



ISSN 2447-9403

TRIBUNAL REGIONAL ELEITORAL DE MATO GROSSO

REVISTA

DEMOCRÁTICA

VOLUME 1 · 2015



Escola Judiciária
ELEITORAL

Desembargador Palmyro Pimenta

TRF6-MG

GRAVAÇÕES AMBIENTAIS COMO PROVAS NAS AÇÕES ELEITORAIS E GARANTISMO JURÍDICO

Pedro Francisco da Silva¹

RESUMO

O propósito deste trabalho é construir um regime de validade das gravações ambientais, sem autorização judicial, como meio de prova nas ações eleitorais, com base na Teoria Geral do Garantismo Jurídico. Para alcançar esse desiderato, apresenta-se um breve panorama dessa rica concepção teórica formulada por Luigi Ferrajoli, para, depois, analisar a validade das gravações ambientais nas mais diferentes situações em que elas são constituídas como fatos jurídicos, apresentando as hipóteses nas quais o conteúdo gravado poderá ser valorado pelo juiz, como prova relevante para solução de uma controvérsia, nos domínios do Direito Eleitoral, em contraposição àquelas outras, cuja utilização como meio de prova fora constitucionalmente vedada.

PALAVRAS-CHAVE: 1. Gravações ambientais 2. Regime de validade
3. Ações eleitorais 4. Garantismo jurídico

1 Introdução

Este trabalho dedica-se ao estudo da produção probatória no Direito Eleitoral sob a perspectiva da Teoria Geral do Garantismo Jurídico, formulada por Luigi Ferrajoli, concepção teórica que se apresenta como capaz de mensurar o grau de legitimidade do Estado pelo nível de respeito e efetivação dos direitos fundamentais, oferecendo uma proposta para superar as contradições que se instalaram nas estruturas do Estado de Direito contemporâneo.

Adotaremos um recorte metodológico que possibilite o estudo da gravação ambiental, sem prévia autorização judicial, como meio de produção de prova nas ações eleitorais em atenção às necessidades da prática jurídica, haja vista que os novos instrumentos de controle das eleições e a crescente evolução dos recursos tecnológicos fizeram com que a Justiça Eleitoral se defrontasse cada vez mais com inúmeros casos dessa natureza, cuja solução passa pela análise da licitude da prova produzida nos autos.

O estudo do tema proposto será precedido de uma breve incursão pela Teoria Geral do Garantismo Jurídico, destacando-se algumas premissas básicas do referencial teórico adotado. Na sequência, faremos uma análise da produção probatória no processo, introduzindo, nesse contexto, a gravação ambiental, sem prévia autorização judicial, como instrumento probatório nas ações eleitorais, sem perder de vista a

¹ Doutorando em Direito (PUCSP), Mestre em Direito (UFSC), Juiz Federal e Professor da UFMT. Foi Juiz-Membro Titular do TRE-MT e do TRE-AC.

jurisprudência disponível sobre o tema, revelando assim os limites de validade desse meio de prova nos domínios do Direito Eleitoral.

2 Teoria geral do garantismo jurídico

Recorrentes violações à dignidade da pessoa e a seus direitos fundamentais motivaram o surgimento de uma teoria que se propõe a buscar respostas para superação da crise do Direito e da razão jurídica na própria intimidade do ordenamento jurídico, forjando um instrumental prático-teórico capaz de tutelar os direitos contra a irracionalidade do exercício do poder, nas esferas pública ou privada, deslegitimando todo e qualquer modelo de controle social que privilegie a defesa social em detrimento dos direitos e garantias individuais.

De acordo com Ferrajoli (2006, p. 786), há uma enorme distância entre a normatividade estabelecida no plano constitucional e a sua efetividade nos planos inferiores, levando à constatação de que esse modelo não passa de uma fachada de cunho ideológico.

Sérgio Cademartori (2007, p. 91) reconhece que a teoria geral do garantismo jurídico, embora pensada originariamente dentro da matriz penalista, cumpre satisfatoriamente a tarefa de formular os contornos do Estado de Direito, propondo um resgate de sua legitimação.

Denota-se que referida teoria está alicerçada no respeito à dignidade da pessoa humana e seus direitos fundamentais, tendo como objetivo maior a sujeição das práticas jurídicas à Constituição, não apenas no aspecto formal, mas, especialmente, no plano material, como acentua Alexandre Morais da Rosa:

[...] a legitimação do *Estado Democrático de Direito* deve suplantar a mera democracia formal, para alcançar a *democracia material*, na qual os Direitos Fundamentais devem ser respeitados, efetivados e garantidos sob pena da deslegitimação paulatina das instituições estatais. [...] o *garantismo jurídico* baseia-se, desta feita, nos direitos individuais – vinculados à tradição *iluminista* – com o escopo de articular mecanismos capazes de limitar o poder do Estado soberano, sofrendo, como curial, as influências dos acontecimentos históricos, especificamente a transformação da sociedade relativamente à tutela dos direitos sociais de liberdade, bem como do levante *neoliberal*. (ROSA, 2005, p. 4).

Na concepção de Ferrajoli (1997, p. 89-91), a crescente crise do Direito pode assumir três pontos de vista: uma *crise da legalidade*, que poderia ser caracterizada pela usurpação do exercício do poder, corroborada pela ausência de mecanismo eficiente de controle, por parte dos titulares; uma *crise do Estado Social*, notabilizada pela não realização das promessas de bem-estar social, em decorrência da inadequada estrutura das formas de Estado de Direito e, finalmente, uma *crise do Estado Nacional*, pela alteração do sistema de fontes das quais emergem a soberania, resultando num enfraquecimento do constitucionalismo.

Essas três formas de crise do Direito representam considerável risco para a

democracia, pois, em todos os níveis referidos, verifica-se um grave ataque ao princípio da legalidade, permitindo a reprodução no ordenamento jurídico de novas formas de absolutismo, o que justifica a necessidade de resgate da dimensão democrática do Estado de Direito Constitucional.

Diante dessa premência, a teoria garantista propõe “um modelo ideal de Estado de Direito, ao qual os diversos Estados Reais de Direito devem aproximar-se, sob pena de deslegitimação” . (CADEMARTORI, 2007, p. 91). Nesse plano, os conteúdos substanciais do Direito também são programados, assim como suas formas de produção, encontrando-se vinculados normativamente aos princípios e valores presentes nas constituições, através de técnicas de garantias.

2.1 Os significados do termo garantismo

É fato que o garantismo jurídico vem sendo adotado pelas Constituições como parâmetro de racionalidade, de justiça e de legitimidade da intervenção punitiva. Entretanto, o grande problema reside no seu desatendimento pela prática jurídica, circunstância que pode relegá-lo à função de simples referência, com mero papel de mistificação ideológica.

Hoje, após transposição da teoria da seara penal para os demais ramos jurídicos, pode-se compreender o termo “garantismo” sob três diferentes significados, embora conexos entre si, quais sejam: um modelo normativo de Direito; uma teoria crítica do Direito, e uma filosofia do Direito e crítica da política.

2.1.1 Garantismo jurídico como modelo normativo de direito

Conforme Ferrajoli (2006, p.786), enquanto modelo normativo de Direito, o garantismo identifica-se com o princípio da estrita legalidade, modelo próprio do Estado de direito, comportando subdivisões em três planos: *epistemológico*, caracterizando-se como um sistema cognitivo ou de poder mínimo; *político*, revelando-se como uma técnica de tutela que pode minimizar a violência e maximizar a liberdade e, finalmente, no plano *jurídico* como um sistema de vínculos impostos à função punitiva do Estado em garantia dos direitos dos cidadãos. Desse modo, a caracterização de um sistema jurídico como garantista requer a sua conformação normativa com esse modelo, acrescido de uma circunstância inseparável: a sua satisfação efetiva.

Na medida em que se o reconhece como um modelo limite, torna-se mais adequado identificar o grau de garantismo presente em cada sistema analisando o modelo constitucional, em face do seu efetivo funcionamento, em vez da simples rotulação dos sistemas como garantistas ou antigarantistas. É dizer:

[...] mensuraremos a adequação de um sistema constitucional, sobretudo pelos mecanismos de invalidação e de reparações idôneos, de modo geral, a assegurar efetividade aos direitos normativamente proclamados: uma Constituição pode ser muito avançada em vista dos princípios e direitos sancionados e não passar de um pedaço de papel, caso haja defeitos de técnicas coercitivas – ou seja, de garantias – que propiciem o controle e a neutralização do poder e do direito ilegítimo. (FERRAJOLI, 2006, p. 786).

Esta acepção do garantismo permite desvendar o modo de funcionamento do moderno Estado de Direito, o qual pode ser compreendido, conforme sugere Norberto Bobbio, a partir das expressões: governo *per leges* (mediante leis gerais e abstratas), ou governo *sub lege* (submetido às leis).

O governo *per leges* se expressa mediante leis predominantemente gerais e abstratas, e não por meio de atos particulares, privilégios, ou estatutos pessoais, enquanto a produção normativa deve ter sua gênese na vontade geral, a fim de evitar que governos absolutistas ou autoritários, apenas pela circunstância de produzirem leis gerais e abstratas, possam ser considerados como Estados de Direito. (PEÑA, 1997, p. 48).

A generalidade e a abstração das normas atendem à exigência de igualdade, enquanto sua emanção, como fruto da vontade geral, satisfaz à exigência de liberdade como autonomia ou como determinação autônoma não autoritária.

O governo *sub lege* pode ser tomado em sentido fraco, lato ou formal, significando que qualquer poder deve ser conferido por lei e exercido mediante formas ou procedimentos por ela estabelecidos. Entretanto, esse mesmo poder também pode ser empregado em sentido forte, estrito ou substancial, para se considerar que qualquer poder deve ser limitado pela lei, não só em sua forma, mas, igualmente, em relação ao seu conteúdo.

Constata-se que o conceito original de Estado de Direito sofreu uma mutação substancial, não mais podendo ser identificado como aquele simplesmente organizado e limitado pelo Direito. Dá-se o nome de Estado Garantista aos Estados de Direitos Constitucionais que tenham uma constituição rígida e que, nos níveis normativos superiores, apresentam limites formais e substanciais ao exercício dos poderes. Portanto, nesse novo modelo de Estado, todos os poderes são limitados formal e materialmente pelos deveres jurídicos, de modo que sua violação causa a invalidade jurídica do ato e expõe seus autores a responsabilidade.

Reconhecer os limites substanciais impostos pela Constituição assume grande importância, em vista de alguns problemas comuns a todas as democracias avançadas, como a crescente desordem do estado contemporâneo, causada não só pelo aumento das demandas na vida social e econômica – que costumam desencadear práticas discricionárias no processo de sua satisfação – mas também pela redução da capacidade de regulação do direito, a inadequação e a falta de efetividade de suas técnicas de garantia e pela tendência do poder político de se furta aos controles jurídicos.

Nesse ponto, o modelo garantista ultrapassa o puro procedimento, suplantando a mera formalidade, para chegar a uma democracia substancial, na qual os Direitos Fundamentais assumem um papel preponderante, pois propiciam a mensuração da concretização da Constituição.

Não se pode olvidar que a ampliação dos direitos e garantias, bem como dos deveres públicos, aumentam as possibilidades de distanciamento entre normatividade e efetividade, entre validade e vigor, entre *dever ser* e *ser* do direito. Isso porque a enunciação de direitos, garantias e deveres públicos equivale à estipulação de valor, que guarda consigo uma certa utopia. Daí a paradoxal convivência com um determinado nível de ilegitimidade jurídica do Estado de Direito, decorrente das promessas formuladas nos níveis superiores e não mantidas em seus níveis inferiores,

circunstância que nos remete à pertinente advertência de Norberto Bobbio (1992, p. 25), no sentido de que o problema grave de nosso tempo, com relação aos direitos do homem, não é mais o de fundamentá-los, e, sim, o de protegê-los.

Luigi Ferrajoli reconhece que a divergência entre *dever ser* e *ser* do direito faz parte da imperfeição do mundo, mas, ainda assim, os titulares dos direitos não satisfeitos podem, no plano jurídico, aproximar essas duas realidades, retirando a legitimidade dos poderes públicos, invalidando suas ações ou omissões ou mesmo vinculando-os às prestações correspondentes. A análise das formas desta perda da legitimação constitui um dos principais problemas teóricos de uma ciência jurídica garantista, pertinente ao segundo significado do termo “garantismo”.

2.1.2 Garantismo jurídico como teoria crítica do direito

A concepção do garantismo como uma teoria crítica do direito resulta na formulação de uma teoria jurídica da validade, da efetividade e da vigência normativas, cujos termos devem receber tratamentos diferenciados, já que não guardam identidades entre si.

Importa, nesse quadrante, captar a divergência existente entre os modelos normativos com suas tendências garantistas, em face das práticas efetivas, as quais possuem inclinações opostas. Do confronto dessas tendências, observa-se que os modelos normativos, embora válidos, são ineficazes; ao passo que as práticas efetivas, embora inválidas, são eficazes. Essa abordagem permite diferenciar o ser e o dever-ser *no* Direito, propondo uma nova definição para os conceitos tradicionais de validade, vigência, legitimidade e eficácia. Inaugura-se, assim, uma teoria da divergência entre normatividade e realidade, lançando críticas internas, científicas e jurídicas ao plano jurídico positivo em vigor, legitimando ou deslegitimando as normas existentes. (CADEMARTORI, 2007, p. 97-98).

Releva observar que o garantismo jurídico acrescenta a necessidade de se buscar também uma legitimidade jurídica substancial das normas inferiores, ou seja, um juízo de coerência e adequação às normas superiores.

Nesse contexto, a teoria do garantismo jurídico opera significativa alteração no esquema juspositivista clássico, que identifica a validade das normas com a sua existência, independentemente de qualquer juízo acerca de seu conteúdo. Significa dizer que na concepção formulada por teóricos, como Hans Kelsen, a validade de determinada norma depende unicamente de sua integração num dado ordenamento, determinada pela sua conformidade com as normas, por sua vez, integrantes desse ordenamento, que disciplinam a sua produção.

Pela concepção de Hans Kelsen, uma norma cujo conteúdo encontra-se em contradição com a Constituição mantém-se válida até ser declarada inválida pela forma determinada pelo próprio ordenamento jurídico. Assim sendo, denota-se que Kelsen adotou uma presunção geral de legitimidade, de modo a identificar todas as normas vigentes como válidas, valorizando a forma em detrimento do conteúdo das mesmas.

Mantendo-se distante das questões valorativas, Hans Kelsen ressaltou a distinção entre o mundo do ser, relacionado às ciências naturais e regido pela lei da causalidade, e o mundo do dever-ser, ao qual pertence o Direito, regulado pela

lei da imputação, segundo a qual a norma jurídica traz um juízo hipotético de determinada conduta, que, quando concretizada, provoca a aplicação da respectiva sanção. A aplicação da norma jurídica se dá conforme sua hierarquia, representada estruturalmente por uma pirâmide em cujo ápice encontra-se uma norma pressuposta (*Grundnorm*), servindo como fonte e fundamento de validade comum de todas as demais normas positivadas no sistema, inclusive a própria Constituição. Para a Teoria Pura do Direito, não se afere a validade de uma norma jurídica pela avaliação do seu conteúdo, mas, sim, pela constatação de que tenha sido criada de uma forma determinada, obedecendo ao critério formal previamente estabelecido.

Como Ciência do Direito, a teoria kelseniana assume um papel descritivo, que tem o propósito de conhecer seu objeto e descrevê-lo. O objeto desta Ciência é, portanto, o Direito positivo entendido como uma ordem normativa e coercitiva globalmente eficaz. Chamon Junior (2005, p. 38) observa que pouco importa “o conteúdo deste Direito: quanto a este conteúdo, a Ciência não pode emitir qualquer juízo de valor, mas tão-somente descrevê-lo enquanto conhecimento; do contrário não seria Ciência do Direito, mas Política”.

Wolkmer (2002, p. 166) observa que juristas marxistas assinalam que os postulados da neutralidade valorativa e da pureza metódica encobrem uma elaboração de cunho ideológico-burguês, apropriada à imutabilidade de qualquer *status quo* vigente, enquanto Cademartori (2007, p. 63) resume a relação kelseniana entre validade e eficácia, esclarecendo que a validade não se confunde com eficácia, mas esta é condição daquela, já que a norma sem eficácia perde sua validade, de modo que “a eficácia sustenta indiretamente a validade da norma, dado que somente pode postular-se validade de uma norma isolada quando ela pertencer a um ordenamento que, este sim, deve ser eficaz para ser obedecido”.

O garantismo jurídico, enquanto teoria crítica do direito, estabelece novas definições para as categorias tradicionais das normas jurídicas, rompendo com o modelo puramente formal do positivismo kelseniano, especialmente no ponto em que os conceitos de vigência e validade são entrelaçados, como se fosse uma mesma realidade, sem atenção para a distinção relativa à natureza formal da primeira e material da segunda.

Ferrajoli (1997, p. 63) acentua ser

[...] tarefa $\frac{3}{4}$ não só civil e política, mas antes científica $\frac{3}{4}$ do jurista valorar a validade ou invalidade das normas sob a base dos parâmetros de validade, tanto formais quanto substanciais, ditadas pelas normas jurídicas a elas superiores.

A legitimidade interna do sistema encontra-se segmentada em legitimidade jurídica formal (vigência) e legitimidade jurídica substancial (validade), que se refere aos conteúdos prescritos pelas normas superiores.

Seguindo o raciocínio de Cademartori (2007, p. 100-102), tem-se que as normas vigentes (existentes) no Estado de Direito podem ser válidas ou inválidas e eficazes ou ineficazes. Esse arcabouço teórico construído pelo garantismo enseja as distinções entre quatro diferentes predicados que se podem imputar às normas: justiça, vigência, validade e eficácia (efetividade):

- a) uma norma é “justa” quando responde positivamente a determinado critério de valoração ético-político (logo, extrajurídico);
- b) uma norma é “vigente” quando é despida de vícios formais; ou seja, foi emanada ou promulgada pelo sujeito ou órgão competente, de acordo com o procedimento prescrito;
- c) uma norma é “válida” quando está imunizada contra vícios materiais; ou seja, não está em contradição com nenhuma norma hierarquicamente superior;
- d) uma norma é “eficaz” quando é de fato observada pelos seus destinatários (e/ou aplicada pelos órgãos de aplicação).

Essa realidade conceitual forjada pelo garantismo jurídico repercute profundamente no papel reservado ao jurista, especialmente ao juiz, no Estado Constitucional de Direito, rompendo com o dogma de que todas as leis vigentes devem ser aplicadas, como decorre do pensamento juspositivista. Ocorre que uma determinada norma, embora vigente, pode ser inválida, porque não mantém coerência com os valores consagrados na Constituição, razão pela qual não deve ser aplicada pelo juiz. Confere-se ao juiz o dever e a responsabilidade de valoração da norma, devendo, por isso mesmo, escolher somente os significados compatíveis com as normas constitucionais substanciais e com os direitos fundamentais por elas estabelecidos, cuja técnica Ferrajoli (1997, p. 101) chamou de “jurisprudência alternativa”, pretendendo significar:

[...] interpretação da lei conforme a constituição e, quando a contradição é insanável, é dever do juiz de declarar a invalidez constitucional; portanto, já não é uma sujeição à lei de tipo acrítico e incondicional, mas sim sujeição, antes de mais, à constituição, que impõe ao juiz a crítica das leis inválidas por meio da sua reinterpretação em sentido constitucional ou a sua denúncia por inconstitucionalidade.

Constata-se que a proposta da teoria garantista refuta o preceito do positivismo dogmático, no qual o jurista dedica ao ordenamento jurídico um olhar meramente contemplativo e o juiz remete a sentença à condição de mero exercício de silogismo, sem qualquer capacidade de responder às expectativas das sociedades contemporâneas.

2.1.3 Garantismo jurídico como filosofia do direito e crítica da política

Nessa terceira dimensão, o garantismo designa uma filosofia política que impõe ao Direito e ao Estado uma justificação externa “com base nos bens e nos interesses dos quais a tutela ou a garantia constituem a finalidade”. (FERRAJOLI, 2006, p. 787). Pressupõe a distinção entre Direito e moral, entre validade e justiça, valoração do ordenamento do ponto de vista interno e externo ou mesmo entre o “ser” e o “dever ser” do direito. (FERRAJOLI, 2006, p. 787).

Nota-se que a assunção de um critério de valoração do ordenamento, sob o ponto de vista externo ou ético-político, como propõe Luigi Ferrajoli, guarda

pertinência com o pensamento iluminista, que remonta às origens do moderno Estado de direito e se refere a um olhar de baixo ou *ex populi*, ao contrário do ponto de vista interno ou jurídico, que parte do alto ou *ex parte principis*.

Nessa acepção, o termo garantismo permite estabelecer a crítica e a deslegitimação das instituições jurídicas positivas, por meio de uma doutrina filosófico-política, alicerçada numa rigorosa distinção entre direito e moral, validade e justiça, ponto de vista externo (ético-político) e ponto de vista interno (jurídico).

Para melhor compreensão do resultado que emerge da opção entre os pontos de vista interno e externo e que conduzem aos princípios de legitimação jurídica ou moral, Luigi Ferrajoli lança mão das doutrinas forjadas pela filosofia política e denominadas por Niklas Luhmann de “autopoéticas” e “heteropoéticas”, embora atribuindo a estas expressões significados diversos daqueles empregados por ele. Demonstra que as doutrinas do primeiro tipo justificam o Direito e o Estado como bens ou valores intrínsecos, fundando os sistemas políticos sobre si mesmos, enquanto as do segundo tipo “fundam as suas finalidades sociais, justificando as instituições políticas e jurídicas, males necessários para a satisfação dos interesses vitais dos cidadãos”. (FERRAJOLI, 2006, p. 812).

O ponto de vista das doutrinas autopoéticas é exclusivamente interno do Estado, que, enquanto fim ou valor, subordina a si mesmo, seja a sociedade, sejam os indivíduos. Por outro lado, as doutrinas do segundo tipo visualizam externamente a sociedade e as pessoas que a compõem, conferindo ao Estado um papel instrumental para tutela dos interesses daquelas.

Cademartori (2007, p. 213) registra que as doutrinas autopoéticas de legitimação política postulam princípios legitimadores *ex parte principis* (do alto), assumindo

[...] o princípio da legalidade não só como princípio jurídico interno, mas como princípio axiológico externo, reduzindo a legitimidade política à legalidade jurídica, atribuindo valor às leis em função de sua forma ou de sua fonte (*duce* ou partido, por exemplo).

Ferrajoli (2006, p. 813) exemplifica, como doutrinas de legitimação deste tipo aquelas que fundam a soberania do Estado sobre identidades metafísicas e meta-históricas, como Deus, a religião, a natureza e similares.

Por outro lado, para as doutrinas heteropoéticas de legitimação do Estado e do Direito, o Estado é um meio que se legitima unicamente pela finalidade de preservar e promover os direitos e garantias individuais, assumindo um ponto de vista externo ao Estado, que parte da sociedade e dos indivíduos que a compõem, os quais são os fins e valores que instituem o Estado para sua defesa, resultando numa legitimação *ex parte populis* (de baixo para cima). O Direito e o Estado foram criados pelo homem como poderes e normas que têm por finalidade proteger os interesses vitais dos indivíduos.

Contudo, impõe-se a advertência de que, para o garantismo jurídico, há uma irreduzível e inescapável ilegitimidade dos poderes no Estado de Direito, em qualquer uma das suas subdivisões: o Poder Judiciário, ao aplicar a lei ao caso concreto a título de cumprir a sua função típica, age com certa parcela de discricionariedade; o Poder Legislativo, afetado pela ausência de mandatos imperativos e a inexistência

de mediações burocráticas partidárias, assume uma representação aproximativa e imperfeita, enquanto o Poder Executivo regula as relações econômicas e sociais a seu talante, aproveitando-se do deficiente controle parlamentar, exercendo amplamente uma capacidade normativa de conjuntura. (CADEMARTORI, 2007, p. 215).

Observa, ainda, Cademartori (2007, p. 216) que a aferição da legitimidade dos poderes realizada pelo garantismo é sempre *a posteriori* e contingente, relativamente a cada um dos seus atos singulares, de modo que “a legitimidade política é sempre mensurável em *graus*, dependendo da efetiva realização das funções externas de cada um dos poderes”. A crítica formulada pelo garantismo às teorias tradicionais tem fundamento, na medida em que se transformaram em ideologias de legitimação, aparentando-se não como parâmetros, mas como fonte de legitimação absoluta dos sistemas políticos sustentados em seu nome.

2.2 A teoria geral do garantismo jurídico e sua aplicabilidade

As três dimensões do garantismo acima enunciadas, inicialmente voltadas para o campo do direito penal, permitem delinear uma teoria geral do garantismo, que tem como pressuposto metodológico principal a separação entre direito e moral, e entre ser e dever ser, cujos elementos, segundo Ferrajoli (2006, p. 788) são:

[...] o caráter vinculado do poder público no Estado de direito; a divergência entre validade e vigor produzida pelos desníveis das normas e um certo grau irredutível de ilegitimidade jurídica das atividades normativas de nível inferior; a distinção entre ponto de vista externo (ou ético-político) e ponto de vista interno (ou jurídico) e a conexa divergência entre justiça e validade; a autonomia e a prevalência do primeiro e um certo grau irredutível de ilegitimidade política com relação a ele das instituições vigentes.

Comportando aplicação em todos os setores do ordenamento, a teoria geral do garantismo jurídico permite a elaboração, para qualquer ramo do Direito, com referência a outros direitos fundamentais e a outras técnicas ou critérios de legitimação, modelos de justiça e modelos garantistas de legalidade estruturalmente análogos ao penal. Nesse contexto, além de sustentar uma crítica ao positivismo, a referida teoria lança também críticas às ideologias, não só às de matrizes jusnaturalistas ou ético-formalistas, que confundem, no plano político externo, a justiça com o direito, ou pior, vice-versa; mas igualmente às ideologias jurídicas, sejam normativas ou realistas, que de seu turno entrelaçam, no plano jurídico interno, a validade com a vigência ou, ainda, a efetividade com a validade.

Forjar novas garantias e torná-las efetivas é muito mais uma missão fática e política do que jurídica, porque depende de uma vontade política, de uma predisposição dos poderes públicos para reconhecer a pessoa humana como o centro de suas atenções. Em verdade, trata-se de um processo construtivo que brota na intimidade da própria sociedade, a partir de sua capacidade de articulação para fazer valer os seus direitos e manter a dignidade que lhe é peculiar. É necessário, portanto, que cada cidadão adquira a consciência de que as aspirações da sociedade jamais

serão alcançadas enquanto ela permanecer numa posição de repouso, apenas à mercê da força de um “bom poder”.

Estabelecidos os contornos da teoria geral do garantismo jurídico, este trabalho avançará no sentido de aferir o nível de garantia aos direitos fundamentais do sistema jurídico brasileiro relacionado ao direito de participação política, conferindo um enfoque especial aos meios de produção de provas nas ações eleitorais instituídas como instrumentos de controle das eleições.

3 Gravações ambientais como provas nas ações eleitorais

3.1 Generalidades

Para que o processo possa alcançar o seu propósito de servir como instrumento eficaz para a entrega da tutela jurisdicional, diversos meios ou métodos de provas são disponibilizados pela legislação. Espera-se que a utilização racional desses instrumentais possa retratar o fato histórico de modo mais aproximado possível, por meio de uma narrativa convincente, no contexto dialético que emana do contraditório e da ampla defesa.

Como forma de preservação dessa racionalidade, a atividade probatória no processo está sujeita a limites impostos pela Constituição, que inadmite provas obtidas por meios ilícitos, conferindo assim proteção aos direitos e garantias individuais das partes ou de terceiros implicados na relação processual. Sob essa perspectiva é que estudaremos as gravações ambientais, sem prévia autorização judicial, como meio de provas nas ações eleitorais, buscando identificar o seu limite de validade.

Numa aproximação conceitual, pode-se dizer que gravação ambiental é aquela realizada no meio ambiente, consubstanciando-se na captação de sons e/ou imagens de uma comunicação direta entre os interlocutores, podendo assumir a forma clandestina, quando desconhecida por um ou por todos os interlocutores, ou autorizada, quando com a ciência e concordância destes ou decorrente de ordem judicial. (PACELLI, 2012, p. 337).

O bem jurídico protegido pelo regime de ilicitude das provas em comento, basicamente, é o direito à intimidade e a vida privada das pessoas envolvidas na comunicação, a partir do pressuposto de que todo cidadão tem o direito inalienável de escolher os destinatários de suas expressões falada ou gestual. Note-se que o que está em jogo é o conteúdo da comunicação, previamente direcionada pelo emissor a um único interlocutor ou a um grupo determinado de pessoas, não podendo essas manifestações verbais ou gestuais ser transportadas para além dos limites traçados por ele. Por isso, a captação ambiental realizada por um dos interlocutores, sem conhecimento dos demais, não representa nenhuma violação ao desígnio constitucional, enquanto o conteúdo gravado não for utilizado fora do âmbito circunscrito pelo emissor.

Significa dizer que a gravação feita por um interlocutor, com ou sem conhecimento dos demais, não revela, em si, nenhuma inconstitucionalidade, mas a utilização do conteúdo gravado é que exige uma indagação em torno da violação dos direitos individuais das pessoas enredadas naquele evento, por afronta ao artigo 5º, inciso X, da Constituição Federal. Para responder a essa indagação, deve-se ter em mente que o regime de invalidade que surge desse contexto é único para qualquer

ramo jurídico, restando indevida qualquer tentativa de construção de algum tipo de distinção pertinente à sua aplicabilidade no direito eleitoral, civil, administrativo, penal ou qualquer outro, por mais elevado que seja o escopo que se pretenda alcançar com a produção da prova.

3.2 Gravações ambientais na legislação

Na legislação brasileira, inexistente regulamentação específica sobre gravações ambientais, ressaltando apenas a sua previsão como meio de obtenção de provas na apuração de crimes praticados por organizações criminosas, bem como nas infrações penais previstas em tratado ou convenção internacional e em relação aos atos praticados por organizações terroristas internacionais, nas condições e limites previstos na Lei nº 12.850/2013, hipóteses que se distanciam do propósito deste trabalho, até porque referida legislação não chega a oferecer propriamente uma regulamentação, limitando-se a estabelecer a sua previsão como meio de prova sem maior detalhamento.

Não se imagina que a ausência de regulamentação legislativa possa levar à conclusão de que toda gravação ambiental, e subsequente utilização de seu conteúdo como prova, esteja vedada pelo sistema jurídico, pois entender dessa forma significa conferir caráter absoluto a um direito fundamental, sem qualquer possibilidade de sua harmonização com os demais valores constitucionais. Impõe-se a necessidade de encontrar um ponto de equilíbrio que valorize os direitos e garantias fundamentais, nos moldes traçados pela teoria do garantismo jurídico, ponderando os interesses que incidem sobre o tema, de modo a construir um regime de validade das gravações ambientais.

3.3 Regime de validade das gravações ambientais

A prova de um fato ou fenômeno não constitui preocupação exclusiva do Direito, haja vista que essa problemática se faz presente em qualquer investigação científica, sendo certo que, em qualquer campo do conhecimento, a idoneidade de uma prova está diretamente relacionada aos critérios adotados para sua reprodução por meio de alguma forma de linguagem, podendo seu resultado final alternar entre validade ou invalidade.

Para a construção de um regime de validade jurídica das gravações ambientais, deve-se reconhecer que não há um único modo de tratamento desse fato ou fenômeno, circunstância que impõe um tratamento particularizado, a fim de atender às suas peculiaridades caso a caso. Por esse motivo, faz-se necessário discriminar as mais diversas situações empíricas nas quais as gravações ambientais podem surgir como fato ou fenômeno jurídico com importância para a solução de uma lide.

3.3.1 Gravação ambiental autorizada judicialmente

Embora a gravação ambiental não esteja prevista expressamente como meio de produção de provas, exceto naquelas hipóteses da Lei nº 12.850/2013, reportadas nas linhas acima, não se pode negar a possibilidade de sua utilização no Direito Eleitoral, como decorrência da aplicação subsidiária do artigo 332, do Código de Processo Civil,

o qual estabelece que: “Todos os meios legais, bem como os moralmente legítimos, ainda que não especificados neste Código, são hábeis para provar a verdade dos fatos, em que se funda a ação e a defesa”.

Não há de se exigir formalidades especiais para que o juiz possa autorizar a gravação ambiental nas ações eleitorais, devendo ater-se apenas à necessidade da prova, extraída do contexto dos autos mediante avaliação da sua pertinência e relevância para comprovação dos fatos alegados, como de rigor se procede em qualquer atividade probatória no processo. Isso porque o bem jurídico protegido na hipótese é a “intimidade, a vida privada, a honra e a imagem das pessoas”, protegidas pelo artigo 5º, inciso X, da Constituição Federal, não sendo o caso de conferir o mesmo tratamento previsto para o “sigilo da correspondência e das comunicações telegráficas, de dados e das comunicações telefônicas”, especialmente esta última, a qual exige forma prevista em lei “para fins de investigação criminal ou instrução processual penal”, nos termos do inciso XII, do mesmo artigo acima mencionado, assim como já decidiu o Supremo Tribunal Federal, no julgamento do Inquérito Policial nº 2116 QO/RR, publicado no DJE-042, de 29/02/2012.

Parece correto afirmar que a gravação ambiental autorizada judicialmente por decisão fundamentada, na qual se reconhece a necessidade e a relevância da prova para o processo, é meio válido de produção probatória em processo de qualquer natureza, seja ele civil, penal ou eleitoral, não representando nenhuma ofensa a direitos e garantias fundamentais dos protagonistas enredados nos fatos em apuração, podendo o conteúdo gravado ser valorado pelo juiz eleitoral para solução das lides materializadas nas ações eleitorais, sem nenhuma restrição particular, em função da natureza da demanda.

3.3.2 Gravação ambiental sem ordem judicial prévia

Serão estudadas neste tópico as denominadas gravações clandestinas, sejam as captações de sons e imagens realizadas por um dos interlocutores, ou por outrem com sua anuência, mas, em qualquer caso, sem o conhecimento dos demais, sejam as realizadas por terceiros, sem conhecimento de todos os interlocutores, hipóteses também denominadas escutas ou interceptações ambientais.

3.3.2.1 Realizada em local público

Necessário registrar que a situação em análise retrata não só a gravação ambiental clandestina efetivada sem o conhecimento das pessoas envolvidas nos fatos, mas também aquela autorizada por algumas delas, sem conhecimento das demais.

Na hipótese de captação de som e imagem em local público, mesmo sem ordem judicial prévia, não se cogita de nenhuma invalidade desse conteúdo como prova no processo de qualquer natureza, porque inexistente reserva de privacidade.

O Supremo Tribunal Federal já enfrentou o tema algumas vezes, deixando assente, em sua jurisprudência, a possibilidade de utilização da prova produzida nessas circunstâncias:

[...] Utilização como prova, de gravação de diálogo transcorrido em local público, sem estar em causa a proibição constante do inciso XII do art. 5º da Constituição, ocorrendo ademais - fora dessa gravação - elementos probatórios suficientes para fundamentar a condenação [HC 74356/SP, Rel.: Min. Octávio Gallotti, 1ª Turma, DJ 25/04/1997, p. 15201].

[...] A produção e divulgação de imagem de vídeo quando da abordagem policial em “local público” não viola o art. 5º, inc. X, da Constituição Federal, posto preservar o referido cânone a “intimidade”, descaracterizando a ilicitude da prova. Precedentes: HC 87.341/PR, Rel. o Min. Eros Grau, DJ de 3/3/2006, e RE 402717, Rel. Min. Cezar Peluso, 2ª T., DJe-030 pub. em 13.02.2009. 2. In casu, o recorrente e outrem, policiais civis, abordaram a vítima e apresentaram a ela um invólucro contendo droga, dizendo que o embrulho lhe pertencia e que iriam flagrá-la caso não obtivessem determinado valor, sendo certo que a condenação, confirmada em apelação e revisão criminal, teve esteio também em provas testemunhais. 3. Ainda que se cogitasse da ilicitude da gravação de vídeo, não seria possível admitir a teoria da árvore dos frutos envenenados (*fruits of poisonous tree*), porquanto não estando os autos instruídos com a cópia da sentença condenatória, não há como identificar qual a prova precedente à condenação. 4. Recurso ordinário em *habeas corpus* desprovido. [RHC 108156/SP, Rel.: Min. Luiz Fux, 1ª Turma, DJe-153, 10/08/2011].

Analisando a questão nesse contexto, conclui-se pela validade do conteúdo gravado no ambiente público, sem prévia autorização judicial. O fato de a gravação ter sido realizada com a ciência de alguns dos interlocutores ou sem o conhecimento de nenhum deles não possui nenhuma relevância, porque, nessa hipótese, inexistente ressalva de preservação da intimidade, bem jurídico protegido pelo artigo 5º, inciso X, da Constituição Federal. Referido entendimento deve prevalecer em qualquer ramo jurídico, inclusive no âmbito das ações eleitorais.

3.3.2.2 Realizada por um dos interlocutores, sem conhecimento dos demais

Nesta hipótese, há de se levar em conta, para atribuição do mesmo tratamento jurídico, a gravação ambiental realizada por terceiro, com conhecimento de um ou alguns dos interlocutores, mas sem o conhecimento do outro, ou dos demais.

Assim como esclarecido anteriormente, a gravação nessas circunstâncias não representa, em si, nenhuma ilegalidade, porque, a rigor, a conversa efetivada fora disponibilizada àqueles interlocutores. O cuidado que se deve ter reside na utilização do conteúdo para além do limite traçado pelos interlocutores que tiveram sua comunicação gravada, de modo que a violação da intimidade e da vida privada pode ocorrer, como bem escreveu Pacelli (2012, p. 338): “Nesse caso, embora lícita a gravação, a revelação de seu conteúdo poderia não sê-lo, o que ali teria sido dito não se destinava a mais ninguém, pois realizada no âmbito da intimidade dos interessados”.

Pode-se afirmar, como regra geral, que a divulgação do conteúdo das gravações ambientais realizadas nessas circunstâncias é ilícita, não podendo o material obtido

com essa prática ser admitido como prova em nenhum processo, por frontal violação a preceitos constitucionais.

Entretanto, admite-se uma exceção a essa regra geral. É possível que a divulgação do conteúdo gravado tenha por substrato uma “justa causa”, ou seja, admite-se excludente de ilicitude da conduta do agente que promoveu a gravação, ainda que por meio de interposta pessoa. Pacelli (2012, p. 338) escreve:

A *justa* causa aqui referida diz respeito a uma motivação que possa validamente ser reconhecida pelo Direito, como é o caso, por exemplo, do estado de necessidade, como causa de *justificação da conduta* tipificada penalmente. Justa causa poderá ocorrer, assim, quando a revelação do conteúdo se destinar a provar fato cuja existência seja relevante a defesa de direito daquele que promoveu a gravação. Não só de Direito *Penal*, como seria o caso de possível descobrimento da autoria do crime, mas de todo o Direito.

No julgamento do RE 583.937-RG-QO/RJ (DJe de 18/12/2009), o Supremo Tribunal Federal, por maioria, em regime de repercussão geral, validou a gravação realizada por um dos interlocutores, sem conhecimento do outro. Na ocasião, o Ministro Cezar Peluso reproduziu voto proferido no RE nº 402.717 (DJe de 13.02.2009), no qual havia acentuado:

[...] não há ilicitude alguma no uso de gravação de conversação telefônica feita por um dos interlocutores, sem conhecimento do outro, com a intenção de produzir prova do intercurso, sobretudo para defesa própria em procedimento criminal, se não pese, contra tal divulgação, alguma específica razão jurídica de sigilo nem de reserva, 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.

Conclui-se, portanto, que a utilização do conteúdo da gravação ambiental nessas circunstâncias, embora inadmitida por ilicitude como regra geral, comporta exceção, desde que presentes alguns condicionantes derivados da existência de uma justa causa para sua apresentação em juízo como prova, situação que deve ser aferida no âmbito de cada processo.

Caso a gravação tenha sido realizada por terceiros, é necessário que haja ciência ao menos de um dos interlocutores, para encaixar-se na exceção; caso contrário, a hipótese deve ser tratada como interceptação ou escuta não autorizada, tema objeto do item a seguir.

3.3.2.3 Realizada por terceiros, sem conhecimento dos interlocutores

Por tudo quanto já foi consignado anteriormente, a gravação ambiental realizada por terceiros, sem conhecimento dos interlocutores e sem ordem judicial prévia, exceto aquela realizada em local público, não pode prosperar como meio de prova, revelando-se ilícita, tanto o ato de se promover a captação quanto o conteúdo gravado, por frontal violação ao artigo 5º, inciso X, da Constituição Federal. Referida modalidade, também

denominada escuta ou interceptação clandestina, atinge a intimidade, a vida privada, a honra e a imagem dos protagonistas, em face do direito inalienável de a pessoa humana definir os limites nos quais devem permanecer circunscritas suas expressões verbais e gestuais, muitas vezes reveladoras de manifestações da intimidade.

Essa realidade permanece inalterada em qualquer ramo jurídico, não merecendo nenhum tratamento particular no campo das ações eleitorais, de modo que eventual prova ilícita colhida dessa forma, no processo, contamina todas as outras existentes, desde que sejam dela decorrentes.

4 Conclusão

A Teoria Geral do Garantismo Jurídico forja uma concepção instrumental do Estado sustentada na centralidade da pessoa humana, adotando como premissas o respeito à sua dignidade e a garantia de seus direitos fundamentais, constituindo-se num rico material teórico que pode ser útil para medir o grau de efetividade dos valores, princípios e regras presentes na Constituição.

No ponto em que assume o papel de uma teoria crítica do Direito, o garantismo jurídico resulta na formulação de uma nova teoria jurídica da validade, da efetividade e da vigência normativas, que pode auxiliar na formulação de um regime jurídico de validade das gravações ambientais, sem autorização judicial, como meio de provas nas ações eleitorais.

Como se observou, inexistente no plano jurídico dogmático brasileiro uma disciplina específica acerca do tema que ultrapasse a mera previsão como meio de obtenção de prova nas ações praticadas por organizações criminosas. Contudo, da ausência de previsão normativa não decorre a conclusão de que a gravação ambiental fora terminantemente vedada pelo sistema, pois a aplicação supletiva da legislação processual civil às ações eleitorais permite a sua criteriosa utilização como meio de provas, obrigando o julgador a analisar a validade da prova assim produzida, em cada caso concreto, levando em conta os critérios adotados para o seu surgimento como fato jurídico.

Pode-se afirmar que a gravação ambiental autorizada judicialmente, bem como aquela realizada em local público, não viola direitos e garantias fundamentais inerentes à vida privada, à honra e a imagem dos interlocutores, cujo conteúdo assim produzido há de ser admitido como meio de provas nas ações eleitorais, sem qualquer restrição.

O conteúdo da gravação ambiental realizada por um dos interlocutores, ou por terceiro, com anuência deste, sem conhecimento dos demais, em princípio não pode ser utilizado como prova nas ações eleitorais, assim como, de resto, em nenhum processo, porque se encontra contaminado por ilicitude. Entretanto, admite-se exceção a essa regra geral, sempre que houver uma justa causa que imunize a conduta do agente, afastando, assim, a ilicitude do fato, a exemplo da utilização do conteúdo para defesa de direitos violados ou ameaçados.

Não são admissíveis como prova, nas ações eleitorais, as gravações ambientais realizadas por terceiros, fora de local público e sem o conhecimento dos interlocutores, hipótese denominada interceptação ou escuta ambiental, que se consubstancia em indevida intromissão na esfera da intimidade e da vida privada das pessoas, caracterizando-se como prova obtida por meio ilícito, constitucionalmente vedada.

REFERÊNCIAS

BOBBIO, N. **A era dos direitos**. Rio de Janeiro: Campus, 1992.

CADEMARTORI, S. **Estado de direito e legitimidade**: uma abordagem garantista. 2.ed. São Paulo: Millennium, 2007.

CHAMON JUNIOR, L. A. **Filosofia do direito na alta modernidade**: incursões teóricas em Kelsen, Luhmann e Habermas. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2005.

FERRAJOLI, L. **Direito e razão**: teoria do garantismo penal. 2. ed. rev. e ampl. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2006.

_____. O direito como sistema de garantias. In: OLIVEIRA JUNIOR, J. A. (Org.). **O novo em direito e política**. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 1997.

KELSEN, H. **Teoria pura do direito**. 6. ed. São Paulo: Martins Fontes, 1999.

PACELLI, E. **Curso de processo penal**. 16. ed. São Paulo: Atlas, 2012.

PEÑA, A. **La garantía en el estado constitucional de derecho**. Madrid: Trotta, 1997.

ROSA, A. M. **Garantismo jurídico e controle de constitucionalidade material**. Rio de Janeiro: Lúmen Júris, 2005.

WOLKMER, A. C. **Introdução ao pensamento jurídico crítico**. 4. ed. São Paulo: Saraiva, 2002.