



UNIVERSIDADE DE BRASÍLIA
FACULDADE DE DIREITO
CURSO DE GRADUAÇÃO EM DIREITO

MATHEUS PIMENTA DE FREITAS CARDOSO

**A (IN)CONSTITUCIONALIDADE DA UTILIZAÇÃO DA GRAVAÇÃO AMBIENTAL
COMO MEIO DE PROVA NO DIREITO PROCESSUAL ELEITORAL**

BRASÍLIA
2017

**A (IN)CONSTITUCIONALIDADE DA UTILIZAÇÃO DA GRAVAÇÃO AMBIENTAL
COMO MEIO DE PROVA NO DIREITO PROCESSUAL ELEITORAL**

Monografia apresentada como requisito parcial à obtenção do grau de Bacharel em Direito pela Faculdade de Direito da Universidade de Brasília – UnB.

Orientador: Professor Doutor Tarcísio Vieira de Carvalho Neto.

Brasília
2017

MATHEUS PIMENTA DE FREITAS CARDOSO

**A (IN)CONSTITUCIONALIDADE DA UTILIZAÇÃO DA GRAVAÇÃO AMBIENTAL
COMO MEIO DE PROVA NO DIREITO PROCESSUAL ELEITORAL**

Monografia apresentada como requisito parcial à obtenção do grau de Bacharel em Direito pela Faculdade de Direito da Universidade de Brasília – UnB.

Brasília, 30 de junho de 2017

Banca Examinadora

Prof. Tarcísio Vieira de Carvalho Neto
Orientador

Prof. Gilmar Ferreira Mendes

Min. Gilson Langaro Dipp

Prof. Rafael de Alencar Araripe Carneiro

AGRADECIMENTOS

Agradeço imensamente ao estimado Professor Tarcísio Vieira de Carvalho Neto, quem admiro não apenas enquanto ministro, professor e advogado brilhante, mas também na qualidade de ser humano magnífico que é. Com sua serenidade característica, fez dos momentos de escrita do presente trabalho tempos leves e prazerosos, que me fomentaram a vontade de avançar na trajetória acadêmica.

Ao prezado Professor Gilmar Ferreira Mendes, que, afora ter gentilmente aceitado o convite para compor esta banca examinadora, foi quem apresentou a mim o Direito Eleitoral. Serei eternamente grato pelos ricos ensinamentos assimilados tanto no período em que fui seu aluno na Universidade de Brasília, quanto no período em que funcionei como estagiário de seu gabinete, no Tribunal Superior Eleitoral.

Ao dileto Ministro Gilson Langaro Dipp, pelas inúmeras tardes e noites de conversa agradável, que, além de me alimentarem com um pouco do seu vasto conhecimento jurídico, têm o poder de me transmitir o seu notório entusiasmo com o universo do Direito. Sinto-me absolutamente privilegiado por poder conviver com pessoa tão admirada e de poder contar com seus preciosos ensinamentos.

Ao admirado Professor Rafael de Alencar Araripe Carneiro, a quem não me canso de agradecer pelo convívio diário, pelos valiosos conselhos amigos, pela confiança em mim depositada e por todas as oportunidades que me são generosamente concedidas. Exemplo de profissional e de liderança, terá em mim sempre leal amigo, com quem poderá contar para tudo e para sempre.

Aos queridos amigos, que fizeram dos últimos cinco anos período aprazível, repleto de alegrias, de vitórias, de conquistas e de sonhos. Muito embora seja impossível citar o nome de todos aqueles que caminharam ao meu lado nessa jornada, seria injusto não mencionar os nomes de Bernardo Carrara, Thiago Moraes, Matheus Barra, Leonardo Scherrer, Vítor Boaventura, Angelo Gamba, João Otávio Fidanza Frota, Luiz Philippe Vieira de Mello Neto, Igor Suassuna, Mariana Rabelo, Karen Chaves, Manuela Batista, Victor Oliveira Fernandes e Hícaro Quintela. Serei sempre grato a essas amizades, que tanto me apoiam e estimulam o crescimento pessoal.

À Marina Antunes Lima, pelo companheirismo em todas as circunstâncias, pela paciência, pelo carinho e pelo constante incentivo em meus dias. Aos meus irmãos Gabriel e Ludmila, pela amizade, lealdade e cumplicidade de sempre. Sem o amor dos três e pelos três, nada se concretizaria.

Aos meus adorados pais, Luiz Fernando e Jane Margarete, meus eternos espelhos, pelo amor incondicional em todos os momentos de minha vida, pelo apoio e incentivo a todos os meus sonhos e pela impecável educação que me concederam. São causa primeira de tudo o que sou, e sempre estarão presentes no meu coração e mente, onde quer que eu esteja.

RESUMO

A presente investigação científica tem por objetivo analisar os principais aspectos concernentes ao uso das gravações ambientais como meio de prova no Direito Processual Eleitoral. Com efeito, busca-se examinar o tema sob as lentes constitucionais, com vistas a respeitar os direitos fundamentais estabelecidos na Constituição Federal de 1988, bem como a resguardar valores primários do Estado Democrático de Direito, tais como a soberania popular, o princípio republicano e a democracia representativa. Para tanto, o trabalho divide-se em três partes. O primeiro capítulo examina a evolução do Direito Constitucional Processual no Brasil, tendo por foco o desenvolvimento dos direitos e garantias fundamentais, sobretudo os de natureza processual. A segunda parte aborda o princípio da proibição da prova ilícita e analisa a sua aplicação no Direito Processual Civil, no Direito Processual Penal e no Direito Processual Eleitoral. Por fim, o terceiro capítulo estuda especificamente os principais pontos de controvérsia no que diz respeito à utilização das gravações ambientais como meio de prova no Direito Processual Eleitoral.

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

ABSTRACT

The principal objective of this scientific research is analyse the main aspects of the use of the media recordings as a way of proof in Electoral Procedural Law. Accordingly, the intente of this study is to examine the issue through the lens of Constitutional Law, respecting the fundamental rights settled in the Constitution of 1988 and protecting primary values of the Democratic State ruled by law, as the popular sovereignty, the republican principle and the representative democracy. Therefore, this study is divided into three parts. The first chapter examines the evolution of the Constitutional Procedural Law in Brazil, focusing on the development of the fundamental rights and guarantees. The second one approaches the principle of the prohibition of the illegal proof and analyses its application in Civil Procedural Law, Criminal Procedural Law and Electoral Procedural Law. Finally, the third chapter studies specifically the main points of the discussion about the utilization of media recordings as a way of proof in Electoral Procedural Law.

Keywords: Electoral Law; Constitutional Law; Procedural Law; Media Recording; Illegal Proof; Fundamental Rights; Superior Electoral Court.

SUMÁRIO

INTRODUÇÃO.....	10
1. O DIREITO CONSTITUCIONAL PROCESSUAL – EVOLUÇÃO HISTÓRICA E ATUAL DIMENSÃO NO DIREITO BRASILEIRO.....	13
1.1 O Constitucionalismo – peculiaridades e principais intuits do movimento constitucionalista nos Estados Unidos e na Europa.....	13
1.2 A evolução constitucional experimentada pelo Brasil – aspectos materiais e processuais das constituições brasileiras – a constitucionalização das garantias processuais nas Cartas brasileiras.....	15
<i>1.2.1 A Constituição Imperial de 1824.....</i>	<i>15</i>
<i>1.2.2 A Constituição Republicana de 1891.....</i>	<i>17</i>
<i>1.2.3 A Constituição de 1934.....</i>	<i>19</i>
<i>1.2.4 A Constituição de 1937.....</i>	<i>21</i>
<i>1.2.5 A Constituição de 1946 – A primeira redemocratização.....</i>	<i>22</i>
<i>1.2.6. A Constituição Autoritária de 1967/69.....</i>	<i>23</i>
1.3. A Constituição Federal de 1998 e o desenvolvimento do Direito Constitucional Processual – A segunda redemocratização – A expansão dos direitos e garantias fundamentais e o destaque conferido às garantias constitucionais processuais.....	25
<i>1.3.1. Linhas gerais da nova Carta Constitucional.....</i>	<i>25</i>
<i>1.3.2 As garantias processuais previstas na Constituição Federal de 1988 e o Direito Constitucional Processual.....</i>	<i>27</i>
<i>1.3.3 O princípio do devido processo legal e suas ramificações enquanto base do Direito Constitucional Processual.....</i>	<i>28</i>
2. O PRINCÍPIO DA PROIBIÇÃO DA PROVA ILÍCITA.....	31
2.1 O direito fundamental à produção de provas admissíveis no processo – Da necessidade de se comprovar fatos para se ter os direitos subjetivos reconhecidos em juízo.....	31
2.2 O princípio da proibição da prova ilícita.....	34
<i>2.2.1 Noções gerais sobre o princípio.....</i>	<i>34</i>

2.2.2 O postulado da proporcionalidade aplicado ao princípio da proibição da prova ilícita.....	38
2.2.3 A prova ilícita por derivação - Da contaminação dos meios probatórios vinculados à prova ilícita (Fruits of the poisonous tree).....	41
2.2.4 Particularidades da aplicação do princípio da proibição da prova ilícita no Direito Processual Civil e no Direito Processual Penal.....	43
2.2.5 A aplicação do princípio da proibição da prova ilícita no Direito Processual Eleitoral.....	46
3. A (IN)CONSTITUCIONALIDADE DA UTILIZAÇÃO DA GRAVAÇÃO AMBIENTAL COMO MEIO DE PROVA NOS PROCESSOS JUDICIAIS ELEITORAIS.....	50
3.1 Gravação ambiental – exposições iniciais e conceituação.....	50
3.2 A utilização das gravações ambientais clandestinas como meio de prova nos processos judiciais.....	53
3.3 Particularidades entre a utilização das gravações ambientais no Processo Civil e o uso de tais instrumentos probatórios no Processo Penal.....	56
3.4 A utilização das gravações ambientais no Processo Eleitoral.....	60
3.4.1 A evolução jurisprudencial no Tribunal Superior Eleitoral.....	61
3.4.2 Teste de admissibilidade da prova – definição de critérios para que o uso da gravação ambiental como meio de prova no Processo Eleitoral não viole a Constituição Federal.....	70
CONCLUSÃO.....	79
REFERÊNCIAS BIBLIOGRÁFICAS.....	82

INTRODUÇÃO

Um dos traços mais marcantes da Constituição Federal de 1988 é o longo rol de direitos e garantias fundamentais previstos expressamente em seu texto. Símbolo da redemocratização implantada após anos ditatoriais no Brasil, a amplitude da relação de direitos fundamentais assegurados na Carta Constitucional representa a vitória democrática do povo em face da opressão autoritária do aparato estatal.

Nesse contexto, a proteção às garantias processuais configura um dos pontos de maior destaque no texto constitucional, e representa o cerne do que J.J. Canotilho intitulou Direito Constitucional Processual¹. A importância conferida às garantias processuais na Constituição Federal de 1988 pode ser demonstrada, por exemplo, pelo fato de que, dos 78 (setenta e oito) incisos que compõem o art. 5º da Carta, mais de 40 (quarenta) se destinam a prever direitos processuais, ora relacionadas ao processo civil, ora ao processo penal, ora ao processo administrativo e, também, ao processo eleitoral.

Entre as garantias processuais positivadas na Constituição Federal, realça-se o princípio da proibição da prova ilícita, previsto no art. 5º, LVI da Carta. Conseqüência do devido processo legal, o referido princípio representa clara e acertada opção do constituinte, tomada no sentido de privilegiar a proteção de direitos materiais em detrimento da busca ilimitada pela verdade nos processos.²

Coube, então, à legislação infraconstitucional, à doutrina e à jurisprudência brasileiras o papel de definir, objetivamente, quais instrumentos probatórios configurariam meio ilícito de prova, sendo, portanto, inadmissíveis nos processos judiciais.

Além de ser empregado tanto no processo civil, quanto no processo penal, o princípio da proibição da prova ilícita tem aplicação direta e impositiva no Direito Processual Eleitoral. Em virtude da alta relevância dos objetos tutelados nos processos judiciais eleitorais – soberania popular, validação da ocupação de cargos eletivos, legitimação do exercício do poder estatal – mostra-se absolutamente necessária a observância das normas constitucionais processuais para a proteção e

¹ CANOTILHO, J.J. Gomes. *Direito Constitucional e Teoria da Constituição*. 7 ed. Coimbra: Edições

² MARINONI, Luiz Guilherme; 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, p. 302.

segurança dos processos eleitorais, bem como para a concretização dos elementos configuradores do Estado Democrático de Direito.

Especialmente no que diz respeito ao princípio da proibição da prova ilícita, o Tribunal Superior Eleitoral possui algumas posições pacíficas em sua jurisprudência. Nesse sentido, é remansoso o entendimento da Corte que reputa ilícita a prova produzida mediante infiltração de agente policial que participa ativamente no desenrolar de eventos que culminam na prática de ilícito eleitoral, de modo a ficar caracterizado o flagrante preparado.³ Também de forma uníssona, o Tribunal considera ilícita “a prova colhida mediante quebra do sigilo fiscal de doador sem prévia autorização judicial” inadmitindo a sua utilização nos processos judiciais.⁴

No que concerne ao objeto de estudo da presente investigação científica, da mesma forma, desde o ano de 2012, o TSE vem se posicionando no sentido de declarar ilícita, em regra, prova consistente em gravação ambiental com a finalidade acusatória, inadmitindo-a nos processos judiciais de natureza eleitoral.

Todavia, alguns julgamentos recentes da Corte Superior Eleitoral colocam em xeque a solidez do referido posicionamento, e apontam possível mudança vindoura na jurisprudência do TSE no que tange à admissibilidade das gravações ambientais como meio de prova no processo eleitoral.

Diante do cenário de incerteza quanto ao futuro entendimento do Tribunal Superior Eleitoral em relação à utilização da gravação ambiental como meio de prova nos processos judiciais eleitorais, evidencia-se a importância de se pensar e de se debater o tema de forma acadêmica, com vistas a prestar contribuição, em algum grau, ao estudo do Direito Processual Eleitoral.

Com esse objetivo, o presente trabalho buscará examinar a questão sob as lentes do Direito Constitucional, por meio do estudo dos principais tópicos doutrinários e históricos que circundam o tema, bem como da análise da jurisprudência do Supremo Tribunal Federal, do Superior Tribunal de Justiça e do Tribunal Superior Eleitoral.

Para tanto, esta monografia será dividida em quatro partes. O primeiro capítulo estudará a evolução histórica do Direito Constitucional Processual brasileiro

³ Nesse sentido, vide: REspe n. 67604, Rel. Min. Henrique Neves, DJE de 19/11/2014. Disponível em: <<http://www.tse.jus.br/jurisprudencia/@@processrequest>> Acesso em 18 jun. 2017.

⁴ Nesse sentido, vide: REspe n. 104683, Rel. Min. Marco Aurélio, DJE de 20/05/2015. Disponível em: <<http://www.tse.jus.br/jurisprudencia/@@processrequest>> Acesso em: 18 jun. 2017.

e os seus aspectos primordiais tratados na doutrina jurídica e na jurisprudência dos tribunais brasileiros. O segundo capítulo, por sua vez, abordará o princípio da proibição da prova ilícita e a sua aplicação no Processo Civil, no Processo Penal e no Processo Eleitoral. O terceiro capítulo buscará analisar especificamente as principais controvérsias a respeito da utilização da gravação ambiental como meio de prova no Direito Processual Eleitoral. Por fim, a conclusão sintetizará os pontos centrais abordados na presente investigação científica, procurando responder aos questionamentos levantados.

1. O DIREITO CONSTITUCIONAL PROCESSUAL – EVOLUÇÃO HISTÓRICA E ATUAL DIMENSÃO NO BRASIL

1.1 O Constitucionalismo – peculiaridades e principais intuítos do movimento constitucionalista nos Estados Unidos e na Europa

O Constitucionalismo foi um movimento político-social erigido em meados do Século XVIII, que teve por finalidade central a limitação do poder estatal, bem como o reconhecimento e a salvaguarda de direitos e liberdades individuais, por meio de um documento escrito denominado constituição.⁵

Enquanto produto principal do movimento constitucionalista, a constituição pode ser definida como um documento que, além de fixar os limites do poder político, declara os direitos e garantias individuais dos cidadãos. Em detalhe, J.J. Gomes Canotilho assinala que o conceito de constituição moderna pode ser desdobrado em três pontos:

(1) ordenação jurídico-política plasmada num *documento escrito*; (2) declaração, nessa carta escrita, de um conjunto de *direitos fundamentais* e do respectivo modo de *garantia*; (3) organização do poder político segundo esquemas tendentes a torná-lo um *poder limitado e moderado*.⁶

Foram dois os principais modelos constitucionais que influenciaram o constitucionalismo brasileiro: o modelo estadunidense e o europeu.

Na Constituição Federal dos Estados Unidos, discutida e aprovada por meio da Convenção de Filadélfia, em 1787, a preocupação mais significativa dos *Founding Fathers* foi com a busca por um maior equilíbrio entre os poderes da República. Anteriormente ao movimento constitucional, o Parlamento possuía prerrogativas desenfreadas, que guardavam patente desproporção em relação aos poderes executivo e judiciário, fato que incomodava os constituintes americanos.⁷

Em sua obra *Estudos de Direito Constitucional*, traduzida em 1896 pelo Ministro Lucio de Mendonça, do Supremo Tribunal Federal, Émile Boutmy, atestando

⁵ MENDES, Gilmar Ferreira; BRANCO, Paulo Gustavo Gonet. *Curso de Direito Constitucional*. 10 ed. rev. e atual. São Paulo: Saraiva, 2015 (Série IDP), p. 39.

⁶ MENDES, Gilmar Ferreira; BRANCO, Paulo Gustavo Gonet. *Curso de Direito Constitucional*. 10 ed. rev. e atual. São Paulo: Saraiva, 2015 (Série IDP), p. 52

⁷ MENDES, Gilmar Ferreira; BRANCO, Paulo Gustavo Gonet. *Curso de Direito Constitucional*. 10 ed. rev. e atual. São Paulo: Saraiva, 2015 (Série IDP), p. 48.

a referida preocupação dos constitucionalistas estadunidenses com a separação dos poderes, ensinou:

A convenção da Philadélfia, imbuída até a superstição da *theoria* de Montesquieu, poz todo o cuidado em conservar separados os poderes. Os caminhos que lhes traçou são invariavelmente paralelos; não se cruzam em ponto algum. Podem vêr-se, ameaçar-se com o olhar ou com a voz longiqua; mas não há encruzilhada em que se possam encontrar, travar-se corpo a corpo e empenhar lucta que deixe a um delles a superioridade e a última palavra.⁸

No que diz respeito ao movimento constitucionalista europeu, por sua vez, a preocupação fundamental foi com o ilimitado e desmesurado poder dos monarcas absolutistas que regiam o Velho Continente. Insuflada pelos ideais contratualistas de Hobbes, Locke e Rousseau, e nascida em meio à Revolução Francesa, a Constituição da França de 1791, enquanto símbolo do Estado Constitucional Europeu, concedeu ao Parlamento os mais relevantes poderes do Estado e restringiu sobremaneira os poderes da Coroa. Vistas como iminente perigo à nova ordem, as monarquias absolutistas foram forçadas a se transformar em monarquias constitucionais, e os reis a entregarem quase que por completo os seus poderes ao Legislativo.⁹

Condensando as principais alterações sociais vislumbradas na transição do Estado Monárquico-Absolutista para o Estado Constitucional Europeu, Jorge Miranda revela que as mudanças ocorridas foram marcantes:

Em vez de tradição, o contrato social; em vez da soberania do príncipe, a soberania nacional e a lei como expressão da vontade geral; em vez do exercício do poder por um só ou seus delegados, o exercício por muitos, eleitos pela colectividade; em vez da razão do Estado, o Estado como executor de normas jurídicas; em vez de súbditos, cidadãos, e atribuição a todos os homens, apenas por serem homens, de direitos consagrados nas leis. E instrumentos técnico-jurídicos principais tornam-se, doravante, a Constituição, o princípio da legalidade, as declarações de direitos, a separação de poderes, a representação política.¹⁰

Apesar das disparidades verificadas nos movimentos constitucionais americano e europeu, mostra-se comum aos dois modelos a ideia fundamental de

⁸ BOUTMY, Émile. *Estudos de Direito Constitucional*. Tradução de Lucio de Mendoná. Rio de Janeiro – São Paulo: Laemmert & C. Editores, 1896, p. 134.

⁹ MENDES, Gilmar Ferreira; BRANCO, Paulo Gustavo Gonet. *Curso de Direito Constitucional*. 10 ed. rev. e actual. São Paulo: Saraiva, 2015 (Série IDP), pp. 44-45.

¹⁰ 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, p. 83.

limitar a autoridade governativa – sobretudo por meio da separação dos poderes executivo, legislativo e judiciário – bem como de definir e resguardar direitos e garantias fundamentais dos cidadãos.¹¹

1.2 A evolução constitucional experimentada pelo Brasil – aspectos materiais e processuais das constituições brasileiras – a constitucionalização das garantias processuais nas Cartas brasileiras

1.2.1 A Constituição Imperial de 1824

No Brasil, a história constitucional se inaugura a partir da Independência. Nascida em 1824 e com notória influência do constitucionalismo francês – especialmente em virtude da proximidade temporal com a recém findada Revolução Francesa – a primeira constituição brasileira foi outorgada pelo Imperador Dom Pedro I e instituiu o modelo monárquico-constitucional no país.

Como reflexo evidente dos ideais insuflados na Revolução, a Constituição Imperial do Brasil também foi construída sobre o sustentáculo da teoria das separações dos poderes.¹² Com efeito, o art. 9º da Carta Imperial declarava expressamente que:

“Art. 9. A Divisão, e harmonia dos Poderes Politicos é o principio conservador dos Direitos dos Cidadãos, e o mais seguro meio de fazer effectivas as garantias, que a Constituição offerece.”

No entanto, vislumbrava-se, na prática, que a repartição de competências foi prevista de maneira visivelmente desequilibrada.

Com a alcunha constitucional de *Chefe Supremo da Nação*, o Imperador era consagrado pela Constituição como pessoa inviolável e sagrada.¹³ Além de exercer

¹¹ BONAVIDES, Paulo. *Curso de Direito Constitucional*. 23 ed. São Paulo: Malheiros Editores, 2008, pp. 35-36

¹² 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, p. 231.

¹³ Constituição Imperial de 1824. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/constituicao24.htm>. Acesso em 24 de abril de 2017. “Art. 98: O Poder Moderador é a chave de toda a organização Política, e é delegado privativamente ao Imperador, como Chefe Supremo da Nação, e seu Primeiro Representante, para que incessantemente vele sobre a manutenção da Independencia, equilibrio, e harmonia dos mais

a chefia do Poder Executivo¹⁴ e de participar significativamente do processo legislativo por meio da sanção imperial¹⁵, era conferido ao Imperador o exercício do Poder Moderador do Império¹⁶.

Visto como a marca da Carta de 1824, o Poder Moderador tinha por principal função a de controlar e fiscalizar os demais Poderes do Império, verificando se as competências constitucionalmente asseguradas a eles vinham sendo corretamente desempenhadas, e velando pela “manutenção da Independencia, equilibrio, e harmonia dos demais Poderes Politicos”, nos termos do art. 98 da Carta Constitucional.¹⁷

Entretanto, o que se pode perceber da leitura do art. 101 da Carta é que, sob pretexto de buscar resguardar e garantir a harmonia entre os Poderes do Império, a Constituição de 1824 originou o Poder Moderador com o verdadeiro intuito de legitimar a interferência do Imperador, chefe do Executivo, em todos os demais Poderes do Império, chancelando marcante desequilíbrio institucional.

No que se refere à seara de direitos fundamentais, o art. 179 – último dispositivo da Constituição Imperial – apresentava um rol de 35 (trinta e cinco)

Poderes Politicos; Art. 99. A Pessoa do Imperador é inviolavel, e Sagrada: Elle não está sujeito a responsabilidade alguma.”

¹⁴ Constituição Imperial de 1824. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/constituicao24.htm>. Acesso em 24 de abril de 2017. “Art. 102. O Imperador é o Chefe do Poder Executivo, e o exercita pelos seus Ministros de Estado.”

¹⁵ Constituição Imperial de 1824. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/constituicao24.htm>. Acesso em 24 de abril de 2017. “Art. 66. O Imperador dará, ou negará a Sancção em cada Decreto dentro do um mez, depois que lhe for apresentado.”

¹⁶ Idem. Ibidem. “Art. 101. O Imperador exerce o Poder Moderador I. Nomeando os Senadores, na forma do Art. 43. II. Convocando a Assembléa Geral extraordinariamente nos intervallos das Sessões, quando assim o pede o bem do Imperio. III. Sancionando os Decretos, e Resoluções da Assembléa Geral, para que tenham força de Lei: Art. 62. IV. Approvando, e suspendendo interinamente as Resoluções dos Conselhos Provinciaes: Arts. 86, e 87. (Vide Lei de 12.10.1832) V. Prorogando, ou adiando a Assembléa Geral, e dissolvendo a Camara dos Deputados, nos casos, em que o exigir a salvação do Estado; convocando immediatamente outra, que a substitua. VI. Nomeando, e demittindo livremente os Ministros de Estado. VII. Suspendendo os Magistrados nos casos do Art. 154. VIII. Perdoando, e moderando as penas impostas e os Réos condemnados por Sentença. IX. Concedendo Amnistia em caso urgente, e que assim aconselhem a humanidade, e bem do Estado.”

¹⁷ Constituição Imperial de 1824. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/constituicao24.htm>. Acesso em 24 de abril de 2017. “Art. 98: O Poder Moderador é a chave de toda a organização Política, e é delegado privativamente ao Imperador, como Chefe Supremo da Nação, e seu Primeiro Representante, para que incessantemente vele sobre a manutenção da Independencia, equilibrio, e harmonia dos mais Poderes Políticos.

incisos comportando as garantias individuais, cujo cerne era o direito à liberdade, o direito à segurança pessoal e o direito à propriedade.¹⁸

Com efeito, a Carta de 1824 também trazia no referido dispositivo algumas garantias processuais aos jurisdicionados. O inciso XI, a título de exemplo, estabelecia que ninguém seria sentenciado, “senão pela Autoridade competente, por virtude de lei anterior, e na forma por ella prescripta”¹⁹. O inciso XX, por sua vez, enunciava que nenhuma pena deveria passar da pessoa do delinquente.²⁰

É possível notar, portanto, que logo na primeira Constituição Brasileira, datada ainda do período Imperial, as garantias processuais eram providas de envergadura constitucional, sendo elencadas no rol de direitos fundamentais da Carta.

A Constituição Imperial foi a mais longeva dentre as constituições brasileiras, perdurando até o ano de 1889, com a Proclamação da República do Brasil.²¹

1.2.2 A Constituição Republicana de 1891

Com a radical mudança da forma monárquica de governo para a forma republicana, e da forma de estado unitária para a forma federativa, mostrou-se impositiva a elaboração de uma nova constituição que consagrasse a reorganização do poder estatal.

Para esse fim, foi convocado Congresso Constituinte no ano de 1890 – contando com a distinta participação de Rui Barbosa – que deu origem, no dia 24 de fevereiro de 1891 à primeira Constituição Republicana da história brasileira.²²

¹⁸ Constituição Brasileira de 1824. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/constituicao24.htm>. Acesso em 24 de abril de 2017. “Art. 179. A inviolabilidade dos Direitos Civis, e Politicos dos Cidadãos Brasileiros, que tem por base a liberdade, a segurança individual, e a propriedade, é garantida pela Constituição do Imperio, pela maneira seguinte.”

¹⁹ Constituição Brasileira de 1824. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/constituicao24.htm>. Acesso em 24 de abril de 2017. “Art. 179, XI. Ninguem será sentenciado, senão pela Autoridade competente, por virtude de Lei anterior, e na fórmula por ella prescripta.”

²⁰ Constituição Brasileira de 1824. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/constituicao24.htm>. Acesso em 24 de abril de 2017. “Art. 179, XX. Nenhuma pena passará da pessoa do delinquente. Por tanto não haverá em caso algum confiscação de bens, nem a infamia do Réo se transmittirá aos parentes em qualquer gráo, que seja.

²¹ MENDES, Gilmar Ferreira; BRANCO, Paulo Gustavo Gonet. *Curso de Direito Constitucional*. 10 ed. rev. e atual. São Paulo: Saraiva, 2015 (Série IDP), p. 99.

Com perceptível influência norte-americana, a Constituição de 1891 reorganizou o poder estatal e o distribuiu entre a União e os Estados Federados, bem como substituiu a tendência parlamentar por “um princípio de governo presidencial”²³. De mais a mais, a nova constituição criou a Justiça Federal, ao lado da Estadual, e instalou o Supremo Tribunal Federal no topo do Poder Judiciário brasileiro.²⁴

Revelando importante evolução constitucional no tocante às garantias fundamentais, o art. 72 da Constituição de 1891 enumerou uma série de direitos individuais em seus 34 (trinta e quatro) parágrafos. Logo no segundo parágrafo, o dispositivo trouxe expressamente o direito à igualdade e aboliu os privilégios de nascimento e os fóruns de nobreza.²⁵ A liberdade de religião, por sua vez, também tomou contornos mais nítidos, passando a ser garantido a todos os indivíduos e confissões religiosas o exercício livre e público de seu culto.²⁶

Ademais, a Constituição Federal de 1891 aboliu a pena de morte do ordenamento jurídico²⁷, bem como previu o direito à impetração do habeas corpus, nos casos de restrição ilegal da liberdade de locomoção dos indivíduos.²⁸

Com relação às garantias processuais, a Carta de 1891 também progrediu. O §13 do art. 72, era expresso no sentido de que, ressalvadas as hipóteses de flagrante delito, a prisão não poderia “executar-se senão depois de pronuncia do

²² MENDES, Gilmar Ferreira; BRANCO, Paulo Gustavo Gonet. *Curso de Direito Constitucional*. 10 ed. rev. e atual. São Paulo: Saraiva, 2015 (Série IDP), p. 99.

²³ 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, p. 233.

²⁴ MENDES, Gilmar Ferreira; BRANCO, Paulo Gustavo Gonet. *Curso de Direito Constitucional*. 10 ed. rev. e atual. São Paulo: Saraiva, 2015 (Série IDP), p. 99.

²⁵ Constituição Brasileira de 1891. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/constituicao91.htm>. Acesso em 24 de abril de 2017. “Art. 72. § 2º. Todos são iguaes perante a lei. A Republica não admite privilegios de nascimento, desconhece fóros de nobreza, e extingue as ordens honoríficas existentes e todas as suas prerogativas e regalias, bem como os titulos nobiliarchicos e de conselho.”

²⁶ Constituição Brasileira de 1891. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/constituicao91.htm>. Acesso em 24 de abril de 2017. “Art. 72. § 3º. Todos os individuos e confissões religiosas podem exercer publica e livremente o seu culto, associando-se para esse fim e adquirindo bens, observadas as disposições do direito commum.”

²⁷ Constituição Brasileira de 1891. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/constituicao91.htm>. Acesso em 24 de abril de 2017. “Art. 72. § 21. Fica igualmente abolida a pena de morte, reservadas as disposições da legislação militar em tempo de guerra.”

²⁸ Constituição Brasileira de 1891. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/constituicao91.htm>. Acesso em 24 de abril de 2017. “Art. 72. § 22. Dar-se-ha o habeas-corpus sempre que alguém soffrer ou se achar em imminente perigo de soffrer violencia por meio de prisão ou constrangimento illegal em sua liberdade de locomoção.”

indiciado, salvo os casos determinados em lei, e mediante ordem escripta da autoridade competente.”²⁹

Ganhando posição de relevo na Carta Republicana, a garantia da ampla defesa também passou a constar do texto constitucional. O §16 do art. 72 assim previa:

Art. 72. § 16. Aos accusados se assegurara na lei a mais plena defesa, com todos os recursos e meios essenciaes a ella, desde a nota de culpa, entregue em 24 horas ao preso e assignada pela autoridade competente, com os nomes do accusador e das testemunhas.

A Constituição de 1891 representou, portanto, significativo avanço tanto no que diz respeito à estruturação do poder do Estado, quanto no tocante às garantias e direitos fundamentais.

1.2.3 A Constituição de 1934

Sobreveio a Revolução de 1930, com o Golpe de Estado que pôs fim à República Velha. Os movimentos ocorridos no período tornaram impositiva a elaboração de um novo documento constitucional. Iniciando os trabalhos em 1933, uma assembleia constituinte deu origem à Constituição Federal de 1934.³⁰

A nova Carta possuía manifesta influência da Constituição de Weimar, de 1919, trazendo em seu texto a preocupação em dar forma a um Estado mais atuante tanto no campo econômico, quanto no campo social.³¹

Foi com a Constituição de 1934 que a Justiça Eleitoral foi consagrada como um ramo autônomo do Direito brasileiro, ganhando seção própria no capítulo da Constituição que tratava do Poder Judiciário.³²

No que diz respeito ao desenvolvimento do controle difuso de constitucionalidade, a Constituição de 1934 previu a cláusula de reserva de plenário

²⁹ Constituição Brasileira de 1891. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constitucao/constitucao91.htm>. Acesso em 24 de abril de 2017. “Art. 72. §13. À excepção do flagrante delicto, a prisão não poderá executar-se senão depois de pronuncia do indiciado, salvo os casos determinados em lei, e mediante ordem escripta da autoridade competente.”

³⁰ MENDES, Gilmar Ferreira; BRANCO, Paulo Gustavo Gonet. *Curso de Direito Constitucional*. 10 ed. rev. e atual. São Paulo: Saraiva, 2015 (Série IDP), p. 100.

³¹ MENDES, Gilmar Ferreira; BRANCO, Paulo Gustavo Gonet. *Curso de Direito Constitucional*. 10 ed. rev. e atual. São Paulo: Saraiva, 2015 (Série IDP), p. 100.

³² 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, p. 236.

– inspirada na regra americana da *full bench* – e o mecanismo de suspensão pelo Senado da lei declarada inconstitucional pelo Supremo.³³

Além disso, foi na Carta de 1934 que nasceu o gérmen do controle concentrado de constitucionalidade, com o surgimento da figura da Intervenção Federal, de iniciativa do Procurador Geral da República em caso de descumprimento de princípio constitucional sensível.³⁴

De mais a mais, o campo de direitos fundamentais foi significativamente incrementado. O mandado de segurança³⁵ foi finalmente concebido, ao lado do que seria o protótipo da ação popular³⁶.

No que toca às garantias processuais, também houve evolução. O termo *ampla defesa* foi pela primeira vez cunhado expressamente no rol de direitos fundamentais, e o devido processo legal começou a assumir seus primeiros traços no texto constitucional, como se pode verificar adiante:

Art. 113

24) A lei assegurará aos acusados ampla defesa, com os meios e recursos essenciais a esta.

[...]

35) A lei assegurará o rápido andamento dos processos nas repartições públicas, a comunicação aos interessados dos despachos proferidos, assim como das informações a que estes se refiram, e a expedição das certidões requeridas para a defesa de direitos individuais, ou para esclarecimento dos cidadãos acerca dos negócios públicos, ressalvados, quanto às últimas, os casos em que o interesse público imponha segredo, ou reserva.

Vislumbra-se que, com o passar dos anos, as garantias processuais passaram a ostentar cada vez mais relevo no ordenamento jurídico brasileiro, desenvolvendo-se paralelamente à evolução constitucional do país.

³³ MENDES, Gilmar Ferreira; BRANCO, Paulo Gustavo Gonet. *Curso de Direito Constitucional*. 10 ed. rev. e atual. São Paulo: Saraiva, 2015 (Série IDP), p. 100.

³⁴ MENDES, Gilmar Ferreira; BRANCO, Paulo Gustavo Gonet. *Curso de Direito Constitucional*. 10 ed. rev. e atual. São Paulo: Saraiva, 2015 (Série IDP), p. 100.

³⁵ Constituição Brasileira de 1934. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/constituicao34.htm>. Acesso em 24 de abril de 2017. “Art. 113. 33) Dar-se-á mandado de segurança para defesa do direito, certo e incontestável, ameaçado ou violado por ato manifestamente inconstitucional ou ilegal de qualquer autoridade. O processo será o mesmo do habeas corpus, devendo ser sempre ouvida a pessoa de direito público interessada. O mandado não prejudica as ações petitórias competentes.”

³⁶ Idem. Ibidem. “Art. 113. 38) Qualquer cidadão será parte legítima para pleitear a declaração de nulidade ou anulação dos atos lesivos do patrimônio da União, dos Estados ou dos Municípios.”

1.2.4 A Constituição de 1937

Muito embora a Constituição Federal de 1934 tenha apresentado avanços vultuosos tanto no que tange aos mecanismos de controle de constitucionalidade, quanto no tocante à garantia de direitos fundamentais, a Carta teve breve duração.

Já no ano de 1937, Getúlio Vargas outorgou a denominada *Constituição Polaca*, epíteto concebido em razão da perceptível influência da Constituição Polonesa de 1935, de cunho ditatorial, sobre a Carta brasileira.³⁷

Para dar suporte ao golpe ocorrido no mesmo ano, a Constituição de 1937 representou grande retrocesso. No momento em que o país evoluía no sentido de descentralizar e pulverizar o poder estatal, a Carta fortaleceu sobremaneira o Poder Executivo, chegando a prever expressamente que o Presidente da República era a “autoridade suprema do Estado”.³⁸

Também na seara de direitos fundamentais a regressão foi marcante. O mandado de segurança foi extirpado do texto constitucional, assim como foi a ação popular. A pena de morte voltou a ser permitida e a censura prévia da imprensa passou a ser realidade institucionalizada.³⁹

É possível perceber, ademais, que as garantias processuais também foram abolidas do texto constitucional. Tanto o direito à ampla defesa quanto o direito ao devido processo legal deixaram de ser previstos na literalidade da constituição, o que simboliza a decadência vivida à época.

Findada a Segunda Guerra Mundial, o Estado Novo de Getúlio Vargas não encontrou qualquer alicerce para se manter na estrutura política brasileira. Após o referido presidente ser deposto, em 1945, instalou-se em 1946 uma Assembleia Constituinte e, em setembro do mesmo ano, foi promulgada a nova Carta Constitucional.⁴⁰

³⁷ MENDES, Gilmar Ferreira; BRANCO, Paulo Gustavo Gonet. *Curso de Direito Constitucional*. 10 ed. rev. e atual. São Paulo: Saraiva, 2015 (Série IDP), p. 100.

³⁸ Constituição Brasileira de 1937. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/constituicao37.htm>. Acesso em 24 de abril de 2017. “Art. 73 - O Presidente da República, autoridade suprema do Estado, dirige a política interna e externa, promove ou orienta a política legislativa de interesse nacional e superintende a Administração do País.”

³⁹ MENDES, Gilmar Ferreira; BRANCO, Paulo Gustavo Gonet. *Curso de Direito Constitucional*. 10 ed. rev. e atual. São Paulo: Saraiva, 2015 (Série IDP), p. 100.

⁴⁰ MENDES, Gilmar Ferreira; BRANCO, Paulo Gustavo Gonet. *Curso de Direito Constitucional*. 10 ed. rev. e atual. São Paulo: Saraiva, 2015 (Série IDP), p. 100-101.

1.2.5 A Constituição de 1946 – A primeira redemocratização

Chancelando a redemocratização no Brasil, a Carta de 1946 resgatou os valores insculpidos na Constituição de 1934. O poder estatal deixou de se centralizar unicamente nas mãos de um Presidente da República autoritarista e voltou a ser pulverizado entre vários “mandatários escolhidos pelo povo, em seu nome, e por prazo certo e razoável”. A autonomia dos estados federativos voltava a ser levada a sério e o Poder Legislativo reassumia seu papel primário de legislar.⁴¹

Os direitos fundamentais, seguindo a mesma esteira, também se restauraram.

Foi novamente excluída a pena de morte para todos os casos alheios às situações disciplinados pela legislação militar em tempo de guerra com país estrangeiro⁴². Além disso, a censura deixou de ser requisito para a manifestação do pensamento⁴³, e o mandado de segurança⁴⁴ e a ação popular⁴⁵ voltaram a ser remédios constitucionais previstos literalmente na Carta.

As garantias processuais, por sua vez, voltaram a ser preocupação de ordem constitucional. O devido processo legal e a garantia da ampla defesa retornaram à literalidade do texto da Constituição de forma ainda mais marcante.⁴⁶ Doravante, o direito adquirido, o ato jurídico perfeito e a coisa julgada também

⁴¹ MENDES, Gilmar Ferreira; BRANCO, Paulo Gustavo Gonet. *Curso de Direito Constitucional*. 10 ed. rev. e atual. São Paulo: Saraiva, 2015 (Série IDP), p. 101.

⁴² Constituição Brasileira de 1946. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/constituicao46.htm>. Acesso em 24 de abril de 2017. “Art. 141, §31 - Não haverá pena de morte, de banimento, de confisco nem de caráter perpétuo. São ressalvadas, quanto à pena de morte, as disposições da legislação militar em tempo de guerra com país estrangeiro.”

⁴³ Constituição Brasileira de 1946. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/constituicao46.htm>. Acesso em 24 de abril de 2017. “Art. 141, § 5º - É livre a manifestação do pensamento, sem que dependa de censura, salvo quanto a espetáculos e diversões públicas, respondendo cada um, nos casos e na forma que a lei preceituar pelos abusos que cometer.”

⁴⁴ Constituição Brasileira de 1946. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/constituicao46.htm>. Acesso em 24 de abril de 2017. “Art. 141, § 24 - Para proteger direito líquido e certo não amparado por habeas corpus, conceder-se-á mandado de segurança, seja qual for a autoridade responsável pela ilegalidade ou abuso de poder.”

⁴⁵ Constituição Brasileira de 1946. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/constituicao46.htm>. Acesso em 24 de abril de 2017. “Art. 141, § 38 - Qualquer cidadão será parte legítima para pleitear a anulação ou a declaração de nulidade de atos lesivos do patrimônio da União, dos Estados, dos Municípios, das entidades autárquicas e das sociedades de economia mista.”

⁴⁶ Nesse sentido, vide art. 141, §20, §25, §27 e §36 da Constituição Brasileira de 1946. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/constituicao46.htm>. Acesso em 24 de abril de 2017.

passavam a ser respeitados constitucionalmente e vistos como invioláveis frente às leis posteriores⁴⁷.

Os anos de democracia perduraram até o ano de 1964. Ao tomarem o poder estatal, as Forças Armadas editaram uma série de atos institucionais e de emendas constitucionais que modificaram essencialmente a Carta de 1946.

Percebendo que a Constituição vigente não mais refletia o momento político vivenciado pelo país, o Congresso Nacional reuniu-se no fim do ano de 1966 e, logo no ano seguinte, foi outorgada a Constituição de 1967.⁴⁸

1.2.6. A Constituição Autoritária de 1967/69

Com patente caráter autoritário, a nova constituição possuía como marca a centralização do poder estatal na figura do Presidente da República. Na medida em que o tempo passava, mais atos institucionais eram editados, sempre no sentido de aumentar o poder do Executivo e de restringir os direitos e liberdades individuais.⁴⁹

Percebendo o desassossego da população brasileira e buscando conter-lhe os anseios, o Governo editou o Ato Institucional n. 5, que mergulhou o Brasil nas entranhas mais sombrias da ditadura militar.⁵⁰

Para dar forma inteiriça e harmônica a todos os atos institucionais e complementares que surgiam desvairadamente, o Governo promoveu a reforma da Constituição de 1967 por meio da Emenda Constitucional n. 1, datada de Outubro de 1969.⁵¹ Com a reforma, a tônica de centralização do poder estatal foi acentuada

⁴⁷ Constituição Brasileira de 1946. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/constituicao46.htm>. Acesso em 24 de abril de 2017. “Art. 141, § 3º - A lei não prejudicará o direito adquirido, o ato jurídico perfeito e a coisa julgada.”

⁴⁸ MENDES, Gilmar Ferreira; BRANCO, Paulo Gustavo Gonet. *Curso de Direito Constitucional*. 10 ed. rev. e atual. São Paulo: Saraiva, 2015 (Série IDP), p. 101.

⁴⁹ MENDES, Gilmar Ferreira; BRANCO, Paulo Gustavo Gonet. *Curso de Direito Constitucional*. 10 ed. rev. e atual. São Paulo: Saraiva, 2015 (Série IDP), p. 101.

⁵⁰ MENDES, Gilmar Ferreira; BRANCO, Paulo Gustavo Gonet. *Curso de Direito Constitucional*. 10 ed. rev. e atual. São Paulo: Saraiva, 2015 (Série IDP), p. 101. “A crise política se agravou nos anos subsequentes e chegou às ruas. Em 13 de dezembro de 1968, o Governo editou o Ato Institucional n. 5, que ampliava ao extremo os poderes do Presidente da República, ao tempo em que tolhia mandatos políticos e restringia direitos e liberdades básicos. Pelo AI5, o Presidente da República podia fechar as casas legislativas das três esferas da Federação, exercendo as suas funções enquanto não houvesse a normalização das circunstâncias. Os atos praticados com fundamento nesse Ato ficavam imunes ao controle pelo Judiciário.”

⁵¹ 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, p. 237.

ainda mais, com o evidente preterimento dos direitos fundamentais em face da segurança do regime então implantado no país.⁵²

O regime militar e a Constituição de 1967/69, que o amparava, passaram a perder força e conseguiram se arrastar até o ano de 1985. Nesse ano, a população, já saturada com modelo de governo sob o qual o país se regia, passou a ver como impositiva a promulgação de uma nova carta constitucional.

Apercebendo-se da necessidade de uma nova constituição, registrou Paulo Bonavides em 1985:

Sobre essa herança, que constituiu o passivo de todas as ditaduras contemporâneas, a nação, ainda há pouco de joelhos, intenta agora levantar-se para reencontrar os caminhos da legitimidade. É difícil sair do vício para a virtude, da força que oprime para o direito que liberta, da ditadura para a democracia. [...]

Sem temor diante dos problemas que fizeram malograr a ação do Governo, bem como infenso a potenciais aventuras absolutistas, o povo anseia em verdade por consolidar o império da ordem jurídica, obter uma nova Constituição e lograr um pacto político e social de mais justiça e menos desigualdade.

[...]

Não é com uma simples reforma constitucional que se afastará a juventude das alternativas totalitárias, o trabalhador da servidão ao baixo salário, ao desemprego e à recessão; o povo e as classes, da ação espoliadora das multinacionais; o eleitor da privação indefinida das franquias democráticas e o empresário, da desnacionalização da economia.

Faz-se mister a Constituinte. Somente ela oferece, a nosso ver, o legítimo instrumento de subjugação da crise. Promovendo a democrática aliança da Sociedade com o Estado, a Constituinte será a reconciliação dos governantes com os governados. Não há outro caminho para conduzir este País à democracia senão aquele que principia na vontade livre e soberana do povo.⁵³

E dessa forma ocorreu. No próprio ano de 1985 foi promulgada a Emenda Constitucional n. 26, que convocou uma nova assembleia constituinte, conferindo “forma jurídico-constitucional a exaustão do regime [militar]”.⁵⁴

⁵² MENDES, Gilmar Ferreira; BRANCO, Paulo Gustavo Gonet. *Curso de Direito Constitucional*. 10 ed. rev. e atual. São Paulo: Saraiva, 2015 (Série IDP), pp. 101-102.

⁵³ BONAVIDES, Paulo. *Política e Constituição: os caminhos da democracia*. Rio de Janeiro: Ed. Forense, 1985, pp. 217-218.

⁵⁴ MENDES, Gilmar Ferreira; BRANCO, Paulo Gustavo Gonet. *Curso de Direito Constitucional*. 10 ed. rev. e atual. São Paulo: Saraiva, 2015 (Série IDP), p. 102.

1.3. A Constituição Federal de 1988 e o desenvolvimento do Direito Constitucional Processual – A segunda redemocratização – A expansão dos direitos fundamentais e o destaque conferido às garantias constitucionais processuais

1.3.1. Linhas gerais da nova Carta Constitucional

Em 5 de outubro de 1988, a nova Constituição Federal foi promulgada. Como forma de reação aos anos penosos de ditadura militar – em que as violações a direitos individuais eram cotidianas – a Carta de 1988 trouxe como prioridade a proteção às garantias fundamentais em relação às demais matérias.⁵⁵

Conforme ensina Paulo Bonavides, a Constituição de 1988 “foi de todas as Constituições brasileiras aquela que mais procurou inovar tecnicamente em matéria de proteção aos direitos fundamentais”.⁵⁶

Refletindo essa preocupação, a Constituição anuncia, logo no preâmbulo, a instituição de um “Estado Democrático, destinado a assegurar o exercício dos direitos sociais e individuais, a liberdade, a segurança, o bem-estar, o desenvolvimento, a igualdade e a justiça como valores supremos de uma sociedade fraterna, pluralista e sem preconceitos”.

Ademais, a dignidade humana passou a ser prevista como fundamento da República Federativa do Brasil, pelo art. 1º da Carta. Construir uma sociedade livre, justa e solidária, bem como promover o bem de todos sem qualquer forma de discriminação se tornaram objetivos fundamentais da República brasileira, nos termos do art. 3º.

O art. 4º, em seu inciso II, por sua vez, declara que a República Federativa do Brasil deve se pautar pela prevalência dos direitos humanos, no que diz respeito às suas relações internacionais.

De mais a mais, o rol de direitos e garantias fundamentais foi vultuosamente ampliado. Os 36 (trinta e seis) parágrafos do art. 153 da Constituição de 1967/69, que elencavam os direitos e garantias individuais dos cidadãos em posição de pouca

⁵⁵ 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, p. 239.

⁵⁶ BONAVIDES, Paulo. *Curso de Direito Constitucional*. 23 ed. São Paulo: Malheiros Editores, 2008, p. 547.

visibilidade no texto constitucional, foram substituídos por 78 (setenta e oito) incisos, logo no art. 5º da Carta, em posição vestibular e de grande destaque em relação às outras matérias.

O referido dispositivo constitucional reconhece como principais garantias fundamentais a inviolabilidade do direito à vida, à liberdade, à igualdade, à propriedade e às garantias constitucionais do processo.

A proteção ao direito à vida pode ser depreendido, por exemplo, do art. 5º XXXVIII da Constituição Federal, que define um procedimento especial para perseguir os atentados dolosos contra a vida, por meio do júri. Ademais, quando impõe a defesa do equilíbrio do meio ambiente, no art. 225, §1º, V, a Constituição declara que compete ao Poder Público “controlar a produção, a comercialização e o emprego de técnicas, métodos e substâncias que comportem risco para a vida, a qualidade de vida e o meio ambiente”.⁵⁷

A liberdade, por sua vez, é resguardada no texto constitucional a partir das suas mais variadas vertentes. O direito à liberdade de expressão, à intimidade e privacidade, à liberdade de reunião e de associação, e à liberdade de consciência são as principais ramificações da proteção à liberdade que, quando efetivadas, viabilizam “a participação mais intensa de todos os interessados nas decisões políticas fundamentais”.⁵⁸

Tido como o “princípio constitutivo da ordem constitucional”, o direito à igualdade foi acomodado logo no *caput* do art. 5º da Carta Constitucional brasileira. De mais a mais, o inciso I do referido dispositivo também disciplina o referido direito fundamental quando prevê expressamente que “homens e mulheres são iguais em direitos e obrigações”. Conforme ensinam Gilmar Mendes e Paulo Gonet Branco, a garantia da igualdade conjuntamente ao direito à liberdade representam os “dois elementos essenciais do conceito de dignidade da pessoa humana”.⁵⁹

O direito à propriedade também configura relevante preocupação constitucional. Além de o inciso XXII do art. 5º declarar expressamente que “é garantido o direito de propriedade”, o inciso XXIII prevê que a propriedade deverá atender a sua função social. O direito de herança, enquanto forma de transmissão

⁵⁷ MENDES, Gilmar Ferreira; BRANCO, Paulo Gustavo Gonet. *Curso de Direito Constitucional*. 10 ed. rev. e atual. São Paulo: Saraiva, 2015 (Série IDP), p. 255.

⁵⁸ MENDES, Gilmar Ferreira; BRANCO, Paulo Gustavo Gonet. *Curso de Direito Constitucional*. 10 ed. rev. e atual. São Paulo: Saraiva, 2015 (Série IDP), p. 263.

⁵⁹ MENDES, Gilmar Ferreira; BRANCO, Paulo Gustavo Gonet. *Curso de Direito Constitucional*. 10 ed. rev. e atual. São Paulo: Saraiva, 2015 (Série IDP), p. 263.

de propriedade, também encontra guarida no art. 5º da Carta, cujo inciso XXX afirma: “é garantido o direito de herança”.

Finalmente é alcançado o gênero de direitos fundamentais que mais intimamente se relaciona ao objeto de estudo do presente trabalho acadêmico, qual seja o dos direitos fundamentais de caráter judicial e das garantias constitucionais processuais, a serem trabalhados mais detidamente no tópico a seguir.

1.3.2 As garantias processuais previstas na Constituição Federal de 1988 e o Direito Constitucional Processual

J. J. Canotilho intitula de Direito Constitucional Processual o ramo do Direito que estuda “os princípios e regras de natureza processual positivados na Constituição e materialmente constitutivos do *status activus processualis* no ordenamento constitucional”.⁶⁰

No direito brasileiro, também se adota o termo Direito Constitucional Processual para designar “o conjunto dos textos normativos de direito processual que se encontra na Constituição Federal”.⁶¹

A Constituição Federal de 1988 deu ampla importância às garantias processuais, em seu texto. Somente no art. 5º, existem mais de 40 (quarenta) incisos relacionados ao Direito Constitucional Processual, ora afetos ao processo penal, ora ao processo civil, ora ao processo eleitoral, e até mesmo com aplicação nos processos de cunho administrativo.⁶²

E a importância conferida pela Constituição às garantias processuais não é desarrazoada. Gilmar Mendes afirma que os referidos direitos, “de caráter penal, processual e processual penal cumprem um papel fundamental na concretização do moderno Estado Democrático de Direito”.⁶³

⁶⁰ CANOTILHO, J.J. Gomes. *Direito Constitucional e Teoria da Constituição*. 7 ed. Coimbra: Edições Almedina, 2003, p. 966.

⁶¹ 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, p. 54.

⁶² Vide art. 5º, XXXIV; XXXV; XXXVII a LXXIV; LXVIII; LXXVI; e LXXVIII, da Constituição Federal de 1988. Disponível em <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/constituicaocompilado.htm>

⁶³ MENDES, Gilmar Ferreira; BRANCO, Paulo Gustavo Gonet. *Curso de Direito Constitucional*. 10 ed. rev. e atual. São Paulo: Saraiva, 2015 (Série IDP), p. 398.

Segundo o autor, aplicar devidamente as garantias processuais é fundamental à realização do princípio da dignidade humana, que inadmite “que o homem seja convertido em objeto dos processos estatais.”⁶⁴

Com efeito, condenar e penalizar um indivíduo com fundamento em prova obtida por meio ilícito, por exemplo, além de violar diretamente a norma constitucional processual disciplinada no art. 5º, LVI da Constituição Federal⁶⁵, violaria frontalmente a dignidade humana, concebida pelo art. 1º da Carta como fundamento da República Federativa do Brasil.

Dessa sorte, para que seja garantida a dignidade humana dos jurisdicionados e dos que se submetem a processo administrativo, é impositivo que se cumpram as garantias processuais. Em vista dessa importância é que o referido gênero de direitos foi acomodado na literalidade do texto constitucional, com tamanho destaque.

1.3.3 O princípio do devido processo legal e suas ramificações enquanto base do Direito Constitucional Processual

O Direito Constitucional Processual sustenta-se essencialmente sobre o princípio do devido processo legal, previsto expressamente no art. 5º, LIV da Constituição Federal de 1988, nos seguintes termos:

“Art. 5º, LIV - ninguém será privado da liberdade ou de seus bens sem o devido processo legal;”

A *Magna Charta* de 1215, da Inglaterra, foi a primeira a declarar a obrigatoriedade da observância de um processo justo e normativamente regulado, que deveria ser respeitado nos julgamentos que pudessem importar na privação da liberdade e/ou propriedade dos cidadãos.⁶⁶

Assim previa o documento de João Sem-Terra, em tradução livre:

⁶⁴ MENDES, Gilmar Ferreira; BRANCO, Paulo Gustavo Gonet. *Curso de Direito Constitucional*. 10 ed. rev. e atual. São Paulo: Saraiva, 2015 (Série IDP), p. 399.

⁶⁵ Constituição Brasileira de 1988. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/constituicaocompilado.htm>. Acesso em 24 de abril de 2017. “Art. 5º, LVI. LVI - são inadmissíveis, no processo, as provas obtidas por meios ilícitos”

⁶⁶ CANOTILHO, J.J. Gomes. *Direito Constitucional e Teoria da Constituição*. 7 ed. Coimbra: Edições Almedina, 2003, pp. 93-94.

Nenhum homem livre será capturado, ou levado prisioneiro, ou privado dos bens, ou exilado, ou de qualquer modo destruído, e nunca usaremos da força contra ele, e nunca mandaremos que outros o façam, salvo em processo legal por seus pares ou de acordo com as leis da terra.⁶⁷

O termo *due process of law*, hoje consagrado em diversos ordenamentos jurídicos, teve sua primeira aparição em lei inglesa datada de 1354, denominada *Statute of Westminster of the Liberties of London*, editada no reinado de Eduardo III.⁶⁸

No direito americano, antes mesmo do surgimento da Constituição Federal estadunidense, algumas constituições estaduais daquele país já previam a garantia do devido processo legal, como a de Maryland, Pensilvânia e Massachusetts.⁶⁹

No âmbito federal, foram a V e XIV Emendas que positivaram o *due process of law* à Constituição da Filadélfia, prevendo:

Amendment V. *No person shall [...] be deprived of life, liberty, or property, without due process of law.*

Amendment XIV. Section I. *[...] nor shall any State deprive any person of life, liberty, or property, without due process of law*⁷⁰

Nelson Nery Jr. ensina que o devido processo legal pode ser estudado em três acepções: sentido genérico, sentido material – *substantive due process* – e sentido processual – *procedural due process*.⁷¹

Na concepção genérica, o devido processo legal se caracteriza pelo trinômio vida-liberdade-propriedade, de modo que todo procedimento que diz respeito à tutela desses direitos devem se sujeitar à proteção do *due process of law*.⁷²

Em sentido material, o devido processo legal pode ser verificado, por exemplo, na garantia ao direito adquirido, na proibição da retroatividade da lei penal

⁶⁷ Em versão original, a *Magna Charta* declara: “39. *Nullus liber homo capiatur, vel imprisonetur, aut disseisiatur, aut utlagetur, aut exuletur, aut aliquo modo destruat, nec super eum ibimus, nec super eum mittemus, nisi per legale iudicium parium suorum vel per legem terre.* Disponível em: <<http://www.thelatinlibrary.com/magnacarta.html>>. Acesso em 24 de abril de 2017.

⁶⁸ 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, p. 107.

⁶⁹ 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, p. 107.

⁷⁰ MARINONI, Luiz Guilherme; ARENHART, Sérgio Cruz; MITIDIERO Daniel. *Curso de Processo Civil: teoria do processo civil*, volume 1. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2015, p. 489.

⁷¹ 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, pp. 105-126.

⁷² Idem. *Ibidem.* p. 108

sancionadora e nos princípios tributários da anualidade, da legalidade e da incidência única (*non bis in idem*).⁷³

Na concepção processual, por sua vez, o devido processo legal – *procedural due process* – possui significado mais restrito, consistindo na “possibilidade efetiva de a parte ter acesso à justiça, deduzindo pretensão e defendendo-se do modo mais amplo possível”.⁷⁴

O direito comunitário europeu e o direito interno italiano, vem conferindo ao *procedural due process* a nomenclatura de *justo processo*, no que é acompanhado por alguns doutrinadores brasileiros.⁷⁵

Luiz Guilherme Marinoni, a título de exemplo, é um dos autores que são adeptos à terminologia acima mencionada. Assim ensina o doutrinador:

A Constituição fala em *devido processo legal (due process of law)*. A expressão é criticável no mínimo em duas frentes. Em primeiro lugar, porque remete ao contexto cultural do *Estado de Direito (Rechtstaat, État Légal)*, em que o processo era concebido unicamente como um *anteparo ao arbítrio estatal*, ao passo que hoje o Estado Constitucional (*Verfassungsstaat, État de Droit*) tem por missão *colaborar na realização da tutela efetiva dos direitos mediante a organização de um processo justo*. Em segundo lugar, porque dá azo a que se procure, por conta da tradição estadunidense em que colhida, uma *dimensão substancial* à previsão (*substantive due process of law*), quando inexiste necessidade de pensa-la para além de sua *dimensão processual* no direito brasileiro.⁷⁶

Independentemente da divergência terminológica existente no que diz respeito ao *due process of law*, fato é que a amplitude de tal princípio tornou oportuna a sua subdivisão em princípios mais estreitos, para fins de sistematizar o estudo do tema.

O princípio do contraditório e ampla defesa é um dos corolários do devido processo legal de maior destaque no direito brasileiro. Tais preceitos garantem tanto ao jurisdicionado, quanto ao indivíduo que se submete a processo administrativo, a possibilidade de se manifestar no processo, de apresentar suas razões de defesa

⁷³ 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, p. 112.

⁷⁴ 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, p. 114.

⁷⁵ 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, p. 115.

⁷⁶ MARINONI, Luiz Guilherme; ARENHART, Sérgio Cruz; MITIDIERO Daniel. *Curso de Processo Civil: teoria do processo civil*, volume 1. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2015, pp. 489-490.

em contraposição ao pedido autoral de tutela jurisdicional, bem como de ter seus argumentos apreciados pelo julgador e levados em consideração na construção de seu juízo decisório.⁷⁷

Por sua vez, enquanto derivação do devido processo legal, o princípio do juiz natural assegura em sua perspectiva tripartite: a) que não haverá juízo ou tribunal de exceção; b) que todos têm o direito a ser julgados por magistrado competente e pré-constituído na forma da lei; e c) que o magistrado deve ser imparcial.⁷⁸

Também é descendente do devido processo legal o princípio da proibição da prova ilícita, axioma que impede que o jurisdicionado seja acusado e/ou condenado com fundamento em material probatório obtido ilegalmente.

Por ser a garantia constitucional processual de maior relevância para o objeto de análise da presente monografia, o princípio da proibição da prova ilícita será examinado com maior profundidade no capítulo subsequente, destinado exclusivamente ao seu estudo.

2. O PRINCÍPIO DA PROIBIÇÃO DA PROVA ILÍCITA

2.1 O direito fundamental à produção de provas admissíveis no processo – Da necessidade de comprovar fatos para ter os direitos subjetivos reconhecidos em juízo

Conforme ensinam Antonio Carlos de Araújo Cintra, Ada Pellegrini Grinover e Cândido Rangel Dinamarco, todo direito relaciona-se a um fato ou a um conjunto de fatos em que se fundamenta. Por assim ser, no bojo de um processo judicial, deve o autor afirmar a ocorrência do fato que apoia a sua pretensão jurídica, e incumbe ao réu, por via de regra, contradizer as alegações autorais.⁷⁹

⁷⁷ MENDES, Gilmar Ferreira; BRANCO, Paulo Gustavo Gonet. *Curso de Direito Constitucional*. 10 ed. rev. e atual. São Paulo: Saraiva, 2015 (Série IDP), pp. 454-455.

⁷⁸ 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, p. 162.

⁷⁹ CINTRA, Antonio Carlos de Araújo; GRINOVER, Ada Pellegrini; DINAMARCO, Cândido Rangel. *Teoria Geral do Processo*. 29 ed. São Paulo: Malheiros, 2012, p. 385.

Para que se deduzam as pretensões jurídicas, portanto, é necessário que seja comprovada a ocorrência dos fatos que as fundamentam. Nesse sentido é a lição de Pontes de Miranda⁸⁰ :

Direitos, pretensões, ações e exceções são efeitos de fatos jurídicos: é preciso que se provem os fatos jurídicos para que se tenham por existentes, no tempo e no espaço, esses efeitos. Quando se diz “prove o seu direito”, “prove a pretensão, a ação, ou a exceção”, emprega-se forma elíptica; em verdade o que se pensou foi: “prove o fato jurídico de que se irradia o direito, a pretensão, a ação, ou a exceção de que se trata”.

Ovídio Baptista da Silva, por sua vez, ao lecionar sobre o princípio da necessidade de prova, anunciou que “os fatos afirmados pelas partes não de ser suficientemente provados no processo, não sendo legítimo que o juiz se valha de seu conhecimento privado para dispensar a produção de prova de algum fato de cuja existência ou veracidade esteja ele ciente por alguma razão particular”.⁸¹

É justamente dessa perspectiva – vale dizer, da necessidade de o indivíduo comprovar fatos para ter seus direitos reconhecidos em juízo – que resulta a importância do Direito Probatório para Direito Processual, como um todo. Jeremy Bentham *apud* Ovídio Baptista da Silva (P. 321) afirmava que “a arte do processo não é essencialmente outra coisa senão a arte de administrar as provas” (Jeremy Bentham *apud* Ovídio Baptista da Silva, em *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, p. 321*).

Teixeira de Freitas, por sua vez, assinalando a importância das provas no Direito Processual, afirmava que a prova “é a alma do processo; a luz que deve guiar o juiz”.⁸²

Já nas Ordenações Filipinas, a relevância do direito probatório também era reconhecida. O Título 63 do Livro III do documento, previa expressamente que: “a prova é o farol que deve guiar o juiz nas suas decisões”.⁸³

⁸⁰ MIRANDA, Pontes de. *Comentários ao Código de Processo Civil*, Tomo IV. São Paulo: Editora Forens, 1974, p. 209.

⁸¹ SILVA, Ovídio A. Baptista da. *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, p. 328.*

⁸² Teixeira de Freitas *apud* J.E. Carreira Alvim. *Teoria Geral do Processo. 8 ed. rev. e atual. Rio de Janeiro: Editora Forense, 2002, p. 252.*

⁸³ CINTRA, Antonio Carlos de Araújo; GRINOVER, Ada Pellegrini; DINAMARCO, Cândido Rangel. *Teoria Geral do Processo. 29 ed. São Paulo: Malheiros, 2012, p. 385.*

É possível perceber, portanto, que o Direito Probatório é um importante capítulo do Direito Processual brasileiro, e há muito recebe posição de destaque no ordenamento jurídico processual.

De acordo com Ovídio Baptista, entende-se por prova tanto a atividade que o jurisdicionado realiza para demonstrar a existência dos fatos que formam o seu direito, quanto o instrumento por meio do qual a comprovação se efetiva.⁸⁴

Por sua vez, J. E. Carreira Alvim afirma que o conceito de prova pode ser estudado a partir de duas acepções: pelo seu sentido objetivo e pelo seu sentido subjetivo.⁸⁵

Em sentido objetivo, as provas podem ser enxergadas como os meios de mostrar ao Poder Judiciário a existência de determinado fato jurídico. Em outras palavras, as provas representam os instrumentos pelos quais se pode fornecer ao juiz a verdade a respeito dos fatos deduzidos no processo.⁸⁶

Em sentido subjetivo, por outro lado, a prova é tida como a “convicção que se forma no espírito do juiz quanto à verdade dos fatos”.⁸⁷

É certo que, ao se ter em vista a importância que as provas assumem no ordenamento jurídico, há que se garantir aos jurisdicionados o direito de produção de provas, até mesmo como forma de se garantir o devido acesso ao Poder Judiciário.

Ao disciplinar o direito à prova, o vigente Código de Processo Civil Brasileiro, declara expressamente que as partes “têm o direito de empregar todos os meios legais, bem como os moralmente legítimos, ainda que não especificados neste Código, para provar a verdade dos fatos em que se funda o pedido ou a defesa e influir eficazmente na convicção do juiz.”⁸⁸

⁸⁴ SILVA, Ovídio A. Baptista da. *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, p. 320.

⁸⁵ ALVIM, J. E. Carreira. *Teoria Geral do Processo*. 8 ed. rev. e atual. Rio de Janeiro: Editora Forense, 2002, p. 252.

⁸⁶ ALVIM, J. E. Carreira. *Teoria Geral do Processo*. 8 ed. rev. e atual. Rio de Janeiro: Editora Forense, 2002, p. 252.

⁸⁷ ALVIM, J. E. Carreira. *Teoria Geral do Processo*. 8 ed. rev. e atual. Rio de Janeiro: Editora Forense, 2002, p. 252.

⁸⁸ Código de Processo Civil de 2015. Disponível em: < http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_ato2015-2018/2015/lei/113105.htm >. Acesso em 18 de maio de 2017. “Art. 369. As partes têm o direito de empregar todos os meios legais, bem como os moralmente legítimos, ainda que não especificados neste Código, para provar a verdade dos fatos em que se funda o pedido ou a defesa e influir eficazmente na convicção do juiz.”

Luiz Guilherme Marinoni, em estudo sobre o tema, pontua que o direito à prova no processo configura garantia fundamental do jurisdicionado. Nesse sentido, afirma o doutrinador que “há direito fundamental à prova no processo. Trata-se de elemento essencial à conformação do direito ao processo justo”.⁸⁹

Contudo, o processualista é preciso ao afirmar que o direito fundamental à prova assegura, na verdade, a produção de prova admissível. Assim, tanto no âmbito do processo civil, quanto no do processo penal, tem-se que qualquer meio de prova é idôneo para prova das alegações de fato, desde que lícito e moralmente legítimo.⁹⁰

A contrario sensu, com efeito, pode-se afirmar que utilização das provas ilícitas são vedadas tanto nos processos judiciais cíveis, quanto nos criminais. Nesse sentido, é expressa a Constituição Federal ao prever, no art. 5º LVI, que “são inadmissíveis, no processo, as provas obtidas por meios ilícitos”.⁹¹

No tópico seguinte, estudar-se-á o princípio da proibição da prova ilícita no direito processual brasileiro, bem como a aplicação de tal princípio no Processo Civil, no Processo Penal, bem como no Processo Eleitoral.

2.2 O princípio da proibição da prova ilícita

2.2.1 Noções gerais sobre o princípio

Ao se considerar que a função essencial das provas é justamente demonstrar o acontecimento e as condições reais de ocorrência de determinados fatos, em princípio, não deveria haver restrições à admissibilidade de qualquer meio de prova.⁹²

Entretanto, com a evolução do Direito, percebeu-se que a irrestrita liberdade na admissibilidade dos meios de prova é, em verdade, prejudicial ao processo. A

⁸⁹ MARINONI, Luiz Guilherme; ARENHART, Sérgio Cruz; MITIDIERO, Daniel. *Curso de Processo Civil: teoria do processo civil*, volume 1. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2015, p. 504.

⁹⁰ MARINONI, Luiz Guilherme; ARENHART, Sérgio Cruz; MITIDIERO, Daniel. *Curso de Processo Civil: teoria do processo civil*, volume 1. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2015, p. 505-506.

⁹¹ Constituição Brasileira de 1988. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/constituicaocompilado.htm>. Acesso em 18 de maio de 2017.

⁹² CINTRA, Antonio Carlos de Araujo; GRINOVER, Ada Pellegrini; DINAMARCO, Cândido Ranger. *Teoria Geral do Processo*. 29 ed. São Paulo: Malheiros, 2012, p. 386.

experiência mostra que, por vezes, a utilização de determinados meios de prova pode perigosamente ensejar fraudes ou manipulações – como o uso exclusivo da prova testemunhal para demonstrar a existência de contrato de certo valor para cima –; por vezes os meios probatórios podem se fundar em bases científicas incertas – como é o caso do chamado soro da verdade, conjunto de substâncias administrado aos depoentes para impedir qualquer tipo de mentira; e ainda podem ofender a dignidade humana dos que se submeterem aos procedimentos probatórios – como o uso da tortura para forçar que os depoentes se pronunciem sobre a ocorrência de determinado fato.⁹³

Em vista dessa problemática, a questão da admissibilidade dos meios de prova tornou-se séria preocupação da doutrina jurídica internacional, tanto na seara processual civil, quanto na seara processual penal.⁹⁴

No que diz respeito ao Direito Italiano, por exemplo, o Código de Processo Penal de 1988 é expresso ao declarar, em seu artigo 191, a inadmissibilidade das provas obtidas em violação às proibições estabelecidas por lei (*le prove acquisite in violazione dei divieti stabiliti dalla legge non possono essere utilizzate*).⁹⁵

No Direito Alemão, da mesma forma, a doutrina processual civil se pronuncia no sentido de que devem ser impostas restrições à obtenção da prova, a fim de que se respeitem os direitos fundamentais dos cidadãos.⁹⁶

No mesmo sentido caminha o Direito Estadunidense, que julga ilícitas as provas obtidas em afronta aos direitos positivados nas Emendas Constitucionais IV, V, VI, e XIV, inadmitindo-as nos processos judiciais.⁹⁷

Também o Direito Espanhol, o Francês e o Português reputam imprestáveis no processo as provas que tenham sido obtido mediante violação a direitos e garantias fundamentais dos indivíduos.⁹⁸

⁹³ CINTRA, Antonio Carlos de Araujo; GRINOVER, Ada Pellegrini; DINAMARCO, Cândido Ranger. *Teoria Geral do Processo*. 29 ed. São Paulo: Malheiros, 2012, p 386.

⁹⁴ SILVA, Ovídio A. Baptista da. *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, p. 337.

⁹⁵ 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, pp. 54-55.

⁹⁶ 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, p. 303.

⁹⁷ 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, pp. 57-60.

Em sintonia com a posição adotada pela maior parte dos sistemas jurídicos democráticos do globo, o ordenamento brasileiro não só reputa imprestáveis as provas obtidas por meio ilícito, como também eleva tal imprestabilidade à envergadura de garantia fundamental do processo, tanto no que diz respeito aos processos judiciais, quanto no que diz respeito aos processos administrativos.

Com efeito, o art. 5º, da Constituição Federal de 1988, ao elencar os direitos fundamentais dos cidadãos, prevê expressamente no inciso LVI que “são inadmissíveis, no processo, as provas obtidas por meios ilícitos”.⁹⁹

Além de se tratar, autonomamente, de direito fundamental positivado no texto constitucional, a proibição da uso da prova ilícita no processo se relaciona intimamente com o exercício de outras garantias fundamentais, como o direito à privacidade e intimidade (art. 5º, X), o direito à inviolabilidade do domicílio (art. 5º, XI), o direito ao sigilo de correspondência e das comunicações telegráficas, de dados e das comunicações telefônicas (art. 5º, XII), o direito ao devido processo legal, entre outros.¹⁰⁰

Não se contesta que a busca da verdade deve ser um postulado regente do direito processual. Não se pode imaginar possível, em regra, a prolação de uma decisão justa por um magistrado que não conheça a verdade que circunda os fatos objetos do processo que se julga.

No entanto, a necessidade de proteção aos direitos fundamentais por muitas vezes impõe certos limites à busca pela verdade.

O Supremo Tribunal Federal, no insigne julgamento do HC n. 93050/RJ, de relatoria do Ministro Celso de Mello, declarou que o princípio da proibição da prova ilícita é uma das mais importantes projeções do devido processo legal. *In verbis*:

⁹⁸ 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, pp. 60-62.

⁹⁹ Constituição Brasileira de 1988. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/constituicaocompilado.htm>. Acesso em 18 de maio de 2017.

¹⁰⁰ MENDES, Gilmar Ferreira; BRANCO, Paulo Gustavo Gonet. *Curso de Direito Constitucional*. 10 ed. rev. e atual. São Paulo: Saraiva, 2015 (Série IDP), p. 548.

FISCALIZAÇÃO TRIBUTÁRIA - APREENSÃO DE LIVROS CONTÁBEIS E DOCUMENTOS FISCAIS REALIZADA, EM ESCRITÓRIO DE CONTABILIDADE, POR AGENTES FAZENDÁRIOS E POLICIAIS FEDERAIS, SEM MANDADO JUDICIAL - INADMISSIBILIDADE - ESPAÇO PRIVADO, NÃO ABERTO AO PÚBLICO, SUJEITO À PROTEÇÃO CONSTITUCIONAL DA INVIOABILIDADE DOMICILIAR (CF, ART. 5º, XI) - SUBSUNÇÃO AO CONCEITO NORMATIVO DE "CASA" - NECESSIDADE DE ORDEM JUDICIAL - ADMINISTRAÇÃO PÚBLICA E FISCALIZAÇÃO TRIBUTÁRIA - DEVER DE OBSERVÂNCIA, POR PARTE DE SEUS ÓRGÃOS E AGENTES, DOS LIMITES JURÍDICOS IMPOSTOS PELA CONSTITUIÇÃO E PELAS LEIS DA REPÚBLICA - IMPOSSIBILIDADE DE UTILIZAÇÃO, PELO MINISTÉRIO PÚBLICO, DE PROVA OBTIDA COM TRANSGRESSÃO À GARANTIA DA INVIOABILIDADE DOMICILIAR - PROVA ILÍCITA - INIDONEIDADE JURÍDICA - "HABEAS CORPUS" DEFERIDO. ADMINISTRAÇÃO TRIBUTÁRIA - FISCALIZAÇÃO - PODERES - NECESSÁRIO RESPEITO AOS DIREITOS E GARANTIAS INDIVIDUAIS DOS CONTRIBUÍNTES E DE TERCEIROS[...]

A ação persecutória do Estado, qualquer que seja a instância de poder perante a qual se instaure, para revestir-se de legitimidade, não pode apoiar-se em elementos probatórios ilicitamente obtidos, sob pena de ofensa à garantia constitucional do "*due process of law*", que tem, no dogma da inadmissibilidade das provas ilícitas, uma de suas mais expressivas projeções concretizadoras no plano do nosso sistema de direito positivo. A "*Exclusionary Rule*" consagrada pela jurisprudência da Suprema Corte dos Estados Unidos da América como limitação ao poder do Estado de produzir prova em sede processual penal. - A Constituição da República, em norma revestida de conteúdo vedatório (CF, art. 5º, LVI), desautoriza, por incompatível com os postulados que regem uma sociedade fundada em bases democráticas (CF, art. 1º), qualquer prova cuja obtenção, pelo Poder Público, derive de transgressão a cláusulas de ordem constitucional, repelindo, por isso mesmo, quaisquer elementos probatórios que resultem de violação do direito material (ou, até mesmo, do direito processual), não prevalecendo, em consequência, no ordenamento normativo brasileiro, em matéria de atividade probatória, a fórmula autoritária do "*male captum, bene retentum*". Doutrina. Precedentes.

[...]

Ninguém pode ser investigado, denunciado ou condenado com base, unicamente, em provas ilícitas, quer se trate de ilicitude originária, quer se cuide de ilicitude por derivação. [...] A exclusão da prova originariamente ilícita - ou daquela afetada pelo vício da ilicitude por derivação - representa um dos meios mais expressivos destinados a conferir efetividade à garantia do "*due process of law*" e a tornar mais intensa, pelo banimento da prova ilicitamente obtida, a tutela constitucional que preserva os direitos e prerrogativas que assistem a qualquer acusado em sede processual penal.

[...]

(HC 93050, Relator(a): Min. CELSO DE MELLO, Segunda Turma, julgado em 10/06/2008, DJe-142 DIVULG 31-07-2008 PUBLIC 01-08-2008 EMENT VOL-02326-04 PP-00700)

O problema tem sua importância ainda mais acentuada, nos termos de Ovídio Baptista da Silva, "frente à possibilidade, sempre crescente, do emprego de toda sorte de tecnologias eletrônicas capazes de serem empregadas para a obtenção de provas, sem o conhecimento ou a permissão daquele contra quem a prova, obtida clandestinamente, será depois produzida, muitas vezes com grave violação de sua intimidade e até mesmo, nos casos mais sérios, contra a declarada

oposição da pessoa submetida, por exemplo, a métodos violentos e brutais, como a tortura física ou mental e a administração de drogas que debilitam ou inibem o poder da vontade”.¹⁰¹

Com efeito, o que o art. 5º, LVI, da Constituição Federal busca com a limitação do direito à produção de provas não é somente a lisura processual, mas é sobretudo a efetividade da proteção de direitos materiais, negando-se a possibilidade de alcançar a verdade a qualquer custo.¹⁰²

É certo que diversas normas afora o art. 5º, LVI da Constituição Federal já proibem a violação a direitos materiais para a obtenção de provas. Entretanto, a experiência jurídica evidencia a insuficiência de se proibir as prova ilícitas apenas no âmbito do direito material. Para que os direitos materiais sejam respeitados e protegidos com maior efetividade, mostra-se também necessário negar eficácia às provas ilícitas no processo. O raciocínio desenvolvido é no sentido de que não haverá interesse na produção de provas que importem em violação de direitos materiais, se elas não puderem ser utilizadas como meio probatório nos processos.¹⁰³

Assim, ao proibir a admissão das provas ilícitas no processo, é inegável que houve uma opção do ordenamento jurídico brasileiro pela proteção aos direitos materiais em detrimento do direito à descoberta da verdade.¹⁰⁴

2.2.2 O postulado da proporcionalidade aplicado ao princípio da proibição da prova ilícita

Nada obstante a sua vultuosa importância para o processo, o princípio da proibição da prova ilícita, tal como é concebido no direito brasileiro, não diz respeito a postulado absoluto, que não comporta exceções.

¹⁰¹ 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, p. 335.

¹⁰² MARINONI, Luiz Guilherme; 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, p. 302.

¹⁰³ Idem. Ibidem. p. 301

¹⁰⁴ MARINONI, Luiz Guilherme; 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, p. 302.

¹⁰⁴ Idem. Ibidem. p. 302

Assim como ocorre no direito alemão, o princípio da proporcionalidade encontra aplicação direta no momento de se aferir a admissibilidade ou a inadmissibilidade de determinado meio de prova.¹⁰⁵

A respeito do tema, Luiz Guilherme Marinoni e Sérgio Arenhart¹⁰⁶ pontuam:

Cabe lembrar que quase todos os países que acolheram a proibição da prova ilícita foram obrigados a admitir exceções, a fim de preservarem determinados bens e valores dignos de proteção. Como base no postulado da proporcionalidade, os tribunais americanos e alemães admitem exceções à proibição das provas ilícitas, quando necessário à realização de exigências superiores de natureza pública ou privada, argumentando que a proporcionalidade é essencial para a justiça no caso concreto.

A aplicação do princípio da proporcionalidade, com o consequente sopesamento entre interesses e direitos conflitantes em determinada relação jurídica é realidade inevitável em qualquer Estado de Direito. Com efeito, a multiplicidade de direitos subjetivos assegurada nos ordenamentos jurídicos democráticos frequentemente gera colisões entre eles, que são sanadas sobretudo pelo juízo de ponderação, ou pelo teste da proporcionalidade em sentido estrito.¹⁰⁷

Da mesma forma, por muitas vezes, a decisão sobre a admissibilidade ou inadmissibilidade de certo meio de prova encontra na proporcionalidade e na ponderação o seu fundamento central. De acordo com a relevância dos direitos e dos valores que se digladiam em um processo judicial, por exemplo, uma prova que seria ilícita, em princípio, pode ser admitida e reputada válida nos autos, a fim de que se proteja o bem mais relevante naquela hipótese em concreto.

A aplicação da proporcionalidade ao princípio da proibição da prova ilícita, no entanto, não é isenta de críticas. O subjetivismo e as incertezas nos critérios de valoração dos interesses jurídicos postos em confronto são tidos, por grande parte da doutrina, como grave perigo à retidão das decisões que admitem ou não certo meio de prova, uma vez que podem fazer com que os magistrados “venham a

¹⁰⁵ 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, pp. 302-304.

¹⁰⁶ MARINONI, Luiz Guilherme; 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, p. 304.

¹⁰⁷ MENDES, Gilmar Ferreira; BRANCO, Paulo Gustavo Gonet. *Curso de Direito Constitucional*. 10 ed. rev. e atual. São Paulo: Saraiva, 2015 (Série IDP), pp. 241-242.

orientar-se somente com base nas circunstâncias particulares do caso concreto”, individualizando-se, assim, os valores jurídicos em jogo.¹⁰⁸

No entanto, a mitigação do princípio da proibição da prova ilícita em determinadas situações é posição adotada quase unanimemente pelos ordenamentos jurídicos democráticos.

A título de exemplificação, tem-se a situação na qual o acusado em processo penal se vale de prova ilícita para comprovar a sua própria inocência. O princípio do *favor rei*, nessas hipóteses, orienta praticamente de forma uníssona a doutrina e jurisprudência, tanto nacional, quanto internacional. A relevância do direito fundamental do acusado inocente à liberdade somada ao direito à descoberta da verdade, com efeito, é ostensivamente superior à relevância do direito à não utilização das provas ilícitas.¹⁰⁹

Também nesse sentido, ensina Eugênio Pacelli ¹¹⁰:

A prova da inocência do réu deve *sempre ser aproveitada*, em quaisquer circunstâncias. Em um Estado de Direito não há como se conceber a ideia da condenação de alguém que o próprio Estado acredita ser *inocente*. Em tal situação, a jurisdição, enquanto Poder Público, seria, por assim dizer, uma contradição em seus termos. Um paradoxo jamais explicado ou explicável.

Aliás, o aproveitamento em favor da defesa, além das observações anteriores, constitui-se em critério *objetivo* de proporcionalidade, dado que:

- a) a violação de direitos na busca da prova da inocência poderá ser levada à conta do *estado de necessidade*, excludente geral da ilicitude (não só penal!);
- b) o princípio da inadmissibilidade da prova ilícita constitui-se em garantia individual expressa, não podendo ser utilizado contra quem é o seu primitivo e originário titular.

O Supremo Tribunal Federal, por sua vez, entende que não são ilícitas, em verdade, as provas decorrentes de conduta ilícita, quando produzidas para uso em defesa própria. No julgamento do RE n. 402.717/PR, assim se pronunciou a Suprema Corte:

¹⁰⁸ 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. 72.

¹⁰⁹ 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. 73.

¹¹⁰ OLIVEIRA, Eugênio Pacelli de. *Curso de Processo Penal*. 19 ed. rev. e atual. São Paulo: Atlas, 2015, pp. 375-376.

Não há ilicitude alguma no uso de gravação de conversação telefônica feita por um dos interlocutores, sem o conhecimento do outro, com a intenção de produzir prova do intercurso, sobretudo para defesa própria em procedimento criminal, se não pese, contra tal divulgação, alguma específica razão jurídica de sigilo nem de reserva, como a que, por exemplo, decorra de relações profissionais ou ministeriais, de particular tutela da intimidade, ou doutro valor jurídico superior. A gravação aí é clandestina, mas não ilícita, nem ilícito é seu uso, em particular como meio de prova.¹¹¹

Também nesse sentido, o STF afirmou não se tratar de prova ilícita a filmagem realizada por meio de câmera instalada na garagem de residência pelo próprio proprietário, com o objetivo de identificar o autor de danos a seu automóvel. Senão vejamos:

"HABEAS CORPUS" - FILMAGEM REALIZADA, PELA VÍTIMA, EM SUA PRÓPRIA VAGA DE GARAGEM, SITUADA NO EDIFÍCIO EM QUE RESIDE - GRAVAÇÃO DE IMAGENS FEITA COM O OBJETIVO DE IDENTIFICAR O AUTOR DE DANOS PRATICADOS CONTRA O PATRIMÔNIO DA VÍTIMA - LEGITIMIDADE JURÍDICA DESSE COMPORTAMENTO DO OFENDIDO - DESNECESSIDADE, EM TAL HIPÓTESE, DE PRÉVIA AUTORIZAÇÃO JUDICIAL - ALEGADA ILICITUDE DA PROVA PENAL - INOCORRÊNCIA - VALIDADE DOS ELEMENTOS DE INFORMAÇÃO PRODUZIDOS, EM SEU PRÓPRIO ESPAÇO PRIVADO, PELA VÍTIMA DE ATOS DELITUOSOS - CONSIDERAÇÕES EM TORNO DA QUESTÃO CONSTITUCIONAL DA ILICITUDE DA PROVA - ALEGAÇÃO DE INÉPCIA DA DENÚNCIA - EXISTÊNCIA, NO CASO, DE DADOS PROBATÓRIOS MÍNIMOS, FUNDADOS EM BASE EMPÍRICA IDÔNEA - PEÇA ACUSATÓRIA QUE SATISFAZ, PLENAMENTE, AS EXIGÊNCIAS LEGAIS - PEDIDO INDEFERIDO. (HC n. 84203, Rel. Min. Celso de Mello, Segunda Turma, DJE de 25/09/2009)

Portanto, é possível perceber, de maneira geral, que o direito brasileiro caminha no sentido de admitir as provas obtidas por meio ilícito quando são produzidas com a finalidade de defesa própria do jurisdicionado, sempre sob a luz do princípio da proporcionalidade. Nessas hipóteses, as provas deixam de ser ilícitas e passam a constituir meio probatório lícito e plenamente amissível nos processos judiciais.

¹¹¹ STF, RE 402717, Rel. Min. CEZAR PELUSO, Segunda Turma, julgado em 02/12/2008, DJE 13/02/2009 (fl. 4 do acórdão). Disponível em: <<http://www.stf.jus.br/portal/processo/verProcessoAndamento.asp?incidente=2162455>>. Acesso em: 18 jun. 2017.

2.2.3 A prova ilícita por derivação - Da contaminação dos meios probatórios vinculados à prova ilícita (*Fruits of the poisonous tree*)

Também como forma de flexibilização do princípio da proibição da prova ilícita, o direito brasileiro costuma admitir a produção e a utilização de provas que seriam ilícitas, quando há nos autos outros documentos probatórios lícitos que lhes sejam independentes. Confirmam-se abaixo os seguintes precedentes do Superior Tribunal de Justiça:

HABEAS-CORPUS. NULIDADE DO PROCESSO. ESCUTA TELEFONICA. PROVA ILEGITIMA.

1. NÃO É CONSIDERADA ILÍCITA PROVA RESULTANTE DE GRAVAÇÃO DE CONVERSA TELEFONICA REALIZADA POR UM DOS INTERLOCUTORES, SE A ELA SÃO ANEXADOS OUTROS ELEMENTOS PROBATORIOS.

2. A INFLUENCIA DE UM DESTES MEIOS PROBATORIOS NO RESULTADO DO JULGAMENTO DEVERA SER PESQUISADA EM SEDE DE APELAÇÃO.

3. RECURSO IMPROVIDO. (STJ, RHC n. 5.944/PR, Rel. Min. FERNANDO GONÇALVES, SEXTA TURMA, DJ de 24/03/1997)

PROCESSUAL PENAL. DENUNCIA. EMBASAMENTO EM GRAVAÇÃO TELEFONICA FEITA POR UM DOS INTERLOCUTORES.

- HABEAS-CORPUS. ACERTO DE SUA DENEGAÇÃO, NA ORIGEM, POSTO QUE NÃO HA TACHAR-SE DE ILÍCITA A PROVA RESULTANTE DA GRAVAÇÃO TELEFONICA FEITA POR UM DOS INTERLOCUTORES, SE A MESMA SE JUNTAM OUTROS ELEMENTOS DE PROVA.

(STJ, HC n. 4.654/RS, Rel. Min. JOSÉ DANTAS, QUINTA TURMA, DJ de 16/12/1996)

Contudo, caso uma prova lícita, *a priori*, seja decorrência direta da prova ilícita – de modo que aquela não existiria senão em razão da existência dessa – ela também restará contaminada e será, da mesma forma, ilícita e inadmissível no bojo do processo.¹¹²

Esse entendimento, adotado quase unanimemente pelos tribunais brasileiros, se originou da tradicional teoria dos frutos da árvore envenenada – *fruits of the poisonous tree* – cunhada pela *U. S. Supreme Court* no julgamento do caso *Silverthorne Lumber Co. Vs. United States*, no ano de 1920. Segundo essa doutrina, do mesmo modo que o veneno da árvore se transmite a todos os seus frutos, as

¹¹² 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, p. 310.

provas lícitas que derivarem exclusivamente de provas ilícitas serão contaminadas e imprestáveis nos processos judiciais.¹¹³

Em observância à teoria estadunidense, o Supremo Tribunal Federal, ao julgar o HC n. 93050/RJ, de relatoria do Ministro Celso de Mello, assim decidiu:

“A doutrina da ilicitude por derivação (teoria dos “frutos da árvore envenenada”) repudia, por constitucionalmente inadmissíveis, os meios probatórios, que, não obstante produzidos, validamente, em momento ulterior, acham-se afetados, no entanto, pelo vício (gravíssimo) da ilicitude originária, que a eles se transmite, contaminando-os, por efeito de repercussão causal. Hipótese em que os novos dados probatórios somente foram conhecidos, pelo Poder Público, em razão de anterior transgressão praticada, originariamente, pelos agentes estatais, que desrespeitaram a garantia constitucional da inviolabilidade domiciliar. - Revelam-se inadmissíveis, desse modo, em decorrência da ilicitude por derivação, os elementos probatórios a que os órgãos estatais somente tiveram acesso em razão da prova originariamente ilícita, obtida como resultado da transgressão, por agentes públicos, de direitos e garantias constitucionais e legais, cuja eficácia condicionante, no plano do ordenamento positivo brasileiro, traduz significativa limitação de ordem jurídica ao poder do Estado em face dos cidadãos. (HC n. 93050, Rel. Min. CELSO DE MELLO, Segunda Turma, DJE de 01//08/2008)

Por outro lado, é bastante clara a jurisprudência da Corte Constitucional brasileira no sentido de que, ainda que haja alguma prova ilícita no processo, caso sejam obtidas provas lícitas que não guardem qualquer relação com o meio probatório imprestável, estas serão lícitas e, portanto, perfeitamente admissíveis no processo. Nesse sentido, veja-se o seguinte julgado:

Se, no entanto, o órgão da persecução penal demonstrar que obteve, legitimamente, novos elementos de informação a partir de uma fonte autônoma de prova - que não guarde qualquer relação de dependência nem decorra da prova originariamente ilícita, com esta não mantendo vinculação causal -, tais dados probatórios revelar-se-ão plenamente admissíveis, porque não contaminados pela mácula da ilicitude originária (RHC n. 90376, Rel. Min. CELSO DE MELLO, Segunda Turma, DJE de 18/05/2007)

Dessa forma, a existência de uma prova ilícita em determinado processo judicial nem sempre implicará na automática contaminação das outras provas

¹¹³ 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. 74.

constantes dos autos, sendo necessário, para tanto, que se constate a efetiva derivação dessas em relação àquela.¹¹⁴

2.2.4 Particularidades da aplicação do princípio da proibição da prova ilícita no Direito Processual Civil e no Direito Processual Penal

O princípio da proibição da prova ilícita comporta algumas particularidades verificadas entre a forma como é aplicado ao Direito Processual Civil e o modo como se aplica ao Direito Processual Penal. Tais peculiaridades se devem sobretudo aos bens jurídicos tutelados por cada um destes ramos do Direito Processual.

De maneira geral, o cenário exibido nos processos penais configura-se no seguinte formato: em um lado posiciona-se o Estado – detentor da pretensão punitiva – e no lado oposto posiciona-se o indivíduo acusado – titular do direito fundamental à liberdade. Nessa seara, é à polícia que se defere a produção e a obtenção probatória, em momento pré-processual, inclusive.¹¹⁵

Em vista da relevância do direito fundamental à liberdade, que geralmente está em jogo nos processos penais, é mister que se coloquem limites na atividade probatória policial, com a finalidade de impedir a obtenção de provas mediante violação de direitos materiais.¹¹⁶

Com efeito, no momento em que se veda a utilização das provas obtidas ilicitamente nos processos judiciais, desaparece o interesse da polícia na sua produção, evitando-se, assim, as violações de direitos materiais que seriam decorrentes.¹¹⁷

No campo do Processo Penal, portanto, prestigia-se nitidamente o direito fundamental à liberdade do cidadão em face da pretensão punitiva estatal, concretizada por meio das atividades da polícia.¹¹⁸

¹¹⁴ MENDES, Gilmar Ferreira; BRANCO, Paulo Gustavo Gonet. *Curso de Direito Constitucional*. 10 ed. rev. e atual. São Paulo: Saraiva, 2015 (Série IDP), p. 549.

¹¹⁵ MARINONI, Luiz Guilherme; 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, p. 302.

¹¹⁶ MARINONI, Luiz Guilherme; 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, p. 302.

¹¹⁷ MARINONI, Luiz Guilherme; 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, p. 302.

¹¹⁸ MARINONI, Luiz Guilherme; 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, p. 302.

Conforme já explanado acima, a proibição da prova ilícita é passível de ser mitigada mediante aplicação da proporcionalidade mesmo no direito processual penal. Entretanto, tendo em vista o prestígio conferido ao direito fundamental à liberdade do indivíduo, a proporcionalidade nesses casos é aplicada de forma bastante cautelosa. Tanto o é que um dos únicos pontos em que não há divergência doutrinária relevante quanto à aplicação da proporcionalidade à proibição da prova ilícita é o entendimento no sentido de ser admissível a prova produzida pelo réu para comprovar a sua inocência, ainda que por meios ilícitos.¹¹⁹

Já no âmbito do Processo Civil, por sua vez, a aplicação do princípio da proibição da prova ilícita comporta algumas peculiaridades.

Nos processos cíveis, de forma geral, não se está em jogo a liberdade de nenhum jurisdicionado – ressalvada a hipótese excepcional de prisão civil por dívida de caráter alimentício. Em tais batalhas processuais costuma-se ter o seguinte cenário: em um lado posiciona-se um particular – que acredita ser titular de determinado direito material – e no lado oposto posiciona-se outro particular – que acredita ser detentor de outro direito material, que confronta a pretensão do primeiro indivíduo.

Por não estar em jogo, na maior parte dos casos, a proteção da liberdade, a proibição da prova ilícita é mais flexibilizada no âmbito do Direito Processual Civil do que no do Direito Processual Penal. Para que haja a correta aplicação do princípio da proporcionalidade, nesse âmbito, deve-se sempre considerar o valor do bem jurídico que se pretende proteger por meio da prova ilícita.¹²⁰

As diferenças na aplicação da proibição da prova ilícita aos processos cíveis e penais se fazem mais evidentes ao se considerar a forma como a busca da verdade é tratada nesses processos. Nos processos cíveis, por exemplo, as partes têm a obrigação de dizerem a verdade, ao passo que, nos processos penais, o réu tem o direito constitucional de permanecer calado e não se incriminar¹²¹. Há julgados do Supremo Tribunal Federal que reconhecem inclusive o direito constitucional do réu de mentir para evitar a autoincriminação.¹²²

¹¹⁹ LOPES JR., Aury. *Direito processual penal*. 13 ed. São Paulo: Saraiva, 2016, pp. 411-412.

¹²⁰ MARINONI, Luiz Guilherme; 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, p. 307.

¹²¹ MARINONI, Luiz Guilherme; 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, pp. 302-303

¹²² MENDES, Gilmar Ferreira; BRANCO, Paulo Gustavo Gonet. *Curso de Direito Constitucional*. 10 ed. rev. e atual. São Paulo: Saraiva, 2015 (Série IDP), p. 597.

Nota-se portanto que a busca da verdade é tratada de modo muito diferente no âmbito do processo penal e do processo civil. Diferentemente do que ocorre com o Direito Processual Penal – em que há clara opção por parte do ordenamento jurídico de prestigiar a liberdade em desfavor da pretensão punitiva estatal – no Direito Processual Civil não há escolha por nenhum dos direitos que podem eventualmente se colidir em um processo judicial. Nesse último caso, a opção pelo direito mais relevante deve ocorrer diante das peculiaridades do caso concreto. Nesse sentido, ensinam Luiz Guilherme Marinoni e Sérgio Arenhart¹²³ que:

[...] o processo penal dá mais relevo ao direito de liberdade, ao passo que o processo civil não faz opção por nenhum dos direitos que podem colidir (pois ela não pode ser feita em abstrato), deixando essa opção para o juiz, diante do caso concreto. *Isso quer dizer que a norma do art. 5º, LVI, da CF pode ser conjugada com a opção do processo penal, mas quando pensada em face do processo civil, apenas pode se ligar a uma falta de opção, ou melhor, à necessidade de que essa opção seja feita diante do caso concreto.*

2.2.5 A aplicação do princípio da proibição da prova ilícita no Direito Processual Eleitoral

Além de se aplicar ao processo civil e ao processo penal, o princípio da proibição da prova ilícita, insculpido no art. 5º LVI da Constituição Federal, também possui grande importância nos processos judiciais eleitorais.

Na medida em que os objetos centrais de proteção do Direito Eleitoral são a soberania popular, a validação da ocupação de cargos eletivos e a legitimação do exercício do poder estatal – valores essenciais à concretização do Estado Democrático de Direito – mostra-se absolutamente necessária a observância das normas constitucionais processuais para fins de proteção ao processo.

Nesse sentido, ensina José Jairo Gomes¹²⁴ que, enquanto processo judicial individualizado que “é instaurado e se desenvolve perante órgão jurisdicional com vistas à resolução de conflito eleitoral [...] deve [o processo eleitoral] subsumir-se ao modelo do *processo jurisdicional constitucional*, observando, portanto, princípios como *due process of law* e seus consectários”.

¹²³ MARINONI, Luiz Guilherme; 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, p. 303.

¹²⁴ GOMES, José Jairo. *Direito Eleitoral*. 12 ed. rev. atual. e amp. São Paulo: Atlas, 2016, p. 299.

Os bens jurídicos que se tem em jogo nos processos judiciais eleitorais, em regra, têm peso diferente em relação aos bens tutelados tanto nos processos cíveis quanto nos processos penais.

Conforme se demonstrou anteriormente, nos processos penais, coloca-se em jogo a própria liberdade do jurisdicionado, motivo pelo qual as garantias processuais devem ser estritamente observadas, em proteção ao direito fundamental à liberdade dos cidadãos que se põem sob o crivo do Estado.

No processo civil, por outro lado, em tese não se coloca em jogo o direito à liberdade do jurisdicionado. De tal sorte, as garantias processuais possuem observância menos rígida no referido âmbito processual, e podem sofrer restrições em sua aplicação de acordo com a relevância dos valores que se pretende resguardar em determinada relação jurídica, observando-se necessariamente o princípio da proporcionalidade.

É certo que, de maneira geral, os processos judiciais eleitorais também não importam na restrição da liberdade dos jurisdicionados – ressalvadas as hipóteses de cometimento de crime eleitoral. No entanto, não se pode compará-los aos processos de natureza cível, onde não há um valor fundamental prévio a ser protegido.

Isso porque, apesar de não haver, em regra, ameaça ao direito fundamental à liberdade, existe o risco de se limitar o exercício de outro direito fundamental, que também assume avultada importância no sistema democrático brasileiro, qual seja o direito fundamental à elegibilidade.

Com efeito, a elegibilidade possui caráter fundamental, estando enquadrada no rol de direitos políticos da Constituição Federal, além de ser da mais alta preponderância para a concretização do ideal republicano e democrático, sobretudo em um sistema de democracia representativa.

Nos termos do que leciona José Jairo Gomes, “elegibilidade é o direito público subjetivo atribuído ao cidadão de disputar cargos público-eletivos” que “integra o estado ou status político-eleitoral do cidadão. Significa isso que ela resulta da adequação ou conformação da pessoa ao regime jurídico-eleitoral, ou seja, ao sistema normativo”.¹²⁵

¹²⁵ GOMES, José Jairo. *Direito Eleitoral*. 12 ed. rev. atual. e amp. São Paulo: Atlas, 2016, p. 179.

O próprio Tribunal Superior Eleitoral define como garantia fundamental o direito à elegibilidade, prestigiando-o em face das causas de inelegibilidade, por exemplo, ao definir que as tais causas devem ser interpretadas restritivamente, por limitarem o referido direito fundamental. Confira-se o seguinte precedente:

ELEIÇÕES 2016. RECURSO ESPECIAL. REGISTRO DE CANDIDATURA. PREFEITO. DEFERIMENTO. ALÍNEA G, I, ART. 1º, DA LC Nº 64/90. CONTAS. EXERCÍCIO FINANCEIRO DE 1995. REJEIÇÃO. DECRETO LEGISLATIVO. AÇÃO ANULATÓRIA. IMPROCEDÊNCIA. TRÂNSITO EM JULGADO. INELEGIBILIDADE. NÃO INCIDÊNCIA. DESPROVIMENTO.

1. Esta Corte Superior consolidou o entendimento, desde 2006, que a suspensão da inelegibilidade, prevista na alínea g, somente seria possível mediante decisão judicial, ainda que de natureza provisória, e não apenas com o mero ajuizamento de ação anulatória, como antes vigorava.

2. Por se tratar de norma restritiva de direitos, as regras alusivas às causas de inelegibilidade devem ser interpretadas estritamente, de modo a não alcançar situações não contempladas na lei e acabar por cercear o direito fundamental à elegibilidade, especialmente quando se exige criativa interpretação a fim de se alcançar um terceiro regime de contagem de prazo.

3. A garantia fundamental para o pleno exercício de direitos políticos está amplamente resguardada pela Constituição Federal em seus arts. 14, § 9º, e 16, os quais preveem, respectivamente, lei complementar para disciplinar as causas de inelegibilidades e a submissão de qualquer alteração legal que possa afetar o processo eleitoral à regra da anualidade. Logo, tanto o legislador como os operadores do direito devem pautar-se pelas referidas normas, de modo a não cometerem abusos e desvios na aplicação das causas de inelegibilidades, tampouco a criação de nova regra de contagem de prazos de inelegibilidades, sobretudo mediante a combinação de regimes, como se pretendeu *in casu*.

[...]

8. Recurso especial desprovido. (REspe n. 20003, Rel. Min. Luciana Lóssio, Publicado em Sessão, Data 17/11/2016)

Tem-se, assim, que qualquer restrição ao exercício do direito à elegibilidade acaba por constituir interferência direta no sistema representativo tão caro às democracias modernas, cuja complexidade e dinâmica impossibilitam o exercício direto do poder pelo povo. A soberania popular, desse modo, apenas se realiza por intermédio de representantes eleitos.

Portanto, obstaculizar a candidatura daqueles que se prontificam a exercer a difícil tarefa de representar o povo seria, em última análise, obstaculizar a concretização da própria soberania popular, fundamento do Estado Democrático de Direito, previsto no art. 1º, I da Constituição Federal de 1988.

Com efeito, ainda que determinado processo judicial eleitoral não perquiria a declaração de inelegibilidade de determinado indivíduo, a soberania popular poderá estar ameaçada por uma eventual cassação de registro ou de diploma, que ponha

cabo a um mandato eletivo de candidato escolhido democraticamente, vitorioso nas urnas eleitorais.

Dessa forma, em vista da relevância dos direitos que podem ser cerceados em decorrência da aplicação de sanções eleitorais, é estritamente necessário que as garantias constitucionais processuais sejam devidamente observadas e respeitadas nos processos judiciais eleitorais.

Nesse sentido, o Tribunal Superior Eleitoral entende que as garantias do devido processo legal, do contraditório e da ampla defesa são postulados de envergadura constitucional que devem ser concretizados também nos processos judiciais eleitorais. Vejam-se os seguintes precedentes nesse sentido:

ELEIÇÕES 2012. AGRAVO REGIMENTAL NO RECURSO ESPECIAL. AÇÃO DE INVESTIGAÇÃO JUDICIAL ELEITORAL. MULTA APLICADA. INTERPOSIÇÃO DE RECURSO E DE EMBARGOS DE DECLARAÇÃO, PELAS PARTES ADVERSAS, ANTES DA PUBLICAÇÃO DO ACÓRDÃO DOS EMBARGOS.

TEMPESTIVIDADE DO RECURSO ELEITORAL. JULGAMENTO DOS EMBARGOS DE DECLARAÇÃO SEM EFEITOS MODIFICATIVOS. DESNECESSIDADE DE RATIFICAÇÃO DO RECURSO. DECISÃO MANTIDA POR SEUS PRÓPRIOS FUNDAMENTOS. DESPROVIMENTO.

1. O processo eleitoral rege-se pelo princípio da instrumentalidade das formas, do qual se extrai que as formas, ritos e procedimentos não encerram fins em si mesmos, mas meios de se garantir um processo justo e equânime, que confira efetividade aos postulados constitucionais da ampla defesa, do contraditório e do devido processo legal.

[...]

5. Agravo regimental desprovido. (REspe n. 67742, Rel. Min. Luiz Fux, DJE de 05/10/2016)

ELEIÇÕES 2014. AGRAVO REGIMENTAL. RECURSO ESPECIAL. PARCIAL PROVIMENTO. DEPUTADO FEDERAL. PRESTAÇÃO DE CONTAS. CAMPANHA. IRREGULARIDADES. DOADOR ORIGINÁRIO. AUSÊNCIA DE INDICAÇÃO. FONTE NÃO IDENTIFICADA. DESAPROVAÇÃO. PARTIDO POLÍTICO. SANÇÃO. SUSPENSÃO. QUOTAS DO FUNDO PARTIDÁRIO. INAPLICÁVEL. CANDIDATA. LEGITIMIDADE E INTERESSE RECURSAL. PARTIDO POLÍTICO. NÃO PARTICIPAÇÃO. PARÁGRAFO ÚNICO DO ART. 25 DA LEI Nº 9.504/97. ACÓRDÃO REGIONAL. INTERPRETAÇÃO DIVERSA. DEVIDO PROCESSO LEGAL. CONTRADITÓRIO. AMPLA DEFESA. AUSÊNCIA. DESPROVIMENTO.

[...]

5. O acórdão regional deu interpretação diversa ao parágrafo único do art. 25 da Lei nº 9.504/97 e puniu equivocadamente o Partido Político. O desacerto na aplicação do direito ao caso concreto constitui error in iudicando.

6. Evidente violação ao devido processo legal. Não foi oportunizado ao partido sancionado o contraditório e a ampla defesa, alicerces de envergadura constitucional.

7. Agravo regimental desprovido. (Respe n. 72681, Rel. Min. Luciana Lóssio, DJE de 17/11/2016)

Enquanto corolário do devido processo legal, o princípio da proibição da prova ilícita também é reconhecido e aplicado pelo TSE. A título de exemplificação, nessa esteira, a Corte Superior Eleitoral reputa ilícita a prova produzida mediante infiltração de agente policial que participa ativamente no desenrolar de eventos que culminam na prática de ilícito eleitoral, de modo a ficar caracterizado o flagrante preparado.¹²⁶ O Tribunal também considera ilícita “a prova colhida mediante quebra do sigilo fiscal de doador sem prévia autorização judicial” inadmitindo a sua utilização nos processos judiciais.¹²⁷

No entanto, uma das mais relevantes controvérsias jurisprudenciais e doutrinárias quanto ao princípio da proibição da prova ilícita no processo eleitoral diz respeito justamente à questão das gravações ambientais, tema central do presente trabalho.

No capítulo seguinte, buscar-se-á estudar de forma mais aprofundada o tema das gravações ambientais no Direito Eleitoral, analisando-se os pontos controvertidos no que diz respeito à sua utilização como meio de prova nos processos judiciais eleitorais.

3. A (IN)CONSTITUCIONALIDADE DA UTILIZAÇÃO DA GRAVAÇÃO AMBIENTAL COMO MEIO DE PROVA NOS PROCESSOS JUDICIAIS ELEITORAIS

3.1 Gravação ambiental – exposições iniciais e conceituação

Um dos produtos mais palpáveis do desenvolvimento das sociedades contemporâneas corresponde à evolução da tecnologia, experimentada a nível mundial.

É incontroverso, por um lado, que os avanços tecnológicos trazem consigo ilimitadas vantagens para a sociedade, nos mais diversos campos da existência. No

¹²⁶ Nesse sentido, vide: REspe n. 67604, Rel. Min. Henrique Neves, DJE de 19/11/2014. Disponível em: <<http://www.tse.jus.br/jurisprudencia/@@processrequest>> Acesso em 18 jun. 2017.

¹²⁷ Nesse sentido, vide: REspe n. 104683, Rel. Min. Marco Aurélio, DJE de 20/05/2015. Disponível em: <<http://www.tse.jus.br/jurisprudencia/@@processrequest>> Acesso em: 18 jun. 2017.

que diz respeito à evolução dos meios de comunicação, por exemplo, os avanços tecnológicos trouxeram melhorias desmedidas aos indivíduos. O grau de desenvolvimento em que os meios de comunicação se encontram, atualmente, permite que a propagação de informação ocorra a ritmo altamente acelerado, inclusive a nível internacional.

As formas de produção de informação também foram fortemente incrementadas. Os atuais aparatos eletrônicos, nesse contexto, permitem a captação e o armazenamento de informação em variados formatos de mídia – textual, imagético, audiovisual, entre outros. Ademais, com a mesma praticidade e velocidade que a informação pode ser captada e armazenada, pode ela ser divulgada a número incalculável de pessoas, por meio de diversos canais de comunicação e nos mais variados formatos de mídia.

Efetivamente, a facilidade de se produzir, armazenar e difundir informação representa formidável avanço para a sociedade, na medida em que, por via de regra, a troca de conhecimento mostra-se benéfica à sociedade e estimula o desenvolvimento social.

A própria Justiça Eleitoral é expressivamente beneficiada com a evolução tecnológica. O desenvolvimento da urna eletrônica e a expansão da biometria, a título de exemplificação, mostram que a tecnologia, em regra, representa vantagem inclusive no campo do Direito Eleitoral.

Sob outra perspectiva, todavia, a evolução da tecnologia por vezes pode representar séria ameaça à sociedade. Nesse sentido, alerta Luiz Francisco Avolio:

O risco que a difusão indiscriminada desses recursos acarreta já se torna preocupante em nosso país. São frequentes, nos classificados dos jornais e revistas, anúncios de serviços de detetives particulares especializados em instalar ou detectar aparatos de escutas eletrônicas, em residências (casos de “infidelidade conjugal”) e empresas (“espionagem industrial”), e até mesmo propaganda de lojas de telefonia oferecendo, por exemplo, “relé automático para gravações telefônicas”, próprio para ser adaptado em gravadores comuns, que começam a gravar quando o telefone é retirado do gancho. Há, hoje, sítios eletrônicos na Internet oferecendo *software* ou aparelhos celulares que permitem escutar a conversa telefônica ou ambiental de quem os utiliza. Esses anúncios, *de per se*, podem constituir infringência à lei penal, a exemplo da conduta de incitação ao crime prevista no art. 286 do CP quando dirigida à prática de interceptação telefônica, ou seja, a violação da comunicação entre duas pessoas, tipificada no art. 151, §1º, II, do CP, semelhante à disposição contida no art. 56 da Lei 4.117/1962 (Código Brasileiro de Telecomunicações). Atualmente, os aparelhos de telefonia celular (*smartphones*), contam, em sua maioria, com recursos para gravação de imagem e de som, tornando obsoletos os minigravadores, ora substituídos por microaparatos de registro de som e imagem, embutidos em

canetas e outros objetos. Subsistem, ainda, as “secretarias eletrônicas”, convencionais ou acopladas em aparelhos de *fac símile*, também dotadas de dispositivos que permitem a gravação durante a conversa telefônica a um simples toque de uma tecla. A variedade de formas de instalação e meios de transmissão de escutas, das mais simples às dotadas de raios infravermelhos, é impressionante.¹²⁸

É possível perceber, com efeito, que o uso da tecnologia, em determinadas circunstâncias, pode representar graves riscos aos direitos fundamentais à intimidade e à privacidade, constitucionalmente assegurados no art. 5º, X, da Constituição Federal.¹²⁹

As consequências do avanço da tecnologia em sociedade também repercutem significativamente na esfera dos processos judiciais. Com o acesso mais facilitado aos mais diversos meios eletrônicos, tanto as autoridades públicas – policiais, judiciais e políticas – quanto os cidadãos comuns passaram a utilizá-los frequentemente como instrumento de produção probatória.¹³⁰

No entanto, apesar de a tecnologia parecer não encontrar fronteiras para o seu acelerado desenvolvimento, são rígidos, no campo do Direito, os limites impostos à sua utilização nos processos judiciais. Esses limites, com vistas à proteção dos direitos fundamentais à intimidade e à privacidade, “assumem, nas vedações probatórias, um conjunto publístico, sob a ótica do devido processo legal, de garantias em nome da jurisdição”.¹³¹

Assim sendo, as provas produzidas por meio eletrônico por muitas vezes são consideradas ilícitas e imprestáveis no bojo de processos judiciais, especialmente se a forma com que forem produzidas representar violação ao direito fundamental à intimidade e à privacidade de outrem.

Uma das técnicas que passaram a ser utilizadas como instrumento probatório, fruto do acelerado desenvolvimento tecnológico, corresponde à gravação

¹²⁸ 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. 103.

¹²⁹ Constituição Brasileira de 1988. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/constituicaocompilado.htm>. Acesso em 24 de abril de 2017. “Art. 5º, X. São 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”

¹³⁰ 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. 103.

¹³¹ 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. 104.

ambiental. Essa técnica consiste na captação eletrônica de conversa presencial, realizada por um dos próprios interlocutores.

A gravação ambiental, portanto, difere-se a) da interceptação ambiental – situação em que há captação de conversa presencial realizada por terceiro, não participante da conversa; b) da interceptação telefônica – hipótese em que há captação por terceiro de conversa ocorrida por meio telefônico; c) da escuta telefônica – em que terceiro capta conversa realizada por telefone com o consentimento de apenas algum(uns) dos interlocutores; d) da escuta ambiental – em que terceiro capta conversa presencial com o consentimento de apenas algum(uns) dos interlocutores.¹³²

3.2 A utilização das gravações ambientais clandestinas como meio de prova nos processos judiciais

A controvérsia mais relevante a respeito da gravação ambiental diz respeito à sua admissibilidade como meio de prova processual, nas hipóteses em que houver sido realizada de forma clandestina, ou seja, sem o conhecimento do interlocutor cuja fala é captada.

A partir de 2001, com a modificação da Lei. n. 9.034/95 pela Lei n. 10.217/2001, passou-se a admitir como meio de prova, em persecução criminal, “a interceptação ambiental de sinais eletromagnéticos, óticos ou acústicos, e o seu registro e análise, mediante circunstanciada autorização judicial”.¹³³

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, revogou-se a Lei n. 9.034/95. No que diz respeito à admissibilidade das interceptações ambientais, todavia, mantiveram-se praticamente inalteradas as disposições já previstas pelo diploma legislativo anterior. *In verbis*:

¹³² 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, pp. 106-113.

¹³³ Lei Federal n. 9.034 de 1995. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/L9034.htm>. “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” Acesso em 15 de junho de 2017.

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;¹³⁴

É possível perceber que, diferentemente da previsão da Lei n. 9.034/95, a Lei n. 12.850/2013 silenciou-se quanto à necessidade de autorização judicial para a realização das interceptações ambientais. Entretanto, conforme leciona 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”.¹³⁵

Sob essa perspectiva, afirma o doutrinador que “não seria possível admitir como lícitas, portanto, sem prévia autorização judicial, captações ambientais que configurem, claramente, invasão de privacidade”.¹³⁶

Na mesma orientação, em ocasião do julgamento de Questão de Ordem no Inquérito n. 2.424/RJ, o Supremo Tribunal Federal reconheceu a constitucionalidade do uso das interceptações ambientais – realizadas por terceiros, portanto – como meio probatório, fixando, no entanto, a necessidade de circunstanciada autorização judicial para a admissibilidade da prova.¹³⁷

No que diz respeito especificamente às gravações ambientais clandestinas – ou seja, às captações realizadas por um dos interlocutores sem a ciência do(s) outro(s) participante(s) do diálogo gravado – também são consideradas meio de prova admissível nos processos judiciais pela Corte Constitucional brasileira, sobretudo para a defesa de direito do próprio indivíduo que realizou a gravação. Nesse sentido, merece destaque o seguinte precedente, julgado sob o rito de repercussão geral:

¹³⁴ 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 de junho de 2017.

¹³⁵ MENDES, Gilmar Ferreira; BRANCO, Paulo Gustavo Gonet. *Curso de Direito Constitucional*. 10 ed. rev. e atual. São Paulo: Saraiva, 2015 (Série IDP). p. 562.

¹³⁶ MENDES, Gilmar Ferreira; BRANCO, Paulo Gustavo Gonet. *Curso de Direito Constitucional*. 10 ed. rev. e atual. São Paulo: Saraiva, 2015 (Série IDP). p. 562.

¹³⁷ Superior Tribunal Federal. Inquérito nº. 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=2405920>>. Acesso em: 18 jun. 2017.

AÇÃO PENAL. Prova. Gravação ambiental. Realização por um dos interlocutores sem conhecimento do outro. Validade. Jurisprudência reafirmada. Repercussão geral reconhecida. Recurso extraordinário provido. Aplicação do art. 543-B, § 3º, do CPC. É lícita a prova consistente em gravação ambiental realizada por um dos interlocutores sem conhecimento do outro. (RE 583937 QO-RG, Rel. Min. CEZAR PELUSO, DJE de 18/12/2009)

Importante salientar, no entanto, que o Supremo Tribunal Federal possui entendimento distinto quanto à admissibilidade das interceptações ambientais e à admissibilidade das gravações ambientais. Entende a Corte Constitucional que, caso não haja autorização judicial prévia, o uso da interceptação ambiental como prova é inconstitucional por violar os incisos X, XII e LVI da Carta. Todavia, entende o Tribunal que tal proteção não se estende às gravações ambientais, porquanto realizadas pelos próprios interlocutores. É no seguinte sentido a atual jurisprudência da Corte:

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. 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 lícita 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)

Com efeito, ao adotar o referido posicionamento de diferenciação entre a admissibilidade da interceptação e da gravação ambiental, o Supremo Tribunal Federal traçou paralelo com a 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 directly to the person doing the recording and thereby the ran the risk that what he was saying would be repeat, or testified to in court”.¹³⁸

Contudo, embora o Supremo Tribunal Federal tenha firmado jurisprudência no sentido de ser admissível a prova consubstanciada em gravação ambiental, é importante destacar que a Corte Constitucional reputa ilícita a gravação clandestina ambiental que tenha por finalidade a obtenção de confissão de crime, no bojo de conversa mantida entre presos e agentes policiais. Nessas situações, entendeu a Corte Constitucional que a utilização das gravações ambientais como meio probatório violaria o direito ao silêncio, garantia fundamental prevista no art. 5º, LXIII da Constituição Federal. Veja-se, a seguir, precedente nesse sentido:

PROVA OBTIDA POR MEIOS ILICITOS: INVOCAÇÃO DO ARTIGO 5., LVI DA CONSTITUIÇÃO: IMPROCEDENCIA: PRECEDENTES INAPLICAVEIS. 1. A ESPÉCIE - GRAVAÇÃO DE CONVERSA PESSOAL ENTRE INDICIADOS PRESOS E AUTORIDADES POLICIAIS, QUE OS PRIMEIROS DESCONHECERIAM - NÃO SE PODERIA OPOR O PRINCÍPIO DO SIGILO DAS COMUNICAÇÕES TELEFONICAS - BASE DOS PRECEDENTES RECORDADOS - MAS, EM TESE, O DIREITO AO SILENCIO (CF, ARTIGO 5., LXIII), COROLARIO DO PRINCÍPIO "NEMO TENETUR SE DETEGERE", O QUAL ENTRETANTO, NÃO APROVEITA A TERCEIROS, OBJETO DA DELAÇÃO DE CO-REUS; ACRESCE QUE, NO CASO, A LUZ DA PROVA, A SENTENÇA CONCLUIU QUE OS INDICIADOS ESTAVAM CIENTES DA GRAVAÇÃO E AFASTOU A HIPÓTESE DE COAÇÃO PSICOLOGICA. II - PRISÃO PARA APELAR DE RÉU CONDENADO POR TRAFICO DE ENTORPECENTES: LEI 6.368/76, ARTIGO 35, E LEI 8.072/90, ARTIGO 2., PAR. 2., INTERPRETAÇÃO CONFORME A CONSTITUIÇÃO: EXIGÊNCIA DE NECESSIDADE CAUTELAR SATISFEITA NA ESPÉCIE. A PRISÃO PARA APELAR SÓ SE LEGITIMA QUANDO SE EVIDENCIA A SUA NECESSIDADE CAUTELAR, NÃO CABENDO INFERI-LA EXCLUSIVAMENTE DA GRAVIDADE EM ABSTRATO DO DELITO IMPUTADO; E POSSIVEL, CONTUDO, EXTRAIR DO CONTEXTO DO FATO CONCRETO - QUE REVELA A EXISTÊNCIA DE COMPLEXA ORGANIZAÇÃO CRIMINOSA DE DIMENSÕES INTERNACIONAIS - BASE EMPIRICA PARA A AFIRMAÇÃO DO RISCO DE FUGA DOS CONDENADOS, FUNDAMENTO IDONEO PARA A CAUTELA DA PRISÃO PROVISORIA IMPOSTA. (HC n. 69818, Rel. Min. SEPÚLVEDA PERTENCE, Primeira Turma, DJE de 27/11/1992)

¹³⁸ 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. 111. Em tradução livre: “O interlocutor que foi gravado falava voluntariamente e diretamente para a pessoa que realizava a gravação e, assim, corria o risco de ter a sua fala reproduzida em eventual prova testemunhal perante a Corte.”

3.3 Particularidades entre a utilização das gravações ambientais no Processo Civil e o uso de tais instrumentos probatórios no Processo Penal

A doutrina e a jurisprudência brasileiras apresentam contornos diferenciados quanto à utilização da gravação ambiental nos processos penais e nos processos cíveis, que merecem destaque.

Em relação à utilização do mencionado meio de prova nos processos de natureza cível, o Direito brasileiro costuma entender, de maneira geral, que a gravação ambiental configura prova lícita, sendo perfeitamente admissível no processo. Nesse sentido, veja-se o seguinte precedente:

CIVIL E PROCESSUAL. AGRAVO REGIMENTAL NO AGRAVO DE INSTRUMENTO. GRAVAÇÃO DE CONVERSA POR UM DOS INTERLOCUTORES. PROVA LÍCITA. DESNECESSIDADE DE O JULGADOR DEBATER TODOS OS ARGUMENTOS LEVANTADOS PELA PARTE. ANÁLISE DE MATÉRIA FÁTICO-PROBATÓRIA. IMPOSSIBILIDADE. APLICAÇÃO DA SÚMULA 7 DO STJ. AGRAVO NÃO PROVIDO.

I. A gravação de conversa realizada por um dos interlocutores que se vê envolvido nos fatos é prova lícita e pode servir de elemento probatório. Precedentes.

II. O Poder Judiciário, para expressar sua convicção, não está obrigado a pronunciar-se sobre todos os argumentos suscitados pelas partes, senão sobre os necessários ao deslinde da controvérsia.

III. Nos termos da Súmula n. 7 desta Corte, a pretensão de simples reexame de prova não enseja recurso especial.

IV. Agravo regimental improvido. (AgRg-Ag 962.257/MG, Rel. Min. Aldir Passarinho, Quarta Turma, DJE de 30/06/2008)

Como já afirmado, o raciocínio desenvolvido para se admitir tal meio probatório é o de que nas gravações ambientais, diferentemente do que ocorre nas interceptações, a captação da conversa é realizada por um dos próprios interlocutores, ao passo que, nas interceptações, o agente que grava o diálogo é pessoa terceira, não participante. Desse modo, a ilicitude probatória derivaria do fato de a captação ter sido feita por terceiro, tanto nas interceptações ambientais, quanto nas telefônicas. Em relação a estas últimas, assim se manifestou o STJ:

PROCESSO CIVIL. PROVA. GRAVAÇÃO DE CONVERSA TELEFONICA FEITA PELA AUTORA DA AÇÃO DE INVESTIGAÇÃO DE PATERNIDADE COM TESTEMUNHA DO PROCESSO. REQUERIMENTO DE JUNTADA DA FITA, APOS A AUDIENCIA DA TESTEMUNHA, QUE FOI DEFERIDO PELO JUIZ. TAL NÃO REPRESENTA PROCEDIMENTO EM OFENSA AO DISPOSTO NO ART. 332 DO CPC, POIS AQUI O MEIO DE PRODUÇÃO DA PROVA NÃO E ILEGAL, NEM MORALMENTE ILEGITIMO. ILEGAL E A INTERCEPTAÇÃO, OU A ESCUTA DE CONVERSA TELEFONICA

ALHEIA. OBJETIVO DO PROCESSO, EM TERMOS DE APURAÇÃO DA VERDADE MATERIAL ("A VERDADE DOS FATOS EM QUE SE FUNDA A AÇÃO OU A DEFESA"). RECURSO ESPECIAL NÃO CONHECIDO. VOTOS VENCIDOS. (REsp 9.012/RJ, Rel. Min. Claudio Santos, Rel. p/ Acórdão Mini. Nilson Naves, Terceira Turma, DJ de 14/04/1997)

Portanto, uma vez que é realizada por um dos próprios interlocutores, a gravação ambiental, em regra, constitui meio probatório lícito e, por consequência, perfeitamente admissível no processo civil.

No que diz respeito à admissibilidade da gravação ambiental clandestina como meio de prova no processo penal, a matéria instiga divergência doutrinária mais acentuada.

Para parcela da doutrina – da qual é adepto Luiz Flavio Gomes – a gravação ambiental configura meio probatório ilícito também no processo penal. Isso porque, segundo essa corrente doutrinária, não haveria qualquer previsão legal que afirmasse a admissibilidade do referido meio de prova nos processos criminais. Portanto, diante da ausência de lei que permita a utilização da gravação ambiental clandestina, não seria possível mitigar os direitos fundamentais à intimidade e à privacidade, constitucionalmente previstos, em homenagem ao princípio da legalidade.¹³⁹

Não se pode olvidar, por outro lado, a ausência de qualquer vedação legal à utilização da gravação clandestina nos processos penais. Em verdade, tem-se que é da natureza do processo penal que o juiz forme a sua convicção pela livre apreciação da prova. Com efeito, além de fazer alusão ao princípio do contraditório – sempre considerado condição de validade da prova – é nesse sentido a previsão do art. 155 do Código de Processo Penal¹⁴⁰. *In verbis*:

Art. 155. O juiz formará sua convicção pela livre apreciação da prova produzida em contraditório judicial, não podendo fundamentar sua decisão exclusivamente nos elementos informativos colhidos na investigação, ressalvadas as provas cautelares, não repetíveis e antecipadas.

¹³⁹ 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. 230.

¹⁴⁰ 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. 231.

A par dessas considerações, o STF fixou, com o reconhecimento de repercussão geral, a tese de que é admissível o uso da gravação ambiental clandestina como meio de prova nos processos judiciais criminais, *verbis*:

EMENTA: AÇÃO PENAL. Prova. Gravação ambiental. Realização por um dos interlocutores sem conhecimento do outro. Validade. Jurisprudência reafirmada. Repercussão geral reconhecida. Recurso extraordinário provido. Aplicação do art. 543-B, § 3º, do CPC. É lícita a prova consistente em gravação ambiental realizada por um dos interlocutores sem conhecimento do outro. (RE 583937 QO-RG, Rel. Min. Cezar Peluso, REPERCUSSÃO GERAL – MÉRITO, DJE de 18/12/2009)

Assim, o Supremo Tribunal Federal passou a entender que a gravação ambiental clandestina, diferentemente da interceptação – realizada por terceiro – constitui meio lícito de prova desde que não haja causa legal específica de sigilo e nem reserva de conversação. Nesse sentido, merecem destaque os seguintes precedentes:

AGRAVO REGIMENTAL. PROCESSUAL PENAL. INÉPCIA DA DENÚNCIA. NÃO OCORRÊNCIA. INVIABILIDADE DE REVOLVIMENTO DE FATOS E PROVAS NA VIA DO HABEAS CORPUS. ESCUTA AMBIENTAL REALIZADA SEM O CONHECIMENTO DO INTERLOCUTOR. LICITUDE. AGRAVO IMPROVIDO.

[...]

3. O Plenário do Supremo Tribunal Federal, no julgamento do RE 583.937 QO-RG, Rel. Min. CEZAR PELUSO, DJe de 18/12/2009, cuja repercussão geral foi reconhecida (Tema 237), decidiu pela validade da prova produzida por meio de gravação ambiental realizada por um dos interlocutores. 4. Agravo regimental a que se nega provimento. (RHC 125319 Rel. Min. Teori Zavascki, Segunda Turma, DJE de 02/03/2015)

AGRAVO REGIMENTAL NO RECURSO EXTRAORDINÁRIO COM AGRAVO. PENAL. CRIME DE CORRUPÇÃO ATIVA DE TESTEMUNHA. GRAVAÇÃO AMBIENTAL REALIZADA POR UM DOS INTERLOCUTORES. POSSIBILIDADE. REPERCUSSÃO GERAL RECONHECIDA PELO PLENÁRIO NO RE 583.937-QO-RG. REAFIRMAÇÃO DE JURISPRUDÊNCIA. FLAGRANTE PREPARADO. REEXAME DO CONJUNTO FÁTICO-PROBATÓRIO. SÚMULA 279/STF. INCIDÊNCIA. AUSÊNCIA DE PREQUESTIONAMENTO. SÚMULAS 282 E 356/STF.

[...]

2. É lícita a gravação ambiental realizada por um dos interlocutores sem o conhecimento do outro, podendo ela ser utilizada como prova em processo judicial, conforme reafirmação da jurisprudência desta Corte feita pelo Plenário nos autos do RE nº 583.937-QO-RG, Rel. Min. Cezar Peluso, DJe de 18/12/2009. [...] (ARE 742192, Rel. Min. Luiz Fux, Primeira Turma, DJE de 29/10/2013)

A jurisprudência predominante do Superior Tribunal de Justiça, por sua vez, também segue no mesmo sentido, conforme demonstram os precedentes colacionados a seguir:

PENAL E PROCESSUAL PENAL. AGRAVO REGIMENTAL NO RECURSO ESPECIAL. CRIME DE CONCUSSÃO. DOSIMETRIA DA PENA. REVISÃO. MATÉRIA JÁ ANALISADA EM HABEAS CORPUS. PRINCÍPIO DO LIVRE CONVENCIMENTO MOTIVADO. VIOLAÇÃO AO ART. 155 DO CPP. NÃO OCORRÊNCIA. FRAGILIDADE DA CONDENAÇÃO. REEXAME DO CONJUNTO FÁTICO-PROBATÓRIO. NÃO CABIMENTO. GRAVAÇÃO AMBIENTAL. CAPTAÇÃO POR UM DOS INTERLOCUTORES. POSSIBILIDADE. PRECEDENTES DO STF E DO STJ. AGRAVO IMPROVIDO.

[...]

4. É pacífico, neste Superior Tribunal e no Pretório Excelso, que a gravação ambiental, realizada por um dos interlocutores, com o objetivo de preservar-se diante de atuação desvirtuada da legalidade, prescinde de autorização judicial (RHC 31.356/PI, Rel. Ministra MARIA THEREZA DE ASSIS MOURA, SEXTA TURMA, julgado em 11/3/2014, DJe 24/3/2014).

5. Agravo regimental improvido.

(AgRg no REsp 1205036/MS, Rel. Ministro NEFI CORDEIRO, SEXTA TURMA, julgado em 01/12/2015, DJe 11/12/2015)

PENAL E PROCESSUAL. HABEAS CORPUS SUBSTITUTIVO DE RECURSO PRÓPRIO.

OPERAÇÃO "URAGANO". CORRUPÇÃO ATIVA. GRAVAÇÃO AMBIENTAL. CAPTAÇÃO DE ÁUDIO E IMAGEM REALIZADA POR UM DOS INTERLOCUTORES. DESCONHECIMENTO DO OUTRO (ORA PACIENTE). CONVERSA GRAVADA NA RESIDÊNCIA DO ACUSADO. LICITUDE DA PROVA. TRANCAMENTO DA AÇÃO PENAL. IMPOSSIBILIDADE.

CONSTRANGIMENTO ILEGAL NÃO EVIDENCIADO.

[...]

2. O acórdão hostilizado encontra-se em harmonia com a jurisprudência do Superior Tribunal de Justiça no sentido de que a gravação ambiental realizada por um dos interlocutores, sem o consentimento do outro, é lícita, ainda que obtida sem autorização judicial, podendo ser validamente utilizada como elemento de prova, uma vez que a proteção conferida pela Lei n. 9.296/1996 se restringe às interceptações de comunicações telefônicas.

3. No caso, a gravação ambiental ocorreu no domicílio do paciente, com o conhecimento de um dos interlocutores, ex-secretário de governo que agiu na condição de informante e colaborador, sendo realizada com a devida autorização judicial. Na ocasião, o acusado convidou o servidor público municipal a entrar e permanecer na sua residência, não restando evidenciado na hipótese o caráter secreto da conversa captada, tampouco a obrigação jurídica de sigilo.

4. As garantias previstas no art. 5º, XII, da Constituição Federal têm por objetivo preservar a dignidade da pessoa humana e o direito à intimidade da vida privada. Tal restrição, contudo, não deve prevalecer sobre o interesse público, tendo em vista que as garantias constitucionais não podem servir para proteger atividades ilícitas ou criminosas, sob pena de inversão de valores jurídicos. [...] (HC 222.818/MS, Rel. Min. Gurgel de Faria, Quinta Turma, DJE de 25/11/2014)

Portanto, é possível perceber que os tribunais brasileiros entendem de maneira geral que, ainda que seja feita sem autorização judicial prévia, a gravação ambiental constitui meio lícito de prova tanto nos processos penais quanto nos processos de natureza cível, desde que não haja causa legal específica de sigilo ou reserva de conversação.

3.4 A utilização das gravações ambientais no Processo Eleitoral

Enfim, adentra-se ao objeto central de análise da presente investigação científica, qual seja a verificação de constitucionalidade da utilização da gravação ambiental como meio de prova nos processos judiciais eleitorais.

No que tange à possibilidade ou impossibilidade de se utilizar a gravação ambiental no processo eleitoral, muito embora a jurisprudência do Tribunal Superior Eleitoral tenha apresentado progresso significativo até o presente momento, o tema ainda enseja, atualmente, relevantes debates na Corte. Com efeito, a frequência com que se discute a questão, somada ao não raro proferimento, pelo TSE, de decisões judiciais conflitantes entre si refletem certo grau de instabilidade na posição adotada pelo Tribunal, a respeito desse assunto.

3.4.1 A evolução jurisprudencial no Tribunal Superior Eleitoral

Para melhor análise da questão, serão apresentados, doravante, os aspectos da evolução jurisprudencial do TSE a respeito do uso da gravação ambiental como meio de prova nos processos eleitorais.

O primeiro momento que merece ser examinado refere-se ao 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 entendimento no sentido de ser lícita e admissível, no processo eleitoral, prova consubstanciada em gravação ambiental realizada por um dos interlocutores de diálogo, ainda que sem o consentimento do(s) outro(s). Assim restou ementado o acórdão:

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)

A partir do referido julgamento, pacificou-se no TSE entendimento no sentido de que a gravação ambiental clandestina constitui meio probatório lícito no processo eleitoral. Nessa esteira foram decididos: 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 referido posicionamento jurisprudencial perdurou até o ano de 2012. Em sessão realizada no dia 14/08/2012, foi iniciado o julgamento do Respe n. 36359, originário do município de Coronel Sapucaia, em que se discutia a licitude da utilização de gravação ambiental como meio de prova de suposta captação ilegal de sufrágio.

Naquela ocasião, foi o Ministro Gilson Dipp, relator do processo, quem inaugurou posicionamento distinto da jurisprudência então majoritária do Tribunal. Em seu voto, o magistrado apontou os principais aspectos necessários ao devido exame do assunto no âmbito do Direito Eleitoral.

Asseverou o Relator 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.

Segundo o Ministro, é justamente em prol desses interesses, que as gravações ambientais são normalmente arquitetadas e realizadas, seja pelos candidatos adversários daquele que era gravado, seja pelos seus correligionários. Nessas situações, as gravações ambientais clandestinas não teriam o propósito de proteger o interesse público, ou a lisura do pleito, mas, sim, o 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”.¹⁴¹

Tais abusos, no entendimento do Relator, poderiam ter o condão de conceber “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.”¹⁴²

Assim, entendeu o Ministro Gilson Dipp que, conquanto fosse justificada como providência para combater ilícitos ou, inclusive, crimes eleitorais eventualmente cometidos por candidatos, a utilização da gravação ambiental clandestina não deveria ser, em regra, admissível no processo eleitoral. Isso porque, “de algum modo, denunciar possíveis práticas ilícitas do adversário para denegri-lo [seria], reversamente, a afirmação de propaganda favorável do denunciante”.¹⁴³

Com apoio nesses fundamentos, o Relator concluiu que, sobretudo quando for realizada mediante câmera escondida, ou por qualquer outro meio ardiloso, a gravação ambiental clandestina, em regra, deve ser considerada prova ilícita e, portanto, imprestável nos processos eleitorais, para evitar que tal meio probatório “desborde dos limites estritos do propósito eleitoral e passe a servir como instrumento indireto e ilegal de contrapropaganda eleitoral”.¹⁴⁴

Após o voto do Ministro Gilson Dipp, a Ministra Cármen Lúcia antecipou pedido de vista dos autos, suspendendo o julgamento do referido Recurso Especial.

Naquela mesma semana, em sessão plenária realizada no dia 16/08/2012 – dois dias após o julgamento do processo de relatoria do Ministro Gilson Dipp, portanto – a discussão sobre a licitude das gravações ambientais como meio de prova no direito eleitoral voltou ao Plenário do TSE.

¹⁴¹ REspe n. 36359, Rel. Min. Gilson Dipp, DJE de 06/03/2015, fl. 10 do acórdão. Disponível em: <<http://www.tse.jus.br/jurisprudencia/@@processrequest>>. Acesso em: 18 jun. 2017.

¹⁴² REspe n. 36359, Rel. Min. Gilson Dipp, DJE de 06/03/2015, fl. 10 do acórdão. Disponível em: <<http://www.tse.jus.br/jurisprudencia/@@processrequest>>. Acesso em: 18 jun. 2017.

¹⁴³ REspe n. 36359, Rel. Min. Gilson Dipp, DJE de 06/03/2015, fl. 10 do acórdão. Disponível em: <<http://www.tse.jus.br/jurisprudencia/@@processrequest>>. Acesso em: 18 jun. 2017. Fl. 11 do acórdão.

¹⁴⁴ REspe n. 36359, Rel. Min. Gilson Dipp, DJE de 06/03/2015, fl. 11 do acórdão. Disponível em: <<http://www.tse.jus.br/jurisprudencia/@@processrequest>>. Acesso em: 18 jun. 2017.

No Respe n. 344-26, de relatoria do Ministro Marco Aurélio, era requerida a cassação de mandato do recorrido, candidato eleito ao cargo de Vereador do município de Santo Antônio de Jesus/BA, com fundamento em gravação ambiental clandestina.

Por maioria de 4 (quatro) votos a 3 (três) e nos termos do voto do Relator, o Tribunal Superior Eleitoral desproveu o Recurso Especial, fazendo prevalecer os argumentos lançados pelo Ministro Tarcísio Vieira de Carvalho Neto, que à época atuava como advogado do Recorrido.¹⁴⁵ O acórdão restou assim ementado:

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)

Invocando o postulado da inviolabilidade de dados, o Ministro Marco Aurélio afirmou que admitir como prova lícita a gravação ambiental realizada sem o conhecimento dos interlocutores só seria possível quando houvesse autorização judicial. A seguir, veja-se trecho do voto do Ministro relator, *verbis*:

A gravação ambiente submete-se à regra segundo a qual são invioláveis os dados, sendo que o afastamento da proteção não pressupõe gravação subreptícia, 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.¹⁴⁶

Acompanhando o Relator, a Ministra Luciana Lóssio fez constar de seu voto que permitir 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

¹⁴⁵ 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: 22 jun. 2017.

¹⁴⁶ REspe nº 34426, Rel. Min. Marco Aurélio, RJTSE16/08/2012, fls. 5-6 do acórdão. Disponível em: <<http://www.tse.jus.br/jurisprudencia/@@processrequest>>. Acesso em: 18 jun. 2017.

utilizado nos processos eleitorais como fundamento para sua defesa, mas nunca como instrumento de acusação. Assim votou a Ministra:

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.¹⁴⁷

Naquela ocasião, também acompanharam o relator o Ministro Gilson Dipp e o Ministro Dias Toffoli, que votaram no sentido ser inviável, nos processos judiciais eleitorais, a utilização de gravação ambiental clandestina como meio de prova.

Esse julgamento, dessa forma, representou a mudança de entendimento do Tribunal Superior Eleitoral, que deixou de admitir como lícita a prova consistente em gravação ambiental clandestina, e passou a reputá-la ilícita e inadmissível no processo eleitoral.

A partir daí, foram inúmeros os julgados no Tribunal Superior Eleitoral que debateram a questão da licitude da gravação ambiental sob perspectivas distintas.

Em 2014, ao examinar a matéria sob a ótica das garantias constitucionais individuais, no julgamento do REspe n. 16.748/TO, o TSE concluiu que admitir a utilização de gravação ambiental como meio de prova sem prévia autorização judicial viola tanto o princípio da boa-fé, quanto o direito fundamental à privacidade, previsto no art. 5º, X, da Constituição Federal.

Quando do julgamento do REspe n. 637-61, no ano subsequente, a Corte Superior Eleitoral tomou importante posicionamento sobre o âmbito de proteção do direito fundamental à privacidade e à intimidade, no que corresponde a questão da (i)lícitude da prova consistente em gravação ambiental. A conclusão a que chegou o Tribunal foi no sentido de que só é ilícita a gravação ambiental clandestina – ou seja, sem o consentimento da pessoa que é gravada – quando realizada em local privado, em que haja expectativa de privacidade. Significa dizer, às avessas, que, se a gravação for colhida em local público ou em evento aberto à comunidade, reputar-se-á lícita a sua utilização como meio de prova nos processos eleitorais. Veja-se, a

¹⁴⁷ REspe nº 34426, Rel. Min. Marco Aurélio, RJTSE16/08/2012, fls. 5-6 do acórdão. Disponível em: <<http://www.tse.jus.br/jurisprudencia/@@processrequest>>. Acesso em: 18 jun. 2017.

seguir, trecho do voto condutor do acórdão, proferido pelo relator, Ministro Henrique Neves:

A exigência de decisão judicial prévia que autorize a captação de sons e imagens diz respeito à preservação da intimidade nas conversas em que há direcionamento direto e expectativa de privacidade entre os interlocutores, o que não se confunde com a situação em que o candidato profere discurso para determinado grupo de pessoas, em reunião pública, com a utilização ou não de equipamento de sonorização.

É que em tais espaços não há privacidade a ser preservada, porquanto a esfera privada se refere apenas àqueles fatos que o indivíduo não deseja que sejam de domínio público e cujo conhecimento é restrito a poucas pessoas, nas quais se deposita alguma confiança.

Assim, se o próprio indivíduo vai a público e externa manifestação perante grupo indistinto de pessoas, sem a necessária relação de confiança e sem expressar o caráter reservado da mensagem, não há segredo a ser preservado, não há proteção contra a divulgação do conteúdo, não há, enfim, privacidade na manifestação.

Dessa forma, caso alguém consiga filmar ou gravar a cena de um fato, uma captação ilícita de sufrágio ocorrida em local aberto ao público ou sem nenhum controle de acesso, o documento resultante da gravação deve ser considerado prova lícita. (REspe nº 63761, Rel. Min. Henrique Neves DJE de 21/05/2015)¹⁴⁸

Naquela ocasião, ficou vencida a Ministra Luciana Lóssio, ao entender que a ilicitude da prova se faria presente ainda que a gravação ambiental fosse realizada em locais públicos. Em seu voto, asseverou:

[...] entendo que pouco importa se a gravação ocorreu em local público ou privado, sendo qualquer uma delas prova ilícita, já que só admito prova de gravação ambiental quando realizada com autorização judicial e para fins criminais, na linha da Lei n. 9.296/96. E quando clandestina for, como no caso dos autos, apenas se for usada na defesa do jurisdicionado.

E mais, a meu ver o direito fundamental à intimidade e à privacidade subsiste, ainda que o cidadão esteja em ambiente público, pois a intimidade é inerente ao ser humano, e o acompanha onde quer que ele esteja. Nessa linha, não é porque algo foi dito ou alguma confidência feita em ambiente público, que tal confidência se tornará pública. (fls. 41-42 do acórdão)

No entanto, o entendimento que se cristalizou no Tribunal Superior Eleitoral caminha no sentido de que configuram-se provas ilícitas apenas as gravações ambientais colhidas em ambiente particular, quando houver expectativa de privacidade, proteção essa que não se estende às gravações realizadas em ambientes públicos ou acessíveis à coletividade. Nesse sentido, também foram julgados os seguintes precedentes: REspe n. 12854, Rel. Min. Herman Benjamin,

¹⁴⁸ No mesmo sentido, vide AI nº 65576, Rel. Min. Maria Thereza, DJE de 01/10/2015. Disponível em: <<http://www.tse.jus.br/jurisprudencia/@@processrequest>>. Acesso em: 18 jun. 2017.

DJE de 26/10/2016; REspe n. 8547, Rel. Min. Herman Benjamin, DJE de 19/12/2016; HC n. 21460, Rel. Min. Herman Benjamin, DJE de 03/10/2016; HC n. 30808, Rel. Min. Maria Thereza, DJE de 28/04/2016.

Importante destacar que no julgamento do REspe n. 640-36, de relatoria do Ministro Gilmar Mendes, o TSE decidiu unanimemente no sentido de permitir o uso da gravação ambiental como prova no processo eleitoral, inclusive quando realizada em ambiente particular, nas hipóteses em que o acesso ao local da gravação seja franqueado ao público. Assim ficou ementado o acórdão:

ELEIÇÕES 2012. RECURSO ESPECIAL ELEITORAL. REPRESENTAÇÃO DO ART. 41-A DA LEI Nº 9.504/1997. CANDIDATOS A PREFEITO E VICE-PREFEITO ELEITOS. DESPROVIMENTO DOS RECURSOS.

[...]

3. Gravação ambiental realizada por um dos participantes. Licitude da prova. 3.1. Primeira gravação realizada no comitê eleitoral dos investigados, local de aproximação dos candidatos com os cidadãos do município, local público. Segunda gravação realizada em uma residência particular, mas com destinação pública, para fins de exposição das ideias do candidato aos cidadãos presentes naquele evento, sem limitação de acesso, nos termos da prova pericial indicada pelo acórdão regional. Os lugares franqueados a qualquer um do povo para fins eleitorais qualificam-se como lugares destinados ao público, onde o candidato buscava divulgar sua candidatura perante os cidadãos, sendo lícito, a qualquer do povo participante, registrar aquele evento, pois o referido evento não envolve a privacidade do candidato, mas justamente o contrário, buscava-se a ampla exposição da imagem e das ideias do candidato junto ao público em geral. Precedente do TSE. 3.2. As demais provas dos autos não derivam das referidas gravações clandestinas, tampouco as partes recorrentes alegaram esse tema, muito menos tentaram demonstrar quais as provas poderiam decorrer daquelas.

[...]

6. Recursos desprovidos. Liminar revogada. Cautelares prejudicadas. (REspe n. 64036, Rel. Min. Gilmar Mendes, DJE de 19/08/2016)

Outra importante conclusão afeta à matéria da gravação ambiental foi adotada no julgamento conjunto do REspe n. 568-76, do REspe 570-46 e da AC n. 928-88, ocorrido em 2015. Naquela ocasião, o Tribunal reafirmou o entendimento de que a gravação ambiental de diálogo travado em ambiente particular com expectativa de privacidade só poderia ser utilizada como meio de prova no processo eleitoral se fosse precedida de autorização judicial. Ademais, o Tribunal afirmou que se a gravação fosse realizada após o prazo previsto na autorização judicial, o seu teor e as provas dela decorrentes não poderiam ser aceitos como meio probatório.¹⁴⁹

¹⁴⁹ 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: 18 jun. 2017.

De todos os casos acima trazidos, pode-se depreender que o entendimento majoritário no Tribunal Superior Eleitoral caminha no sentido de tratar como prova ilícita a gravação ambiental realizada sem autorização judicial e sem o consentimento do interlocutor gravado, em ambientes particulares, com expectativa de privacidade.

Todavia, alguns precedentes da Corte demonstram que o referido posicionamento não é uníssono e inspira certa instabilidade. No julgamento do HC n. 30.990, de relatoria do Ministro João Otávio de Noronha, por exemplo, o TSE entendeu à unanimidade que não seria correto inadmitir, como meio de prova, toda e qualquer gravação ambiental realizada sem autorização judicial ou sem o consentimento do interceptado. De outra forma, dever-se-ia analisar com cautela o conjunto fático posto em torno da situação examinada. Em seu voto, afirmou o relator:

O mais correto, a meu sentir, não é excluir, a priori, sempre, a gravação ambiental e a telefônica, e sim valorar este tipo de prova com muito cuidado.

Ou seja, se a prova tiver sido obtida por adversários políticos, com provocação ou induzimento de modo a se retirar da conversa o que se quer obter de declaração da outra parte, por exemplo, é claro que ela será muito frágil e poderá ser declarada imprestável, no caso concreto, diante do livre convencimento do magistrado.

Por outro lado, ao se declarar ilícita toda e qualquer gravação clandestina abrir-se-á espaço, por exemplo, a que gravações feitas por cidadãos interessados tão somente na lisura do pleito e do processo eleitoral (e que poderiam contribuir para tanto) sejam eliminadas como provas (com o consequente descarte das provas delas decorrentes). Isso acarreta duas consequências nefastas.

A primeira é o engessamento do sistema probatório processual, o que acabou ocorrendo, com a devida vênia dos que pensam de forma diversa, por argumentos equivocados quanto à natureza jurídica da ilicitude da prova.

A segunda é a impunidade que a adoção da premissa (de que toda e qualquer gravação clandestina seria ilícita) acaba acarretando. Isso porque, na espécie, não se está apenas a observar o sistema de garantias constitucionais aos investigados, mas sim indo-se além na seara eleitoral ao se assentar que nenhuma gravação telefônica feita por um dos interlocutores (ou ambiental, por uma pessoa presente) pode ser usada como prova se não tiver sido previamente autorizada judicialmente.¹⁵⁰

Já no julgamento do REspe n. 100327, originário do município de Serra Negra/SP, a questão relativa à (i)licitude da gravação ambiental como meio de prova no processo eleitoral também gera debate. Em sessão plenária realizada em

¹⁵⁰ HC n. 30990, Rel. Min. João Otávio De Noronha, DJE de 05/11/2015, fls. 9-10 do acórdão. Disponível em: <<http://www.tse.jus.br/jurisprudencia/@@processrequest>>. Acesso em: 18 jun. 2017.

27/09/2016, o Ministro Herman Benjamin, relator do processo, votou no sentido de admitir a utilização de gravação ambiental de conversa realizada sem o consentimento do interlocutor e sem autorização judicial como meio lícito de prova. Após o voto do Relator, pediu vista dos autos a Ministra Luciana Lóssio.

Com efeito, a situação do município de Serra Negra/SP se mostra inusitada. Isso porque, simultaneamente, tramitam perante o TSE dois processos que versam sobre os mesmos fatos, supostamente ocorridos naquela comuna, relativos às eleições do ano de 2012.

Um deles se trata do REspe n. 100327, já referido acima, derivado de ação penal eleitoral que investiga suposta prática do crime eleitoral de captação ilícita de sufrágio pelo candidato ao cargo de vereador de Serra Negra/SP. O outro processo é o REspe n. 83877, decorrente de ação de investigação judicial eleitoral, no qual se apura suposto abuso de poder político/econômico, também por suposta captação ilegal de sufrágio pelo referido candidato.

Ambos os processos foram originados a partir das mesmas provas, que consistem em gravações ambientais, ocorridas em ambientes privados, sem o consentimento do então candidato a vereador – que fora gravado, na ocasião – e sem qualquer autorização judicial para tanto.

No julgamento do REspe 83877 – originário da AIJE –, de relatoria da Ministra Luciana Lóssio, o Tribunal Superior Eleitoral, por unanimidade, julgou imprestável a prova consubstanciada em gravação ambiental, afirmando que tal meio probatório, em regra, é considerado ilícito no processo eleitoral, salvo quando concebida “mediante autorização judicial e quando utilizada como prova em investigação criminal ou processo penal, sendo a proteção à privacidade direito fundamental estabelecido na Constituição Federal”.¹⁵¹

Sucedo que, como mencionado acima, quando do julgamento monocrático do REspe n. 100327 – originário da ação penal eleitoral –, realizado após o julgamento do REspe n. 83877, o Relator entendeu que as gravações eram lícitas e que, portanto, poderiam ser aproveitadas como meio de prova naquele processo. Importante salientar que, mesmo quando levado a julgamento colegiado, o Ministro

¹⁵¹ REspe n. 83877, Rel. Min. Luciana Christina Guimarães Lóssio, DJE de 07/12/2015, ementa do acórdão. Disponível em: <<http://www.tse.jus.br/jurisprudencia/@@processrequest>>. Acesso em: 18 jun. 2017.

Herman Benjamin, em seu voto, manteve o posicionamento de conferir validade às gravações ambientais clandestinas.

O fato de haver interpretações diferentes quanto à admissibilidade das mesmas provas, em processos eleitorais que apreciam exatamente os mesmos fatos, demonstra certa variabilidade no entendimento do Tribunal Superior Eleitoral quanto ao tema.

Recentemente, alguns ministros da Corte Superior Eleitoral vêm, inclusive, sinalizando uma possível mudança vindoura no sentido da jurisprudência do Tribunal, no que diz respeito à admissibilidade da gravação ambiental como meio de prova no processo eleitoral.

A esse respeito, na sessão plenária ocorrida em 09/02/2017, ao apreciar o REspe n. 235, originário do município de Serrinha dos Pintos/RN, o Ministro Herman Benjamin, relator do processo, propôs fixação de tese, para as eleições de 2016 e para as seguintes, no sentido de que seja “lícita, como regra, a gravação ambiental realizada por um dos interlocutores sem conhecimento dos demais e sem autorização judicial, mesmo que se trate de espaço estritamente particular”.¹⁵²

Sobretudo em vista desse cenário de incerteza quanto ao futuro entendimento do TSE a respeito da (i)licitude da gravação ambiental como meio de prova nos processos eleitorais, é que se evidencia a importância de se pensar e de se debater o tema de forma acadêmica, com vistas a prestar contribuição, em algum grau, ao estudo do Direito Processual Eleitoral.

3.4.2 Teste de admissibilidade da prova – definição de critérios para que o uso da gravação ambiental como meio de prova no Processo Eleitoral não viole a Constituição Federal

Diante de todo o exposto, acredita-se que o entendimento que melhor se coaduna com os princípios constitucionais e com os próprios princípios do Direito Eleitoral caminha no sentido de se reputar ilícita, via de regra, a prova consubstanciada em gravação ambiental clandestina, tanto nos processos de natureza cível-eleitoral, quanto nos processos criminais-eleitorais.

¹⁵² Tribunal Superior Eleitoral. Sessão de julgamento do dia 09/02/2017, disponível em: <<https://www.youtube.com/watch?v=sOQL1feVSmA&t=1495s>> Acesso em 15/06/2017.

Como se mencionou no Capítulo 02, destinado especialmente ao tema do Princípio da Proibição da Prova Ilícita, a regra insculpida no art. 5º, LVI da Constituição Federal¹⁵³ tem como finalidade precípua conferir a proteção mais efetiva possível a direitos materiais, de forma a evitar a obtenção da verdade às custas de eventuais violações de direitos subjetivos. Com efeito, não haverá interesse na produção de determinado meio de prova, caso a sua utilização seja inadmissível nos processos judiciais. Por via de consequência, ao se refrear a produção das provas ilícitas, evitar-se-á a violação de direitos materiais que seria dela decorrente.

É justamente esse fim que deve ser prestigiado no âmbito processual-eleitoral. Como foi afirmado em uma série de julgados apontados anteriormente, é comum, na seara eleitoral, que prevaleçam interesses e paixões condenáveis. Em cenário de acirrada disputa – como é, usualmente, o cenário das eleições –, são inimagináveis as situações que poderiam eventualmente ocorrer, caso fosse autorizada a utilização de todo e qualquer meio probatório, sem qualquer imposição de limites.

Com vistas a esse cenário, entende-se que devem ser impostos firmes limites ao uso da gravação ambiental como meio de prova no processo eleitoral, a fim de que sejam protegidos os direitos materiais – inclusive aqueles com envergadura constitucional – ali envolvidos.

Não significa dizer, contudo, que tais meios de prova sempre deverão ser reputados ilícitos e imprestáveis nos processos judiciais eleitorais. Com efeito, pensa-se que, sob determinadas circunstâncias, as gravações ambientais devem ser admitidas como meio lícito de prova nesses processos.

Em primeiro lugar, tem-se que, caso a gravação ambiental sirva à defesa do jurisdicionado, tal meio de prova deveria ser considerado lícito e plenamente admissível no processo eleitoral, ainda que realizado sem autorização judicial e sem o consentimento da pessoa gravada. Nesse ponto, portanto, é seguida a posição praticamente unânime dos tribunais brasileiros, tanto na seara dos processos eleitorais, quanto no âmbito dos processos cíveis e criminais.

¹⁵³ Constituição Brasileira de 1988. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/constituicaocompilado.htm>. Acesso em 24 de abril de 2017. “Art. 5º, LVI – são inadmissíveis, no processo, as provas obtidas por meios ilícitos”

Isso porque, conforme já aduzido em capítulo anterior deste trabalho de conclusão de curso, não se mostra razoável, por exemplo, impedir que determinado acusado se valha de prova formalmente ilícita para demonstrar a sua inocência. Nessa hipótese, ao ser realizado juízo de proporcionalidade entre o direito do acusado de provar a sua inocência e resguardar a sua liberdade, e o direito de não se utilizarem provas ilícitas, a que faz jus a acusação, certamente deve prevalecer o primeiro em detrimento do último.

Em segundo lugar, entende-se que não se pode negar validade às gravações ambientais clandestinas quando forem realizadas mediante autorização judicial. Ainda que a gravação seja realizada sem o consentimento da pessoa gravada e possua a finalidade acusatória, tem-se que a prévia autorização judicial para a sua produção faz desaparecer qualquer traço de ilicitude da prova.

As mais relevantes controvérsias no que diz respeito à utilização da gravação ambiental como meio de prova no processo eleitoral surgem quando tais instrumentos probatórios, além de serem produzidos sem qualquer autorização judicial prévia, se prestam à função acusatória, e não defensiva.

Em conformidade com a jurisprudência predominante do Tribunal Superior Eleitoral, pensa-se que a posição mais acertada quanto ao tema caminha no sentido de se reputar inconstitucional, em regra, a utilização das gravações ambientais como meio de prova nos processos eleitorais, quando realizadas sem autorização judicial, sem o consentimento da pessoa gravada, e com finalidade acusatória.

Repetem-se, em todos os pleitos eleitorais, atuações por parte dos candidatos a cargos eletivos, no sentido de desestabilizar as candidaturas adversárias. Tais condutas são corriqueiras em face do caráter acirrado das disputas eleitorais, e naturais à competitividade inerente às eleições.

Nesse sentido, são comuns e inclusive legítimos os ataques a candidatos adversários, desde que realizados nos limites da razoabilidade e da proporcionalidade, sem ataque direto à sua honra e integridade pessoal. Assim entende a jurisprudência do TSE, conforme demonstra o precedente colacionado abaixo:

Eleições 2010. Representação. Propaganda eleitoral veiculada em rádio. Alegação de danos à imagem de adversária política e intenção de confundir o eleitorado.

Não se podem considerar referências interpretativas como degradante e infamante. Não ultrapassado o limite de preservação da dignidade da

peessoa, é de se ter essa margem de liberdade como atitude normal na campanha política.

Se houver exacerbação do limite da legalidade, o Poder Judiciário deve intervir. Não compete ao Tribunal Superior Eleitoral atuar em representações para determinar como se faz propaganda política.

Representação julgada improcedente. (Rp nº 240991, Rel. Min. Cármen Lúcia, Publicado em Sessão do dia 25/08/2010)

Em vista do alto grau de judicialização das disputas eleitorais no Brasil – com a previsão de diversos meios processuais para se impugnar candidaturas e de se cassar diplomas eletivos – é natural que a competição eleitoral se expanda para o campo dos processos judiciais. Com efeito, assim que se inicia o período de registro de candidaturas, inicia-se também a mobilização dos candidatos para ver prejudicadas, nos tribunais eleitorais, as candidaturas adversárias.

Geralmente é esse o cenário que se afigura por trás da produção das gravações ambientais incriminatórias. Candidatos ou seus correligionários preparam e montam situação enganosa, invadem a privacidade e a intimidade do candidato adversário e, portando gravadores escondidos, os induzem a oferecer valores pecuniários ou outros tipos de favores em troca de voto.

Munidos da gravação sub-reptícia, os indivíduos propõem ações na Justiça Eleitoral intentando a cassação do registro/diploma do candidato adversário e a decretação de sua inelegibilidade, nos termos do art. 41-A da Lei n. 9.504/97 e do art. 1º, I, alínea *j* da Lei Complementar n. 64/90, respectivamente. Por muitas vezes, inclusive, pode-se tentar utilizar a gravação clandestina como meio de prova em processo para apuração de eventual crime de captação ilícita de sufrágio, com a real possibilidade de prisão do candidato gravado, nos termos do art. 299 do Código Eleitoral.

É essa a situação fática que geralmente se erige por trás da produção desse tipo de prova, nos processos judiciais eleitorais. Sabedor dessa realidade, ao julgar o REspe n. 63.761/MG, afirmou o Ministro Henrique Neves que, “no âmbito das lides eleitorais, a real motivação para a captação de imagens e sons está diretamente relacionada com a produção de prova acusatória utilizada em processos que visam à cassação de registros ou diplomas” (REspe n. 63761, Rel. Min. Henrique Neves, DJE de 21/05/2015, fl. 12 do acórdão).

Portanto, a partir de armadilhas e de flagrantes preparados, indivíduos simulam conversa particular, transmitindo expectativa de privacidade ao candidato interlocutor, os induzem a cometer o ilícito e gravam o diálogo, com o propósito de

utilizar a gravação não como meio de proteção do interesse público ou da lisura do pleito, mas como reprovável técnica eleitoral, com o nítido propósito de vulnerar o candidato adversário.

Acredita-se que, nesses casos, a gravação não poderia ser admitida como prova lícita no processo eleitoral, uma vez que não operaria como meio de demonstração de direito subjetivo e nem como instrumento de proteção das eleições. O referido instrumento, por outro lado, funcionaria como espécie de propaganda eleitoral negativa em desfavor do candidato gravado, de modo a favorecer injustamente, a *contrario sensu*, os candidatos que realizaram/organizaram a gravação clandestina.

Além da patente violação do direito à intimidade e privacidade dos candidatos – garantias fundamentais asseguradas constitucionalmente a todos os cidadãos, nos termos do artigo 5º, X da Constituição Federal – essas situações configuram preocupante ameaça a diversos outros princípios constitucionais eleitorais.

Isso porque, ao funcionar como propaganda eleitoral negativa contra os candidatos que foram gravados, as referidas gravações ambientais acabam por servir como vantagem – indevida, vale dizer – aos candidatos adversários. Ao haver benefício imerecido a determinados candidatos em desfavor de outros, configurado está o desequilíbrio do pleito, em afronta direta ao princípio da igualdade de chances entre os candidatos concorrentes.

Além das violações acima apontadas, permitir a utilização da gravação ambiental como meio de prova no processo eleitoral faz surgir risco real de violação à liberdade do eleitor, uma vez que esse tipo de prova pode ser utilizado de maneira maliciosa e enganosa. Nesse sentido, ao julgar o REspe n. 36.359/MS, o Ministro Gilson Dipp afirmou que ao admitir, em regra, o uso da gravação ambiental nos processos eleitorais “pode permitir-se engendrar costumes eleitorais que direta e indiretamente vulneram [...] a liberdade do eleitor, [...] porque o eleitor pode vir a ser sugestionado ou enganado por revelações nem sempre verdadeiras, ou, quando verdadeiras, nem sempre completas”.¹⁵⁴

A necessidade de haver tal preocupação salta ainda mais aos olhos, ao se considerar a evolução diuturna da tecnologia, que permite o fácil manuseio e

¹⁵⁴ REspe n. 36359, Rel. Min. Gilson Dipp, DJE de 06/03/2015, fl. 10 do acórdão. Disponível em: <<http://www.tse.jus.br/jurisprudencia/@@processrequest>>. Acesso em: 18 jun. 2017.

modificação das mídias digitais. Na mesma oportunidade, o Ministro Gilson Dipp também externou essa inquietude:

Aliás, convém não perder de vista que facilidades tecnológicas têm tornado muito comum efeitos artificiais capazes de enganar as pessoas e dificilmente se saberá com a necessária presteza quando se está diante de um desses casos ou não, seja pela exiguidade de tempo seja pela escassez de instrumentos para apurá-los. (fl. 12 do acórdão)

Em verdade, a doutrina jurídica processualista, de maneira geral, perturba-se seriamente com a ausência de confiabilidade inerente às provas documentais produzidas em meio digital. Nesse sentido, ensinam Luiz Guilherme Marinoni e Sérgio Arenhart que:

Uma prova documental registrada em papel tem valor probante alto porque seria difícil alterar o conteúdo do documento sem deixar vestígio da falsificação. Por outro lado, uma prova documental registrada na areia da praia seria de pouca prestabilidade precisamente porque o suporte do documento (areia) é muito vulnerável, apagando-se com facilidade, sem deixar vestígio. É nesse meio que está o problema dos documentos informáticos: como o suporte em que a informação é registrada é um suporte lógico (por assim dizer, virtual), será fácil, a quem tenha um mínimo conhecimento de informática, adulterar a informação de que essa prova deva ter o mesmo valor probante do documento tradicional, valor que se pode dar havido, pelo sistema de informação, sem deixar vestígio do que foi feito.¹⁵⁵

Ao colocar em risco a isonomia do pleito e a liberdade do eleitor, a utilização das gravações ambientais como meio de prova no processo eleitoral, em regra, ameaça também o princípio republicano, a democracia representativa e o fundamento constitucional da soberania popular, previstos na Constituição Federal, uma vez que todos eles dependem de que o resultado das eleições reflita a vontade livre da população, que não deve ser viciada por qualquer artifício ilegítimo.

É importante reiterar, no entanto, que defender a referida posição não significa defender a inconstitucionalidade do uso de gravação ambiental clandestina em toda e qualquer situação acusatória. Com efeito, examinar a forma com que a gravação ambiental é realizada mostra-se essencial para avaliar a prestabilidade desse instrumento como meio probatório nos processos judiciais eleitorais.

¹⁵⁵ MARINONI, Luiz Guilherme; 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, p. 621.

Nesse ponto, entende-se que a utilização da gravação ambiental no processo eleitoral, quando essa for realizada em situação sem expectativa de privacidade não configura, por si só, violação aos direitos e princípios constitucionais.

É nesse sentido, inclusive, que se pauta a jurisprudência dominante do TSE em relação ao tema, conforme demonstram os precedentes a seguir:

AGRAVO REGIMENTAL EM AGRAVO DE INSTRUMENTO EM RECURSO ESPECIAL. AÇÃO DE INVESTIGAÇÃO JUDICIAL ELEITORAL. ABUSO DE PODER ECONÔMICO. CAPTAÇÃO ILÍCITA DE SUFRÁGIO. GRAVAÇÃO AMBIENTAL REALIZADA EM LOCAL ABERTO AO PÚBLICO. ADMISSIBILIDADE. FUNDAMENTAÇÃO IDÔNEA DO ACÓRDÃO RECORRIDO. IMPOSSIBILIDADE DE REEXAME DE FATOS E PROVAS. SÚMULAS 7 DO STJ E 279 DO STF. AGRAVO REGIMENTAL DESPROVIDO.

1. O TSE reconhece como ilícitas as gravações ambientais, se realizadas clandestinamente, em ambientes fechados, notadamente quando possam ser utilizadas para criar uma "armadilha" para os candidatos e demais envolvidos em eleições.

2. Situação diversa se caracteriza, contudo, quando a gravação é feita em local aberto ao público, com o objetivo de captar, sem ofensa à privacidade, imagens e sons que demonstrem a prática de ilícitos eleitorais. Admissibilidade da gravação ambiental nessa hipótese.

[...]

4. Agravo regimental desprovido. (AI n. 65576, Rel. Min. Maria Thereza, DJE de 01/10/2015)

RECURSOS ESPECIAIS. DIVULGAÇÃO DE PESQUISA ELEITORAL SEM REGISTRO. CAPTAÇÃO ILÍCITA DE SUFRÁGIO. ELEIÇÕES 2012.

Recurso especial de Napolião Ferreira Freire

1. Na linha da jurisprudência do Tribunal Superior Eleitoral, o juiz pode indeferir provas inúteis ou meramente protelatórias.

2. É lícita a gravação ambiental realizada em espaço aberto ao público, sem controle de acesso, de evento não acobertado pela perspectiva de intimidade. Precedentes: REspe nº 637-61, da minha relatoria, DJE de 21.5.2015; REspe nº 197-70, rel. Min. Laurita Vaz, redator designado para o acórdão Ministro João Otávio de Noronha, DJE de 20.5.2015; e REspe nº 1660-34, da minha relatoria, DJE de 14.5.2015.

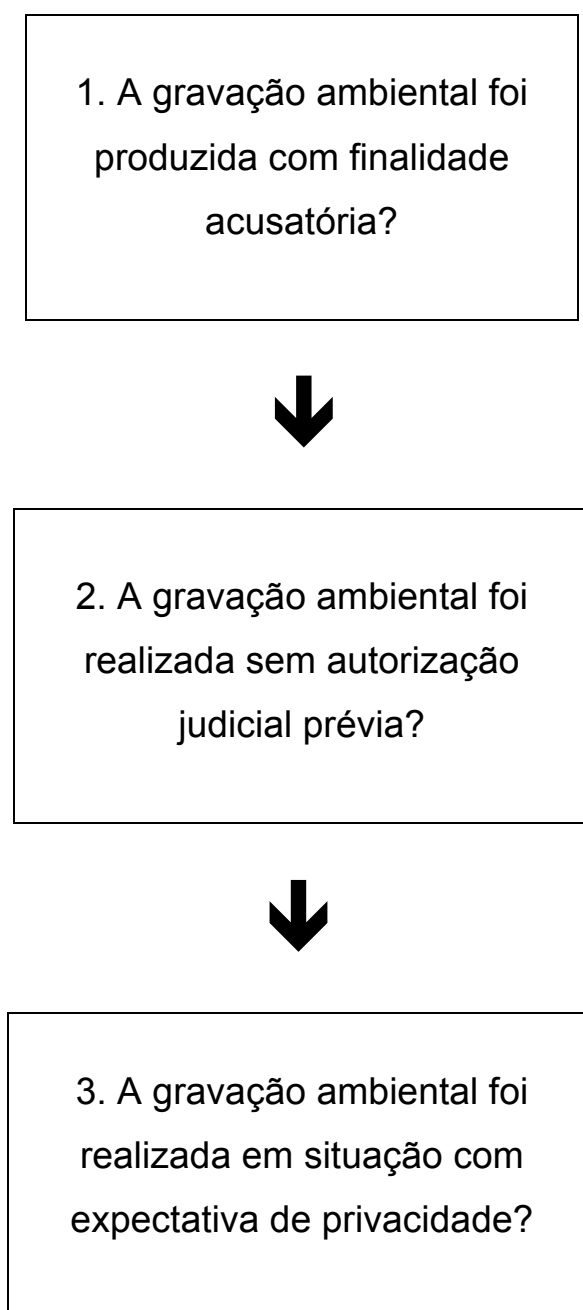
[...]

Recursos especiais desprovidos. (REspe n. 20289, Rel. Min. Maria Thereza, DJE de 15/12/2015)

Assim, caso a conversa gravada se dê em local aberto ao público, em que não haja expectativa de sigilo, entende-se plenamente lícita a sua utilização em processo judicial eleitoral, uma vez que não haveria, nessa hipótese, violação ao direito fundamental à privacidade e à intimidade do candidato clandestinamente gravado.

Portanto, não se defende, no presente trabalho, a inconstitucionalidade da utilização de toda e qualquer gravação ambiental nos processos judiciais eleitorais. O que se propõe é a submissão das gravações a determinados testes de admissibilidade, a fim de se examinar a constitucionalidade de sua utilização nos processos judiciais de natureza eleitoral.

A fim de sintetizar a referida proposta, pode-se traçar o seguinte organograma:



Assim, defende-se que, para que se avalie a constitucionalidade da utilização de determinada gravação ambiental em um processo eleitoral, é necessário a aplicação do teste de admissibilidade apontado acima.

Caso todas as perguntas do organograma sejam respondidas afirmativamente, a utilização da gravação ambiental como prova no processo eleitoral significará violação ao texto constitucional e não deverá ser permitida. Caso alguma das perguntas seja respondida negativamente, a prova será lícita e, portanto, admissível no processo eleitoral.

Muito embora essa lógica possa levar a crer que as gravações ambientais geralmente deveriam ser admissíveis no processo eleitoral – haja vista que bastaria apenas uma resposta afirmativa para se permitir a sua utilização como meio de prova –, tal conclusão não seria compatível à realidade.

Isso porque, conforme anteriormente explanado, a maior parte das gravações ambientais utilizadas nos processos eleitorais possui finalidade acusatória, são produzidas sem prévia autorização judicial, e são realizadas em ambiente com expectativa de privacidade. Ou seja, a maioria das gravações ambientais utilizadas nos processos eleitorais, caso fosse submetida ao teste de admissibilidade, não produziria nenhuma resposta negativa, motivo pelo qual a sua utilização nesses processos seria inconstitucional.

Sendo assim, apesar de não constituir premissa absoluta que não comporte exceções, pode-se afirmar que, em regra, a utilização das gravações ambientais nos processos judiciais eleitorais é inconstitucional e não deve ser permitida. Nesse ponto, acredita-se ser preciso enaltecer a proteção aos direitos fundamentais dos jurisdicionados, a liberdade do eleitor e o equilíbrio das eleições, em detrimento da busca ilimitada pela verdade nos processos judiciais.

Essa parece ser a posição que mais se coaduna com o princípio republicano, com o bom funcionamento do sistema democrático-representativo e com a concretização da soberania popular, todos fundamentais à efetivação do Estado Democrático de Direito.

CONCLUSÃO

As disputas eleitorais no Brasil são marcadas por forte rivalidade entre candidatos e adversários, sendo sempre acirrada a competição pelos mandatos eletivos na esfera municipal, na esfera estadual, bem como na esfera federal.

Também é característico, no país, o alto grau de judicialização das disputas eleitorais, com a previsão de diversos meios processuais para se impugnar candidaturas e de se cassar diplomas eletivos.

Por tal sorte, torna-se inevitável que a competição eleitoral se expanda para o campo dos processos judiciais eleitorais, que passam a funcionar, por muitas vezes, como espécie de terceiro turno das eleições.

Imersos nesse cenário, os candidatos se preocupam em produzir e em se abastecer com provas contra os candidatos adversários, a fim de prejudicá-los em eventual processo judicial posterior e, inclusive, de mudar o resultado das eleições, caso sejam derrotados nas urnas.

Por via de regra, é essa a conjuntura fática que se afigura por trás da produção das gravações ambientais nos processos judiciais eleitorais. Candidatos preparam e montam situação enganosa, invadem a privacidade e a intimidade do adversário e, portando gravadores escondidos, o induzem a oferecer valores pecuniários ou outros tipos de favores em troca de voto.

Em posse da gravação sub-reptícia, os indivíduos propõem ações na Justiça Eleitoral intentando a cassação do registro/diploma do candidato adversário e a decretação de sua inelegibilidade, nos termos da legislação eleitoral.

Ou seja, a partir de armadilhas e de flagrantes preparados, indivíduos simulam conversa particular, transmitindo expectativa de privacidade ao candidato interlocutor, o induzem a cometer o ilícito e gravam a conversa, com o propósito de utilizar a gravação não como meio de proteção do interesse público ou da lisura do pleito, mas como reprovável técnica eleitoreira, com o nítido propósito de vulnerar o candidato adversário.

Em se tratando desse tipo de situação, acredita-se que a gravação ambiental não pode ser admitida como prova nos processos eleitorais, uma vez que, além de violar o direito à intimidade e privacidade dos candidatos – garantias fundamentais asseguradas constitucionalmente a todos os cidadãos, nos termos do artigo 5º, X da Constituição Federal – essas situações configuram preocupante

ameaça a diversos outros princípios constitucionais eleitorais, como o equilíbrio do pleito e a liberdade do eleitor.

Ao colocar em risco os referidos valores, a utilização das gravações ambientais como meio de prova no processo eleitoral, em regra, ameaça também o princípio republicano, a democracia representativa e o fundamento constitucional da soberania popular, previstos na Constituição Federal, uma vez que todos eles dependem de que o resultado das eleições reflita a vontade livre da população, que não deve ser viciada por qualquer artifício ilegítimo.

No entanto, defender o posicionamento acima mencionado não significa defender a inconstitucionalidade do uso de gravação ambiental clandestina em toda e qualquer situação acusatória. Com efeito, examinar a forma com que a gravação ambiental é realizada mostra-se essencial para avaliar a prestabilidade desse instrumento como meio probatório nos processos judiciais eleitorais.

Para tal fim, propõe-se que a gravação seja submetida aos seguintes questionamentos:

1. A gravação ambiental foi produzida com finalidade acusatória?;
2. A gravação ambiental foi realizada sem autorização judicial prévia?;
3. A gravação ambiental foi realizada em situação com expectativa de privacidade?

Caso todas as referidas perguntas sejam respondidas afirmativamente, a utilização da gravação ambiental como prova no processo eleitoral significará violação ao texto constitucional e não deverá ser permitida. Caso alguma das perguntas seja respondida negativamente, a prova será lícita e, portanto, admissível no processo eleitoral.

Tendo em vista que a maior parte das gravações ambientais utilizadas nos processos eleitorais possui finalidade acusatória, é produzida sem prévia autorização judicial, e é realizada em ambiente com expectativa de privacidade, pode-se afirmar que, em regra, a utilização das gravações ambientais nos processos judiciais eleitorais seria inconstitucional e não deveria ser permitida.

Na verdade, o que se pretende com a implantação do referido posicionamento é aplicar também ao processo eleitoral a opção de valorizar a proteção a direitos e valores fundamentais em detrimento da busca ilimitada pela verdade, opção essa que a Constituição Federal já prestigiou em seu art. 5º, LVI.

Não parece prudente colocar em risco o princípio republicano, a democracia representativa e a soberania popular, em troca de se permitir a comprovação de fatos por instrumentos traiçoeiros que configuram patente violação a direitos fundamentais, como o direito à intimidade e à privacidade, por exemplo.

Sobretudo em tempos de instabilidade política, em que os pilares da democracia tendem a fraquejar, mostra-se preciso enaltecer a proteção aos direitos fundamentais dos jurisdicionados, a liberdade do eleitor e o equilíbrio das eleições.

O controle da probidade e da lisura dos pleitos eleitorais deve ocorrer de forma rigorosa e contundente. Com efeito, é imperativo que o Poder Público exerça fiscalização efetiva sobre os candidatos e apure devidamente os indícios de cometimento de ilícitos eleitorais.

No entanto, é igualmente imperioso que tal controle se realize sob a luz dos princípios e regras constitucionais, sob pena de se ameaçarem os direitos fundamentais duramente conquistados e positivados na Constituição de 1988, a soberania popular, o princípio republicano e, por conseguinte, o próprio Estado Democrático de Direito.

Portanto, parece importante que a atividade probatória seja limitada nos termos acima indicados, realizando-se em conformidade com a Constituição Federal brasileira, porquanto é somente com respeito aos ditames constitucionais que uma nação pode se desenvolver e progredir harmoniosamente.

REFERÊNCIAS BIBLIOGRÁFICAS

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. *Código de Processo Civil de 2015*. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_ato2015-2018/2015/lei/l13105.htm>. Acesso em: 18 maio 2017.

BRASIL. *Constituição Brasileira de 1824*. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/constituicao24.htm>. Acesso em: 24 abr. 2017.

BRASIL. *Constituição Brasileira de 1891*. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/constituicao91.htm>. Acesso em: 24 abr. 2017.

BRASIL. *Constituição Brasileira de 1934*. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/constituicao34.htm>. Acesso em: 24 abr. 2017.

BRASIL. *Constituição Brasileira de 1937*. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/constituicao37.htm>. Acesso em: 24 abr. 2017.

BRASIL. *Constituição Brasileira de 1946*. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/constituicao46.htm>. Acesso em: 24 abr. 2017.

BRASIL. *Constituição Brasileira de 1988*. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/constituicaocompilado.htm> Acesso em: 24 abr. 2017.

BRASIL. *Lei Federal n. 9.034 de 1995*. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/L9034.htm>. Acesso em: 18 jun. 2017.

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 jun. 2017.

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: 18 jun. 2017.

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: 18 jun. 2017.

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: 18 jun. 2017.

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: 18 jun. 2017.

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=4387894>>. Acesso em: 18 jun. 2017.

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=2576066>>. Acesso em: 18 jun. 2017.

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=1548842>>. Acesso em: 18 jun. 2017.

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=2405920>>. Acesso em: 18 jun. 2017.

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=2162455>>. Acesso em: 18 jun. 2017.

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=2610668>>. Acesso em: 18 jun. 2017.

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=4670542>>. Acesso em: 18 jun. 2017.

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: 18 jun. 2017.

HC n. 21460. Rel. Min. Herman Benjamin, DJE de 03/10/2016. Disponível em: <<http://www.tse.jus.br/jurisprudencia/@@processrequest>>. Acesso em: 18 jun. 2017.

HC n. 30808. Rel. Min. Maria Thereza, DJE de 28/04/2016. Disponível em: <<http://www.tse.jus.br/jurisprudencia/@@processrequest>>. Acesso em: 18 jun. 2017.

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: 18 jun. 2017.

REspe n. 25214. Rel. Min. Cesar Asfor Rocha, DJ de 11/09/2006. Disponível em: <<http://www.tse.jus.br/jurisprudencia/@@processrequest>>. Acesso em: 18 jun. 2017.

REspe n. 25883. Rel. Min. Cesar Asfor Rocha, DJ de 20/04/2007. Disponível em: <<http://www.tse.jus.br/jurisprudencia/@@processrequest>>. Acesso em: 18 jun. 2017.

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: 18 jun. 2017.

REspe n. 4198880. Rel. Min. Ricardo Lewandowski, DJE de 10/05/2010. Disponível em: <<http://www.tse.jus.br/jurisprudencia/@@processrequest>>. Acesso em: 18 jun. 2017.

REspe n. 36992. Rel. Min. Cármen Lúcia, DJE de 28/09/2010. Disponível em: <<http://www.tse.jus.br/jurisprudencia/@@processrequest>>. Acesso em: 18 jun. 2017.

REspe n. 49928. Rel. Min. Nancy Andrighi,
RJTSE de 01/12/2011. Disponível em:
<<http://www.tse.jus.br/jurisprudencia/@@processrequest>>. Acesso em: 18 jun. 2017.

REspe n. 36359. Rel. Min. Gilson Dipp, DJE
de 06/03/2015. Disponível em:
<<http://www.tse.jus.br/jurisprudencia/@@processrequest>>. Acesso em: 18 jun. 2017.

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: 18 jun. 2017.

REspe n. 12854. Rel. Min. Herman Benjamin,
DJE de 26/10/2016. Disponível em:
<<http://www.tse.jus.br/jurisprudencia/@@processrequest>>. Acesso em: 18 jun. 2017.

REspe n. 8547. Rel. Min. Herman Benjamin,
DJE de 19/12/2016. Disponível em:
<<http://www.tse.jus.br/jurisprudencia/@@processrequest>>. Acesso em: 18 jun. 2017.

REspe n. 64036. Rel. Min. Gilmar Mendes,
DJE de 19/08/2016. Disponível em:
<<http://www.tse.jus.br/jurisprudencia/@@processrequest>>. Acesso em: 18 jun. 2017.

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: 18 jun. 2017.

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: 18 jun. 2017.

REspe n. 63761. Rel. Min. Henrique Neves.
DJE de 21/05/2015. Disponível em:
<<http://www.tse.jus.br/jurisprudencia/@@processrequest>>. Acesso em: 18 jun. 2017.

REspe n. 36359. Rel. Min. Gilson Dipp, DJE
de 06/03/2015. Disponível em:
<<http://www.tse.jus.br/jurisprudencia/@@processrequest>>. Acesso em: 18 jun. 2017.

REspe n. 20289. Rel. Min. Maria Thereza,
DJE de 15/12/2015. Disponível em:
<<http://www.tse.jus.br/jurisprudencia/@@processrequest>>. Acesso em: 18 jun. 2017.

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: 18 jun. 2017.

REspe n. 67742. Rel. Min. Luiz Fux. DJE de
05/10/2016. Disponível em:
<<http://www.tse.jus.br/jurisprudencia/@@processrequest>> Acesso em: 18 jun. 2017.

Respe n. 72681. Rel. Min. Luciana Lóssio,
DJE de 17/11/2016. Disponível em:
<<http://www.tse.jus.br/jurisprudencia/@@processrequest>> Acesso em: 18 jun. 2017.

REspe n. 67604. Rel. Min. Henrique Neves,
DJE de 19/11/2014. Disponível em:
<<http://www.tse.jus.br/jurisprudencia/@@processrequest>> Acesso em 18 jun. 2017.

REspe n. 104683. Rel. Min. Marco Aurélio,
DJE de 20/05/2015. Disponível em:
<<http://www.tse.jus.br/jurisprudencia/@@processrequest>> Acesso em: 18 jun. 2017.

Rp nº 240991. Rel. Min. Cármen Lúcia.
Sessão do dia 25/08/2010. Disponível em:
<<http://www.tse.jus.br/jurisprudencia/@@processrequest>>. Acesso em: 18 jun. 2017.

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

CANOTILHO, J.J. Gomes. *Direito Constitucional e Teoria da Constituição*. 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: 22 jun. 2017.

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 Guilherme; 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 Guilherme; 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.