando a pessoa fazendo a gravação e correu o risco de que o que ele estava dizendo fosse repetido ou testemunhado no tribunal". Extraído de AVOLIO, Luiz Francisco Torquato. **Provas ilícitas: Interceptações telefônicas, ambientais e gravações clandestinas.** 6 ed. rev. atual. e amp. São Paulo: Editora Revistas dos Tribunais, 2015, p. 102/103

[27] Márcio Geraldo Britto Arantes Filho. P. 98

excluem a proteção maior e universal concedida com a Carta Magna de 88. Do mesmo modo, o constituinte não valora o conteúdo daquilo que fora conversado, para então dizer se a conversa é íntima e está protegida (reserva de conversação). Ao contrário, fere a própria lógica permitir que se viole o sigilo da comunicação, para que então, conhecendo o conteúdo do diálogo, passe-se a valorar se ele é digno de proteção, ou não.

Nesse espeque, observa-se que sequer os elementos básicos para a admissão da utilização da gravação ambiental em processos judiciais (aqueles constitucionalmente previstos para mitigação do sigilo das comunicações: reserva de lei e reserva de jurisdição, e consequentemente a proporcionalidade em seus aspectos legislativo-abstrato e de aplicação concreta), vem sendo observados no Brasil. Contudo, tal fato não é óbice para sua utilização nos tribunais de todo o país.

2.3.6 Informativo 568 do Supremo Tribunal Federal: breve análise do caso de repercussão geral por questão ordinária no Recurso Extraordinário 583.937/RJ.

Considerando que o Brasil não adota como sistema valorativo da prova o livre convencimento do juiz, mas apenas o livre convencimento motivado, cumpre estudar brevemente ao menos quais são os fundamentos utilizados para afastar a incidência da ilicitude da prova obtida a partir de gravação ambiental.

No ano de 2009, a partir do *leading case* RE 583.937/RJ, sob a relatoria do ministro Cézar Peluzzo, o Tribunal, por maioria, reafirmou a jurisprudência da Corte acerca da admissibilidade do uso, como meio de prova, de gravação ambiental realizada por um dos interlocutores, vencido o voto do min. Marco Aurélio, que desprovia o recurso.

Transcreve-se, assim, o conteúdo do voto, para melhor análise:

3. DO PROCESSO PENAL ELEITORAL: PRINCÍPIOS E REGRAS

3.1. ASPECTOS GERAIS SOBRE CRIMES ELEITORAIS

De todos os tribunais do país, sem embargos, o que produz terreno mais inóspito para sediar uma discussão sobre admissibilidade das gravações é o Tribunal Superior Eleitoral. Se na justiça penal comum já temos como titular do *Jus Puniendi* o Poder Público, nesta seara da Justiça, onde sequer existe a possibilidade de mover uma ação privada, mesmo nos crimes de injúria, calúnia e difamação (arts. 324, 325 e 326, CE).

Neste espeque, nem mesmo temos como complicador o fato de o interlocutor que capta a conversa se apresentar como vítima de uma ação criminosa, posto que os sujeitos passivos desses crimes são sempre o Estado imediatamente, e apenas de forma mediata a coletividade, os partidos políticos, candidatos e eleitores. É o Estado, portanto, o principal interessado em investigar e processar eventuais infrações dessa natureza. Destarte, no mais das vezes, a parte que realiza a gravação é tão somente um provocador da conduta ilícita, com interesses moralmente reprováveis ou ardis, para alterar determinado resultado do pleito eleitoral.

Mas o que são crimes eleitorais? De acordo com René Ariel Dotti[28], "é todo crime que ofende a liberdade do voto direto e secreto como exercício da soberania popular". Ou seja, busca-se combater a ofensa ao que é núcleo central de toda democracia: o poder de sufrágio.

Em versão mais ampla, leciona o professor Leonardo Medeiros:

> "Materialmente, temos que o crime eleitoral é a violação ou exposição a perigo da Administração Eleitoral, da fé pública eleitoral, da propaganda eleitoral, dos partidos políticos, e do sufrágio. Formalmente, o crime eleitoral é o resultado de toda ação ou omissão reprovável prevista e descrita nas Leis Eleitorais — exigência do princípio liberal da legalidade penal: *nullun crimen nulla poena sine lege*. Isto posto, somente são crimes os comportamentos perfeitamente enquadráveis em uma das hipóteses criminosas consignadas nos tipos penais da lei eleitoral"

A despeito da localização destes crimes no ordenamento jurídico nacional, coaduna-se com o Professor Fávila Ribeiro[29]: "os crimes eleitorais não ficaram incluídos na codificação penal comum, aparecendo em capítulo do Código Eleitoral e de leis esparsas

---

[28] DOTTI, René Ariel. **Reforma Eleitoral. Delitos Eleitorais e prestação de contas. Propostas do TSE.** Secretaria de Documentação e Informação: Brasília, 2005. p. 32.
[29] RIBEIRO, Fávila. **Direito Eleitoral**. 5ª ed. Forense: Rio de Janeiro, 2000. p. 617.

posteriormente editadas", sem prejuízo da aplicação subsidiária ou supletiva do Código Penal naquilo em que for compatível com as normas especiais, conforme expõe o art. 364 do próprio código. Também há condutas criminosas descritas na LC 64/90 (art. 25), bem como na Lei n°. 6.091/74 (art. 11) e na Lei n°. 9.504/97 (Lei das Eleições), mas a principal fonte para essa matéria, permanece sendo o CE.

Nesse ínterim, dedicam-se os arts. 355 à 364 da referida codificação à tutela do procedimento utilizado para a apuração de eventuais infrações enquadradas neste tipo de criminalidade, enquanto os arts. 289 a 354, definem os crimes em espécie.

Quanto a natureza jurídica, tais infrações são intrinsecamente classificadas como crimes políticos, ao menos de acordo com a doutrina majoritária. São, por assim dizer, espécies daquele gênero, ao lado dos chamados crimes contra a segurança nacional. Tal natureza jurídica de crime político deriva tanto do conteúdo do bem jurídico que lesa ou expõe a perigo, que é a ordem política e social do Estado, como da sua própria conceituação. Isso porque, de acordo com Nelson Hungria[30], consistem em "infrações, penalmente sancionadas, que dizem respeito às várias e diversas fases de formação do eleitorado e processo eleitoral", e, como tais, possuem como polo débil algum representante do quadro administrativo e/ou legislativo. É de interesse político do Estado Democrático de Direito, portanto, tutelar a lisura do pleito eleitoral e moralidade dos seus funcionários.

Ao contrário dos demais crimes políticos, contudo, por determinação expressa do constituinte de 88, estão submetidos a processamento e julgamento de competência da Justiça eleitoral, *verbis*:

> Art. 109. Aos juízes federais compete processar e julgar:
> IV - os crimes políticos e as infrações penais praticadas em detrimento de bens, serviços ou interesse da União ou de suas entidades autárquicas ou empresas públicas, excluídas as contravenções e ressalvada a competência da Justiça Militar e da Justiça Eleitoral;

Para além da classificação ora mencionada, notoriedade tem o fato de o Supremo Tribunal Federal já ter sido instado a se manifestar, quando no julgamento do conflito de competência n. 6971/91 DF, para declarar que os crimes eleitorais devem ser considerados crimes comuns, e não de responsabilidade. Destarte, em que pese guardem certa similaridade de conteúdo, não são submetidos ao julgamento pelo Poder Legislativo[31] com consequente

[30] HUNGRIA, Nelson. Comentários ao Código Penal, 4ªed., Rio de Janeiro: Forense, 1958, p. 289.

[31] Exceto na hipótese de crimes cometidos por governadores de estado, cujo processamento e julgamento compete a um Tribunal Especial, composto de cinco membros do Legislativo (eleitos pela Assembleia Legislativa) e de cinco desembargadores do Tribunal de Justiça (mediante sorteio), sob a presidência do

imposição de sanções políticas em hipótese de condenação. Isso porque, todo crime de responsabilidade deve estar prévia e expressamente definido na legislação como tal.

Cabe exclusivamente aos juízes eleitorais, portanto, a porção de jurisdição destinada ao exame de casos concretos cujo objeto principal venha a ser alguma infração de natureza penal eleitoral, e de todos os crimes que lhes sejam conexos. Excepcionadas estão somente as polêmicas questões onde se evoca a prerrogativa de função, pelas quais a competência é deslocada para o STF, STJ ou TRE, dependendo do cargo ocupado pela autoridade processada, por força de entendimento pretoriano consubstanciado nas resoluções n. 16.142/89 e 16.144/89, ambas do TSE. Entretanto, por força da natureza também de crime comum, mantém-se sempre no âmbito do Poder Judiciário.

3.2. DA SANÇÃO PENAL ELEITORAL

Como ocorre em todo crime, as condutas típicas eleitorais são apenadas mediante sanções, sendo estas as penas restritivas de liberdade ou pecuniárias, além da imposição de outras reprimendas penais adequadas a esse tipo de criminalidade: a perda do registro de candidatura e a suspensão das atividades eleitorais. Assim, todo e qualquer processo penal eleitoral deve ser conduzido com a observância dos direitos e garantias dadas ao réu, típicos do sistema penal comum, tendo em vista que a possibilidade de condenação inegavelmente expõe ao risco de lesão a própria dignidade da pessoa humana.

Há de se ressaltar, contudo, que a cominação de pena pelo legislador eleitoral segue parâmetros distintos daqueles adotados pelo Código Penal. Isso porque, não há obrigatoriedade de declaração expressa do mínimo da quantidade de pena que poderá ser aplicada face a determinada infração. O referido diploma normativo determina, em seu art. 284, que na ausência tácita da cominação, ela será “de 15 dias para a pena de detenção e de 01 ano para a de reclusão”.

Ademais, o Código Eleitoral também dispõe sobre o *quantum* que agrava ou atenua a pena, conforme redação do artigo 285, *verbis*:

> “Art. 285. Quando a lei determina a agravação ou atenuação da pena sem mencionar o "quantum", deve o juiz fixá-lo entre um quinto e um terço, guardados os limites da pena cominada ao crime.”

Presidente do Tribunal de Justiça local, que terá direito de voto no caso de empate, conforme imposição da Lei n. 1.079/50

Existem infrações eleitorais que são punidas tão somente mediante sanção pecuniária, como é o caso da improbidade (descrita nos arts. 292, 303, 304, 306, 313, 338 e 345, CE). Destarte, o mesmo diploma normativo estipula regras básicas para o cálculo de multa, cujo "montante é, no mínimo de 1 (um) dia-multa e, no máximo, 300 (trezentos) dias-multa" – art. 286. O mesmo artigo também ressalta uma diferença importante da multa aplicada na justiça penal comum: a destinação dos fundos arrecadados segue para os cofres do Tesouro Nacional, e não para o Fundo Penitenciário.

Por fim, o art. 287 do CE, por determinar que "aplicam-se aos fatos incriminados nesta lei as regras gerais do Código Penal", não deixa dúvidas quanto à possibilidade de aplicação de penas substitutivas, transações penais, e demais formas de manejo da pena previstas naquela codificação.

3.3. DO RITO PROCESSUAL PENAL ELEITORAL

O processo penal eleitoral tem rito procedimental específico, que o legislador no corpo do CE denominou de "Processo das Infrações". Aplica-se para todo e qualquer crime eleitoral e aos que lhe forem conexos, independentemente da instância onde tramitará o processo, com a observância dos respectivos regimentos internos, quando se fala em ação deflagrada em tribunal e, por fim, as normas presentes no Código de Processo Penal.

Contudo, assim como no processo penal comum, a ação penal em vias eleitorais pode ser precedida de inquérito policial. Sobre o assunto, em dezembro de 2013 o TSE expediu a Resolução n. 23.396/13, cujo objeto é definido como "apuração dos crimes eleitorais e a instauração do inquérito policial eleitoral".

Como a Justiça Eleitoral é um ramo da Justiça Federal, é a Polícia Federal que dará andamento aos inquéritos eleitorais. Conforme expõe o artigo 3º da referida resolução, qualquer pessoa que tiver conhecimento da existência de infração penal eleitoral deverá, verbalmente ou por escrito, comunicá-la ao juiz eleitoral. À tal comunicação, se dá o nome de noticia-crime eleitoral. Após recebida, o juiz eleitoral a encaminhará ao Ministério Público Eleitoral para processamento ou, caso necessário, à polícia federal, acompanhada de despacho com requisição para instauração do inquérito policial. Caso o cidadão comum informe sua suspeita de crime à autoridade policial, ela deverá promover imediata comunicação ao juiz

eleitoral, sem prejuízo da possibilidade adoção das medidas acautelatórias previstas no art. 6°, CPP[32], caso necessário seja.

Destaca-se que, o inquérito policial só pode ser instaurado se o delegado estiver munido dessa requisição do juiz eleitoral. Neste aspecto, questão controversa surgiu em relação a um possível atrofiamento da competência do Ministério Público, que sob a égide da Res. n. 23.363/11, que abordava o tema antes da edição da nova resolução em 2013, afastou seu poder de elaborar tal requerimento. No ato da aprovação, a maioria do pleno do TSE, entendeu que somente a Justiça Eleitoral teria legitimidade para pedir a instauração do inquérito, posto que única titular do poder de polícia eleitoral. Em 21 de maio de 2014, contudo, o STF, em decisão cautelar na ADI n°. 5104, suspendeu a eficácia do art. 80 da Res. TSE n°. 23.396/13, e reestabeleceu a prerrogativa do Ministério Público que havia sido usurpada

Em caso de flagrante delito, a prisão será efetuada aos moldes do código processual penal, com imediata comunicação às pessoas indicadas no art. 306[33] desse diploma normativo, apresentação do preso ao juiz eleitoral, lavratura do auto de prisão em flagrante, e então decretação da liberdade provisória (com ou sem medidas cautelares), ou conversão da prisão em preventiva.

Em que pese não seja do costume do Direito Eleitoral a realização de audiências de custódia, nada impede sua realização. Inclusive, o ato previsto no art. 236 §2º, destinado aos cidadãos que sejam presos no período entre 5 (cinco) dias antes e até 48 (quarenta e oito) horas após o encerramento da eleição, muito se assemelha ao que se tem hoje como audiência de custódia:

---

[32] **Art. 6º.** Logo que tiver conhecimento da prática da infração penal, a autoridade policial deverá: I - dirigir-se ao local, providenciando para que não se alterem o estado e conservação das coisas, até a chegada dos peritos criminais; II - apreender os objetos que tiverem relação com o fato, após liberados pelos peritos criminais; III - colher todas as provas que servirem para o esclarecimento do fato e suas circunstâncias; IV - ouvir o ofendido; V - ouvir o indiciado, com observância, no que for aplicável, do disposto no Capítulo III do Título VII, deste Livro, devendo o respectivo termo ser assinado por duas testemunhas que lhe tenham ouvido a leitura; VI - proceder a reconhecimento de pessoas e coisas e a acareações; VII - determinar, se for caso, que se proceda a exame de corpo de delito e a quaisquer outras perícias; VIII - ordenar a identificação do indiciado pelo processo datiloscópico, se possível, e fazer juntar aos autos sua folha de antecedentes; IX - averiguar a vida pregressa do indiciado, sob o ponto de vista individual, familiar e social, sua condição econômica, sua atitude e estado de ânimo antes e depois do crime e durante ele, e quaisquer outros elementos que contribuírem para a apreciação do seu temperamento e caráter. X - colher informações sobre a existência de filhos, respectivas idades e se possuem alguma deficiência e o nome e o contato de eventual responsável pelos cuidados dos filhos, indicado pela pessoa presa.

[33] **Art. 306.** A prisão de qualquer pessoa e o local onde se encontre serão comunicados imediatamente ao juiz competente, ao Ministério Público e à família do preso ou à pessoa por ele indicada.

> Art. 236. Nenhuma autoridade poderá, desde 5 (cinco) dias antes e até 48 (quarenta e oito) horas depois do encerramento da eleição, prender ou deter qualquer eleitor, salvo em flagrante delito ou em virtude de sentença criminal condenatória por crime inafiançável, ou, ainda, por desrespeito a salvo-conduto.
> §2º Ocorrendo qualquer prisão o preso será imediatamente conduzido à presença do juiz que, se verificar a ilegalidade da detenção, a relaxará e promoverá a responsabilidade do coator

Caso a infração seja de menor potencial ofensivo, a autoridade policial elaborará termo circunstanciado de ocorrência (TCO) e providenciará seu encaminhamento ao Juiz Eleitoral, aos moldes da Lei 9.099/95.

Por fim, o inquérito policial deve ser encerrado com relatório da autoridade policial e encaminhado ao juiz eleitoral no prazo de 10 (dez) dias, contado o prazo a partir do dia em que se executar a ordem de prisão, se o indiciado tiver sido preso em flagrante ou preventivamente, ou em até 30 (trinta) dias, se o indiciado estiver solto. Nada impede que o delegado requeira devolução dos autos para a realização de mais diligências, em novo prazo a ser assinalado pelo juiz. Após, os autos são encaminhados ao Ministério Público Eleitoral para elaboração da denúncia, entretanto, o referido órgão também tem o direito de requerer mais diligências à autoridade policial, ou requisita-las diretamente a qualquer autoridade ou funcionário que possa fornecê-las.

Pois bem. Oferecida e recebida a denúncia, o acusado será citado para, querendo, contestar em 10 dias. Neste mesmo prazo, também lhe é facultado a requisição de diligências, juntada de documentos e rol de testemunhas. Ato contínuo, será agendada audiência de instrução para oitiva das testemunhas arroladas. Antigamente, não existia interrogatório, contudo, a partir da edição da Lei 10.792/03, passou-se a adotar também este procedimento nas audiências eleitorais. Após, abre-se vista à acusação e à defesa, por prazos sucessivos de 05 (cinco) dias, para oferecimento das alegações finais. Ao final, serão os autos conclusos ao Magistrado, para proferir sentença em 10 dias, em homenagem ao princípio da celeridade.

Das decisões finais de condenação ou absolvição é cabível recurso para o Tribunal Regional (caso não se trate de autoridade com privilégio de foro, já que nesses casos a competência recursal varia de acordo com o cargo investido), a ser interposto no prazo de 10 (dez) dias. Em caso de condenação em segunda instância, contudo, os autos são encaminhados diretamente ao juiz eleitoral para a execução da sentença, no prazo de 5 (cinco) dias, contados a partir da ciência do MPE nos autos. Eventual recurso para o TSE é cabível, desde que o objeto de irresignação do recorrente encontre subsunção a alguma das modalidades de recurso para este órgão legalmente previstas. Em geral, as decisões do Tribunal Superior Eleitoral são

irrecorríveis à exceção apenas àquelas que se mostrarem frontalmente contrárias à Constituição e às denegatórias de Habeas Corpus e Mandado de Segurança (§3º do art. 121 da CF).

3.4. DA PROVA NO PROCESSO PENAL ELEITORAL

3.4.1. Conceito e Função da Prova

Como é perceptível diante da descrição realizada nos tópicos anteriores o rito processual para a apuração dos crimes eleitorais, apesar de possuir determinadas peculiaridades, é indissociável da sua natureza processual penal. Assim sendo, como bem ensina Aury Lopes Jr.[34], se trata de um fenômeno com olhar retrospectivo, porque visa à reconstrução aproximada de um fato passado, qual seja, a suposta atividade criminosa. Dentro dessa lógica, a atividade probatória é o meio pelo qual se irá desempenhar tal reconstituição. Define o eminente doutrinador[35]:

> "É a prova que permite a atividade recognoscitiva do juiz em relação ao fato histórico (*story of the case*) narrado na peça acusatória. O processo penal e a prova nele admitida integram o que se poderia chamar de modos de construção do convencimento do julgador, que formará sua convicção e legitimará o poder contido na sentença."

Eugenio Florian[36], em concepção semelhante, define o ato de provar como sendo: "fornecer ao processo o conhecimento de qualquer fato, de maneira que se adquira para si ou se engendre em outros a convicção da existência ou verdade desse fato".

Pois bem. Ainda de acordo com Aury, tem-se que a primeira função da prova é essencialmente persuasiva, isto é, de dar credibilidade a versão aventada por uma das partes, para que o julgador forme seu o convencimento naquele sentido. Além disso, citando Tarrufo, aponta uma função secundária da prova, de caráter político, como forma de controle social:

> "além da função persuasiva em relação ao julgador, as provas servem para "fazer crer" que o processo penal determina a "verdade" dos fatos, porque é útil que os cidadãos assim o pensem, ainda que na realidade isso não suceda, e quiçá precisamente, porque na realidade essa tal verdade não pode ser obtida, é que precisamos reforçar essa crença."

---

[34] LOPES JR., Aury. **Direito processual penal** – 11. ed. – São Paulo: Saraiva, 2014.1. Processo penal – Brasil I. Título. II. ISBN 978-85-02-22158-1. P.390
[35] Idem. P.390
[36] FLORIAN, Eugenio. De las pruebas penales. Trad. Jorge Guerrero. 3. ed. Bogotá: Temis, 1982, t. I, p. 44.

Assim, é possível inferir que o elemento probatório tem em das suas faces uma resposta à sociedade, sociedade esta que, conforme referido anteriormente, atravessa sua crise da justiça: um amalgama de descrença nas instituições públicas e irresignação com a escandalosa impunidade dos infratores. Considerando tal função política, há que se ponderar se realmente um afrouxamento nos critérios de admissibilidade para certos meios de prova – especialmente aquelas audiovisuais, que são comumente utilizadas na repressão de uma criminalidade específica – está a serviço da democracia, ou de uma espécie de "populismo jurídico"[37].

Ademais, conforme reiteradamente debatido na doutrina penal, o princípio da verdade real nada mais é do que uma figura mitológica. É impossível que o juiz, em sua atividade cognitiva, consiga acessar o fidedignamente conteúdo dos fatos conforme ocorreram no seu lapso temporal histórico. É como arremata Liebman[38]:

> "por maior que possa ser o escrúpulo colocado na procura da verdade e copioso e relevante o material probatório disponível, o resultado ao qual o juiz poderá chegar conservará, sempre, um valor essencialmente relativo: estamos no terreno da convicção subjetiva, da certeza meramente psicológica, não da certeza lógica, daí tratar-se sempre de um juízo de probabilidade, ainda que muito alta, de verossimilhança (como é próprio a todos os juízos históricos)"

3.4.2. Admissibilidade

No Brasil, a admissibilidade de um suporte probatório está diretamente relacionada com sua licitude. De acordo com Grinover[39], cuja obra é percursora no que tange a este tema no país, são consideradas como ilícitas aqueles elementos de prova obtidos com violação à regra de direito material. A inadmissibilidade funcionaria como sanção a ser aplicada em face da ilicitude.

O Código de Processo Penal positiva tal entendimento em seu art. 157, *verbis*:

> Art. 157. São inadmissíveis, devendo ser desentranhadas do processo, as provas ilícitas, assim entendidas as obtidas em violação a normas constitucionais ou legais

---

[37] Expressão cunhada por Luigi Ferrajoli, ao palestrar ao lado dos advogados do ex-presidente Lula no Parlamento italiano da capital, Roma, no mês de abril. Na oportunidade, o eminente jurista italiano declarou que o constitucionalismo brasileiro é um dos mais avançados do mundo, contudo falhou em não impedir o crescimento da onda de populismo jurídico crescente no país que tanto impulsionou a Operação Lava Jato. Em suas próprias palavras: "A espetacularização do processo, o fato do juiz Sérgio Moro ou do Ministério Público ir à televisão para falar deste processo, promover coletivas de imprensa e acusações externas a série documental do processo do investigado. Isso tudo constitui, em outras palavras, na criação da figura do inimigo". Conteúdo extraído de < http://justificando.cartacapital.com.br/2017/04/19/luigi-ferrajoli-jurista-de-reputacao-mundial-condena-abusos-da-lava-jato-em-palestra/ >. Acesso em: 08.02.2016

[38] Apud. GRECO FILHO, Vicente. **Manual de processo penal** – 9. ed. rev. e atual. – São Paulo : Saraiva, 2012. P. 433

[39] GRINOVER, Ada Pellegrini. **Liberdades públicas e processo penal: as interceptações telefônicas.** 2. ed. São Paulo: RT, 1982, p. 96-99.

A outra espécie de prova vedada pelo ordenamento jurídico brasileiro são as chamadas provas ilegítimas, cuja obtenção é feita com inobservância de leis processuais e a sanção a ser aplicada diante de tal inobservância seria a nulidade.

3.4.2.1. Proibição da prova ilícita

Não é de difícil percepção que o direito brasileiro fez a opção pela vedação da utilização de provas ilícitas no bojo de processos judiciais. Com efeito, o art. 5º da CF, em seu inciso LVI, expressamente dispõe que "são inadmissíveis, no processo, as provas obtidas por meios ilícitos".

De acordo com Magalhães Gomes Filho, as vedações de utilização de provas podem ter duas espécies de fundamentos: processual ou extraprocessual. Na primeira hipótese, tem-se como finalidade da proibição a exclusão de qualquer a possibilidade de contato do julgador com provas cujo vício possa comprometer a veracidade da informação. É exemplo da adoção dessa acepção pelo legislador brasileiro o art. 158 do CPP, o qual impõe a necessidade de exame de corpo delito – prova pericial essencialmente técnica – para comprovar a materialidade de infrações que deixam vestígios, já que a confissão do acusado não se reveste da robustez necessária para ao menos minimizar o risco comprometimento da informação.

De outro lado, a vedação se funda em aspecto extraprocessual quando assume como função precípua a proteção de outro bem jurídico externo ao processo. É exemplo o privilégio dado aos advogados, jornalistas, médicos e psicólogos quando se dispensa a obrigatoriedade de testemunhar, em homenagem à proteção da integridade das relações que travam com seus clientes/pacientes/fontes.

Destarte, não se fala aqui em uma sanção a ser aplicada em face da veracidade do que exprime a prova: mesmo que os fatos revelados por aquele objeto realmente tenham acontecido, ele não poderá ser admitido nos autos. Isso porque, o sistema constitucional opta pela adoção de um sistema que respeite as garantias fundamentais do indivíduo, em detrimento de uma utópica busca pela verdade real dos fatos trazidos a baila no processo, sem prejuízo da busca por uma verdade processual, ou seja, de qual versão ali contada possui maior robustez para formar o convencimento do magistrado. É a concretização da máxima voltairiana de que "Mais vale arriscarmo-nos a salvar um culpado do que a condenar um inocente".

É de ordem, portanto, que toda prova obtida em violação à lei de direito material seja descartada do processo. Entretanto, nos diversos ordenamentos jurídicos nacionais, observa-se há a possibilidade de exceção da ordem pré-estabelecida. Em que pese haja divergência doutrinária sobre a natureza da norma prevista no art. 5º, LVI, CF, adota-se a concepção de que ela possui natureza principiológica, nos termos da Teoria dos Direitos Fundamentais de Robert Alexy. Isso porque, se sujeita à ponderação de interesses quando em conflito com aqueles de status jurídico-normativo equivalente ao seu.

Mas qual seria a finalidade desta proibição? Para responder a este questionamento, Thiago André Pierobom de Ávila[40] elenca três fundamentos principais: proteção dos direitos fundamentais (efeito dissuasório), dimensão equitativa do processo (proteção à igualdade processual) e eticidade do processo (integridade judicial em sentido estrito).

Quando se fala em efeito dissuasório, se fala em democracia. Conforme cediço, a promulgação da Constituição Federal de 1988 sucedeu um período ditatorial militar demarcado pelo abuso de poder em favor de interesses pessoais dos governantes. Tal sistema traduzia-se num conglomerado de torturas, prisões ilegais, execuções sumárias, violações à vida privada, dentre outros abusos inadmissíveis aos direitos fundamentais da pessoa humana. Destarte, quando o poder constituinte impõe a inviolabilidade para tais direitos, procura "arraigar o sentimento de obrigatoriedade de obediência aos mandamentos constitucionais e criar uma nova cultura jurídica democrática" (ÁVILA, p.113).

Assim, a primeira finalidade da proibição da prova ilícita tem um olhar prospectivo: para dissuadir o investigador de utilizar de meios invasivos aos direitos fundamentais para a obtenção de provas. Isso porque, se a prova obtida por meios pouco nobre não terá serventia alguma, preferível é sequer dispender energia tentando acessá-la. Essa teoria tem lugar cativo nos Estados Unidos, sob a denominação de "*deterrent effect of policial misconduct*[41]", cuja sedimentação jurisprudencial ocorreu na decisão do precedente *Elkins v. United States* (1960). No bojo da decisão a Suprema Corte Norte Americana[42] afirmou o seguinte:

> "a regra está calculada para evitar, não para reparar. Seu propósito é dissuadir – impor respeito pela garantia constitucional da única maneira efetivamente disponível – mediante a remoção do incentivo para ignorá-la"

---

[40] ÁVILA, Thiago André Pierobom de. **Provas Ilícitas e Proporcionalidade**. 1ª ed. Lúmen Juris, Rio de Janeiro, 2007, p.112

[41] Tradução livre: efeito dissuasivo da má conduta policial

[42] ESTADOS UNIDOS. Suprema Corte. **Elkins v. United States**, 364 U.S. 206 (1960), p. 206, *apud* ÁVILA, Thiago André Pierobom de. **Provas Ilícitas e Proporcionalidade**. 1ª ed. Lúmen Juris, Rio de Janeiro, 2007, p.114

É dizer, não se tutela com a vedação à utilização de provas ilícitas no processo a integridade de determinado direito fundamental, tendo em vista que no ato da obtenção daquela prova pendente de juntada aos autos, o direito já foi violado. A norma se ocupa do estabelecimento de parâmetros de conduta, estabelecendo um contraincentivo para futuras violações: a sanção processual da inadmissibilidade, para além de reafirmar o alto valor que tem o bem jurídico que será lesionado com o descumprimento de tais parâmetros. Para além de prospectiva, portanto, pode-se considerar que a inadmissibilidade tem caráter sancionador, como bem define Ávila:

> "O caráter sancionador da garantia da inadmissibilidade atribui-lhe uma característica análoga à de prevenção geral da pena, na medida em que procura reafirmar genericamente o valor de uma norma de conduta de respeito aos direitos fundamentais às autoridades policiais (prevenção geral positiva) e inibir sua realização pela cominação da imprestabilidade dos elementos de convicção decorrentes da violação (prevenção geral negativa)"

Muito embora seja inegável a proeminência do efeito dissuasório como finalidade do princípio da vedação das provas ilícitas, existem fins secundários de importante relevância quando se analisa a matéria, que são as implicações éticas de eventual violação ao princípio da inadmissibilidade das provas ilícitas, das quais o processo não pode se desvincular para que se tenha o que se chama de *fair trial*[43].

Ávila considera que há uma subdivisão em duas espécies, dentro dessa perspectiva de integridade do Poder Judiciário: a dimensão equitativa do processo, e a fundamentação ética em sentido estrito. Na interpretação destes dois aspectos, contudo, o referido autor traz a baila corrente doutrinária que pouco se coaduna com as bases principiológicas que sedimentam a República Federativa do Brasil, senão vejamos:

Entende-se a dimensão equitativa do processo como um reflexo do princípio da paridade de armas. Tal dimensão tem como postulado que, "toda vez que o acusado for colocado em situação de desvantagem excessiva que coloque em xeque padrões mínimos de respeito à sua liberdade, será necessária proibição de prova" (ÁVILA, p.116). É dizer, todas as vezes em que se verifica uma instrumentalização do réu no processo de natureza penal – e

[43] Em tradução livre: Processo justo. É expressão consagrada na doutrina jurídica estadunidense e, nas palavras de Fredie Didier, funciona como "uma das faces do princípio do devido processo legal positivado na Constituição de 1988, a qual assegura um modelo garantista de jurisdição, voltado para a proteção efetiva dos direitos individuais e coletivos, e que depende, para seu pleno funcionamento, da boa-fé e lealdade dos sujeitos que dele participam, condição indispensável para a correção e legitimidade do conjunto de atos, relações e processos jurisdicionais e administrativos." DIDIER JR. Fredie. **Editorial 45.** Publicado em 12.08.2008. Extraído de: <http://www.frediedidier.com.br/editorial/editorial-45/> Acesso em: 15.02.2018

então ele deixa de ser enxergado como pessoa humana, para ser encarado como apenas mais um elemento do cenário jurídico, aos moldes do modelo inquisitorial – há um desequilibro na relação processual que precisa ser reparado mediante a inadmissibilidade da prova.

Contudo, o que sustenta parte da doutrina é que uma mácula a essa dimensão equitativa apenas acontece mediante graves lesões à liberdade pessoal do indivíduo. É como exemplifica Ávila:

> "uma lesão a essa dimensão equitativa apenas é reconhecível em situações de graves violações à liberdade pessoal, como no interrogatório mediante tortura, interrogatórios extensos e coativos, uso do soro da verdade e outras atividades que instrumentalizem o investigado"

Coaduna com essa posição o Tribunal Europeu de Direitos Humanos – TEDH, o qual chegou a afirmar que a inadmissibilidade das provas ilícitas não é exigência para o *fair trial*, de modo que sua lesão "só ocorre em situações de violação ao núcleo mais próximo da dignidade humana"[44].

Ora, se discorda veementemente da posição supramencionada. Não se acredita na existência de um termômetro com o condão de dimensionar objetivamente o que seria uma violação mais gravosa à dignidade da pessoa humana.

Dando sequência à análise da teleologia do princípio da inadmissibilidade das provas ilícitas, a outra face dessa integridade do Poder Judiciário, essencial ao *fair trail*, é a fundamentação ética em sentido estrito. Aqui, se tem uma lógica consequencial: trata-se de um reflexo da ética da responsabilidade weberiana, ou seja, da mensagem que o Estado passará aos seus nacionais caso admita a utilização de provas ilegais no processo. É como bem define Thiago Ávila[45]:

> "Nessa linha, a inadmissibilidade é justificada pelo receio ético de que a admissão da prova redunde na confirmação de seus efeitos e na validade teleológica das violações dos direitos, tornando o juízo cúmplice do violador e maculando sua integridade. Também está ligada ao problema do menoscabo da função de prevenção geral da pena, pela substituição da criminalidade privada pela pública e pelo exemplo negativo do Estado aos seus cidadãos pela desobediência à lei. Nessa linha, também

---

[44] Sobre o assunto, vide item 3.3.1, em ÁVILA, Thiago André Pierobom de. **Provas Ilícitas e Proporcionalidade**. 1ª ed. Lúmen Juris, Rio de Janeiro, 2007, p.163-166

[45] ÁVILA, Thiago André Pierobom de. **Provas Ilícitas e Proporcionalidade**. 1ª ed. Lúmen Juris, Rio de Janeiro, 2007, p.117

> é identificável o argumento da 'superioridade moral do Estado'. Justifica-se pela 'função de justiça' da norma constitucional da inadmissibilidade."

Contudo, o grande absurdo desse aspecto é o um contra-argumento que se levanta, para justificar também a admissibilidade de provas ilegalmente obtidas, abaixo transcrito:

> "em vários países, a avaliação da integridade da justiça abarca não apenas a eventual lesão que a admissão da prova acarreta para a reputação da justiça, mas também o efeito negativo que sua exclusão gera para a justiça, mediante o descrédito no sistema em razão da absolvição de um culpado, com provas cabais decorrentes de pequenas, especialmente se comparadas com a gravidade do ilícito"

Pois bem. Primeiramente, conforme salientam os léxicos[46], "integridade" é palavra que tem como sinônimos "retidão, honradez, e pureza intata". Definitivamente, não é honrado usar de meios pouco nobres para que se atinja determinado fim, por mais digno que ele seja. Assim, é invariavelmente inconciliável sustentar o dever de integridade da justiça, e ao mesmo tempo consagrar como ético que todo o gigantesco aparato estatal se utilize de mecanismos contrários ao que sua própria legislação institui na ânsia de condenar um dos seus nacionais.

De outro lado, não se coaduna com um Estado Democrático de Direito a expressão "absolvição de um culpado". Aliás, o art. 5, LVII da CF, é muito claro nesse sentido: "Ninguém será considerado culpado até o trânsito em julgado da sentença penal condenatória"[47].

A norma ora mencionada dá corpo ao famigerado princípio da presunção da inocência, que deve ser visto como ponto de partida para todo processo capaz de imputar sanção a seu termo, seja ele jurisdicional ou administrativo.

3.4.2.2. A prova ilícita por derivação (Fruits of poisonous tree)

Em um sem número de casos, como comprovou a análise jurisprudencial objeto deste trabalho, as demais provas que estão nos autos e ensejam a condenação de um indivíduo são derivadas da gravação ambiental ilícita. Ou seja, a partir de informações obtidas com uma

---

[46] BUARQUE DE HOLANDA FERREIRA, Aurélio. **Dicionário Aurélio de Português online**. Publicado em: 2016-09-24, revisado em: 2017-02-27. Disponível em: ‹https://dicionariodoaurelio.com/integridade›. Acesso em: 01.02.2018

[47] Recentemente, o Plenário do Supremo Tribunal Federal (STF) até entendeu por maioria pela possibilidade de início da execução da pena após condenação em segunda instância e indeferiu liminares pleiteadas nas Ações Declaratórias de Constitucionalidade (ADC) n. 43 e 44. Contudo, por mais questionável que seja, tal medida é tão somente antecipatória da prisão e nunca da condenação definitivo.

violação aos direitos fundamentais individuais, a autoridade pública seleciona novas provas, agora conforme padrão imposto pela lei, com o condão de impor sentença condenatória ao acusado.

Para solucionar tal questão, o STF e também o TSE recepcionou a chamada teoria dos frutos da árvore envenenada (*fruits of the poisonous tree doctrine*), de origem estadunidense, lá sedimentada a partir do precedente *Silverthorne Lumber & Co. v. United States* (1920). Tem como fundamento coibir a utilização indireta desses meios, ou seja, permitir que o investigador realize um procedimento desconforme com a legislação vigente e o descarte, mas, munido das informações que ele lhe ofereceu, lance mão de uma diligência legal para obter a mesma fonte de prova. É como salienta o Juiz Frankfurter[48], competente para o julgamento do caso *Nardone v. United States* (1937), ao afirmar que:

> "proibir o uso direto de certos métodos, mas não pôr limites a seu pleno uso indireto apenas provocaria o uso daqueles mesmos meios considerados incongruentes com padrões éticos e destrutivos da liberdade pessoal"

Justifica-se a presente teoria, portanto, na necessidade de controle dos meios de investigação. Especialmente na polícia norte-americana, marcada pela gritante descentralização, em face da organização em departamentos pequenos e autônomos, cuja competência de atuação resume-se – geralmente – ao nível distrital, a presente necessidade de um parâmetro mínimo de conduta chamou a atenção de doutrina e jurisprudência, ao ponto de instituir a presente teoria.

Importante destacar que, conforme precedente, *Wong Sun v. United States*, 1963, a teoria não promove a exclusão apenas de elementos materiais dos autos, mas também de eventuais testemunhos que tenham sido arrolados pela acusação tão somente em razão de contaminação por conhecimento obtido por contato com a prova ilícita.

A corte já chegou a declarar que até mesmo uma prisão ilegal pode se enquadrar na teoria da árvore envenenada (*Brown v. Illinois*, 1975). Nesse precedente, se detectou uma prisão ilegal por força da falta de indícios – o que a doutrina do país denomina da "*probable cause*" – já que o conduzido à delegacia, apesar de ter sido advertido dos seus benefícios legais, ficou detido por duas horas aguardando interrogatório. Após esse período, acabou confessando o fato criminoso perante a autoridade policial. A corte considerou que a confissão não devia ser objeto de valoração no caso concreto, tendo em vista que derivava de

---

[48] EUA. Corte Suprema. **Nardone v. United States** (1937), 302 U.S. 379, *apud* ÁVILA, Thiago André Pierobom de. **Provas Ilícitas**... Op. cit., p. 156.

prisão ilegal. Todavia, concluiu-se o pensamento advertindo que: "a proximidade temporal entre a prisão e a confissão, a presença de fatores intervenientes e, particularmente, o propósito e a flagrância da ilegalidade policial, são todos relevantes".

Esse entendimento, contudo, foi posteriormente alterado em *New York v. Harris* (1990). Nesse caso, identificou-se o cumprimento do requisito da justa causa para a prisão, contudo, a ilegalidade subsistia em relação a ausência de mandado judicial. A Suprema Corte, contudo, resolveu a celeuma a partir da ponderação entre os interesses da finalidade social da persecução penal e a inadmissibilidade da prova derivada de ilícita, e permitiram a utilização da prova derivada da prisão ilegal. Argumentou-se, para tanto, que: "as penalidades que recaem sobre o Governo e, como consequência, sobre o público, porque policiais violaram a lei, devem guardar alguma relação com os propósitos a que a lei deve servir"[49].

Depreende-se dessa análise que a teoria dos frutos da árvore envenenada, nada mais é do que o estabelecimento de uma relação de causalidade entre a prova ilícita, e aquelas que são apreendidas a partir dela. Quando a prova não derivar logica e diretamente da prova ilícita, destarte, deve ser mantida nos autos para a instrução do processo. Em algumas situações, entretanto, aparentemente a prova estaria contaminada pela prova ilícita, mas determinada condição torna tênue o vínculo entre ambas, ao ponto de afastar o efeito da inadmissibilidade. É o que a doutrina denomina de "exceções" à teoria em espeque.

A primeira exceção se consubstancia na teoria da fonte independente (*independent source doctrine*). Se aplica às hipóteses onde há realização de dois métodos para a obtenção da prova: um lícito e o outro ilícito. Caso se identifique uma fonte independente e válida a sustentar a produção de ambos, o meio lícito não sofre contaminação.

Ilustra a teoria o julgamento do precedente *Murray v. United States* (1988):

> "Nesse caso os policiais haviam percebido uma atividade suspeita de tráfico de drogas numa residência, entraram ilegalmente na casa e confirmaram a suspeita; posteriormente requereram um mandado judicial para busca e apreensão indicando apenas as suspeitas e sem mencionar a anterior entrada e, de posse do mandado, entraram novamente na residência e apreenderam as drogas. A Corte entendeu que a prova era válida pois ainda que os policiais não houvessem realizado a primeira violação, de qualquer forma seria obtido o mandado a justificar a segunda entrada legal, com base apenas nos indícios iniciais".

A segunda exceção é tutelada de acordo com a teoria do nexo causal atenuado (*attenuated connection doctrine*), também denominada de exceção da mancha diluída ou vicio

[49] KAMISAR et al. Op. cit., p. 770. Neste caso, vigorava legislação que facultava a prisão sem mandado, desde que fora do domicílio, para acusados de crimes considerados graves como homicídio.

diluído (*purged taint exception*). A grosso modo, ocorre quando uma prova lícita é obtida a partir de outra ilícita, mas em determinadas circunstâncias que culminam na diluição do vício. É teoria bastante delicada, já que as impõe a classificação do vício como expurgável ou não de acordo com o caso concreto.

É exemplo de aplicação dessa teoria o já citado precedente *Wong Sun v. United States* (1963)[50]:

> Nesse caso a polícia realizou uma busca e apreensão domiciliar sem autorização judicial, na qual apreendeu materiais, prendeu Toy como suspeito e realizou seu interrogatório, que lhe indicou que fora Yee quem lhe vendera a droga; de posse de um mandado judicial, a polícia realizou uma busca domiciliar na casa de Yee, localizando novas drogas; em seu interrogatório, Yee incriminou a Wong Sun; este último suspeito interrogado sem as advertências de Miranda, foi liberado e posteriormente retornou à delegacia voluntariamente, tendo recebido os Miranda warnings e reiterado a confissão anterior. Nesse intrincado precedente, a Corte entendeu que não apenas os materiais apreendidos na casa de Toy e Yee eram provas ilícitas, mas também o interrogatório não podia ser utilizado como prova contra Toy. Todavia, deixou delineado o caminho para as posteriores exceções, ao afirmar que 'nem todas as provas são ilegais simplesmente porque não teriam sido descobertas a não ser pelas ações ilegais da polícia'. Nesse mesmo precedente, a Corte julgou válida a segunda confissão de Wong Sun, pois o vício decorrente da violação dos direitos de Toy já tinha se dissipado até chegar a Sun, bem como houve novos fatos que diluíram o vício entre a primeira confissão sem a advertência do direito ao silêncio e a segunda confissão de Sun. Assim, explicitou-se uma tendência de que se atenue a ilicitude caso o titular do primeiro direito violado não seja o acusado, pois as provas foram consideradas inválidas para Toy, o primeiro a ser preso ilegalmente, mas válidas para Wong Sun, o último.

Por fim, tem-se a exceção da descoberta inevitável (*inevitable discovery exception*), também conhecida como teoria da fonte hipotética independente (*hypothetical independent source exception*). Traz a hipótese onde a fonte de prova descoberta a partir de meio ilícito, diante das circunstâncias, seria fatalmente descoberta diante de outra diligência lícita.

Exemplifica essa teoria o famoso precedente *Nix v. Williams* (1984):

> "O acusado havia matado uma criança e escondido o corpo; iniciado um processo de busca por 200 voluntários, os municípios vizinhos foram divididos em zonas de busca; durante a busca o acusado realizou uma confissão, obtida ilegalmente, na qual especificou o local onde se encontrava o corpo; foi paralisada a busca, que estava a algumas horas de descobrir onde o corpo estava, dirigindo-se a Polícia ao lugar indicado na confissão e apreendido o corpo. A Corte considerou que a confissão do acusado sobre o local onde o corpo se encontrava era uma prova ilícita, mas a apreensão do corpo era válida, pois sua descoberta era inevitável. Também se entendeu, pelo voto concorrente do Juiz Stevens, que o ônus da prova sobre a conjectura da descoberta inevitável recai sobre a acusação"

Dessa forma, de acordo com a doutrina estadunidense adotada pelas cortes superiores brasileiras, a existência de uma prova ilícita em determinado processo judicial não

---

[50] EUA. Corte Suprema, **Wong Sun v. United States**, 371 U.S. 471 (1963), *apud* ÁVILA, Thiago André Pierobom de. **Provas Ilícitas...** Op. cit., p. 159.

necessariamente leva a contaminação das demais, cabendo uma análise do caso concreto antes de determinar eventual desentranhamento.

4. A ADMISSIBILIDADE DA GRAVAÇÃO AMBIENTAL NO PROCESSO PENAL ELEITORAL E O CONFLITO COM DIREITOS FUNDAMENTAIS

Superadas as questões relativas a disciplina – ou melhor dizendo, a ausência de disciplina – da gravação ambiental no ordenamento jurídico brasileiro, bem como o tratamento das provas ilícitas (em essência ou por derivação) no âmbito do processo penal eleitoral, passa-se ao estudo dos impactos que a admissibilidade da gravação ambiental tem, ao conflitar abertamente com direitos fundamentais constitucionalmente protegidos.

Conforme define Arantes Filho, são direitos e garantias fundamentais que fundamentam a tutela das comunicações entre pessoas presentes: a liberdade de manifestação do pensamento, o direito à intimidade e à vida privada, à inviolabilidade do domicílio e o direito à não-autoincriminação[51]. Cumpre abordar isoladamente, portanto, algumas generalidades a respeito dos seus conteúdos e de que forma as gravações ambientais neles interferem.

4.1. A LIBERDADE DE MANIFESTAÇÃO DO PENSAMENTO

A liberdade de manifestação do pensamento, também denominada de liberdade de expressão do pensamento é assegurada no art. 5º, IV e XIV, bem como – e especialmente, para os fins a que se propõe esse trabalho – no art. 220, todos da Constituição Federal, esse último, abaixo em destaque:

> Art. 220. A manifestação do pensamento, a criação, a expressão e a informação, sob qualquer forma, processo ou veículo não sofrerão qualquer restrição, observado o disposto nesta Constituição.

Inegável que quando se fala em liberdade de expressão, incluem-se faculdades diversas como a de comunicação dos pensamentos, das ideias, ou simplesmente de informações e de expressões não verbais[52]. A liberdade ora tutelada protege, assim, a condição intrínseca ao ser humano que é a de sociabilizar, dialogar, ou seja, de compartilhar com destinatários da sua escolha determinadas convicções que adota. Como bem definem Ives Gandra e Celso Ribeiro[53] a respeito do ser humano:

---

[51] ARANTES FILHO, Márcio Geraldo Britto. **A interceptação de comunicação entre pessoas presentes**; coordenação Gustavo Henrique Badaró, Petronio Calmon – 1. Ed. – Brasilia, DF: Gazeta Jurídica, 2013. ISBN 978-85-66025-15-6. p. 99

[52] MENDES, Gilmar Ferreira; BRANCO, Paulo Gustavo Gonet. **Curso de direito constitucional**. 7.ed. rev. atual. São Paulo: Saraiva, 2012, p. 391

[53] BASTOS, Celso Ribeiro; MARTINS, Ives Gandra. **Comentários à Constituição do Brasil: promulgada em 5 de outubro de 1998**. São Paulo: Saraiva, 1998. v.2, p. 2 *apud* ARANTES FILHO, Márcio Geraldo Britto. **A**

> "Ele é escravo de um certo princípio de coerência. Se crê em certas ideias, é levado a desejar seu implemento, a conformar o mundo segundo sua visão, necessitando destarte de liberdade para exprimir as suas crenças e opiniões."

Nesse espeque, surgem três linha de argumentação que assentam qual o fundamento da proteção constitucional à expressão do pensamento[54]:

> "O argumento humanista, assim, acentua a liberdade de expressão como corolário da dignidade humana. O argumento democrático acentua que 'o autogoverno postula um discurso político protegido das interferências do poder'. Um outro argumento, que já foi rotulado como cético, formula-se dizendo que 'a liberdade de criticar os governantes é um meio indispensável de controle de uma atividade [a política] que é tão interesseira e egoísta como a de qualquer outro agente social'"

Pode-se interpretar, portanto, que os traços que fundamentam a proteção indispensável (já que derivada do princípio da dignidade humana) tem uma espécie de desígnio de controle de poder: tanto individual, no sentido de viabilizar a criticidade de cada cidadão (tendo em vista que o argumento democrático assegura a possibilidade de manifestação integral dos próprios discursos), como coletivo, permitindo maior possibilidade de inferência dos indivíduos nas decisões tomadas nos centros de poder (conforme argumento cético).

Para além da ação comissiva protegida pela norma em espeque, que é aquela de exprimir o pensamento, também deve-se considerar a defesa da faculdade de omissão que ela engloba. É dizer: o cidadão brasileiro, por força de tal previsão constitucional, tem o direito de manifestar suas convicções, mas também de guarda-las para si.

Como espécie da liberdade de expressão do pensamento, está o direito à liberdade de comunicação. Conforme bem diferencia Grinover: "a primeira concerne a uma difusão do pensamento que pode não ter destinatário certo, enquanto a segunda diz respeito a uma transmissão de pensamento com relação a determinado destinatário"[55]. É a partir dessa norma, portanto, que se afirma a existência de proteção constitucional sobre a comunicação entre pessoas presentes, não apenas no que diz respeito a faculdade de dialogar ou simplesmente ficar em silêncio, mas quanto a possibilidade de escolha do destinatário da comunicação.

A gravação ambiental, nesses termos, é procedimento que diretamente infringe garantia fundamental, tendo em vista que interfere na escolha realizada pelo emitente de

---

interceptação de comunicação entre pessoas presentes; coordenação Gustavo Henrique Badaró, Petronio Calmon – 1. Ed. – Brasilia, DF: Gazeta Jurídica, 2013. ISBN 978-85-66025-15-6. p.101

[54] Resumo dos argumentos e citações em Pablo Salvador Coderch, **El derecho de la libertad**, Madrid: Centro de Estudios Constitucionales, 1993, p. 40. *apud* MENDES, Gilmar Ferreira; BRANCO, Paulo Gustavo Gonet. **Curso de direito constitucional**. 7.ed. rev. atual. São Paulo: Saraiva, 2012, p. 391-392

[55] GRINOVER, Ada Pellegrini. **Liberdades públicas e processo penal: as interceptações telefônicas.** 2. ed. São Paulo: RT, 1982, p. 192-193

determinada informação de falar com o destinatário do diálogo, e de não falar com eventuais investigadores.

4.2. O DIREITO À INTIMIDADE E À VIDA PRIVADA

Para uma devida tutela das comunicações entre pessoas presentes, contudo, não basta considerar a liberdade supramencionada. O ser humano deve ser livre para poder dialogar com as pessoas de sua escolha, mas também para manter o conteúdo da comunicação restrito a quem direciona, excluindo-o do conhecimento de terceiros.

Ambas as garantias estão expressas no art. 5º, X, da Constituição Federal que preceitua como invioláveis "a intimidade, a vida privada, a honra e a imagem das pessoas, assegurado o direito a indenização pelo dano material ou moral decorrente de sua violação".

Muito embora a jurisprudência e grande parte da doutrina hodiernamente não faça distinções entre intimidade e direito à vida privada (ou simplesmente, privacidade), há quem sustente que existe um traço distintivo entre eles: o primeiro seria parte do segundo, que possui maior alcance normativo. Enquanto a privacidade é a proteção destinada atribuir um caráter reservado às relações interpessoais em geral, nas quais o indivíduo não deseja que se divulgue para o conhecimento público, a intimidade se reserva às questões familiares, ou de amizades e relações mais próximas.

O núcleo central do conceito de privacidade/intimidade, apesar de ser quase tangível por todo e qualquer ser humano, não encontra unanimidade doutrinária, muito porque possui um apelo subjetivo muito forte. Contudo, como nos ensina Paulo Gustavo Gonet Branco[56]: "alguns dos seus traços básicos devem ser retidos, para prevenir que o conceito se torne excessivamente retórico, em prejuízo à sua valia técnica".

Na essência do direito à privacidade está, como bem define Grinover[57] no "direito ao segredo, quer o direito à reserva". É dizer, é o direito de conservar as informações sobre si mesmo ante eventual tentativa de exposição pela e para a coletividade. O que se considera privado, entretanto, varia de acordo com a próprio modo de viver do titular daquele direito. Assim, para que o direito à privacidade não se torne garantia irrefreável e irrestrita, conflitando com a própria essência da vida em sociedade, a doutrina cuida de estabelecer determinadas limitações para a sua amplitude. A imensa maioria das situações da vida envolvendo essa matéria, contudo, se resolve por meio de análise casuística.

---

[56] MENDES, Gilmar Ferreira; BRANCO, Paulo Gustavo Gonet. **Curso de direito constitucional**. 7.ed. rev. atual. São Paulo: Saraiva, 2012, p. 409

[57] GRINOVER, Ada Pellegrini. **Liberdades públicas...** op. cit., p. 77.

O primeiro caso de limitação do referido direito ocorre quando há consentimento do sujeito ativo. Muito embora não seja dado a um indivíduo renunciar de direito fundamental de sua titularidade, nada impede que ele próprio estabeleça determinadas limitações as garantias que lhes assistem, resguardado o núcleo essencial atinente à dignidade da pessoa humana[58]. Assim, nada impede que atrizes componham o elenco de peças em que contenham cenas de nudez, por exemplo.

De outro lado, há a inclinação para se tornar aceitável a intervenção na esfera privada caso haja interesse público na informação. Há que se distinguir, contudo, o que é interesse público do que é interesse do público[59]. Existem determinadas pessoas, como celebridades e agentes políticos, por exemplo, que de fato possuem uma esfera íntima mais reduzida frente às demais. Isso não significa, todavia, que há a possibilidade de anular tal esfera tão somente com base na curiosidade do público que cerca tais pessoas.

Nota-se, contudo, que tais delimitações tem como objeto a definição daquilo que não está acobertado pelo direito à privacidade. Dentre todas as balizas doutrinárias que determinam qual a amplitude, por sua vez, coaduna-se com aquelas propostas por Paulo José da Costa Junior. De acordo com o autor, existem dois interesses decorrentes da privacidade: o interesse de que de que a intimidade não venha a sofrer agressões (*diritto alla segretezza ou diritto al rispetto della vita privata*) e o de que não venha a ser divulgada (*diritto alla riservatezza*). Em suas palavras:

> ”a diferenciação entre os dois interesses decorrentes do direito à intimidade importa para distinguir as formas de sua agressão, que podem ser duas: aquisição de notícias íntimas ilegítimas (violação da intimidade sob a perspectiva do interesse de não ser agredida); e revelação ilícita de notícias adquiridas legitimamente (violação da intimidade sob o enfoque do interesse de não ser divulgada). No último caso, “o *extraneus* foi trazido para a esfera da vida privada pelo seu legítimo titular, que dela podia livremente dispor. Não houve, pois, invasão. Adquiriu o terceiro legitimamente os segredos que lhe foram confiados. Sem fraude, sem captação irregular. No momento ulterior, abusou da confiança depositada, divulgando as intimidades reveladas”

Os interesses ora mencionados são tutelados também por força da inviolabilidade do sigilo das comunicações, que se apresenta como expressão do direito à intimidade e à vida privada.

---

[58] MENDES, Gilmar Ferreira; BRANCO, Paulo Gustavo Gonet. **Curso de direito constitucional**… op. cit. p. 412

[59] Cf. ibidem**,** p. 413

4.4. O DIREITO À NÃO-AUTOINCRIMINAÇÃO

O direito a não-autoincriminação, é extraído do princípio "*nemo tenetur prodere seipsum, quia nemo tenetur detegere turpitudinem suam*"[60], que remanesce desde a Antiguidade, com o processo penal canônico. Tem previsão no art. 8º, item 2º, alínea "g" da Convenção Americana sobre Direitos Humanos (CADH), incorporada ao ordenamento jurídico brasileiro com status constitucional, *verbis*:

> 2. Toda pessoa acusada de delito tem direito a que se presuma sua inocência enquanto não se comprove legalmente sua culpa. Durante o processo, toda pessoa tem direito, em plena igualdade, às seguintes garantias mínimas:
> g. direito de não ser obrigado a depor contra si mesma, nem a declarar-se culpada

O direito ao silêncio, em que pese derive do direito a não-autoincriminação, com ele não se confunde, tendo em vista que se aplica as hipóteses de interrogatório, conforme art. 5º, LXIII, da Constituição da República. Em que pese a redação constitucional refira-se tão somente ao preso, é pacífico na doutrina que também é titular do direito ao silêncio o acusado que encontra-se livre. Neste sentido, Maria Thereza Rocha de Assis Moura e Maurício Zanóide de Moraes[61]:

> "Certo é, ainda, que, embora a Constituição em vigor tenha assegurado, no artigo 5º, inc. LXIII, o direito ao silêncio apenas ao preso, negar tal direito ao acusado que se encontra livre é ilógico, antijurídico e contrário ao nosso ordenamento."

Sendo este seu conteúdo, é inegável que eventual gravação ambiental viola a garantia em espeque, já que, sem saber, o acusado estaria contribuindo positivamente para a sua condenação. É dizer, o suposto fato criminoso que escolheu o réu não declarar à autoridade pública, estaria sendo dele extraído por meio de induzimento ao erro. Cria-se uma falsa percepção no indivíduo de que subsiste sua escolha de não confessar, contudo, manipula-se situação de confiança para que se extraia um elemento probatório capaz de ensejar sua condenação.

À propósito, a doutrina ressalta a relação direta entre a tutela das comunicações e o direito a não-autoincriminação. Veja-se nas palavras de Marcela De Langhe[62]:

---

[60] Em tradução livre: "ninguém pode ser compelido a depor contra si próprio, porque ninguém é obrigado a auto-incriminar-se"

[61] MOURA, Maria Rocha Thereza de Assis; MORAES, Maurício Zanoide de Moraes. **Direito ao silêncio no interrogatório**. Revista Brasileira de Ciências Criminais, São Paulo, v.2, n. 6, abr-jun. 1994, p.136 *apud* ARANTES FILHO, Márcio Geraldo Britto. **A Interceptação...** op. cit. p. 126

[62] Em tradução livre: "no contexto da garantia que proíbe a autoincriminação, a ingerência que se opera com a intervenção telefônica quanto à imunidade do segredo significa imensa transcendência, pois pode se evidenciar que a vigilância estatal permite captar manifestações concretizadas pelo investigado, sem seu conhecimento, que

> "en el contexto de la garantía que prohíbe la autoincriminación, la injerencia que conlleva la intervención telefónica frente a la inmunidad del secreto cobra inmensa trascendencia, pues no puede obviarse que la vigilancia estatal permite captar manifestaciones vertidas por el imputado, sin su conocimiento, que constituyen aporte de prueba em su proprio perjuicio."

4.5. PROPORCIONALIDADE

Após tecer todas as considerações teóricas pertinentes ao tema, adentra-se ao aspecto empírico que motivou o presente trabalho, qual seja, verificar como a jurisprudência da Corte Superior Eleitoral se comporta frente a (i)licitude as gravações ambientais.

Muito embora já seja este assunto reiterado na corte, ainda é possível detectar a presença de determinadas controvérsias no que tange ao estabelecimento de requisitos de admissibilidade para o supramencionado meio de prova. Levando-se em consideração, ainda, o caráter itinerante dos magistrados que atuam na corte, as variações jurisprudenciais que ocorrem nesta seara do direito saltam aos olhos. Especialmente quando se trata de admissibilidade probatória, a instabilidade do referido terreno macula diretamente a segurança jurídica, que há tempos não se observa como palavra de ordem no país.

Antes de adentrar ao objeto pesquisado, conforme referido em introdução, faz-se fundamental o exame do histórico dos fundamentos neste tema no tribunal. Primeiramente, destaca-se o ano de 2006. Em sessão de julgamento realizada em 07 de março daquele ano, o Tribunal Superior Eleitoral, acompanhando a orientação do Superior Tribunal de Justiça quanto ao tema (HC n. 36.545/SP, Rel. Min. Laurita Vaz, DJE de 29/08/2005), fixou tese tendente à licitude e consequente admissibilidade de prova obtida por meio de gravação ambiental, conforme destaca-se na ementa do acórdão correspondente:

> AGRAVO REGIMENTAL. RECURSO ESPECIAL. INCONSTITUCIONALIDADE DO ART. 41-A DA LEI No 9.504/97. OFENSA A LEI E À CONSTITUIÇÃO FEDERAL. DISSÍDIO JURISPRUDENCIAL. AFASTADOS. NEGADO PROVIMENTO AO AGRAVO.
>
> [...]
>
> 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.
>
> [...]
>
> V - Agravo regimental a que se nega provimento. (Respe n. 25214, Rel. Min. Cesar Asfor Rocha, DJ de 11/09/2006)

---

constituem prova em seu prejuízo" (Escuchas telefónicas. 1. ed. Buenos Aires: Hammurabi, 2009, p. 35, *apud,* ARANTES FILHO, Márcio Geraldo Britto. **A Interceptação...** op. cit. p. 127).

Inaugurou-se, a partir de então, a primeira fase jurisprudencial pacífica referente a tutela das gravações ambientais no processo eleitoral. Nesse mesmo sentido, pode-se conferir as decisões: Respe n. 25883, Rel. Min. Cesar Asfor Rocha, DJ de 20/04/2007; Respe n. 25258, Rel. Min. Carlos Eduardo Caputo Bastos, DJ de 06/03/2007; Respe n. 4198880, Rel. Min. Ricardo Lewandowski, DJE de 10/05/2010; Respe n. 36992, Rel. Min. Cármen Lúcia, DJE de 28/09/2010; Respe n. 49928, Rel. Min. Nancy Andrighi, RJTSE de 01/12/2011.

O posicionamento ora adotado perdurou ao longo dos anos, até a alteração em 2012. Nessa oportunidade, em sessão realizada no dia 14/08/2012, para julgamento do Respe n. 36359, originário de Coronel Sapucaia/MS.

O responsável pela inauguração da nova concepção foi o Min. Gilson Dipp, relator, que apontou traços distintivos típicos do Direito Eleitoral os quais, em sua visão, seriam incompatíveis com a admissibilidade daquele meio de prova. Relatou que sobretudo nos municípios do interior do Brasil, as disputas eleitorais normalmente envolvem conveniências reprováveis e interesses espúrios entre candidatos e eleitores, que devem ser, a todo custo, dificultados. Esse fato, por sinal, é traduzido também nessa pesquisa, haja vista o aumento indiscriminado no número de novas denúncias protocoladas entre os meses de agosto e outubro.

De acordo com o eminente Ministro, é justo com base nesses interesses pouco nobres que as gravações ambientais são confeccionadas, muito geralmente por candidatos adversários, ou por seus correligionários. Em situações como estas, as gravações clandestinas não coadunariam com o fulcro de proteger o interesse público, ou lisura do pleito, e sim de "vulnerar ou abater o adversário com revelações possivelmente constrangedoras em momento crucial da campanha e tudo agravado pela dificuldade ulterior de apurar quando já perdido ou desaparecido o interesse eleitoral".

Tais abusos, no entendimento do Relator, poderiam ter o condão de conceber costumes que transmitem mau exemplo aos cidadãos. Em suas palavras:

> "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."

Observa-se que o Min. Gilson Dipp protagonizou mudança diametral no entendimento consagrado já por seis anos no tribunal, ao asseverar que mesmo considerando a prova

essencial para combater ilícitos, inclusive, aqueles tipificados como crimes eleitorais, a gravação ambiental devia ser considerada, via de regra, como inadmissível. Em suas palavras "de algum modo, denunciar possíveis práticas ilícitas do adversário para denegri-lo [seria], reversamente, a afirmação de propaganda favorável do denunciante"

Resvalado nos fundamentos ora mencionados, o relator chegou a conclusão de que, mistar quando for realizada a partir de câmera escondida ou demais meios analogamente ardilosos, deve-se declarar a ilicitude deste meio probatório, para evitar que ele "desborde dos limites estritos do propósito eleitoral e passe a servir como instrumento indireto e ilegal de contrapropaganda eleitoral".

Após o voto do Ministro, contudo, a Min. Cármen Lúcia realizou pedido de vista dos autos, dando ensejo à suspensão do julgamento de tal Recurso Especial.

Entretanto, em sessão do tribunal pleno naquela mesma semana a questão voltou a tona por meio da análise do Respe n. 344-26, de relatoria do Ministro Marco Aurélio. Tinha como objeto a requisição de cassação de mandato do candidato eleito como Vereador do município de Santo Antônio de Jesus/BA, que sustentava-se em suporte probatório derivado diretamente de gravação clandestina ambiental.

5. CRÍTICA AOS PRINCIPAIS FUNDAMENTOS PARA AS DECISÕES SOBRE (IN)ADMISSIBILIDADE DA PROVA CONFORME JURISPRUDÊNCIA DO TSE

Após tecer todas as considerações teóricas pertinentes ao tema, adentra-se ao aspecto empírico que motivou o presente trabalho, qual seja, verificar como a jurisprudência da Corte Superior Eleitoral se comporta frente a (i)licitude as gravações ambientais.

Muito embora já seja este assunto reiterado na corte, ainda é possível detectar a presença de determinadas controvérsias no que tange ao estabelecimento de requisitos de admissibilidade para o supramencionado meio de prova. Levando-se em consideração, ainda, o caráter itinerante dos magistrados que atuam na corte, as variações jurisprudenciais que ocorrem nesta seara do direito saltam aos olhos. Especialmente quando se trata de admissibilidade probatória, a instabilidade do referido terreno macula diretamente a segurança jurídica, que há tempos não se observa como palavra de ordem no país.

Antes de adentrar ao objeto pesquisado, conforme referido em introdução, faz-se fundamental o exame do histórico dos fundamentos neste tema no tribunal. Primeiramente, destaca-se o ano de 2006. Em sessão de julgamento realizada em 07 de março daquele ano, o Tribunal Superior Eleitoral, acompanhando a orientação do Superior Tribunal de Justiça quanto ao tema (HC n. 36.545/SP, Rel. Min. Laurita Vaz, DJE de 29/08/2005), fixou tese tendente à licitude e consequente admissibilidade de prova obtida por meio de gravação ambiental, conforme destaca-se na ementa do acórdão correspondente:

> AGRAVO REGIMENTAL. RECURSO ESPECIAL. INCONSTITUCIONALIDADE DO ART. 41-A DA LEI No 9.504/97. OFENSA A LEI E À CONSTITUIÇÃO FEDERAL. DISSÍDIO JURISPRUDENCIAL. AFASTADOS. NEGADO PROVIMENTO AO AGRAVO.
>
> [...]
>
> 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.
>
> [...]
>
> V - Agravo regimental a que se nega provimento. (Respe n. 25214, Rel. Min. Cesar Asfor Rocha, DJ de 11/09/2006)

Inaugurou-se, a partir de então, a primeira fase jurisprudencial pacífica referente a tutela das gravações ambientais no processo eleitoral. Nesse mesmo sentido, pode-se conferir as decisões: Respe n. 25883, Rel. Min. Cesar Asfor Rocha, DJ de 20/04/2007; Respe n. 25258, Rel. Min. Carlos Eduardo Caputo Bastos, DJ de 06/03/2007; Respe n. 4198880, Rel. Min. Ricardo Lewandowski, DJE de 10/05/2010; Respe n. 36992, Rel. Min. Cármen Lúcia, DJE de 28/09/2010; Respe n. 49928, Rel. Min. Nancy Andrighi, RJTSE de 01/12/2011.

O posicionamento ora adotado perdurou ao longo dos anos, até a alteração em 2012. Nessa oportunidade, em sessão realizada no dia 14/08/2012, para julgamento do Respe n. 36359, originário de Coronel Sapucaia/MS.

O responsável pela inauguração da nova concepção foi o Min. Gilson Dipp, relator, que apontou traços distintivos típicos do Direito Eleitoral os quais, em sua visão, seriam incompatíveis com a admissibilidade daquele meio de prova. Relatou que sobretudo nos municípios do interior do Brasil, as disputas eleitorais normalmente envolvem conveniências reprováveis e interesses espúrios entre candidatos e eleitores, que devem ser, a todo custo, dificultados. Esse fato, por sinal, é traduzido também nessa pesquisa, haja vista o aumento indiscriminado no número de novas denúncias protocoladas entre os meses de agosto e outubro.

De acordo com o eminente Ministro, é justo com base nesses interesses pouco nobres que as gravações ambientais são confeccionadas, muito geralmente por candidatos adversários, ou por seus correligionários. Em situações como estas, as gravações clandestinas não coadunariam com o fulcro de proteger o interesse público, ou lisura do pleito, e sim de "vulnerar ou abater o adversário com revelações possivelmente constrangedoras em momento crucial da campanha e tudo agravado pela dificuldade ulterior de apurar quando já perdido ou desaparecido o interesse eleitoral".

Tais abusos, no entendimento do Relator, poderiam ter o condão de conceber costumes que transmitem mau exemplo aos cidadãos. Em suas palavras:

> "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."

Observa-se que o Min. Gilson Dipp protagonizou mudança diametral no entendimento consagrado já por seis anos no tribunal, ao asseverar que mesmo considerando a prova essencial para combater ilícitos, inclusive, aqueles tipificados como crimes eleitorais, a gravação ambiental devia ser considerada, via de regra, como inadmissível. Em suas palavras "de algum modo, denunciar possíveis práticas ilícitas do adversário para denegri-lo [seria], reversamente, a afirmação de propaganda favorável do denunciante"

Resvalado nos fundamentos ora mencionados, o relator chegou a conclusão de que, mistar quando for realizada a partir de câmera escondida ou demais meios analogamente

ardilosos, deve-se declarar a ilicitude deste meio probatório, para evitar que ele "desborde dos limites estritos do propósito eleitoral e passe a servir como instrumento indireto e ilegal de contrapropaganda eleitoral".

Após o voto do Ministro, contudo, a Min. Cármen Lúcia realizou pedido de vista dos autos, dando ensejo à suspensão do julgamento de tal Recurso Especial.

Entretanto, em sessão do tribunal pleno naquela mesma semana a questão voltou a tona por meio da análise do Respe n. 344-26, de relatoria do Ministro Marco Aurélio. Tinha como objeto a requisição de cassação de mandato do candidato eleito como Vereador do município de Santo Antônio de Jesus/BA, que sustentava-se em suporte probatório derivado diretamente de gravação clandestina ambiental.

Por apertada maioria de 4 (quatro) votos a 3 (três), nos termos do voto do Relator, o Tribunal Superior Eleitoral desproveu o Recurso Especial, com base na declaração de ilicitude daquele meio de prova, conforme pedido da defesa sedimentado na ementa ora destacada:

> RECURSO ESPECIAL - PREQUESTIONAMENTO. A matéria versada no recurso especial há de ter sido objeto de debate e decisão prévios na origem, ante a necessidade de prequestionamento.
>
> 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 34426, Rel. Min. Marco Aurélio, RJTSE16/08/2012, Página 21)

Por força do princípio da inviolabilidade do sigilo de dados, o ora relator, Min. Marco Aurélio, sedimentou a tese que admite como prova ilícita a gravação ambiental realizada sem o conhecimento dos interlocutores. Contudo, ressalva a possibilidade de admissibilidade da prova obtida por esse meio, caso o procedimento adotado seja precedido de autorização judicial. *Verbis*:

> A gravação ambiente submete-se à regra segundo a qual são invioláveis os dados, sendo que o afastamento da proteção não pressupõe gravação sub-rep̀tícia, escondida, dissimulada, por um dos interlocutores, mas sim decorrente de ordem judicial, sempre vinculada à investigação criminal ou à instrução processual penal. Constitui verdadeiro paradoxo reconhecer-se como válida gravação ambiente sem o conhecimento dos interlocutores, tendo em conta admitir-se tal prova, observada a previsão constitucional, somente quando autorizada pelo Poder Judiciário para instruir investigação criminal ou processo penal. A questão ganha relevo maior em se tratando do processo eleitoral, em que as disputas são acirradas, prevalecendo, muitas vezes, paixões condenáveis.

A referida citação restou repetida ao longo de alguns anos nessa tribuna.

Acompanhando o Relator, a Ministra Luciana Lóssio também constou em ata seu voto no sentido de facultar a utilização da gravação ambiental clandestina como meio de prova para acusação no processo eleitoral daria ensejo a armadilhas no processo eleitoral que deveriam ser rechaçadas. Para a julgadora, tal meio probatório poderia ser utilizado nos processos eleitorais como fundamento para sua defesa, mas nunca como instrumento de acusação. Veja-se em suas palavras:

> Senhora Presidente, estou plenamente de acordo com o relator, Ministro Marco Aurélio. Não tenho a menor dúvida de que esse tipo de gravação clandestina, não deve jamais ser usada para acusação. A gravação clandestina é legítima para ser usada na defesa do cidadão; jamais para acusação. Podemos imaginar a que tipo de trocas, num processo eleitoral, esse tipo de gravação pode levar. Um correligionário ou um apoiador que passa a fazer gravações clandestinas, em jogo político, é muito perigoso.

Naquela ocasião, também acompanharam o relator o Ministro Gilson Dipp, que já havia suscitado a hipótese de alteração jurisprudencial durante o julgamento do Respe supramencionado, e o Ministro Dias Toffoli.

A partir de então, a fase jurisprudencial do referido tribunal passou a ser conturbada em relação a essa matéria. Inúmeros precedentes, em clara violação à segurança jurídica processual, admitiram ou inadmitiram a gravação ambiental de acordo com a íntima convicção dos relatores, procedimento esse incompatível com o ordenamento jurídico nacional.

O ano de 2014 – e aqui se inicia a análise do objeto de pesquisa deste trabalho, foi marcado por tratar da matéria em exame conforme a ótica das garantias constitucionais individuais. É exemplo o julgamento do Respe n. 16.748/TO. No bojo do acórdão atinente a este processo, o Tribunal decidiu que eventual admissão da utilização de prova corroborada em gravação ambiental, se não estiver munida de prévia autorização judicial viola tanto o princípio da boa-fé, como o direito fundamental à privacidade.

Após tecer todas as considerações teóricas pertinentes ao tema, adentra-se ao aspecto empírico que motivou o presente trabalho, qual seja, verificar como a jurisprudência da Corte Superior Eleitoral se comporta frente a (i)licitude as gravações ambientais.

Muito embora já seja este assunto reiterado na corte, ainda é possível detectar a presença de determinadas controvérsias no que tange ao estabelecimento de requisitos de admissibilidade para o supramencionado meio de prova. Levando-se em consideração, ainda, o caráter itinerante dos magistrados que atuam na corte, as variações jurisprudenciais que ocorrem nesta seara do direito saltam aos olhos. Especialmente quando se trata de

admissibilidade probatória, a instabilidade do referido terreno macula diretamente a segurança jurídica, que há tempos não se observa como palavra de ordem no país.

Antes de adentrar ao objeto pesquisado, conforme referido em introdução, faz-se fundamental o exame do histórico dos fundamentos neste tema no tribunal. Primeiramente, destaca-se o ano de 2006. Em sessão de julgamento realizada em 07 de março daquele ano, o Tribunal Superior Eleitoral, acompanhando a orientação do Superior Tribunal de Justiça quanto ao tema (HC n. 36.545/SP, Rel. Min. Laurita Vaz, DJE de 29/08/2005), fixou tese tendente à licitude e consequente admissibilidade de prova obtida por meio de gravação ambiental, conforme destaca-se na ementa do acórdão correspondente:

> AGRAVO REGIMENTAL. RECURSO ESPECIAL. INCONSTITUCIONALIDADE DO ART. 41-A DA LEI No 9.504/97. OFENSA A LEI E À CONSTITUIÇÃO FEDERAL. DISSÍDIO JURISPRUDENCIAL. AFASTADOS. NEGADO PROVIMENTO AO AGRAVO.
>
> [...]
>
> 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.
>
> [...]
>
> V - Agravo regimental a que se nega provimento. (Respe n. 25214, Rel. Min. Cesar Asfor Rocha, DJ de 11/09/2006)

Inaugurou-se, a partir de então, a primeira fase jurisprudencial pacífica referente a tutela das gravações ambientais no processo eleitoral. Nesse mesmo sentido, pode-se conferir as decisões: Respe n. 25883, Rel. Min. Cesar Asfor Rocha, DJ de 20/04/2007; Respe n. 25258, Rel. Min. Carlos Eduardo Caputo Bastos, DJ de 06/03/2007; Respe n. 4198880, Rel. Min. Ricardo Lewandowski, DJE de 10/05/2010; Respe n. 36992, Rel. Min. Cármen Lúcia, DJE de 28/09/2010; Respe n. 49928, Rel. Min. Nancy Andrighi, RJTSE de 01/12/2011.

O posicionamento ora adotado perdurou ao longo dos anos, até a alteração em 2012. Nessa oportunidade, em sessão realizada no dia 14/08/2012, para julgamento do Respe n. 36359, originário de Coronel Sapucaia/MS.

O responsável pela inauguração da nova concepção foi o Min. Gilson Dipp, relator, que apontou traços distintivos típicos do Direito Eleitoral os quais, em sua visão, seriam incompatíveis com a admissibilidade daquele meio de prova. Relatou que sobretudo nos municípios do interior do Brasil, as disputas eleitorais normalmente envolvem conveniências reprováveis e interesses espúrios entre candidatos e eleitores, que devem ser, a todo custo, dificultados. Esse fato, por sinal, é traduzido também nessa pesquisa, haja vista o aumento

indiscriminado no número de novas denúncias protocoladas entre os meses de agosto e outubro.

De acordo com o eminente Ministro, é justo com base nesses interesses pouco nobres que as gravações ambientais são confeccionadas, muito geralmente por candidatos adversários, ou por seus correligionários. Em situações como estas, as gravações clandestinas não coadunariam com o fulcro de proteger o interesse público, ou lisura do pleito, e sim de "vulnerar ou abater o adversário com revelações possivelmente constrangedoras em momento crucial da campanha e tudo agravado pela dificuldade ulterior de apurar quando já perdido ou desaparecido o interesse eleitoral".

Tais abusos, no entendimento do Relator, poderiam ter o condão de conceber costumes que transmitem mau exemplo aos cidadãos. Em suas palavras:

> "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."

Observa-se que o Min. Gilson Dipp protagonizou mudança diametral no entendimento consagrado já por seis anos no tribunal, ao asseverar que mesmo considerando a prova essencial para combater ilícitos, inclusive, aqueles tipificados como crimes eleitorais, a gravação ambiental devia ser considerada, via de regra, como inadmissível. Em suas palavras "de algum modo, denunciar possíveis práticas ilícitas do adversário para denegri-lo [seria], reversamente, a afirmação de propaganda favorável do denunciante"

Resvalado nos fundamentos ora mencionados, o relator chegou a conclusão de que, mistar quando for realizada a partir de câmera escondida ou demais meios analogamente ardilosos, deve-se declarar a ilicitude deste meio probatório, para evitar que ele "desborde dos limites estritos do propósito eleitoral e passe a servir como instrumento indireto e ilegal de contrapropaganda eleitoral".

Após o voto do Ministro, contudo, a Min. Cármen Lúcia realizou pedido de vista dos autos, dando ensejo à suspensão do julgamento de tal Recurso Especial.

Entretanto, em sessão do tribunal pleno naquela mesma semana a questão voltou a tona por meio da análise do Respe n. 344-26, de relatoria do Ministro Marco Aurélio. Tinha como objeto a requisição de cassação de mandato do candidato eleito como Vereador do município

de Santo Antônio de Jesus/BA, que sustentava-se em suporte probatório derivado diretamente de gravação clandestina ambiental.

Por apertada maioria de 4 (quatro) votos a 3 (três), nos termos do voto do Relator, o Tribunal Superior Eleitoral desproveu o Recurso Especial, com base na declaração de ilicitude daquele meio de prova, conforme pedido da defesa sedimentado na ementa ora destacada:

> RECURSO ESPECIAL - PREQUESTIONAMENTO. A matéria versada no recurso especial há de ter sido objeto de debate e decisão prévios na origem, ante a necessidade de prequestionamento.
>
> 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 34426, Rel. Min. Marco Aurélio, RJTSE16/08/2012, Página 21)

Por força do princípio da inviolabilidade do sigilo de dados, o ora relator, Min. Marco Aurélio, sedimentou a tese que admite como prova ilícita a gravação ambiental realizada sem o conhecimento dos interlocutores. Contudo, ressalva a possibilidade de admissibilidade da prova obtida por esse meio, caso o procedimento adotado seja precedido de autorização judicial. *Verbis*:

> A gravação ambiente submete-se à regra segundo a qual são invioláveis os dados, sendo que o afastamento da proteção não pressupõe gravação sub-reṕtícia, escondida, dissimulada, por um dos interlocutores, mas sim decorrente de ordem judicial, sempre vinculada à investigação criminal ou à instrução processual penal. Constitui verdadeiro paradoxo reconhecer-se como válida gravação ambiente sem o conhecimento dos interlocutores, tendo em conta admitir-se tal prova, observada a previsão constitucional, somente quando autorizada pelo Poder Judiciário para instruir investigação criminal ou processo penal. A questão ganha relevo maior em se tratando do processo eleitoral, em que as disputas são acirradas, prevalecendo, muitas vezes, paixões condenáveis.

A referida citação restou repetida ao longo de alguns anos nessa tribuna.

Acompanhando o Relator, a Ministra Luciana Lóssio também constou em ata seu voto no sentido de facultar a utilização da gravação ambiental clandestina como meio de prova para acusação no processo eleitoral daria ensejo a armadilhas no processo eleitoral que deveriam ser rechaçadas. Para a julgadora, tal meio probatório poderia ser utilizado nos processos eleitorais como fundamento para sua defesa, mas nunca como instrumento de acusação. Veja-se em suas palavras:

> Senhora Presidente, estou plenamente de acordo com o relator, Ministro Marco Aurélio. Não tenho a menor dúvida de que esse tipo de gravação clandestina, não deve jamais ser usada para acusação. A gravação clandestina é legítima para ser usada na defesa do cidadão; jamais para acusação. Podemos imaginar a que tipo de trocas, num processo eleitoral, esse tipo de gravação pode levar. Um correligionário

> ou um apoiador que passa a fazer gravações clandestinas, em jogo político, é muito perigoso.

Naquela ocasião, também acompanharam o relator o Ministro Gilson Dipp, que já havia suscitado a hipótese de alteração jurisprudencial durante o julgamento do Respe supramencionado, e o Ministro Dias Toffoli.

A partir de então, a fase jurisprudencial do referido tribunal passou a ser conturbada em relação a essa matéria. Inúmeros precedentes, em clara violação à segurança jurídica processual, admitiram ou inadmitiram a gravação ambiental de acordo com a íntima convicção dos relatores, procedimento esse incompatível com o ordenamento jurídico nacional.

O ano de 2014 – e aqui se inicia a análise do objeto de pesquisa deste trabalho, foi marcado por tratar da matéria em exame conforme a ótica das garantias constitucionais individuais. É exemplo o julgamento do Respe n. 16.748/TO. No bojo do acórdão atinente a este processo, o Tribunal decidiu que eventual admissão da utilização de prova corroborada em gravação ambiental, se não estiver munida de prévia autorização judicial viola tanto o princípio da boa-fé, como o direito fundamental à privacidade.

6. REFERÊNCIAS BIBLIOGRÁFICAS

RODRIGUES, A. M. M. Por uma filosofia da tecnologia. In: Grinspun, M.P.S.Z.(org.). Educação Tecnológica - Desafios e Pespectivas. São Paulo: Cortez, 2001: 75-129 < www.egov.ufsc.br/portal/sites/default/files/anexos/29603-29619-1-PB.pdf > Acesso em 09.01.2018

ALEXY, Robert. *Teoria dos direitos fundamentais*. São Paulo: Malheiros Editores, 2008. 669 p.

MORAES JARDIM, PITTA. Flávio Jaime de; Guilherme Regueira. *A admissibilidade da gravação feita por um dos interlocutores sem o conhecimento do outro como prova nos processos judiciais eleitorais*. In._____. http://ibrade.org/pdf/artigoflaviojardim.pdf. Acesso em 30.10.2017.

MACIEL, Luis Gustavo. *27º Boletim da Escola Judiciária Eleitoral*. In. _____. Tribunal Superior Eleitoral. http://www.tse.jus.br/imprensa/noticias-tse/2017/Setembro/bieje-aborda-o-tema-gravacao-ambiental. Acesso em 24.10.2017.

WINIKES, CAMARGO; Ralph, Rodrigo Eduardo. ***A concepção de vida privada e de intimidade no direito brasileiro - the concept of private life and intimacy in brazilian law.*** In. _____. http://www.publicadireito.com.br/artigos/?cod=0da474fc8e382f9c. Acesso em 27.12.2017

ALVIM, J. E. Carreira. **Teoria Geral do Processo**. 8 ed. rev. e atual. Rio de Janeiro: Editora Forense, 2002.

AVOLIO, Luiz Francisco Torquato. **Provas ilícitas: Interceptações telefônicas, ambientais e gravações clandestinas.** 6 ed. rev. atual. e amp. São Paulo: Editora Revistas dos Tribunais, 2015.

BONAVIDES, Paulo. **Curso de Direito Constitucional**. 23 ed. São Paulo: Malheiros Editores, 2008.

_____ Política e Constituição: os caminhos da democracia. Rio de Janeiro: Ed. Forense, 1985

BOUTMY, Émile. **Estudos de Direito Constitucional**. Tradução de Lucio de Mendoná. Rio de Janeiro – São Paulo: Laemmert & C. Editores, 1896

BRASIL. Constituição Brasileira de 1988. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/constituicaocompilado.htm> Acesso em: 02 jan. 2018..

BRASIL. Lei Federal n. 9.034 de 1995. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/L9034.htm>. Acesso em: 02 jan. 2018.

BRASIL. Lei Federal n. 12.850 de 2013. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_ato2011-2014/2013/lei/l12850.htm>. Acesso em: 15 jan. 2018.

BRASIL. Superior Tribunal de Justiça. AgRg-Ag 962.257/MG. Rel. Min. Aldir Passarinho. Quarta Turma, DJE de 30/06/2008. Disponível em: https://ww2.stj.jus.br/processo/pesquisa/?tipoPesquisa=tipoPesquisaNumeroRegistro&termo=200702282803&totalRegistrosPorPagina=40&aplicacao=processos.ea. Acesso em: 15 jan. 2018.

_____ AgRg no REsp 1205036/MS. Rel. Ministro NEFI CORDEIRO. SEXTA TURMA, julgado em 01/12/2015, DJe 11/12/2015. Disponível em: <http://www.stj.jus.br/SCON/jurisprudencia/doc.jsp?livre=1205036&b=ACOR&p=true&l=10&i=5>. Acesso em: 15 jan. 2018.

_____ HC 222.818/MS. Rel. Min. Gurgel de Faria, Quinta Turma, DJE de 25/11/2014. Disponível em: <http://www.stj.jus.br/SCON/jurisprudencia/doc.jsp?livre=222818&b=ACOR&p=true&l=10&i=5.> Acesso em: 15 jan. 2018.

_____ REsp 9.012/RJ. Rel. Min. Claudio Santos. Rel. p/ Acórdão Mini. Nilson Naves, Terceira Turma, DJ de 14/04/1997. Disponível em: <http://www.stj.jus.br/SCON/jurisprudencia/doc.jsp?livre=9012&b=ACOR&p=true&l=10&i=10>. Acesso em: 15 jan. 2018.

BRASIL. Supremo Tribunal Federal. ARE 742192. Rel. Min. Luiz Fux, Primeira Turma, DJE de 29/10/2013. Disponível em: <http://www.stf.jus.br/portal/processo/verProcessoAndamento.asp?incidente=438789 4>. Acesso em: 15 jan. 2018.

_____ HC 93050. Relator. Min. CELSO DE MELLO, Segunda Turma, julgado em 10/06/2008, DJE 01/08/2008. Disponível em:

<http://www.stf.jus.br/portal/processo/verProcessoAndamento.asp?incidente=257606 6.> Acesso em: 15 jan. 2018.

_____ HC n. 69818. Rel. Min. SEPÚLVEDA PERTENCE, Primeira Turma, DJE de 27/11/1992. Disponível em: <http://www.stf.jus.br/portal/processo/verProcessoAndamento.asp?incidente=154884 2>. Acesso em: 15 jan. 2018.

_____ Inquérito n. 2424 QO-QO. Rel. Min. CEZAR PELUSO. Tribunal Pleno, DJE de 24/08/2007. Disponível em: <http://www.stf.jus.br/portal/processo/verProcessoAndamento.asp?incidente=240592 0>. Acesso em: 15 jan. 2018.

_____ RE 402717. Rel. Min. CEZAR PELUSO. Segunda Turma, julgado em 02/12/2008, DJE 13/02/2009. Disponível em: <http://www.stf.jus.br/portal/processo/verProcessoAndamento.asp?incidente=216245

5>. Acesso em: 15 jan. 2018.

_____ RE 583937 QO-RG. Rel. Min. Cezar Peluso, REPERCUSSÃO GERAL – MÉRITO, DJE de 18/12/2009. Disponível em: <http://www.stf.jus.br/portal/processo/verProcessoAndamento.asp?incidente=261066 8>. Acesso em: 15 jan. 2018.

_____ RHC 125319. Rel. Min. Teori Zavascki, Segunda Turma, DJE de 02/03/2015. Disponível em: <http://www.stf.jus.br/portal/processo/verProcessoAndamento.asp?incidente=467054 2.> Acesso em: 15 jan. 2018.

BRASIL. Tribunal Superior Eleitoral. AI no 65576. Rel. Min. Maria Thereza, DJE de 01/10/2015. Disponível em: <http://www.tse.jus.br/jurisprudencia/@@processrequest>. Acesso em: 15 jan. 2018.

_____ HC n. 21460. Rel. Min. Herman Benjamin, DJE de 03/10/2016. Disponível em: <http://www.tse.jus.br/jurisprudencia/@@processrequest>. Acesso em: 15 jan. 2018.

_____ HC n. 30808. Rel. Min. Maria Thereza, DJE de 28/04/2016. Disponível em: <http://www.tse.jus.br/jurisprudencia/@@processrequest>. Acesso em: 15 jan. 2018.

_____ HC n. 30990. Rel. Min. João Otávio De Noronha, DJE de 05/11/2015. Disponível em: <http://www.tse.jus.br/jurisprudencia/@@processrequest>. Acesso em: 15 jan. 2018.

_____ REspe n. 25214. Rel. Min. Cesar Asfor Rocha, DJ de 11/09/2006. Disponível em: <http://www.tse.jus.br/jurisprudencia/@@processrequest>. Acesso em: 15 jan. 2018.

_____ REspe n. 25883. Rel. Min. Cesar Asfor Rocha, DJ de 20/04/2007. Disponível em: <http://www.tse.jus.br/jurisprudencia/@@processrequest>. Acesso em: 15 jan. 2018.

_____ REspe n. 25258. Rel. Min. Carlos Eduardo Caputo Bastos, DJ de 06/03/2007. Disponível em: <http://www.tse.jus.br/jurisprudencia/@@processrequest>. Acesso em: 15 jan. 2018._____ REspe n. 4198880. Rel. Min. Ricardo Lewandowski, DJE de 10/05/2010. Disponível em: <http://www.tse.jus.br/jurisprudencia/@@processrequest>. Acesso em: 15 jan. 2018.

_____ REspe n. 36992. Rel. Min. Cármen Lúcia, DJE de 28/09/2010. Disponível em: <http://www.tse.jus.br/jurisprudencia/@@processrequest>. Acesso em: 15 jan. 2018.

OBJ OBJ OBJ OBJ OBJ OBJ OBJ OBJ OBJ OBJ OBJ OBJ OBJ OBJ OBJ OBJ

_____ REspe n. 49928. Rel. Min. Nancy Andrighi, RJTSE de 01/12/2011. Disponível em: <http://www.tse.jus.br/jurisprudencia/@@processrequest>. Acesso em: 15 jan. 2018.

_____ REspe n. 36359. Rel. Min. Gilson Dipp, DJE de 06/03/2015. Disponível em: <http://www.tse.jus.br/jurisprudencia/@@processrequest>. Acesso em: 15 jan. 2018.

_____ REspe no 34426. Rel. Min. Marco Aurélio, RJTSE16/08/2012. Disponível em: <http://www.tse.jus.br/jurisprudencia/@@processrequest>. Acesso em: 18 jun. 2017.

_____ REspe no 63761. Rel. Min. Henrique Neves DJE de 21/05/2015. Disponível em: <http://www.tse.jus.br/jurisprudencia/@@processrequest>. Acesso em: 15 jan. 2018.

_____ REspe n. 12854. Rel. Min. Herman Benjamin, DJE de 26/10/2016. Disponível em: <http://www.tse.jus.br/jurisprudencia/@@processrequest>. Acesso em: 15 jan. 2018..

_____ REspe n. 8547. Rel. Min. Herman Benjamin, DJE de 19/12/2016. Disponível em: <http://www.tse.jus.br/jurisprudencia/@@processrequest>. Acesso em: 15 jan. 2018..

_____ REspe n. 64036. Rel. Min. Gilmar Mendes, DJE de 19/08/2016. Disponível em: <http://www.tse.jus.br/jurisprudencia/@@processrequest>. Acesso em: 15 jan. 2018..

_____ REspe n. 56876. REspe n. 570-46 e AC n. 92888, Rel. Min. Henrique Neves, DJE de 10/12/2015. Disponível em: <http://www.tse.jus.br/jurisprudencia/@@processrequest>. Acesso em: 15 jan. 2018..

_____ REspe n. 83877. Rel. Min. Luciana Christina Guimarães Lóssio, DJE de 07/12/2015. Disponível em: <http://www.tse.jus.br/jurisprudencia/@@processrequest>. Acesso em: 15 jan. 2018..

_____ REspe n. 63761. Rel. Min. Henrique Neves. DJE de 21/05/2015. Disponível em: <http://www.tse.jus.br/jurisprudencia/@@processrequest>. Acesso em: 15 jan. 2018..

_____ REspe n. 36359. Rel. Min. Gilson Dipp, DJE de 06/03/2015. Disponível em: <http://www.tse.jus.br/jurisprudencia/@@processrequest>. Acesso em: 15 jan. 2018..

_____ REspe n. 20289. Rel. Min. Maria Thereza, DJE de 15/12/2015. Disponível em: <http://www.tse.jus.br/jurisprudencia/@@processrequest>. Acesso em: 15 jan. 2018..

_____ REspe n. 20003. Rel. Min. Luciana Lóssio. Publicado em Sessão, data 17/11/2016. Disponível em: <http://www.tse.jus.br/jurisprudencia/@@processrequest.> Acesso em: 15 jan. 2018..

_____ REspe n. 67742. Rel. Min. Luiz Fux. DJE de 05/10/2016. Disponível em: <http://www.tse.jus.br/jurisprudencia/@@processrequest.> Acesso em: 15 jan. 2018..

_____ Respe n. 72681. Rel. Min. Luciana Lóssio, DJE de 17/11/2016. Disponível em: <http://www.tse.jus.br/jurisprudencia/@@processrequest.> Acesso em: 15 jan. 2018..

_____ REspe n. 67604. Rel. Min. Henrique Neves, DJE de 19/11/2014. Disponível em: <http://www.tse.jus.br/jurisprudencia/@@processrequest.> Acesso em 15 jan. 2018..

_____ REspe n. 104683. Rel. Min. Marco Aurélio, DJE de 20/05/2015. Disponível em: <http://www.tse.jus.br/jurisprudencia/@@processrequest.> Acesso em: 15 jan. 2018..

_____ Rp no 240991. Rel. Min. Cármen Lúcia. Sessão do dia 25/08/2010. Disponível em: <http://www.tse.jus.br/jurisprudencia/@@processrequest>. Acesso em: 15 jan. 2018..

_____ Sessão de julgamento do dia 09/02/2017. Disponível em: <https://www.youtube.com/watch?v=s0QL1feVSmA&t=1495s>. Acesso em: 15 jan. 2018.

CANOTILHO, J.J. Gomes. **Direito Constitucional e Teoria da Constituiçã**o. 7 ed. Coimbra: Edições Almedina, 2003.

CINTRA, Antonio Carlos de Araújo; GRINOVER, Ada Pellegrini; DINAMARCO, Cândido Rangel. **Teoria Geral do Processo.** 29 ed. São Paulo: Malheiros, 2012.

DA SILVA, Ovídio A. Baptista. **Curso de Processo Civil**, Volume 1: Processo de conhecimento. 7 ed. rev. e atualizada de acordo com o Código Civil de 2002. Rio de Janeiro: Editora Forense, 2005.

DE CARVALHO NETO, Tarcísio Vieira. **A invalidade da gravação ambiental em matéria eleitoral**. 2012. Disponível em <http://www.conjur.com.br/2012-ago- 26/justica-eleitoral-coibir-gravacoes-ambientais-autorizacao> Acesso em: 18 jan. 2018.

GOMES, José Jairo. **Direito Eleitoral**. 12 ed. rev. atual. e amp. São Paulo: Atlas, 2016.

LOPES JR., Aury. **Direito processual penal**. 13 ed. São Paulo: Saraiva, 2016.

MARINONI, Luiz Guiherme; ARENHART, Sérgio Cruz. **Prova e convicção: de acordo com o CPC de 2015.** 3 ed. rev. atual. e ampl. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2015.

MARINONI, Luiz Guiherme; ARENHART, Sérgio Cruz; MITIDIERO Daniel. **Curso de Processo Civil: teoria do processo civil,** volume 1. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2015.

MENDES, Gilmar Ferreira; BRANCO, Paulo Gustavo Gonet. **Curso de Direito Constitucional**. 10 ed. rev. e atual. São Paulo: Saraiva, 2015 (Série IDP).

MIRANDA, Jorge. **Manual de Direito Constitucional: Preliminares, o Estado e os sistemas constitucionais**, tomo I. 4 ed. rev. e actual. Coimbra: Coimbra Editora Ltda., 1990

MIRANDA, Pontes de. **Comentários ao Código de Processo Civil**, Tomo IV. São Paulo: Editora Forense, 1974.

NERY JUNIOR, Nelson. **Princípio do processo na Constituição Federal**. 12 ed. rev. ampl. e atual. com as novas súmulas do STF (simples e vinculantes) e com o novo CPC (Lei n. 13.105/2015). São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2016.

OLIVEIRA, Eugênio Pacelli de. **Curso de Processo Penal.** 19 ed. rev. e atual. São Paulo: Atlas, 2015.