



ISSN 2447-9403

TRIBUNAL REGIONAL ELEITORAL DE MATO GROSSO

REVISTA
DEMOCRÁTICA

VOLUME 3 • 2017



Escola Judiciária
ELEITORAL

Coordenadora Palmyra Pimenta
TRE-MT

A GRAVAÇÃO AMBIENTAL NO PROCESSO ELEITORAL

Ulisses Rabaneda¹

RESUMO

A gravação ambiental obtida sem autorização judicial, utilizada como prova, tem despertado debates acalorados sobre sua constitucionalidade, seja no processo eleitoral, criminal, civil ou administrativo. Isto porque em jogo está a proteção constitucional à intimidade, vida privada, e, de outro, o combate à corrupção e ilícitos eleitorais, valores importantes para a democracia, autenticidade eleitoral e vida social harmônica. O presente artigo objetiva, pois, esclarecer como o Supremo Tribunal Federal e o Tribunal Superior Eleitoral tem tratado este tema, fazendo um breve diálogo entre a jurisprudência de ambos os Tribunais.

PALAVRAS-CHAVE: 1. Gravação ambiental 2. Crime eleitoral
3. Processo eleitoral

1 Gravação ambiental: conceitos e diferenças

Inicialmente, necessário conceituarmos a gravação ambiental, diferenciando-a da escuta e da interceptação, para delimitarmos o âmbito de estudo desta figura probatória cada vez mais utilizada nos processos judiciais.

¹ Juiz - Membro do Tribunal Regional Eleitoral de Mato Grosso - TRE-MT. Advogado. Especialista em Ciências Criminais (UNUMA – LFG). Pós-Graduado em Processo Penal (IBCCRIM ; Universidade de Coimbra). Professor universitário licenciado.

Segundo Avolio (2012), a interceptação, escuta e a gravação assim se diferenciam:

a. Interceptação ambiental ou telefônica, em sentido estrito: É a captação da conversa telefônica por um terceiro, sem o conhecimento dos interlocutores (AVOLIO, 2012, p. 97);

b. Escuta ambiental ou telefônica: corresponde à interceptação de uma conversa, mediante o consentimento de um dos interlocutores, “o que, no entanto, não desnatura a característica de interceptação telefônica, uma vez que realizada por terceiro” (AVOLIO, 2012, p. 100);

c. Gravação ambiental ou telefônica: ocorre quando um dos interlocutores registra o diálogo, sem a anuência dos outros interlocutores e sem a intervenção de terceiros (AVOLIO, 2012, p. 102).

Ao discorrer sobre o tema, Ada Pellegrini Grinover, Antonio Scaranze Fernandes e Antonio Magalhães Gomes Filho asseveram que:

[...] entende-se por interceptação a captação da conversa por um terceiro, sem o conhecimento dos interlocutores ou com o conhecimento de um só deles. Se o meio utilizado for o “grampeamento” do telefone, tem-se a interceptação telefônica; se tratar de captação de conversa por um gravador, colocado por terceiro, tem-se a interceptação entre presentes, também chamada de interceptação ambiental. Se um dos interlocutores grava a sua própria conversa, telefônica ou não, com o outro, sem o conhecimento deste, fala-se apenas em gravação clandestina (GRINOVER et al., 1997, p.).

Como se vê, enquanto a escuta e a interceptação têm a participação de um terceiro captando o diálogo, o que afasta qualquer dúvida sobre a necessidade de autorização judicial, a gravação não se dá com a participação de ninguém senão os próprios interlocutores, em que um deles, autor da captação dos áudios, não dá conhecimento ao outro sobre o registro realizado.

2 Da gravação ambiental segundo a Constituição Federal, a lei e o Supremo Tribunal Federal

Muito já se debateu – e ainda tem se debatido – sobre a validade da gravação ambiental como meio de prova em processos judiciais, quando desprovida de autorização judicial.

O ponto de partida para este estudo é o texto Constitucional, que trouxe limitação absoluta à utilização de provas ilícitas em processos judiciais, incluindo, nestas, aquelas produzidas em franca violação a um dos seus postulados.

Consta, no Art. 5º XII da Constituição, que “é inviolável o sigilo da correspondência e das comunicações telegráficas, de dados e das comunicações telefônicas, *salvo, no último caso, por ordem judicial, nas hipóteses e na forma que a lei estabelecer para fins de investigação criminal ou instrução processual penal*” (grifo do autor).

Quando se trata de comunicação telefônica, pois, resta claro que sua vulneração somente se admite com autorização judicial, não se extraindo, por outro lado, uma regra tão clara quando se trata de diálogo ambiental.

Para este tema, além da utilização análoga do já citado dispositivo, surge o art. 5º X do texto Constitucional, no qual se lê que “*são invioláveis a intimidade, a vida privada, a honra e a imagem das pessoas, assegurado o direito à indenização pelo dano material ou moral decorrente de sua violação*”.

Sempre que malversadas estas regras Constitucionais, com o objetivo de utilização do objeto da violação em processo judicial, aciona-se o art. rt. 5º LVI da Constituição Federal, para quem “*são inadmissíveis, no processo, as provas obtidas por meios ilícitos*”.

Resta bastante claro, portanto, que as interceptações de um modo geral, seja telefônica ou ambiental, demanda autorização judicial. No entanto, vácuo existe sobre a gravação, que, conforme visto, é aquela realizada por um dos interlocutores.

Sobre o tema, editou-se a Lei nº 9.034/95, com a seguinte redação:

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**; (grifo do autor).

Mencionada lei teria o condão de acabar com qualquer dúvida a respeito da necessidade de autorização judicial também na gravação ambiental, no entanto, a controvérsia não cessou.

Isto porque vozes com respeitabilidade jurídica continuaram a sustentar que as expressões “*captação*” e “*interceptação*”, previstas na lei, pressupunham a existência de terceira pessoa na obtenção dos diálogos, fazendo com que, no caso de gravação, fosse dispensável a autorização judicial.

O Supremo Tribunal Federal, após muito enfrentar a controvérsia (v. g. AI-AgR 503.607; RE-AgR 402.035; HC n. 75.261; AI 578.858; AP n. 447; AI-AgR 666.459; HC n. 87.341; HC n. 75.338; Inq. 657; RE n. 212.081), o fez novamente no ano de 2009, quando

em pleno vigor a citada Lei nº 9.034/95, ocasião em que julgou o RE 583.937/RJ, com repercussão geral reconhecida.

Naquela ocasião, a Suprema Corte reafirmou seu entendimento no sentido de que a gravação ambiental, que é feita por um dos interlocutores, é lícita e pode ser usada em processo judicial.

O julgado restou assim ementado:

ACÇÃO 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.

Para assim decidir, o Supremo Tribunal Federal, reiteradas vezes, afirmou que *“não há ilicitude alguma no uso de gravação de conversa telefônica feita por um dos interlocutores, sem conhecimento do outro, com a intenção de produzir prova do intercurso, sobretudo para defesa própria em procedimento criminal, se não pese, contra tal divulgação, alguma específica razão jurídica de sigilo e nem de reserva, como a que, por exemplo, decorra de relações profissionais ou ministeriais [...]”*. (grifo do autor) – (STF, RE n. 402.717; DJE de 13.02.2009; rel. Min. Cezar Peluso).

Esta posição da Suprema Corte repercutiu para os mais variados tribunais brasileiros, inclusive o STJ, que sedimentou sua jurisprudência no mesmo sentido, ou seja, da licitude da gravação ambiental mesmo sem autorização judicial, veja:

ACÇÃO PENAL ORIGINÁRIA. Penal e processo penal.
CRIME ELEITORAL. Falsidade ideológica eleitoral.
Competência do STJ. Desmembramento do processo.

Acusado com prerrogativa de foro. Possibilidade. Mudança na capitulação legal do fato descrito na denúncia, sem alteração da conduta fática imputada ao réu. Pedido formulado pelo ministério público antes do recebimento da denúncia. viabilidade. Inépcia da denúncia não configurada. **Justa causa demonstrada. Gravação ambiental por um dos interlocutores. LICITUDE. Conduta típica. Denúncia recebida.** [...] 5. É lícita a prova consistente em gravação ambiental realizada por um dos interlocutores, ainda que sem o conhecimento do outro. Precedente do STF decidido em repercussão geral (RE 583.937, Rel. Ministro CEZAR PELUSO). [...] 8. Verificando-se a existência de indícios suficientes de materialidade e de autoria de conduta típica, antijurídica e culpável, é cabível o recebimento da denúncia [STJ; APn 693 / PA; j. em 17.06.2015; Rel. Min. Raul Araújo] (grifo do autor).

Como destacado, a Suprema Corte, mesmo na vigência da Lei nº 9.034/95, já havia consolidado o entendimento de que a gravação ambiental é lícita, mesmo que desprovida de autorização judicial.

Com a entrada em vigor da Lei nº 12.850/2013, a Lei nº 9.034/95 foi revogada, de modo que, se antes havia um dispositivo legal que indicava a necessidade de autorização judicial para as gravações, agora, com a lei de organização criminosa, este dispositivo deixou de existir.

Por outro lado, quem defende a necessidade de autorização judicial, mesmo nas gravações ambientais, tem utilizado o argumento respeitabilidade incontestede que a vedação à produção desta prova sem audiência do Judiciário decorre da Constituição Federal.

É neste sentido os ensinamentos do professor Luiz Flávio Gomes, para quem:

De acordo com a redação da revogada Lei nº 9.034/1995 (antiga lei de Combate às Organizações Criminosas) para a implementação da Vigilância Eletrônica era necessária “circunstanciada” autorização judicial. A Lei nº 12.8520/2013, todavia, não repetiu essa exigência, mas por observância ao artigo 93, IX da CF (onde exige que toda decisão seja fundamentada) e por implicar em medida que atinge direitos fundamentais (a exemplo da privacidade), entendemos ser necessária autorização judicial, em especial quando se tratar de domicílio ou locais com proteção constitucional equivalente ou em locais semipúblicos (restaurantes ou similares) (GOMES, 2015, p. 413).

Importa dizer, em remate, que a jurisprudência do STF se consolidou tendo como motivo determinante a utilização da gravação para defesa dos direitos daquele que efetua a captação do áudio, não havendo posição tão clara quando se tratar de hipótese diversa.

Dessa forma, em que pese se possa argumentar que o Supremo pacificou a questão da admissibilidade da gravação ambiental, feita sem o conhecimento de um dos interlocutores, no sentido da admissibilidade irrestrita da prova, não houve ainda um pronunciamento do Tribunal Pleno em que o quadro fático seja o uso em situação na qual não se verificava hipótese de excludente de ilicitude.

Assim, bem delineada a evolução do tema no âmbito do Supremo Tribunal Federal, necessária se faz a análise de seus desdobramentos no Tribunal Superior Eleitoral.

3 Da gravação ambiental como prova segundo o Tribunal Superior Eleitoral

Na seara eleitoral, a gravação ambiental desprovida de autorização judicial tem sofrido severa variação jurisprudencial. Isto porque, aqui, nem sempre se usa a gravação para defesa de interesse particular de defesa, mas, sim, para fins de se alcançar o poder, razão da controvérsia. (suprimir a vírgula após particular)

Ilustrativo precedente do TSE é o do RO 507/MT, julgado pelo Ministro Sálvio de Figueiredo Teixeira, no ano de 2001, que versava sobre a hipótese de um vereador que propôs a desistência de sua candidatura para apoiar candidato da oposição ao cargo de prefeito, gravando diálogo sem a ciência do interlocutor.

Naquela ocasião, a questão restou assim decidida:

RECURSO ORDINÁRIO RECEBIDO COMO ESPECIAL. APLICAÇÃO DO PRINCÍPIO DA FUNGIBILIDADE RECURSAL. FITA CASSETE CONTENDO GRAVAÇÃO DE DIÁLOGO FEITA POR UM DOS INTERLOCUTORES. LEGÍTIMA DEFESA. NÃO CONFIGURAÇÃO. PROVA ILÍCITA. ABUSO DE PODER ECONÔMICO E DE AUTORIDADE. EXAME DA MATÉRIA PREJUDICADO. PRECEDENTES DO SUPREMO TRIBUNAL FEDERAL. RECURSO A QUE SE NEGA SEGUIMENTO. (...) III - A prova consistente em fita cassete contendo gravação de diálogo efetuada por um dos interlocutores, sem o conhecimento do outro ou dos demais, não produzida para uso futuro, em defesa, é de ser tida como ilícita, a teor da jurisprudência do Supremo Tribunal Federal, da qual o relator, respeitosamente, guarda reserva. IV- Ilícita a prova dos autos, prejudicado fica, com suporte na

doutrina dos frutos da árvore envenenada (*fruits of the poisonous tree*), o exame da matéria atinente à alegação de ocorrência de prática de abuso de poder econômico e de autoridade [TSE - RO n. 507/MT, Rel. Min. SÁLVIO DE FIGUEIREDO, DJ de 14.5.01].

Posteriormente, no ano de 2003, novo julgamento do TSE sobre o tema, agora da relatoria do Ministro Fernando Neves, em que se decidiu:

RECURSO ESPECIAL - INVESTIGAÇÃO JUDICIAL - CONVERSAS - GRAVAÇÕES NÃO AUTORIZADAS POR UMA DAS PARTES - PROVA ILÍCITA - TESTEMUNHAS - DEPOIMENTOS - PROVA CONTAMINADA - NULIDADE - REEXAME DE PROVA. RECURSO NÃO CONHECIDO. [TSE - REspe n. 20.945/SC, Acórdão de 18.2.03, Rel. Min. FERNANDO NEVES, DJ de 23.5.03].

Outros precedentes foram produzidos pelo TSE no mesmo sentido, a saber: Respe n. 21.248/SC, **Rel. Min. FERNANDO NEVES**, DJ de 08.8.03; Respe nº 21.261/MG, **Rel. Min. FRANCISCO PEÇANHA MARTINS**, DJ de 05.3.04; MC n. 1645/SP, Decisão de 28.4.05, **Rel. Min. CARLOS EDUARDO CAPUTO BASTOS**, DJ de 04.5.05 (grifos do autor). No ano de 2006 e 2010, contudo, em uma guinada jurisprudencial, o Tribunal Superior Eleitoral, julgando dois casos distintos, decidiu por validar a gravação ambiental sem autorização judicial, recebendo os julgados a seguinte ementa, na parte interessante:

Agravo regimental em recurso especial. Captação ilícita de sufrágio. Prova consubstanciada em gravação ambiental. [...] 4. A gravação ambiental realizada por

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

AGRAVO REGIMENTAL. RECURSO ESPECIAL ELEITORAL. DECISÃO AGRAVADA EM CONSONÂNCIA COM A JURISPRUDÊNCIA DA CORTE. GRAVAÇÃO CLANDESTINA. POSSIBILIDADE. AGRAVO REGIMENTAL DESPROVIDO. I - É lícita a prova obtida por meio de gravação de conversas por um dos interlocutores, sem a ciência do outro, para documentar a ocorrência de eventuais ilícitos a serem apurados em juízo. II - Agravo regimental desprovido. [AgR-Respe nº 36.035 (43614-37.2009.6.00.0000)/CE, Rel. Min. RICARDO LEWANDOWSKI, julgado em 18.3.2010, DJe 10.5.2010].

Já por ocasião do Respe nº 36.992, o Tribunal Superior Eleitoral, desta vez pelas mãos do Ministro Marco Aurélio Mello, mais uma vez opta por declarar ilícita a gravação ambiental sem autorização judicial, veja:

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 [TSE; Respe nº 344-26.2010.6.00.000; Rel. Min. Marco Aurélio Mello; j. em 16.08.2012].

O relator, na ocasião, assentou que

[...] a gravação ambiente submete-se à regra segundo a qual são invioláveis os dados, sendo que o afastamento da proteção não pressupõe gravação sub-reptícia, 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 no processo penal.

A Ministra Luciana Lóssio, na oportunidade, externou posicionamento de que não contraria a posição majoritária do Supremo Tribunal Federal, já que, conforme visto acima, a Suprema Corte enfrentou o tema sob a ótica do direito de defesa, não daquele atinente a uma exclusiva acusação.

Na ocasião, então, afirmou 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. Ainda na terça-feira,

no julgamento a que o Ministro Gilson Dipp fez referência de sua relatoria, na sustentação oral do Procurador-Geral da República, Roberto Monteiro Gurgel Santos, ele reconheceu que esse tipo de prova dá ensejo a verdadeiras armadilhas no processo eleitoral. Devemos rechaçar isso o quanto antes e veementemente. Por essas razões, acompanho o relator e os demais ministros (grifo do autor).

A partir de então, a jurisprudência do TSE teria se consolidado neste sentido, ou seja, da ilicitude da gravação ambiental desprovida de autorização judicial.

Em 2016, o TSE teve a oportunidade de enfrentar mais dois *habeas corpus*, nos quais a controvérsia foi novamente debatida, ocasião em que reafirmou sua jurisprudência quanto à ilicitude da prova contra o terceiro que desconhecia a gravação e a licitude da mesma em relação àqueles que efetuaram a captação, veja:

HABEAS CORPUS. GRAVAÇÃO AMBIENTAL EM LOCAL PRIVADO. ILCITUDE. DEPOIMENTO DOS AUTORES DA GRAVAÇÃO. ILCITUDE POR DERIVAÇÃO. ORDEM CONCEDIDA. **1. Esta Corte Superior firmou orientação no sentido da ilicitude da prova colhida por meio de gravação ambiental clandestina, sem autorização judicial e em violação à privacidade e à intimidade dos interlocutores. Precedentes.** 2. A exceção à regra da ilicitude da gravação ambiental feita sem o conhecimento de um dos interlocutores e sem autorização judicial ocorre quando a mídia registra fato que ocorreu à luz do dia, em local público desprovido de qualquer controle de acesso, pois, nesse caso, não há violação à intimidade ou que-

bra da expectativa de privacidade (REspe nº 1660-34, rel. Min. Henrique Neves, DJe de 14.5.2015), o que não se aplica ao caso dos autos. 3. É inadmissível, por derivação, o depoimento das pessoas que realizaram a gravação ambiental tida por ilegal. Precedentes. 4. Ordem concedida. [Habeas Corpus nº 30808, Acórdão de 01/03/2016, Relator(a) Min. MARIA THEREZA ROCHA DE ASSIS MOURA, Publicação: DJE - Diário de justiça eletrônico, Data 28/04/2016, Página 54].

ELEIÇÕES 2012. HABEAS CORPUS. CRIME DE CORRUPÇÃO ELEITORAL. ART. 299 DO CÓDIGO ELEITORAL. GRAVAÇÃO AMBIENTAL REALIZADA PELOS ELEITORES QUE VENDERAM O VOTO. LICITUDE DA PROVA. 1. A gravação ambiental que registra o crime de corrupção, quando realizada pelos próprios eleitores que venderam o voto, pode ser utilizada contra eles no processo penal. Do contrário, a eles seria permitido aproveitar-se da ilicitude a que deram causa. **2. A gravação ambiental não viola a privacidade e intimidade de quem teve a iniciativa da diligência.** 3. É irrelevante que a gravação ambiental tenha sido considerada ilícita em relação ao prefeito em ações eleitorais julgadas por esta Corte. 4. Ordem denegada. [Habeas Corpus nº 44405, Acórdão de 01/03/2016, Relator(a) Min. MARIA THEREZA ROCHA DE ASSIS MOURA, Relator(a) designado(a) Min. GILMAR FERREIRA MENDES, Publicação: DJE - Diário de justiça eletrônico, Tomo 86, Data 05/05/2016, Página 39-40] (grifos do autor).

Ainda recentemente, o TSE, analisando gravação ambiental ocorrida em local público, situação que se diferencia das anteriores analisadas, entendeu pela licitude da prova, mantendo-a nos autos.

Trata-se do Respe 8547, em que o Ministro Herman Benjamin assentou que “*vídeo realizado em local aberto ao público e sem nenhum controle de acesso não está protegido pelas garantias constitucionais de privacidade e intimidade (art. 5º, X, da CF/88), sendo, portanto, lícito*”.

4 Conclusão

Portanto, o tema gravação ambiental, especialmente no âmbito eleitoral, ainda possui opiniões oscilantes, prevalecendo, ainda, posição majoritária pela sua inadmissibilidade quando desprovida de autorização judicial, merecendo o tema, contudo, constante análise de cada caso concreto e profunda reflexão dos juízes eleitorais.

REFERÊNCIAS

AVOLIO, Luiz Francisco Torquato. **Provas ilícitas: interceptações telefônicas, ambientais e gravações clandestinas**. 5. ed. rev., atual. e ampl. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2012.

GOMES, Luiz Flávio. **Organizações criminosas e técnicas especiais de investigação**. Salvador: Juspodvm, 2015.

GRINOVER, Ada Pellegrini; FERNANDES, Antonio Scarance; GOMES FILHO, Antonio Magalhães. **As nulidades no processo penal**. 6. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1997.