

Gravação ambiental clandestina e sua dissonância no bojo do contencioso eleitoral perante entendimento do Supremo Tribunal Federal

clandestine environmental recording and your dissonance in the box of the electoral contest before the understanding of the Supreme Court

Geovanna Sotero Corcinio*
Alana Maria Passos Barreto**

Resumo: O presente trabalho tem por objetivo promover a análise das relevantes perspectivas que contornam o tema gravações ambientais clandestinas como meio de prova no Processo Penal Eleitoral. Inicialmente, buscar-se-á examinar o tema especificando os meios de prova audiovisuais e suas diferenças, dando ênfase ao procedimento das gravações clandestinas, objeto do trabalho. Ato contínuo, expõe-se a linha de modificações de entendimento de tal temática ao longo dos anos, até a atual consolidação jurisprudencial pelo Supremo Tribunal Federal (STF). Logo em seguida, o trabalho toma por foco a oscilação jurisprudencial na seara eleitoral, mesmo diante do posicionamento sedimentado pelo STF no Recurso Extraordinário nº 583.937/RJ, demonstrando os principais pontos de controvérsia na fundamentação na jurisprudência do Tribunal Superior Eleitoral (TSE). Por fim, o último tópico aborda a alteração do posicionamento do TSE, reconhecendo sobre a licitude da gravação ambiental clandestina.

Palavras-chave: Gravação Ambiental; Prova Ilícita; Supremo Tribunal Federal; Tribunal Superior Eleitoral.

Abstract: The present work aims to promote the analysis of the main aspects that involve the theme clandestine environmental recordings as a means of proof in the Electoral Criminal Process. Initially, we seek to examine the theme by specifying the audiovisual evidence and their differences, emphasizing the procedure of clandestine recordings, object of the work. A continuous act, the line of changes of understanding of this theme over the years is exposed, until the current jurisprudential consolidation by the Supreme Court. Soon after, the work focuses on the development in the electoral area, especially the jurisprudential oscillation even with the position established by the Supreme Court in Extraordinary Appeal 583,937 Rio de Janeiro, demonstrating the main points of controversy as a basis in the jurisprudence of the Superior Electoral Court. Finally, the last topic addresses the change in the positioning of the TSE, going back on the illegality of clandestine environmental recording.

Keywords: Environmental Recording; Unlawful Proof; Supreme Court; Superior Electoral Court.

Recebido em: 23/01/2023
Aprovado em: 01/11/2023

Como citar este artigo:
CORCINIO, Geovanna Sotero; BARRETO, Alana Maria Passos. Gravação ambiental clandestina e sua dissonância no bojo do contencioso eleitoral perante entendimento do Supremo Tribunal Federal. Revista da Defensoria Pública do Distrito Federal, Brasília, vol. 5, n. 2, 2023, p. 53-68.

* Universidade Tiradentes (UNIT/SE). Advogada

** Mestrado em Direito, (PRODIR/UFS). Advogada.

Considerações iniciais

Em 2019, o Projeto de Lei nº 10.372/2018, oriundo da Câmara de Deputados, transformou-se na Lei nº 13.964/19, popularmente conhecida como “Pacote Anticrime”, e entrou em vigor no dia 23 de janeiro de 2020, dispondo como finalidade aprimorar a legislação penal e processual penal, havendo, de fato, gerado relevante alteração nos dispositivos penais e processuais penais. Dentre tais inserções realizadas pelo pacote anticrime, destaca-se a captação ambiental, em que é subdividida da seguinte forma: Interceptação (telefônica e ambiental), Escuta (telefônica e ambiental) e Gravação Ambiental.

O presente trabalho se propõe a analisar a legalidade do uso de gravação ambiental clandestina como meio de prova, notadamente nos processos penais e eleitorais. Tendo em vista que, a possibilidade da sua utilização foi abordada em inúmeras discussões travadas no Tribunal Superior Eleitoral (TSE) e no Supremo Tribunal Federal (STF), sendo apreciada pelo plenário do Pretório Excelso no RE nº 583.937-RG-QO/RJ, declarando a licitude da gravação realizada por um dos interlocutores, sem o conhecimento do outro.

É certo que os estudos sobre a sua admissibilidade como meio de prova persistem, posto a existência de diversos cenários que não foram submetidos à análise singular, verificando o cabimento da utilização da gravação ambiental clandestina. Nessa esteira, ressalta-se que a matéria se mostrou em evidência na esfera jurídica ao longo dos anos, especialmente no contexto eleitoral.

Conforme será demonstrado nos capítulos seguintes, o TSE havia consolidado o entendimento sobre o tema entre os anos 2006 e 2010, admitindo de maneira ampla a utilização das gravações como suporte probatório, perante entendimento do STF que considerava a gravação ambiental clandestina de forma excepcional¹. Logo, observa-se nos julgados a preocupação de impedir a relativização aos direitos à intimidade e à privacidade em face do interesse público, guiando o tribunal a modificar seu posicionamento.

À vista disso, o presente trabalho irá analisar a legalidade do uso de gravação ambiental clandestina como meio de prova, posto que se verifica uma oscilação jurisprudencial pelo Tribunal Superior Eleitoral, gerando significativa insegurança jurídica. Será abordada a gravação ambiental enquanto meio de prova e sua alteração, com o advento do pacote anticrime, em seguida propõe-se explorar os critérios de admissibilidade doutrinários para o uso restrito das gravações ambientais

¹ Via de regra, seu uso só poderia acontecer em situações próprias, contanto que envolvesse inclinações e direitos do interlocutor que empreendeu a gravação

clandestina. Por fim, será avaliado os principais fundamentos para a inadmissibilidade da gravação ambiental nos processos eleitorais, tomando-se por base as decisões do TSE.

Para o desenvolvimento do presente estudo qualitativo, utilizou-se o método exploratório e descritivo, visto que a investigação tem como base à análise teórica dos dispositivos legais sobre a gravação ambiental como meio prova e sua legalidade diante do uso processual. Ademais, para a coleta de dados, foi aplicado o levantamento bibliográfico e documental, em que recorreu à doutrina, essencialmente de Renato Brasileiro Lima, as decisões do Tribunal Superior Eleitoral (TSE) e do Supremo Tribunal Federal (STF), a fim de avaliar o posicionamento jurídico, além do apoio das legislações que norteiam o tema proposto.

1. Do processo penal e suas provas

A prova como atividade probatória consiste no conjunto de atividades de verificação e demonstração mediante as quais se procura chegar à verdade dos fatos relevantes para o julgamento (LIMA, 2018). Assim, a prova se conceitua como a produção dos meios e atos inseridos no processo objetivando o conhecimento do juiz sobre a fidedignidade da exposição sobre um fato que interesse à resolução da causa (LIMA, 2018).

Boa parte delas estão regulamentadas dentro do Código de Processo Penal, como o interrogatório do acusado, confissão, busca e apreensão e entre outros. Todavia, o rol não deve ser apreciado de forma taxativa, sendo capaz de surgir outros meios admissíveis, como por exemplo a Interceptação Telefônica e Telemática, regulamentada pela Lei nº 9.296/1996². Devido a sua potencialidade de violação aos direitos fundamentais, assim como sua acessibilidade e frequência, deve-se ater à relevância dos meios eletrônicos de produção de provas no processo penal.

Antes de debater o objeto do trabalho, é fundamental conceituar os meios de obtenção de prova, diante da semelhança temática. De início, conceitua-se o instituto da Interceptação telefônica, de acordo com Renato Brasileiro Lima (2018, p. 748) é a “captação da comunicação telefônica alheia por um terceiro, sem o conhecimento de nenhum dos comunicadores”.

No plano doutrinário, o conceito da Interceptação é abordado em sentido estrito, visto que no âmbito processual penal não se vincula quando tomada pelo seu sentido lato, referindo-se ao

² BRASIL. Lei Federal nº 9.296, 24 de julho de 1996. Regulamenta o inciso XII, parte final, do art. 5º da Constituição Federal. Brasília, DF: Presidência da República, 1996. Disponível em: https://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/19296.htm. Acesso em: 13 set. 2022.

ato de interromper, obstaculizar ou impedir que aconteça, mas sim no sentido de “captar”, tomar ciência do conteúdo da comunicação. No entanto, a Lei nº 9.296/96 regulamenta apenas a interceptação telefônica, criando uma lacuna para as demais modalidades de captação eletrônica de provas.

Dentro do instituto da Interceptação, torna-se necessário o crivo da autoridade judicial para que dê sua execução, seu provimento é revestido de natureza cautelar posto que a regra constitucional é a inviolabilidade do sigilo das comunicações, de acordo com o disposto do art. 5º, XII da CRFB/88³, e a exceção é a quebra. Deve ser somente requerida caso haja demonstração dos requisitos *subtendidos no art. 2º* da Lei nº 9.296/96, dentre os quais são: não ocorrência de indícios razoáveis da autoria ou participação em infração penal; possibilidade da elaboração de prova por outros meios disponíveis; e o fato investigado constituir infração penal punida com ao máximo detenção (BRASIL, 1996).

Por fim, cumpre destacar, que esse meio de obtenção de prova é ato privativo das autoridades públicas, não existindo qualquer valor probatório caso realizada por particulares. Trata-se de medida excepcional, utilizada tão somente quando não houver outro meio de se obter a informação desejada na investigação ou no processo com três protagonistas, sendo dois interlocutores e o interceptador, que capta a conversação sem consentimento daqueles.

No que tange ao instituto da escuta telefônica, considera-se a captação de comunicação telefônica realizada por um terceiro, com o conhecimento de um dos comunicadores e o desconhecimento do outro, assim, um dos interlocutores tem a ciência que está sendo ouvido e/ou gravado – dois interlocutores e um interceptador (LIMA, 2018). Apesar de mencionado anteriormente, no tocante que a Lei nº 9.296/96 somente regulamenta as Interceptações Telefônicas, subtende-se, diante dos Tribunais Superiores, que também tutela sobre a escuta telefônica, tendo em vista a similitude no processo de captação.

Sobre a captação ambiental, convém sistematizar três aspectos fundamentais atribuídos por Lima (2018): (i) a interceptação ambiental é a captação sub-reptícia de uma comunicação no próprio ambiente dela, por um terceiro, sem conhecimento dos comunicadores, não se distinguindo da interceptação *stricto sensu*, no entanto, no caso em questão, a comunicação não é telefônica; (ii) a escuta ambiental, é a captação, no ambiente dela, feita por terceiro, com o consentimento de um dos comunicadores; e (iii) a gravação ambiental é a captação da comunicação ambiental no

³ BRASIL. Constituição Federal (1988). Constituição da República Federativa do Brasil de 1988. Brasília, DF: Presidência da República, 1988. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/constituicao.htm. Acesso em: 15 set. 2022.

ambiente em que um dos comunicadores sem o conhecimento do outro, popularmente conhecida como gravação clandestina, a exemplo das câmeras ocultas.

Para breve consideração, menciona-se Luiz Francisco Torquato Avolio (1996), em que traz um dos perfis caracterizadores dos tipos de gravação comentadas nos institutos anteriores, quer seja a posição subjetiva do agente. Avolio aborda, assim como o doutrinador italiano Francesco Caprioli, que “*il concetto di intercettazione presuppone la terzeità dell’agente*”, entendendo-se que o conceito de interceptação pressupõe a terzeiridade do agente (AVOLIO, 1996). Mesmo mencionando somente a incidência do fator na interceptação, observa-se que também os demais institutos, excetuando a gravação ambiental clandestina, possui o fator *terzeità* como elemento fundamental em seu conceito. Assim, ainda que os tipos de gravações se distinguem, nota-se um ponto de convergência entre eles, à presença do terceiro.

2. Da gravação ambiental clandestina

Compreende-se como a gravação clandestina aquela que é feita pelo próprio interlocutor, sem o conhecimento do outro, podendo se dar do registro da conversa entre presentes, num determinado espaço físico (LIMA, 2018). Destaca-se, que a gravação clandestina se caracteriza pela ausência do fator *terzeità*⁴, não podendo ser enquadrada no conceito de interceptação ou escuta (AVOLIO, 1996).

Nesse ínterim, segundo Avolio, é importante não confundir a clandestinidade da gravação com a ilegalidade da prova. O autor argumenta que “qualquer pessoa tem o direito de gravar a sua própria conversa, haja ou não conhecimento da parte do seu interlocutor”. O que a legislação penal proíbe, tornando a prova ilícita, é a divulgação de conversas sigilosas sem justa causa. A justa causa é exatamente o elemento-chave para determinar a legalidade da gravação clandestina. E, considerando as possíveis excludentes, comenta-se o direito à prova.

A doutrina e a jurisprudência no Brasil possuem características distintas no que se refere ao uso de gravação ambiente em processos penais e civis, o que merece destaque. Em relação ao uso desse tipo de prova em processos civis, o Direito brasileiro geralmente entende que a gravação ambiente é uma prova legítima e perfeitamente admissível no processo.

⁴ Protagonismo de um terceiro, estranho ao diálogo, que realiza a ação de gravar ou de simplesmente escutar.

No que se refere à aceitabilidade da gravação ambiental clandestina como meio de prova no processo penal, existe uma significativa controvérsia doutrinária. Para uma parte da doutrina, a gravação ambiental é considerada uma prova ilícita também no âmbito do processo penal. Isso ocorre pois, segundo essa corrente doutrinária, não há qualquer previsão legal que estabeleça a admissibilidade desse meio de prova nos processos criminais. Portanto, diante da inexistência de lei que permita a utilização da gravação ambiental clandestina, não seria possível diminuir os direitos fundamentais à intimidade e à privacidade, que são garantidos constitucionalmente, de acordo com o princípio da legalidade.

Muito antes de ser disciplinada, já se encontrava dentro dos meios de obtenção de prova comumente utilizados. Com a vigência da Lei nº 9.296/96, surgiu um espaço em branco no que se refere a outros meios de captação audiovisuais. Tal modalidade foi inserida pela Lei nº 10.217/2001⁵ na disposição legislativa nº 9.034/95, incluindo o art. 2º, IV⁶. Posteriormente, a Lei nº 12.850/13⁷ veio substituir a Lei nº 9.034/95⁸, que ratificou a captação ambiental como meio de obtenção de provas no combate às organizações criminosas, ampliando para as demais captações ambientais realizadas por meio audiovisual. Contudo, mesmo com a sua previsão, percebe-se a inexistência da abordagem normativa quanto aos tópicos relativos à sua admissibilidade e demais requisitos, o que provocou uma oscilação jurisprudencial até o preenchimento desse espaço pelo pacote anticrime.

De início, expõe-se o desenvolvimento da visão do Judiciário diante da gravação ambiental clandestina, precedendo a Lei nº 13.964/2019⁹. Coadunadas à ordem constitucional vigente, evitando o vilipêndio dos direitos fundamentais, há discussões persistentes entre os tribunais diante da licitude da gravação ambiental clandestina. Assim, de início, predisunha-se que, para ser utilizada como meio de prova, devia ser “temperada” por critérios de ponderação de valores, avaliando-se em cada contexto probatório e fático, em que se balanceava diante da preservação da intimidade e privacidade de cada um. Ou seja, com a ausência de normatização do instituto, o

⁵ BRASIL. Lei Federal nº 10.217, 11 de abril de 2001. Brasília, DF: Presidência da República, 2001. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/LEIS_2001/L10217.htm. Acesso em: 13 set. 2022.

⁶ 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. (BRASIL, 2001, s/p).

⁷ BRASIL. Lei Federal nº 12.850, 02 de agosto de 2013. Brasília, DF: Presidência da República, 2016. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_ato2011-2014/2013/lei/112850.htm. Acesso em: 13 set. 2022.

⁸ 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 (BRASIL, 2013, s/p).

⁹ BRASIL. Lei Federal nº 13.964, 24 de novembro de 2019. Brasília, DF: Presidência da República, 2019. Disponível em: https://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_ato2019-2022/2019/lei/113964.htm. Acesso em: 13 set. 2022.

parâmetro operado era o grau de infiltração no perímetro dos direitos mencionados, resultando na relativização do direito à prova em face dos direitos mencionados. Exemplificando, evidencia-se o seguinte julgado:

AGRAVO DE INSTRUMENTO - PRODUÇÃO DE PROVA - GRAVAÇÃO AMBIENTAL POR TERCEIRO E SEM O CONHECIMENTO DA PARTE - INFORMAÇÕES DE CARÁTER ÍNTIMO E PESSOAL - PROVA ILÍCITA - AUSÊNCIA DE EXCLUDENTE DE ILICITUDE - NÃO-APLICAÇÃO DO PRINCÍPIO DA PROPORCIONALIDADE - RECURSO PROVIDO. A obtenção de prova exige a observância dos requisitos de ordem material e formal; a gravação ambiental, sem o conhecimento da parte envolvida por terceiro é considerada prova ilícita, não se admitindo como meio de prova, consoante a jurisprudência das Cortes Superiores. A ilicitude só será afastada mediante a justificativa de excludente de ilicitude, aplicando-se o princípio da proporcionalidade, situação não verificada no presente caso, sendo, conseqüentemente, devido e legal o desentranhamento das provas carreadas aos autos obtidas ilicitamente. Recurso provido. (BRASIL, 2005, n.p).

Em seguida, convém dar ênfase a Repercussão Geral n.º 583.937 QO-RG/RJ, apreciada pelo Plenário do Pretório Excelso acerca do tema, no ano de 2009, desdobrou-se em face do indeferimento do pedido da juntada de degravação de material produzido pelo réu e da gravação ambiental feita na audiência em que se desenvolveu os fatos, argumentando a violação aos artigos 1º, III (dignidade da pessoa humana); 5º, X (intimidade e vida privada), LIV (devido processo legal) e LV (contraditório e ampla defesa) da Constituição Federal de 1988. Assim, expõe-se a ementa do julgado:

Prova. Gravação ambiental. Realização por um dos interlocutores sem conhecimento do outro. Validade. Jurisprudência reafirmada. Repercussão geral reconhecida. Recurso extraordinário provido. É lícita a prova consistente em gravação ambiental realizada por um dos interlocutores sem conhecimento do outro (BRASIL, 2009, s/p).

Incumbe destacar, que a referida Repercussão Geral reside, precisamente, na exigência de que, para a divulgação da gravação executada e a sua aplicação no processo, somente resta aplicável quando houver hipótese de justa causa e se a prova captada for do interesse direto de quem realizou a gravação, porém, mesmo com a sua admissão como meio de obtenção de prova, não eliminou a necessidade da temática de se submeter à regulamentação quanto ao seu uso. Muito embora o tema foi apreciado pelo Supremo Tribunal Federal, a questão em si ainda gera inconsistências nos julgados brasileiros, a depender do caso concreto.

É comumente visto o não seguimento do entendimento do Excelso Pretório dentro dos precedentes julgados pelos Tribunais Eleitorais, dando ênfase a proteção à intimidade, contudo, diante das peculiaridades de cada caso, observa-se uma assimetria nos julgamentos, que promoveu uma instabilidade jurisprudencial, tornando-se labiríntico encontrar o ponto de convergência sobre a temática. Até o “pacote anticrime”, esta classificação não era acobertada pela Lei nº 9.296/96, pois não continham como objeto da conversação realizada por meio telefônico. Assim, não estava regulamentada no ordenamento jurídico nacional, existindo controvérsias quanto seu tratamento dentro do âmbito dos tribunais, pois se a investigação não versasse sobre organização criminosa, a captação ambiental não possuía previsão, de modo que se submetia à disciplina constitucional de proteção à intimidade, bem como era analisada como um meio de prova “atípico”, uma vez que seu procedimento não havia sido regulamentado/previsto em lei.

Por meio da alteração legislativa, foi introduzido os artigos 8º-A e 10º-A na Lei nº 9.296/96, tratando-se especificamente sobre a captação ambiental, agora de forma expressa, dentro de um normativo que só regulamentava as interceptações telefônicas (BRASIL, 1996). O art. 8º¹⁰ da referida lei expõe os critérios para sua admissibilidade no processo. Além do mais, foi inserido o art. 10-A¹¹ na referida lei, que finalmente aborda em seu parágrafo a gravação ambiental clandestina.

Observa-se que, dentre anos de conturbação jurisprudencial, o pacote anticrime finalmente dispôs sobre a gravação ambiental de forma expressa, reafirmando no normativo a posição já pacificada nos tribunais, concluindo-se sobre a sua licitude. Já adentrando na parte fundamental, no tocante ao suporte probatório derivado diretamente da gravação ambiental clandestina dentro do contencioso eleitoral, encerra-se o presente capítulo, a fim de desenvolvê-lo a seguir.

¹⁰ Art. 8º-A. Para investigação ou instrução criminal, poderá ser autorizada pelo juiz, a requerimento da autoridade policial ou do Ministério Público, a captação ambiental de sinais eletromagnéticos, ópticos ou acústicos, quando:

I - a prova não puder ser feita por outros meios disponíveis e igualmente eficazes; e

II - houver elementos probatórios razoáveis de autoria e participação em infrações criminais cujas penas máximas sejam superiores a 4 (quatro) anos ou em infrações penais conexas.

§ 1º O requerimento deverá descrever circunstanciadamente o local e a forma de instalação do dispositivo de captação ambiental.

§ 2º A instalação do dispositivo de captação ambiental poderá ser realizada, quando necessária, por meio de operação policial disfarçada ou no período noturno, exceto na casa, nos termos do inciso XI do caput do art. 5º da Constituição Federal.

§ 3º A captação ambiental não poderá exceder o prazo de 15 (quinze) dias, renovável por decisão judicial por iguais períodos, se comprovada a indispensabilidade do meio de prova e quando presente atividade criminal permanente, habitual ou continuada.

§ 4º A captação ambiental feita por um dos interlocutores sem o prévio conhecimento da autoridade policial ou do Ministério Público poderá ser utilizada, em matéria de defesa, quando demonstrada a integridade da gravação.

§ 5º Aplicam-se subsidiariamente à captação ambiental as regras previstas na legislação específica para a interceptação telefônica e telemática (BRASIL, 1996, s/p).

¹¹ Art. 10-A. Realizar captação ambiental de sinais eletromagnéticos, ópticos ou acústicos para investigação ou instrução criminal sem autorização judicial, quando esta for exigida (BRASIL, 1996, s/p).

3. Admissibilidade das gravações ambientais no processo penal eleitoral

Embora existam no Direito Eleitoral diversos tipos criminais, não há no Direito Penal Eleitoral uma teoria própria do crime, tampouco “um arcabouço de 4 regras gerais e princípios que permita dar concretude a tais tipos” (GOMES, 2022, p. 3). Por essa razão, aplicam-se aos fatos incriminados no Código Eleitoral todas as regras gerais do Código Penal, conforme preceitua o art. 287, caput, do Código Eleitoral (BRASIL, 1965). Nota-se, portanto, que o “Direito Penal empresta ao Eleitoral toda sua teoria do crime, além de institutos versados na Parte Geral do Código Penal, tais como lugar e tempo do delito, consumação e tentativa, pena e sua aplicação” (GOMES, 2022, p. 3).

Após entrelaçar todas as ponderações teóricas oportunas ao tema, concentra-se no aspecto que motivou o presente trabalho, em que se verifica a jurisprudência da Corte Superior Eleitoral que se posiciona perante a (i)licitude da gravação clandestina. Assim, inicia-se mencionando que antes mesmo de direcionar o seu posicionamento pela ilicitude da gravação ambiental clandestina, bem como antes do julgamento da RE 583.937 QO-RG/RJ, o Tribunal Superior Eleitoral, acompanhando o Supremo Tribunal Justiça quanto ao HC nº 36.545/SP¹², em 2006, considerou lícita a gravação clandestina, podendo ser utilizada como suporte probatório. Transcreve-se, assim, o conteúdo do julgado:

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. (BRASIL, 2006, s/p).

¹² BRASIL. Tribunal Superior Eleitoral. ARESPE 25.214/SP. Agravo Regimental em Recurso Especial Eleitoral. Acórdão publicado no dia 07 de março de 2006. Relator: Min. Francisco Cesar Asfor Rocha. DJe: 11/09/2006. Disponível em: <https://www.jusbrasil.com.br/jurisprudencia/tse/18984806>. Acesso em: 23 de set. 2022.

Tal pensamento subsistiu até 2012, com a realização do julgamento do AgR-REspe nº 36.359/MS¹³, tendo como relator o Min. Gilson Dipp, promovendo veementemente o reconhecimento da ilicitude do meio probatório, argumentando que a utilização das gravações clandestinas não coadunaria com fulcro de proteger o interesse público, e sim vulnerabilizar a disputa eleitoral, mesmo não sendo considerada como medida ilícita. Porém, a Min. Carmen Lúcia considerou adequado dar ensejo à suspensão do julgamento do referido Recurso Especial.

Todavia, no mesmo ano, houve a necessidade do retorno a temática, diante da RESPE nº 344-26¹⁴, possuindo como relator o Min. Marco Aurélio, na qual a prova utilizada como fundamento da propositura da Ação de Impugnação de Mandado Eletivo foi uma gravação feita por telefone celular, sem o conhecimento dos demais interlocutores, captando suposto crime de captação ilícita de sufrágio.

Cuida-se da interposição de Recurso Especial, a parte autora recorreu da decisão do Tribunal Regional Eleitoral que foi julgada improcedente em razão da ilicitude da gravação ambiental, ulteriormente foi desprovido por maioria pelo Tribunal Superior Eleitoral, conforme ponderação feita pela defesa, em que foi sedimentado na ementa a seguir:

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. (BRASIL, 2012, s/p)

Perante essa mudança de entendimento do Tribunal Superior Eleitoral, a divergência não só restou configurada, como iniciou uma ressonância em julgados nos Tribunais Eleitorais. Daí em diante, o momento jurisprudencial do referido tribunal passou a ser desequilibrado no que diz respeito a essa matéria. Variados precedentes, em claro desrespeito à segurança jurídica processual, consideraram, ou não, a gravação em concordância com a pessoal concepção dos julgadores.

¹³ BRASIL. Tribunal Superior Eleitoral. AGR-RESPE 36.359/MS. Agravo Regimental em Recurso Especial Eleitoral. Acórdão publicado no dia 01 de julho de 2011. Relator: Min. Gilson Dipp. DJe: 10/07/2011. Disponível em: <https://www.jusbrasil.com.br/jurisprudencia/tse/23561754>. Acesso em: 23 set. 2022.

¹⁴ BRASIL. Tribunal Superior Eleitoral. RESPE 34426/BA. Recurso Especial Eleitoral. Acórdão publicado no dia 16 de agosto de 2012. Relator: Min. Marco Aurélio. DJe: 03/08/2012. Disponível em: <https://www.jusbrasil.com.br/jurisprudencia/tse/23895116>. Acesso em: 23 set. 2022.

4. Da tratativa da matéria na seara eleitoral

As controvérsias no estabelecimento dos requisitos de admissibilidade da gravação ambiental, gerou instabilidade do referido campo, maculando diretamente a segurança pública. Percebe-se, que no bojo dos julgados há uma preocupação com a imposição de limitações à produção probatória, a fim de evitar a violação à proteção e à garantia do direito a intimidade e privacidade. Na leva de jurisprudências do Tribunal Superior Eleitoral, nota-se seguimento do entendimento estabelecido no ano de 2012. Vale conferir os seguintes julgados:

RECURSO ESPECIAL. ELEIÇÕES 2012. REPRESENTAÇÃO. CAPTAÇÃO DE SUFRÁGIO. CONDUTA VEDADA. GRAVAÇÃO AMBIENTAL. PROVA ILÍCITA. [...] 3. Esta Corte Superior firmou orientação no sentido da ilicitude da prova colhida por meio de gravação ambiental clandestina, sem autorização judicial e em violação à privacidade e à intimidade dos interlocutores (REspe nº 577-90, rel. Min. Henrique Neves, DJe de 7.8.2014; AgR-REspe nº 515-51, rel. Min. Luciana Lóssio, DJe 15.4.2014; AgR-RO nº 2614-70, rel. Min. Luciana Lóssio, DJe de 7.4.2014). 4. A exceção à regra da ilicitude da gravação ambiental feita sem o conhecimento de um dos interlocutores e sem autorização judicial ocorre quando a mídia registra fato que ocorreu à luz do dia, em local público desprovido de qualquer controle de acesso, pois, nesse caso, não há violação à intimidade ou quebra da expectativa de privacidade (REspe nº 1660-34, rel. Min. Henrique Neves, DJe de 14.5.2015), o que não se aplica ao caso dos autos. Agravo regimental a que se nega provimento. (BRASIL, 2015, n.p).

AGRAVO REGIMENTAL. RECURSO ESPECIAL. AIME. ELEIÇÕES 2012. PREFEITO. VICE-PREFEITO. GRAVAÇÃO AMBIENTAL. PROVA. ILICITUDE. DESPROVIMENTO. 1. A teor da jurisprudência desta Corte Superior, fixada para as eleições de 2012, a gravação ambiental somente é viável mediante autorização judicial, sendo a proteção à privacidade - direito fundamental estabelecido na Constituição Federal - a regra. 2. Entendimento aplicável ao caso concreto, em homenagem aos princípios da isonomia e da segurança jurídica, por tratar-se de fatos ocorridos no pleito em referência. 3. Ainda em 2012, o TSE, contra o meu voto, excepcionou a regra citada no item 1 desta ementa, para considerar lícitas as gravações ocorridas em ambientes abertos. (BRASIL, 2016, s/p).

Observa-se, nos julgados acima expostos, um fator modificador relevante para caracterizar a gravação ambiental clandestina como lícita ou ilícita no âmbito eleitoral, quer seja sua realização em local público ou privado. A partir daí, embarca as hipóteses do grau de violação do direito à privacidade, bem como a necessidade de autorização judicial. Frisa-se, que em matéria eleitoral

todos os interesses em xeque, incluindo-se dos acusados, superam em abismo a órbita do privado, por tratar-se de um lado que atos são realizados “embaixo das cobertas”, a relativização do direito à prova acaba inviabilizando o instituto da gravação ambiental clandestina e sua capacidade como suporte probatório. Dessarte, não acolher tal prova, sob o pretexto de sigilo ou intimidade, seria incongruente, posto que, em muitos casos, é o único meio disponível, ou o mais adequado e robusto, para a demonstração de uma conduta que seja ilícita.

Em razão das repercussões jurídicas, sociais e políticas sobre o tema, o Tribunal Superior Eleitoral reconheceu a sua repercussão geral (tema 979)¹⁵. Perante seus votos, foi possível observar que de fato o direito à privacidade não pode se entender de forma absoluta perante o interesse público, contudo, foi exposto a falta de análise do Supremo Tribunal Federal perante a abordagem da temática na visão do processo eleitoral, levando em consideração as especificidades próprias.

Ora, é inegável que sobrevém, dentro da seara eleitoral, peculiaridades específicas em que os interesses e conveniências partidárias e privadas se sobrepõem à pretensão eleitoral, utilizando artifícios como forma de desestabilizar a disputa eleitoral, todavia, mesmo havendo a ascendência de embates diante as disposições constitucionais alinhadas as eleições, não se pode “fechar os olhos” perante àqueles que fazem o possível para tolher o direito ao sufrágio e a lisura do pleito.

Excetuando os casos claros de flagrante preparado, em que se utiliza arditosamente do meio para indução de uma conduta ilícita, a gravação ambiental clandestina utilizada como meio de obtenção de prova é de grande relevância, tendo em vista que traz um elemento da realidade que será levado ao processo no intuito de demonstrar a existência de determinado fato.

O âmbito eleitoral é naturalmente contaminado com os jogos de poder político pelas partes envolvidas no litígio, nada mais justo viabilizar o flagrante do ilícito que contribui para evitar a tangência do objetivo do pleito eleitoral e o vilipêndio de um dos direitos mais importantes para a democracia, o voto.

Ao ponto que, o direito à intimidade é utilizado como limite a gravação ambiental clandestina, cabe dar ênfase ao doutrinador José Afonso da Silva (2005, p. 208) ao colocar que “a vida exterior, que envolve a pessoa nas relações sociais e nas atividades públicas, pode ser objeto

¹⁵ Direito constitucional. Direito Eleitoral. Ação de Impugnação de Mandato Eletivo - AIME. Prova. Gravação ambiental. Realização por um dos interlocutores sem conhecimento do outro. Jurisprudência do Tribunal Superior Eleitoral no sentido da ilicitude dessa prova, sob o fundamento de que há a necessidade de proteção da privacidade e da honra. Gravação ambiental que somente seria legítima se utilizada em defesa do candidato, nunca para o acusar da prática de um ilícito eleitoral. Suportes jurídicos e fáticos diversos que afastariam a aplicação da tese de repercussão geral fixada, para as ações penais, no RE nº 583.937. A temática controvertida é apta a replicar-se em diversos processos, atingindo candidatos em todas as fases das eleições e até mesmo aqueles já eleitos. Implicações para a normalidade institucional, política e administrativa de todas as unidades da Federação. Repercussão geral reconhecida. (BRASIL, 2017, s/p).

das pesquisas e das divulgações de terceiros, porque é pública”. Por sua vez, “a vida anterior que se debruça sobre a mesma pessoa, sobre os membros da família, sobre seus amigos, é que a integra o conceito de vida privada inviolável nos termos da constituição”.

Assim, como a disputa eleitoral se debruça na publicidade, aquele que se direciona ao público, seja em qualquer ambiente, sem quaisquer receios, nada poderá clamar pela violação à sua privacidade, pois ele se colocou em determinada situação. Mesmo diante das batalhas travadas no Judiciário, tornando cada vez mais distante a consolidação sobre tal tema, em 2017 houve o julgamento do Recurso Especial de nº 2973¹⁶ pelo Tribunal Superior Eleitoral, retomando seu entendimento do ano de 2012 e de 2016, relativo à licitude da gravação ambiental clandestina.

A decisão ocorreu no julgamento de recurso interposto pelo vereador de Guaporé (RS) Ademir Damo, contra acórdão do Tribunal Eleitoral gaúcho (TRE-RS), que cassou o diploma do candidato por compra de votos. Se extrai da moldura fática, situação de captação ilícita de sufrágio, o qual fundamentou-se em duas gravações realizadas por um dos interlocutores sem conhecimento do outro, a primeira foi realizada no comitê eleitoral dos investigados, local de aproximação dos candidatos com os cidadãos do município, local público. A segunda gravação foi realizada em uma residência particular.

A corte argumentou que, apesar de ser residência particular, é possível relativizar essa premissa a depender da destinação em que se dá. Assim, foi firmado, e ratificado em 2021, que a gravação ambiental realizada em ambiente público ou privado por um dos interlocutores, sem o conhecimento do outro e sem prévia autorização judicial, pode ser admitida como prova para a verificação da captação ilícita de sufrágio.

5. Considerações finais

O presente estudo buscou apontar a assimetria dos julgados eleitorais diante o entendimento já sedimentado pelo Supremo Tribunal Federal, no que diz respeito a admissibilidade das gravações clandestinas. Observa-se, que os julgados analisados demonstram o intuito de explorar as tratativas específicas sobre a gravação clandestina no âmbito do processo penal eleitoral. As discussões perpetuaram por anos no Tribunal Superior Eleitoral (TSE), e nota-

¹⁶ BRASIL. Tribunal Superior Eleitoral. RESPE 29.873/RS. Recurso Especial Eleitoral. Acórdão publicado no dia 20 de setembro de 2017. Relator: Min. Antonio Herman De Vasconcellos E Benjamin DJe: 09/10/2017. Disponível em: <https://www.jusbrasil.com.br/jurisprudencia/tse/507943347/inteiro-teor-507943350>. Acesso em: 23 de set. 2022.

se que está longe de terminar, tendo em vista que não há um entendimento pátrio consolidado que abarca todos os cenários possíveis da utilização da gravação ambiental clandestina, especificamente na seara eleitoral. Compreende-se, conforme casos estudados no presente trabalho, que houve mudanças no entendimento do TSE, confirmando a insegurança jurídica.

Sobrevém no bojo dos julgados eleitorais, empecilhos para a admissibilidade das gravações ambientais clandestinas como meio de obtenção probatória, em razão das peculiaridades próprias do âmbito, no tocante aos jogos políticos que surgem na disputa eleitoral com o intuito de conturbá-la, não havendo qualquer orientação normativa ou jurisprudencial. A análise sobre a legalidade das gravações clandestinas é feita de acordo com o caso concreto pelos tribunais eleitorais, existindo um empenho para garantir a proteção à privacidade do indivíduo. Todavia, a violação da segurança jurídica persiste, de modo que sustenta a invalidade e a validade da prova para cada situação.

Tendo em vista que o cenário eleitoral está à mercê de práticas partidárias que deturpam a lisura do pleito, observa-se um ambiente de desrespeito ao sufrágio e que muitas vezes não há como provar a prática de ilícitos eleitorais. De modo que, impossibilitar a inserção da gravação ambiental clandestina enquanto meio de obtenção de é incabível, logo, é certo que, assim como todos os direitos não são absolutos, o direito à intimidade não deveria se sobrepor ao interesse público e social.

Referências

AVOLIO, L. F. T. *Provas ilícitas: Interceptações telefônicas, ambientais e gravações clandestinas*. São Paulo: Revistas dos Tribunais, 1996.

BRASIL. *Decreto-Lei nº 3.689, 03 de outubro de 1941*. Código de Processo Penal. Brasília, DF: Presidência da República, 1941. Disponível em: https://www.planalto.gov.br/ccivil_03/Decreto-Lei/Del3689Compilado.htm. Acesso em: 13 set. 2022.

BRASIL. *Lei Federal nº 9.296, 24 de julho de 1996*. Regulamenta o inciso XII, parte final, do art. 5º da Constituição Federal. Brasília, DF: Presidência da República, 1996. Disponível em: https://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/19296.htm. Acesso em: 13 set. 2022.

BRASIL. *Lei Federal nº 9.034, 03 de maio de 1995*. Dispõe sobre a utilização de meios operacionais para a prevenção e repressão de ações praticadas por organizações criminosas. Brasília, DF: Presidência da República, 1995. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/L9034.htm. Acesso em: 13 set. 2022.

BRASIL. *Lei Federal nº 12.850, 02 de agosto de 2013*. Brasília, DF: Presidência da República, 2016. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_ato2011-2014/2013/lei/112850.htm. Acesso em: 13 set. 2022.

BRASIL. *Lei Federal nº 13.964, 24 de novembro de 2019*. Aperfeiçoa a legislação penal e processual penal. Brasília, DF: Presidência da República, 2019. Disponível em: https://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_ato2019-2022/2019/lei/113964.htm. Acesso em: 13 set. 2022.

BRASIL. *Lei Federal nº 10.217, 11 de abril de 2001*. Brasília, DF: Presidência da República, 2001. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/LEIS_2001/L10217.htm. Acesso em: 13 set. 2022.

BRASIL. Constituição Federal (1988). *Constituição da República Federativa do Brasil de 1988*. Brasília, DF: Presidência da República, 1988. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/constituicao.htm. Acesso em: 15 set. 2022.

BRASIL. Tribunal Superior Eleitoral. *ARESPE 25.214/SP*. Agravo Regimental em Recurso Especial Eleitoral. Acórdão publicado no dia 07 de março de 2006. Relator: Min. Francisco Cesar Asfor Rocha. DJe: 11/09/2006. Disponível em: <https://www.jusbrasil.com.br/jurisprudencia/tse/18984806>. Acesso em: 23 de set. 2022.

BRASIL. Tribunal Superior Eleitoral. *AGR-RESPE 36.359/MS*. Agravo Regimental em Recurso Especial Eleitoral. Acórdão publicado no dia 01 de julho de 2011. Relator: Min. Gilson Dipp. DJe: 10/07/2011. Disponível em: <https://www.jusbrasil.com.br/jurisprudencia/tse/23561754>. Acesso em: 23 set. 2022.

BRASIL. Tribunal Superior Eleitoral. *RESPE 36.359/MS*. Recurso Especial Eleitoral. Acórdão publicado no dia 24 de março de 2010. Relator: Min. Fernando Gonçalves. DJe: 05/04/2010. Disponível em: <https://www.jusbrasil.com.br/jurisprudencia/tse/8547667>. Acesso em: 23 de set. 2022.

BRASIL. Tribunal de Justiça do Mato Grosso do Sul. Terceira Turma Cível. *AGV 4228 MS 2005.004228-5*. Acórdão publicado no dia 31 de outubro de 2005. Relator: Des. Paulo Alfeu Puccinelli. DJe: 28/11/2005. Disponível em: <https://www.jusbrasil.com.br/jurisprudencia/tj-ms/3991234>. Acesso em: 23 set. 2022.

BRASIL. Tribunal Superior Eleitoral. *RESPE 34426/BA*. Recurso Especial Eleitoral. Acórdão publicado no dia 16 de agosto de 2012. Relator: Min. Marco Aurélio. DJe: 03/08/2012. Disponível em: <https://www.jusbrasil.com.br/jurisprudencia/tse/23895116>. Acesso em: 23 set. 2022.

BRASIL. Tribunal Superior Eleitoral. *RESPE 100611/MS*. Recurso Especial Eleitoral. Acórdão publicado no dia 06 de setembro de 2016. Relator: Min. Luciana Christina Guimarães Lóssio. DJe: 21/09/2016. Disponível em: <https://www.jusbrasil.com.br/jurisprudencia/tse/386557653>. Acesso em: 23 de set. 2022.

BRASIL. Tribunal Superior Eleitoral. *RESPE 29.873/RS*. Recurso Especial Eleitoral. Acórdão publicado no dia 20 de setembro de 2017. Relator: Min. Antonio Herman De Vasconcellos E Benjamin. DJe: 09/10/2017. Disponível em: <https://www.jusbrasil.com.br/jurisprudencia/tse/507943347/inteiro-teor-507943350>. Acesso em: 23 de set. 2022.

BRASIL. Tribunal Superior Eleitoral. *RESPE 9826/DF*. Recurso Especial Eleitoral. Acórdão publicado no dia 30 de junho de 2015. Relator: Min. Henrique Neves da Silva. DJe: 09/10/2015. Disponível em: <https://www.jusbrasil.com.br/jurisprudencia/tse/348592296>. Acesso em: 23 de set. 2022.

BRASIL. Supremo Tribunal Federal. *RE 1.040.515/SE*. Repercussão Geral no Recurso Extraordinário. Acórdão publicado no dia 11 de novembro de 2017. Relator Dias Toffoli. DJe: 11/12/2017. Disponível em: <https://www.jusbrasil.com.br/jurisprudencia/stf/861472274>. Acesso em: 25 de set. 2022.

BRASIL. Superior Tribunal de Justiça. *HC 36545/SP*. Habeas Corpus. Acórdão publicado no dia 29 de agosto de 2005. Relator: Min. Laurita Vaz. DJe: 29/08/2005. Disponível em: <https://www.jusbrasil.com.br/jurisprudencia/stj/71417>. Acesso em: 25 de set. 2022.

BRASIL. Supremo Tribunal Federal. *RE 583.937/RJ*. Repercussão Geral no Recurso Extraordinário. Acórdão publicado no dia 19 de novembro de 2009. Relator: Min. Cesar Peluzo. DJe: 18/12/2009. Disponível em: <https://redir.stf.jus.br/paginadorpub/paginador.jsp?docTP=AC&docID=607025>. Acesso em: 06 de set. 2022.

GOMES, J.J. da. *Crimes Eleitorais e Processo Penal Eleitoral*. São Paulo: Editora Atlas Ltda, 2022.

GRINOVER, A. P. *Liberdades públicas e processo penal: as interceptações telefônicas*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1982.

LIMA, R. B. de. *Manual de Processo Penal*. 2. ed., Salvador: Juspodvim, 2018.

MARTINS, C.; ÁVILA, T. P. de. A gravação ambiental feita pela vítima de crime: análise da continuidade de sua licitude após a Lei n. 13.964/2019. *Revista Brasileira de Direito Processual Penal*, v. 8, n. 2, 2022, p. 967-1005. Disponível em: <https://doi.org/10.22197/rbdpp.v8i2.696>. Acesso em: 13 set. 2022.

OLIVEIRA, B.A.N. *Da (In)Admissibilidade da Gravação Ambiental como meio de prova para crimes eleitorais: Da jurisprudência do Tribunal Superior Eleitoral nos últimos quatro anos*. 2018. 70 f. Trabalho de Conclusão de Curso (Bacharel em Direito) – Universidade Federal da Bahia, Salvador, 2018.

SILVA, J. A. da. *Curso de Direito Constitucional Positivo*. São Paulo: Editora Malheiros, 2005.

SILVA, M. A. M. da; FURTADO, R. M. O direito a intimidade como limite à admissibilidade das gravações clandestinas: reflexões acerca da posição do Supremo Tribunal Federal. *Revista de Direito Brasileira*, v. 26, n. 10, 2020, p. 365-386. Disponível em: <https://www.indexlaw.org/index.php/rdb/article/view/6814>. Acesso em: 25 out. 2022.