

A ADMISSIBILIDADE DA GRAVAÇÃO FEITA POR UM DOS INTERLOCUTORES  
SEM O CONHECIMENTO DO OUTRO COMO PROVA NOS PROCESSOS  
JUDICIAIS ELEITORAIS

Flávio Jaime de Moraes Jardim  
Guilherme Regueira Pitta<sup>1</sup>

## 1. INTRODUÇÃO

O debate em torno da licitude de gravação ambiental feita por um dos interlocutores, sem o conhecimento do outro, é cada vez mais presente no julgamento de ações eleitorais nos mais diversos Tribunais do país.

Geralmente, o quadro fático dos casos apresenta um interlocutor que grava uma conversa sem o conhecimento da outra pessoa envolvida no diálogo, sendo esta, na maioria das vezes, um candidato ou alguém ligado a ele, oportunidade em que são oferecidas benesses em troca de votos, e, em seguida, o conteúdo da conversa é fornecido como meio de prova para embasar a cassação do registro e/ou diploma do interlocutor que não tinha ciência da gravação, com base no art. 41-A da Lei n. 9.504/1997.

A licitude deste tipo de gravação vem sendo debatida há tempos na jurisprudência dos Tribunais brasileiros, sobretudo em casos eleitorais, cíveis, trabalhistas e criminais. O conteúdo capturado pode ser utilizado para comprovar uma determinada conduta do empregado ou do empregador, a realização e os termos de um negócio jurídico, além da prática de crimes ou a existência de excludente de ilicitude.

E, com a disseminação dos meios de captação de sons e imagens – hoje os aparelhos móveis celulares mais sofisticados já contam com a ferramenta de gravação - a tendência é que demandas desse tipo não parem de surgir, em níveis cada vez mais crescentes, sobretudo em âmbito eleitoral.

---

<sup>1</sup> **Flávio Jaime de Moraes Jardim** é mestre em Direito Americano pela Universidade de Boston, Procurador do DF e advogado inscrito na Appellate Division (3rd Department) do Estado de Nova York, EUA. **Guilherme Regueira Pitta** é graduado em Direito pelo Centro Universitário de Brasília e pós-graduando em Direito Eleitoral pela Escola Superior de Advocacia do Distrito Federal (ESA-DF). Ambos são advogados do Escritório de Advocacia Sergio Bermudes.

O tema impõe uma necessária reflexão sobre até que ponto a admissão da prova obtida por esse meio não implica a transgressão dos direitos fundamentais da intimidade ou da privacidade do cidadão-candidato.

O presente artigo tem por escopo examinar estudos doutrinários e a variada jurisprudência existentes sobre o tema, assim como analisar o impacto que a admissibilidade ou não de uma prova dessa natureza, como meio de definição das demandas eleitorais, pode gerar no processo de escolha dos representantes do povo.

## **2. A EVOLUÇÃO DA JURISPRUDÊNCIA DO STF SOBRE O TEMA**

A análise da evolução jurisprudencial do Supremo Tribunal Federal é de suma importância para a compreensão de que a mais alta Corte do país há muito se preocupa com o tema da legitimidade de utilização, como meio de prova, da reprodução de um diálogo feita por um interlocutor, sem o consentimento do outro.

Mesmo antes da promulgação da Constituição de 1988, o tema já havia sido objeto de apreciação pelo STF. Talvez o primeiro caso tenha sido levado a julgamento em 11 de novembro de 1977, ocasião em que a Segunda Turma, apreciando o Recurso Extraordinário nº 85.439/RJ, não admitiu a utilização, em ação de desquite proposta pelo marido, de prova fonográfica reveladora de conversas telefônicas da mulher com terceiros. Na oportunidade, considerou-se que *“a admissibilidade dos meios probatórios propiciados pela moderna tecnologia, contemplados no art. 383<sup>2</sup> do Código de Processo Civil, está condicionada à regra geral do art. 332<sup>3</sup> do mesmo diploma”*. O Ministro XAVIER DE ALBUQUERQUE, relator, salientou que o meio de obtenção da prova não pode ser considerado como moralmente legítimo, *“por mais progressistas e elásticos que sejam os padrões de moralidade que se possam utilizar”*.

Vale conferir a ementa do acórdão:

---

<sup>2</sup> Art. 383. Qualquer reprodução mecânica, como a fotográfica, cinematográfica, fonográfica ou de outra espécie, faz prova dos fatos ou das coisas representadas, se aquele contra quem foi produzida lhe admitir a conformidade.

<sup>3</sup> Art. 332. 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 ou a defesa.

*“Prova Civil. Gravação Magnética feita clandestinamente pelo Marido, de ligações telefônicas da mulher. Inadmissibilidade de sua utilização em processo judicial, por não ser meio legal nem moralmente legítimo (art. 332 CPC). Recurso Extraordinário Conhecido e Provido.”<sup>4</sup>*

Posteriormente, ainda sob a égide da Constituição de 1967, em acórdão decidido em 28 de junho de 1984, a Primeira Turma ratificou o entendimento adotado seis anos antes pela Segunda Turma e considerou inadmissível o uso, como meio de prova, de conversa gravada em fita cassete referente a um telefonema mantido entre uma parte e o advogado do seu adversário:

*“EMENTA: - Direito ao recato ou à intimidade. Garantia constitucional. Interceptação de comunicação telefônica. Captação ilegítima de meio de prova. Art. 153, § 9º da Constituição. Art. 332 do Código de Processo Civil.*

*Infringente da garantia constitucional do direito da personalidade e moralmente ilegítimo é o processo de captação de prova, mediante a interceptação de telefonema, à revelia do comunicante, sendo, portanto, inadmissível venha a ser divulgada em audiência de processo judicial, de que sequer é parte. Lesivo a direito individual, cabe o mandado de segurança para determinar o trancamento da prova e o desentranhamento, dos autos, da gravação respectiva. Recurso Extraordinário conhecido e provido.”<sup>5</sup>*

Cumprе destacar o seguinte trecho do voto do Ministro RAFAEL MAYER, em que assenta ser irrelevante indagar se a gravação foi obtida por agente público ou particular, pois em ambos os casos haveria transgressão de norma constitucional, o que ensejaria a sua ilicitude:

*“A inadmissibilidade processual da prova ilícita torna-se absoluta, sempre que a ilicitude consista na violação de uma norma*

<sup>4</sup> STF - RE 85439, Relator(a): Min. XAVIER DE ALBUQUERQUE, SEGUNDA TURMA, julgado em 11/11/1977, DJ 02-12-1977 PP-\*\*\*\*\* EMENT VOL-01081-02 PP-00643 RTJ VOL-00084-02 PP-00609)

<sup>5</sup> STF - RE 100094, Relator(a): Min. RAFAEL MAYER, PRIMEIRA TURMA, julgado em 28/06/1984, DJ 24-08-1984 PP-13482 EMENT VOL-01346-03 PP-00560 RTJ VOL-00110-02 PP-00798.

*constitucional, em prejuízo das partes ou de terceiros, sendo irrelevante indagar se o ilícito foi cometido por agente público ou particulares, porque, em ambos os casos, a prova terá sido obtida com infringência dos princípios constitucionais que garantem os direitos da personalidade.”*

Na seara criminal, a matéria foi submetida a discussão num caso que envolveu a licitude da captação, fornecida por advogado, de supostos diálogos que comprovariam a prática de crimes no âmbito do antigo INAMPS. Novamente, o STF concluiu pela clandestinidade da gravação e pela ilicitude da prova<sup>6</sup>.

Após a promulgação da Carta de 1988, o Supremo voltou a apreciar o tema no julgamento na Ação Penal n. 307/DF, relatada pelo e. Ministro ILMAR GALVÃO. Na ocasião, também se adotou a doutrina da imprestabilidade, visto que a captação fora feita com inobservância do contraditório e estava sendo utilizada com violação à privacidade alheia. Confira-se a ementa do julgado que, nesse ponto, ficou assim redigida:

*“[...] 1.1. Inadmissibilidade, como prova, de laudos de degravação de conversa telefônica e de registros contidos na memória de micro computador, obtidos por meios ilícitos (art. 5., LVI, da Constituição Federal); no primeiro caso, por se tratar de gravação realizada por um dos interlocutores, sem conhecimento do outro, havendo a degravação*

---

<sup>6</sup> - HABEAS CORPUS. PROCESSUAL PENAL. PROVA ILICITA. CONSTITUCIONAL. GARANTIAS DOS PARAGRAFOS 9 E 15 DO ART. 153 DA LEI MAIOR. (INOBSERVANCIA). TRANCAMENTO DO INQUERITO POLICIAL. 1 - OS MEIOS DE PROVA ILICITOS NÃO PODEM SERVIR DE SUSTENTAÇÃO AO INQUERITO OU A AÇÃO PENAL. 2 - AS PROVAS PRODUZIDAS NO INQUERITO ORA EM EXAME - GRAVAÇÕES CLANDESTINAS - ALÉM DE AFRONTAREM O PRINCÍPIO DA INVIOABILIDADE DO SIGILO DE COMUNICAÇÕES (PARAGRAFO 9., E ART. 153, CF), CERCEIAM A DEFESA E INIBEM O CONTRADITORIO, EM OFENSA, IGUALMENTE, A GARANTIA DO PARAGRAFO 15, ART. 153, DA LEI MAGNA. 3 - INEXISTÊNCIA, NOS AUTOS, DE OUTROS ELEMENTOS QUE, POR SI, JUSTIFIQUEM A CONTINUIDADE DA INVESTIGAÇÃO CRIMINAL. 4 - TRANCAMENTO DO INQUERITO, O QUAL PODERA SER RENOVADO, FUNDANDO-SE EM NOVOS INDICIOS, NA LINHA DE PREVISÃO DO ESTATUTO PROCESSUAL PENAL. 5 - VOTO VENCIDO QUE CONCEDIA A ORDEM EM MENOR EXTENSAO. RHC PROVIDO PARA DETERMINAR O TRANCAMENTO DO INQUERITO POLICIAL. STF - RHC 63834, Relator(a): Min. ALDIR PASSARINHO, SEGUNDA TURMA, julgado em 18/12/1986, DJ 05-06-1987 PP-11112 EMENT VOL-01464-01 PP-00090.

*sido feita com inobservância do princípio do contraditório, e utilizada com violação à privacidade alheia (art. 5., X, da CF); [...]*<sup>7</sup>

Na oportunidade, acompanhado pelos e. Ministros MOREIRA ALVES, ILMAR GALVÃO, SIDNEY SANCHES e OCTAVIO GALLOTTI, o e. Ministro CELSO DE MELLO destacou “a gravação de conversação com terceiros, feita através de fita magnética, sem o conhecimento de um dos sujeitos da relação dialógica, não pode ser contra este utilizada pelo Estado em juízo, uma vez que esse procedimento, precisamente por realizar-se de modo **sub-reptício**, envolve quebra evidente de privacidade, sendo, em consequência, nula a eficácia jurídica da prova coligida por esse meio.”<sup>8</sup>

E acrescentou que “o reconhecimento constitucional do direito à privacidade (CF, art. 5º, X) **desautoriza** o valor probante do conteúdo de fita magnética que registra, **de forma clandestina**, o diálogo mantido com alguém que venha a sofrer a persecução penal do Estado.”<sup>9</sup>

Por tais fundamentos, concluiu que “a gravação de diálogos privados, quando executada com total desconhecimento de um dos seus partícipes, apresenta-se eivada de absoluta desvalia, especialmente quando o órgão da acusação penal postula, **com base nela**, a prolação de um decreto condenatório.”<sup>10</sup>

Importante destacar que, de maneira perfunctória, essa questão já havia sido tratada em ocasião anterior, no julgamento do Inquérito n. 657/DF, quando a Suprema Corte recebeu denúncia embasada em prova consistente numa gravação oculta feita por um servidor, de sua conversa com o Ministro ANTÔNIO MAGRI, então titular da pasta do Trabalho e Previdência Social.

Nesta decisão, apenas quatro Ministros se pronunciaram sobre a validade da prova, tendo os outros se limitado a receber a denúncia, **deixando a apreciação da questão para a análise do mérito**. Já nessa oportunidade, o Ministro MARCO AURÉLIO reconheceu a ilicitude da prova, destacando que sendo a “gravação obtida de forma ardilosa e incorreta, mediante a prática condenável de escamotear um gravador visando a obter a armazenagem de informações forçoso é

---

<sup>7</sup> STF - AP 307, Relator(a): Min. ILMAR GALVÃO, Tribunal Pleno, julgado em 13/12/1994, DJ 13-10-1995 PP-34247 EMENT VOL-01804-11 PP-02104 RTJ VOL-00162-01 PP-00003.

<sup>8</sup> STF – AP 307/DF, Relator(a): Min. ILMAR GALVÃO, Tribunal Pleno, julgado em 13.12.94, DJ de 13.10.1995. Trecho do voto do Min. Celso de Mello.

<sup>9</sup> Idem.

<sup>10</sup> Idem.

*concluir que se está diante de prova indiciária alcançada por meio ilícito, ao arrepio não só dos padrões éticos e morais, como também da própria Carta, no que preserva a intimidade da pessoa.”<sup>11</sup>*

Com a evolução jurisprudencial, o posicionamento pela total imprestabilidade desse meio de prova acabou relativizado pela Corte Suprema, que passou a admitir a validade da gravação de conversa íntima, sem a ciência dos outros interlocutores, na hipótese de haver **excludentes de antijuridicidade ou de ilicitude**, a serem **utilizadas em proveito do autor da gravação** para a sua defesa (legítima defesa, p. ex.).

Tal decisão foi tomada no julgamento do HC n. 74.678/SP, da relatoria do Ministro Moreira Alves, ocorrido em junho de 1997:

*“EMENTA: "Habeas corpus". Utilização de gravação de conversa telefônica feita por terceiro com a autorização de um dos interlocutores sem o conhecimento do outro quando há, para essa utilização, excludente da antijuridicidade. - Afastada a ilicitude de tal conduta - a de, por legítima defesa, fazer gravar e divulgar conversa telefônica ainda que não haja o conhecimento do terceiro que está praticando crime -, é ela, por via de consequência, lícita e, também consequentemente, essa gravação não pode ser tida como prova ilícita, para invocar-se o artigo 5º, LVI, da Constituição com fundamento em que houve violação da intimidade (art. 5º, X, da Carta Magna). "Habeas corpus" indeferido.”<sup>12</sup>*

No voto proferido, o Ministro relator citou o parecer do Procurador-Geral da República, em que se fez consignar que *“seria uma aberração considerar como violação do direito à privacidade a gravação pela própria vítima, ou por ela autorizada, de atos criminosos, como o diálogo com sequestradores, estelionatários e todo tipo de achacadores. [...] Quem se dispõe a enviar correspondência ou a telefonar para outrem, ameaçando-o ou extorquindo-o, não pode pretender abrigar-*

---

<sup>11</sup> STF – Inq 657, Relator(a): Min. CARLOS VELLOSO, Tribunal Pleno, julgado em 30.9.93, DJ de 19.11.93.

<sup>12</sup> STF - HC 74678, Relator(a): Min. MOREIRA ALVES, Primeira Turma, julgado em 10/06/1997, DJ 15-08-1997 PP-37036 EMENT VOL-01878-02 PP-00232)

se em uma obrigação de reserva por parte do destinatário, o que significaria o absurdo de qualificar como confidencial a missiva ou a conversa. [...]”<sup>13</sup>.

O Ministro MOREIRA ALVES também fez menção à tipificação do crime de “abuso da gravação e da interceptação de som por aparelhos”, pelo § 298 do Código Penal Alemão, na redação da Lei de 22.12.67, e afirmou que “deixa de haver esse crime se ocorre em favor do acusado qualquer das causas de exclusão da ilicitude”<sup>14</sup>.

Em resumo, no referido precedente, o e. STF consagrou o entendimento de que são **lícitas** as gravações realizadas pela vítima de evento danoso se feita para prova de excludente de ilicitude. Por outro lado, são **ilícitas** as gravações e escutas telefônicas ou ambientais, quando não há a presença de excludente de antijuridicidade<sup>15</sup>.

Contudo, em meados da década de 2000, começaram a surgir julgados em que a Corte pareceu ter alterado esse entendimento.

O primeiro talvez tenha sido o Agravo Regimental no Recurso Extraordinário n. 402.035/SP, decidido em 2004. Na ocasião, a Ministra ELLEN GRACIE, relatora, assentou que “a gravação feita por um dos interlocutores, sem conhecimento do outro, nada tem de ilicitude, principalmente quando destinada a documentá-la em caso de negativa”. Confira-se a síntese do julgado:

*“GRAVAÇÃO DE CONVERSA. INICIATIVA DE UM DOS INTERLOCUTORES. LICITUDE. PROVA CORROBORADA POR OUTRAS PRODUZIDAS EM JUÍZO SOB O CRIVO DO CONTRADITÓRIO. Gravação de conversa. A gravação feita por um dos interlocutores, sem conhecimento do outro, nada tem de ilicitude, principalmente quando destinada a documentá-la em caso de negativa. Precedente: Inq 657, Carlos Velloso. Conteúdo da gravação confirmada em juízo. AGRRE improvido.”*<sup>16</sup>

Como pode ser depreendido da ementa, o precedente citado para fundamentar a admissibilidade da prova foi o Inq. n. 657, da relatoria do MIN. CARLOS

---

<sup>13</sup> Idem.

<sup>14</sup> Idem.

<sup>15</sup> Idem.

<sup>16</sup> STF - RE 402035 AgR, Relator(a): Min. ELLEN GRACIE, Segunda Turma, julgado em 09/12/2003, DJ 06-02-2004 PP-00050 EMENT VOL-02138-09 PP-01761.

VELLOSO. Porém, naquele julgamento, como anteriormente salientado, ficou registrado que **a questão não estava definitivamente decidida e seria objeto da instrução**, a qual restou prejudicada, tendo em vista ter o réu Rogério Magri deixado o cargo de Ministro de Estado. Confira-se o seguinte trecho dos debates:

*“O SENHOR MINISTRO MARCO AURÉLIO – Sr. Presidente, a esta altura, não temos dúvida alguma de que a denúncia apresentada e a instrução do próprio inquérito decorreram, em si, da gravação efetuada. O Ministro-Relator apontou que os depoimentos sempre se reportam ao que se contém na fita.*

*Esta Corte é chamada a pronunciar-se pela primeira vez quanto ao alcance do inciso do rol das garantias constitucionais em que se cogita da inadmissibilidade no processo – e processo aqui é gênero – das provas obtidas por meios ilícitos, e é convocada a manifestar-se tendo em vista a peculiaridade no tocante à origem da gravação efetuada.*

*Não estou convencido de que a fita base consubstancia uma prova obtida por meio lícito, não estou convencido suficientemente, neste caso, no qual, com a tramitação do inquérito, não veio à balha indícios mais fortes de que devemos receber a denúncia oferecida pelo Ministério Público. Desejo refletir um pouco mais sobre a matéria.*

*O SENHOR MINISTRO CARLOS VELLOSO – Sr. Ministro, **quero deixar expresso que, no julgamento da ação, examinarei, em maior profundidade, o assunto. Tenho grande responsabilidade nesta matéria, porque tenho, inclusive, trabalhos, a respeito, votos já proferidos.***

*Mas quero dizer que também me impressionou – portanto isso será objeto da instrução -, que os jornais noticiaram a confirmação do diálogo pelo Ministro, que teria dito que fez aquilo para testar o Sr. Volnei Ávila; depois, não confirmou o diálogo gravado. Também por isso penso que a questão mereceria ser posta na instrução probatória.*



**Quis apenas dar este esclarecimento porque também eu tenho grave responsabilidade relativamente ao tema constitucional em debate.**<sup>17</sup>

No início de 2005, o tema foi novamente levado a julgamento, tendo o Min. CARLOS VELLOSO, apreciando o Agravo Regimental no Agravo de Instrumento n. 503.617/PR, consignado que a *“jurisprudência do Supremo Tribunal Federal orientasse no sentido da licitude da gravação de conversa entre dois interlocutores, gravação realizada por um deles.*”<sup>18</sup>

Como fundamento, foram citados o Agravo Regimental no Recurso Extraordinário n. 402.035/SP, da relatoria da Min. Ellen Gracie, acima citado, e também o RE 212.081/RO, Min. Octavio Gallotti, “DJ” 27.3.98<sup>19</sup>, HC 75.338/RJ, Relator Ministro Nelson Jobim, “DJ” de 25.9.98<sup>20</sup>; HC 74.678/SP, Relator Ministro Moreira Alves, “DJ” de 15.8.97<sup>21</sup>; HC 75.261/MG, Rel. Min. Octávio Gallotti<sup>22</sup>. Porém,

---

<sup>17</sup> Grifou-se.

<sup>18</sup> STF - AI 503617 AgR, Relator(a): Min. CARLOS VELLOSO, Segunda Turma, julgado em 01/02/2005, DJ 04-03-2005 PP-00030 EMENT VOL-02182-08 PP-01509 RT v. 94, n. 836, 2005, p. 466-470 RTJ VOL-00195-01 PP-00363.

<sup>19</sup> EMENTA: Captação, por meio de fita magnética, de conversa entre presentes, ou seja, a chamada gravação ambiental, autorizada por um dos interlocutores, vítima de concussão, sem o conhecimento dos demais. Ilicitude da prova excluída por caracterizar-se o exercício de legítima defesa de quem a produziu. Precedentes do Supremo Tribunal HC 74.678, DJ de 15-8- 97 e HC 75.261, sessão de 24-6-97, ambos da Primeira Turma.

STF - RE 212081, Relator(a): Min. OCTAVIO GALLOTTI, Primeira Turma, julgado em 05/12/1997, DJ 27-03-1998 PP-00023 EMENT VOL-01904-08 PP-01695.

<sup>20</sup> HABEAS CORPUS. PROVA. LICITUDE. GRAVAÇÃO DE TELEFONEMA POR INTERLOCUTOR. É LÍCITA A GRAVAÇÃO DE CONVERSA TELEFÔNICA FEITA POR UM DOS INTERLOCUTORES, OU COM SUA AUTORIZAÇÃO, SEM CIÊNCIA DO OUTRO, QUANDO HÁ INVESTIDA CRIMINOSA DESTE ÚLTIMO. É INCONSISTENTE E FERRE O SENSO COMUM FALAR-SE EM VIOLAÇÃO DO DIREITO À PRIVACIDADE QUANDO INTERLOCUTOR GRAVA DIÁLOGO COM SEQÜESTRADORES, ESTELIONATÁRIOS OU QUALQUER TIPO DE CHANTAGISTA. ORDEM INDEFERIDA.

STF - HC 75338, Relator(a): Min. NELSON JOBIM, Tribunal Pleno, julgado em 11/03/1998, DJ 25-09-1998 PP-00011 EMENT VOL-01924-01 PP-00069.

<sup>21</sup> EMENTA: "Habeas corpus". Utilização de gravação de conversa telefônica feita por terceiro com a autorização de um dos interlocutores sem o conhecimento do outro quando há, para essa utilização, excludente da antijuridicidade. - Afastada a ilicitude de tal conduta - a de, por legítima defesa, fazer gravar e divulgar conversa telefônica ainda que não haja o conhecimento do terceiro que está praticando crime -, é ela, por via de consequência, lícita e, também consequentemente, essa gravação não pode ser tida como prova ilícita, para invocar-se o artigo 5º, LVI, da Constituição com fundamento em que houve violação da intimidade (art. 5º, X, da Carta Magna). "Habeas corpus" indeferido.

STF - HC 74678, Relator(a): Min. MOREIRA ALVES, Primeira Turma, julgado em 10/06/1997, DJ 15-08-1997 PP-37036 EMENT VOL-01878-02 PP-00232.

<sup>22</sup> EMENTA: - 1. Interceptação telefônica e gravação de negociações entabuladas entre sequestradores, de um lado, e policiais e parentes da vítima, de outro, com o conhecimento dos últimos, recipiendários das ligações. Licitude desse meio de prova. Precedente do STF: (HC 74.678, 1ª Turma, 10-6-97). 2. Alegação improcedente de perda de objeto do recurso do Ministério Público estadual. 3. Reavaliação do grau de culpabilidade para fins de revisão de dosagem da pena.

todos estes últimos, salvo o da Ministra Ellen, cuidavam de casos em que se fazia presente o uso de gravação para comprovar excludente de antijuricidade, o que apenas reafirmava a jurisprudência da Corte firmada nos anos 90.

Mais recentemente, em 2009, o Tribunal Pleno do STF foi novamente chamado a apreciar o tema no julgamento da AP n. 447/RS<sup>23</sup>. O caso envolveu a admissibilidade de uma gravação ambiental, feita por fiscais de trânsito, de um diálogo mantido com uma Secretária Municipal, em que esta determinava aos primeiros que não autuassem as infrações observadas em veículos oficiais do Município.

Na hipótese, a gravação fora feita em reunião pública, mantida entre a Secretária e os servidores públicos, com a finalidade de documentar fato que poderia servir ao exercício de defesa dos fiscais. Ao final, ainda que se tenha reconhecido a gravação como lícita, o Supremo acabou absolvendo os réus.

Por fim, no Recurso Extraordinário n. 583.937–RG-QO/RJ, com repercussão geral reconhecida, o Tribunal Pleno, por maioria, reconheceu a licitude das gravações ambientais clandestinas e admitiu o uso, pelo réu, de gravação realizada por um dos interlocutores. Pela leitura da ementa, pode-se equivocadamente concluir que, a partir desse precedente, qualquer gravação ambiental é atualmente admitida pela jurisprudência da Corte:

*“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.”<sup>24</sup>*

---

Pretensão incompatível com o âmbito do habeas corpus. 4. Pedido, em parte, deferido, para suprimimento da omissão do exame da postulação, expressa nas alegações finais, do benefício da delação premiada (art. 159, § 4º, do Código Penal), mantidas a condenação e a prisão.

STF - HC 75261, Relator(a): Min. OCTAVIO GALLOTTI, Primeira Turma, julgado em 24/06/1997, DJ 22-08-1997 PP-38764 EMENT VOL-01879-03 PP-00472.

<sup>23</sup> STF - AP n. 447, Relator(a): Min. CARLOS BRITTO, Tribunal Pleno, julgado em 18.2.09, DJe de 29.5.09.

<sup>24</sup> STF - RE 583937 QO-RG, Relator(a): Min. CEZAR PELUSO, julgado em 19/11/2009, REPERCUSSÃO GERAL - MÉRITO DJe-237 DIVULG 17-12-2009 PUBLIC 18-12-2009 EMENT VOL-02387-10 PP-01741 RJSP v. 58, n. 393, 2010, p. 181-194.

Entretanto, é importante assinalar que, no caso, se apurava a prática de crime de desacato cuja vítima era um Juiz de Direito, cometido durante uma **audiência aberta ao público, realizada no âmbito de um processo judicial**. No curso da instrução, com o fim de **demonstrar a inocência do réu**, *“a defesa requereu a juntada de gravação de material produzido pelo réu e consistente em gravação ambiental da audiência em que se deram os fatos.”*<sup>25</sup>

Como se vê, apesar de se passar a impressão de que a gravação ambiental é admitida em qualquer hipótese, no citado recurso extraordinário a prova foi utilizada em prol do acusado, **para comprovação de sua inocência**. Além disso, a captação do diálogo ocorreu em **ambiente público**, mais especificamente, em audiência judicial num processo sem a proteção de segredo de justiça, não havendo que se falar em tutela da intimidade ou vida privada, tampouco deveres de confiança e boa-fé.

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. A EVOLUÇÃO DA JURISPRUDÊNCIA DO TSE SOBRE O TEMA**

O Tribunal Superior Eleitoral, por sua vez, vem aceitando ampla e irrestritamente as gravações ambientais clandestinas, pautando-se, para tanto, num único requisito: basta que o autor da gravação seja um dos interlocutores da conversa para que tal meio de prova seja considerado lícito.

Como se passa a demonstrar, **a exceção virou regra**. Se para o Supremo Tribunal Federal a licitude da gravação ambiental unilateral foi geralmente considerada uma **exceção** – já que sua utilização só pode ocorrer em casos

---

<sup>25</sup> STF - RE n. 583.937 QO-RG/RJ, Rel. Min. CEZAR PELUSO, Tribunal Pleno, julgado em 19.11.09, REPERCUSSÃO GERAL - MÉRITO DJe de 18.12.09.

extraordinários, desde que envolva interesses e direitos de quem fez a gravação -, para a Corte Superior Eleitoral isto se transformou em **regra**, na medida em que a licitude é aferida a partir de um simples requisito objetivo - a participação do autor da gravação na conversa.

Interessante destacar que, não obstante as disparidades verificadas, a jurisprudência do TSE, num primeiro momento, esteve alinhada com a do STF.

Nesse sentido, cumpre trazer à baila ilustrativo precedente do ano de 2001, oriundo de juízo monocrático do Ministro SÁLVIO DE FIGUEIREDO, que versa sobre hipótese de vereador que propôs a desistência de sua candidatura para apoiar candidato da oposição ao cargo de prefeito, gravando todo o diálogo sem a ciência do seu interlocutor:

*RECURSO ORDINÁRIO RECEBIDO COMO ESPECIAL. APLICAÇÃO DO PRINCÍPIO DA FUNGIBILIDADE RECURSAL. FITA 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.<sup>26</sup>*

---

<sup>26</sup> TSE - RO n. 507/MT, Decisão de 30.4.01, Rel. Min. SÁLVIO DE FIGUEIREDO, DJ de 14.5.01. Trânsito em julgado em 13.8.01, após a rejeição dos embargos declaratórios.

Posteriormente, no início de 2003, sobreveio pronunciamento colegiado, nos autos do Recurso Especial Eleitoral n. 20.945/SC, da relatoria do Ministro FERNANDO NEVES, em que se invocou o precedente acima citado do Ministro SÁLVIO DE FIGUEIREDO – RO 507/MT -, ficando consignada a tese da ilicitude da prova colhida sem a ciência de um dos interlocutores:

*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.*<sup>27</sup>

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

Ocorre que, a partir de meados de 2006, o entendimento do TSE sofreu uma perigosa guinada, caminhando para a permissão da gravação ambiental em qualquer hipótese. Cumpre destacar, nesse contexto, os seguintes arestos:

*“Agravo regimental em recurso especial. Captação ilícita de sufrágio. Prova consubstanciada em gravação ambiental.*

[...]

**4. A gravação ambiental realizada por um dos interlocutores é prova válida.**

[...]”<sup>28</sup>

\* \* \*

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

***1 – 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.***

<sup>27</sup> TSE - REspe n. 20.945/SC, Acórdão de 18.2.03, Rel. Min. FERNANDO NEVES, DJ de 23.5.03.

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

*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)*

Mais recentemente, contudo, manifestações no sentido de alterar esse entendimento têm sido externadas na Corte Superior Eleitoral.

Isso se verificou no julgamento do Agravo Regimental no Recurso Especial Eleitoral nº 36.359/MS<sup>29</sup>, relatado pelo Min. Gilson Dipp, no qual o Plenário proveu recurso de agravo para permitir que o tema viesse a sua apreciação.

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

E demonstrou a sua preocupação com a admissibilidade irrestrita da prova quando afirmou: *“justifica-se aqui a cautela de apreciar as alegações e provas trazidas principalmente em face de uma realidade de disputa eleitoral, até porque, ainda que eventualmente não ilícitas tais medidas entre candidatos ou eleitores, delas pode resultar possível deturpação da lisura da campanha ou injusta manipulação contra participantes de competição eleitoral.”*

Posteriormente, o mérito da questão foi submetido à apreciação do Plenário do TSE, tendo o julgamento sido interrompido em virtude de pedido de vista do Ministro Marcelo Ribeiro e não sido retomado até o fechamento deste artigo. Trata-se do Recurso Especial Eleitoral nº 49.928/PI, em que o Ministério Público Eleitoral pede que seja *“considerada lícita gravação ambiental que fundamentou, em decisão na primeira instância, a cassação dos diplomas do prefeito de Rio Grande do Piauí-PI, José Wellington Procópio, e de sua vice, Maria José Lopes da Silva, por compra de votos na eleição de 2008.”*<sup>30</sup>

De fato, a preocupação externada pelo Ministro Gilson Dipp é absolutamente relevante: a admissibilidade da captação ambiental do diálogo, sem o consentimento de um dos interlocutores, pode servir para a injusta manipulação das

---

<sup>29</sup> TSE - Agravo Regimental em Recurso Especial Eleitoral nº 36359, Acórdão de 01/07/2011, Relator(a) Min. GILSON LAGARO DIPP, Publicação: DJE - Diário da Justiça Eletrônico, Data 18/08/2011, Página 32/33.

<sup>30</sup> <http://agencia.tse.gov.br/sadAdmAgencia/noticiaSearch.do?acao=get&id=1423518>. Acessado em 31.10.2011.

candidaturas eleitorais, uma vez que poderão ser utilizadas como instrumento para a cassação do diploma de um candidato eleito. Como evitar que essa manobra não seja o elemento definidor dos pleitos eleitorais?

#### **4. ANÁLISE DA LEGITIMIDADE DA GRAVAÇÃO AMBIENTAL COMO MEIO DE PROVA**

Como se depreende da leitura dos precedentes do STF e do TSE, a gravação ambiental feita por um dos interlocutores sem o consentimento do outro é meio de prova altamente controvertido em razão de relativizar o direito à intimidade e o direito à privacidade do interlocutor que não tinha ciência.

De fato, não parece razoável imaginar que as pessoas, em todos os diálogos particulares que mantêm, devam estar precavidas para a hipótese de que o seu interlocutor possa estar gravando a conversa. A vida privada se tornaria um estado permanente de tensão.

No âmbito do direito penal, a conduta de alguém que simula um diálogo, com o intuito de induzir o outro à prática do crime, pode ser considerado crime impossível, previsto no art. 17 do Código Penal:

*“Art. 17 - Não se pune a tentativa quando, por ineficácia absoluta do meio ou por absoluta impropriedade do objeto, é impossível consumar-se o crime.”*

Segundo Alberto Silva Franco, há crime impossível por obra do agente provocador quando um interlocutor *“induz outrem à prática de infração penal com o fito de vê-lo punido.”*<sup>31</sup> O autor, citando Aníbal Bruno e Nelson Hungria, afirma:

*“Tem-se entendido, tanto do ponto de vista doutrinário, como do prisma jurisprudencial, que se cuida, na espécie de crime impossível porque, embora ‘a inidoneidade não existe no meio ou no objeto, existe no conjunto das circunstâncias, adrede preparadas, que eliminam a possibilidade de constituir-se o crime’. Há apenas um simulacro de ação que concretizaria o tipo” [...] ‘Somente na aparência é que ocorre um*

---

<sup>31</sup> FRANCO, ALBERTO SILVA E OUTROS. Código Penal e sua Interpretação. 8ª ed. São Paulo: RT. p. 156.

*crime exteriormente perfeito. Na realidade, o seu autor é apenas o protagonista inconsciente de uma comédia.*<sup>32</sup>

Dessa forma, afirma que não há crime pois embora “o desprevenido sujeito ativo opera dentro de uma pura ilusão, pois ab initio, a vigilância da autoridade policial ou do suposto paciente tornam impraticável a real consumação do crime. Um crime que, além de astuciosamente sugerido e ensejado ao agente, tem suas consequências frustradas por medidas tomadas de antemão, não passa de crime imaginário.”<sup>33</sup>

Transpondo este entendimento para o direito eleitoral, é de se indagar: numa captação ambiental de diálogo, em que candidato é provocado a oferecer benesses pelo interlocutor que grava a conversa, como se pode afirmar que há captação ilícita de sufrágio, visto que a suposta vítima jamais intencionou receber qualquer benefício do candidato em troca do seu voto, mas apenas pretendia incriminá-lo, de forma a retirá-lo do pleito eleitoral?

Ademais, é sempre importante ter em mente que, num Estado Democrático de Direito, as pessoas devem procurar as autoridades investigativas para que as provas sejam regularmente produzidas, uma vez que o monopólio para investigar, processar e julgar é do Poder Público.

A admissão da gravação ambiental, quando um dos agentes age de forma a provocar a conduta ilícita do outro, implica incentivar a que pessoas, atendendo a interesses ardis, passem a dissimular condutas e a abusar da confiança alheia, tudo de forma a produzir prova para prejudicar o interlocutor que desconhece essa circunstância.

Daí a razão pela qual a jurisprudência do STF ter originariamente se limitado a reconhecer a possibilidade de utilização desse tipo de prova, como exceção à ilicitude, quando (a) não havia expectativa de intimidade no diálogo ou (b) quando, mesmo diante da intimidade, o interlocutor utiliza a gravação para exercício do seu direito de defesa.

Vale ter em mente que em alguns países, a gravação e divulgação de comunicação entre partes, sobre a qual se pode presumir confidencialidade, tem

---

<sup>32</sup> Idem.

<sup>33</sup> *Apud* Nelson Hungria e Heleno Cláudio Fragoso. Idem.



merecido forte reprimenda estatal, tendo inclusive sido criminalizada em determinadas jurisdições.

Confira-se, por exemplo, a Seção 632 do Código Penal do Estado da Califórnia<sup>34</sup>:

*“632. (A) Toda pessoa que, intencionalmente e sem o consentimento de todas as partes em uma comunicação confidencial, por meio de amplificador eletrônico ou dispositivo de gravação, espia ou grava a comunicação confidencial, se a comunicação for realizada entre as partes, na presença de um outro ou por meio de um telégrafo, telefone ou outro dispositivo, com exceção de um rádio, será punida com uma multa não superior a US\$ 2,500.00, ou prisão na cadeia do condado por tempo não superior a um ano, ou na prisão estadual, ou será punido por prisão e multa. Se a pessoa já tiver sido anteriormente condenada por uma violação desta seção ou das Seções 631, 632.5, 632.6, 632.7 ou 636 , será punida com multa não excedente a US\$ 10 mil dólares, com prisão na cadeia do condado por tempo não superior a um ano, ou na cadeia estadual, ou com multa e reclusão.*

*(B) O termo "pessoa" inclui uma pessoa física, associação empresarial, corporações, sociedades de responsabilidade limitada ou qualquer outra pessoa jurídica, e um indivíduo agindo ou pretendendo agir para ou em nome de qualquer governo ou suas subdivisões, seja federal, estadual ou local, mas exclui um indivíduo conhecido por todas as partes de uma comunicação confidencial que espiar ou gravar a conversa.*

*(C) O termo "comunicação confidencial" inclui qualquer comunicação realizada em circunstâncias que possam razoavelmente indicar que qualquer das partes na comunicação deseja que ela seja restrita às partes, mas exclui uma conversa feita em encontro público ou no âmbito dos Poderes Legislativo, Executivo e Judiciário ou em processo administrativo público ou em qualquer outra circunstância em que as*

---

<sup>34</sup> Tradução livre. Texto obtido em <http://law.justia.com/codes/california/2005/pen/630-637.9.html>. Acessado em 1.11.2011.

*partes na comunicação podem razoavelmente esperar que a conversa possa ser ouvida ou gravada.*

*(D) Exceto como prova em uma ação ou processo por violação desta seção, nenhuma prova obtida como resultado de escutas ou gravação de uma comunicação confidencial que viole a presente seção será admissível em processos judiciais, administrativos, legislativos ou de qualquer outra natureza.*

*[...]*”

Aliás, são os seguintes os Estados americanos que proíbem a admissão, como prova, de gravação ambiental feita por um dos interlocutores, sem o consentimento do outro: Connecticut, Delaware, Florida, Massachusetts, Maryland, Michigan, Montana, New Hampshire, Pensilvânia e Washington<sup>35</sup>.

Da mesma forma, o Código Penal Alemão também criminaliza a violação da confidencialidade das comunicações. Confira-se a íntegra do art. 201<sup>36</sup>:

*(1) Quem, sem autorização:*

*1. fizer uma gravação de áudio de comunicação privada de outro; ou*  
*2. usar, ou fizer uma gravação acessível a uma terceira parte,*  
*deve ser punido com pena de prisão não superior a três anos ou com multa.*

*(2) Quem, sem autorização:*

*1. escutar com um equipamento de espionagem uma conversa privada não intencionada a chegar à sua atenção ou*  
*2. publicamente divulgar a íntegra ou o conteúdo essencial de uma conversa privada de outra pessoa em conformidade com a subseção (1), item (1), ou escutar em conformidade com a subseção (2), item (1), deve ser similarmemente punido. A conduta prevista no item 1, número 2, somente será punível se a comunicação divulgada for capaz de interferir em interesses legítimos de outrem. Não é ilegal se a*

---

<sup>35</sup> <http://www.callcorder.com/phone-recording-law-america.htm>. Acessado em 28.10.2011.

<sup>36</sup> Tradução livre. Texto obtido em <http://www.iuscomp.org/gla/statutes/StGB.htm#206>. Acessado em 1.11.2011.

*divulgação pública for feita para o propósito de resguardar interesse público preeminente.*

*(3) Quem, como servidor público ou agente privado com obrigações especiais públicas, violar a confidencialidade da comunicação oral (subseções (1) e (2)), deverá ser punido com pena de reclusão não superior a cinco anos.*

*(4) A tentativa será punida.*

*(5) A mídia de áudio e o equipamento de espionagem dos agentes deverão ser confiscados. A Seção 74 será aplicável.*

Ademais, é importante destacar que existem precedentes do Tribunal Superior Eleitoral reconhecendo a possibilidade de aplicação analógica à seara eleitoral da definição penal do flagrante preparado, concluindo, nesses casos, pela inexistência do ilícito que se pretende imputar à parte lesada, nos termos da Súmula 145 do Supremo Tribunal Federal<sup>37</sup>.

Assim, nos casos em que o interlocutor que efetuar a gravação da conversa for um agente policial, será possível também caracterizar hipótese de flagrante preparado, sobretudo quando este induzir o candidato à prática do ilícito eleitoral.

Em síntese, deve-se notar que a intimidade está sempre relacionada com a confiança e a boa-fé nas relações humanas e sociais. Assim, a gravação ambiental, feita em ambiente de má-fé, em que um agente arquitetava situação de induzimento à prática de um ilícito com o fim de ver o autor induzido punido pelo fato premeditado, não pode ser tolerada num Estado que consagra os direitos fundamentais de proteção à intimidade e à privacidade.

Convém destacar as ilustrativas palavras do Ministro MARCO AURÉLIO, no sentido de que *“a prova é ilícita até mesmo pela confiança recíproca que deve haver quando se mantém um diálogo. Não podemos sair verificando se a pessoa porta ou não um gravador”*<sup>38</sup>.

---

<sup>37</sup> Destacam-se: RO n. 1.533/MT, Rel.(a) Min. CÁRMEN LÚCIA, DJe de 24.2.11; RCED n. 747/GO, Decisão Monocrática de 09.3.10, Rel. Min. RICARDO LEWANDOWSKI, DJe de 17.3.10; RO n. 2.260/GO, Decisão Monocrática 09.3.10, Rel. Min. RICARDO LEWANDOWSKI, DJe de 17.3.10.

<sup>38</sup> TSE - Agravo Regimental em Recurso Especial Eleitoral nº 36359, Acórdão de 01/07/2011, Relator(a) Min. GILSON LAGARO DIPP, Publicação: DJE - Diário da Justiça Eletrônico, Data 18/08/2011, Página 32/33.

Na mesma linha, assenta o Ministro SEPÚLVEDA PERTENCE que *“uma gravação clandestina, seja ela de som, seja de imagem, pode constituir prova ilícita se agride uma expectativa razoável da pessoa de que estava tendo uma conversa sigilosa.”*<sup>39</sup>

De fato, *“esta é uma prática nociva e milita contra a boa-fé que deve rodear as relações interpessoais”* – palavras do Ministro RICARDO LEWANDOWSKI<sup>40</sup>.

Mesmo no âmbito do Direito Civil, o erro, o dolo e a simulação sempre foram causas que podem gerar a nulidade de um negócio jurídico.

Por outro lado, se não houve expectativa de privacidade, como no caso de o diálogo ter sido realizado em local público, por exemplo, não se verifica a transgressão às garantias constitucionais. Nesse ponto, a legislação da Califórnia bem exclui a confidencialidade da uma comunicação feita em encontro público, captada no âmbito dos Poderes Legislativo, Executivo e Judiciário, em processo administrativo público, ou em qualquer outra circunstância em que as partes na comunicação podem razoavelmente esperar que a conversa pode ser ouvida ou gravada.

Ademais, merece ser rechaçada a tese de que a gravação ambiental é a prova que se revela bem mais fiel à finalidade de reproduzir em juízo a realidade ocorrida no mundo dos fatos.

Ora, como se pode afirmar que um diálogo reflete a verdade real, se uma das partes induz a outra a se pronunciar sobre determinados fatos, sem que essa tenha ciência de que está sendo induzida? Em verdade, neste caso, a gravação ambiental não reflete a verdade dos acontecimentos, mas uma realidade criada arditosamente por um dos interlocutores, na ignorância dos demais.

Há algo semelhante à prática de um crime de estelionato, tipificado no art. 171 do Código Penal:

---

<sup>39</sup> Voto do Min. Sepúlveda Pertence. TSE - RECURSO ESPECIAL ELEITORAL nº 21261, Acórdão nº 21261 de 30/10/2003, Relator(a) Min. FRANCISCO PEÇANHA MARTINS, Publicação: DJ - Diário de Justiça, Volume 1, Data 05/03/2004, Página 95 RJTSE - Revista de Jurisprudência do TSE, Volume 15, Tomo 1, Página 185.

<sup>40</sup> TSE - Agravo Regimental em Recurso Especial Eleitoral nº 36359, Acórdão de 01/07/2011, Relator(a) Min. GILSON LAGARO DIPP, Publicação: DJE - Diário da Justiça Eletrônico, Data 18/08/2011, Página 32/33.

*“Art. 171 - Obter, para si ou para outrem, vantagem ilícita, em prejuízo alheio, induzindo ou mantendo alguém em erro, mediante artifício, ardil, ou qualquer outro meio fraudulento:*

*Pena - reclusão, de 1 (um) a 5 (cinco) anos, e multa.”*

A toda evidência, a importância da prova testemunhal, colhida na presença do Estado-juiz, sob a ameaça de punição pelo falso testemunho e presente o contraditório, revela-se a maior garantia de descoberta dos verdadeiros fatos e das condições em que a gravação foi efetuada.

Definitivamente, é temerária essa interpretação, sobretudo quando se atribui, em detrimento de um testemunho regularmente colhido, maior valor à gravação ambiental arditamente captada.

Também, merece ser afastada a legitimidade de tal prática em função de um suposto atendimento ao interesse público. O inciso LVI do art. 5º da Carta Magna é claro ao prever que são inadmissíveis, no processo, as provas obtidas por meios ilícitos. Assim, é evidente que não encontra guarida constitucional a utilização de provas ilícitas, mesmo que supostamente em nome do interesse público, sob pena de se incentivar a lesão a direitos e garantias fundamentais.

Sobre a primordial necessidade de preservação do Estado Democrático de Direito frente à utilização indiscriminada de provas ilícitas, posicionou-se brilhantemente o Ministro RICARDO LEWANDOWSKI, em recentíssima decisão proferida nos autos da Ação Cautelar n. 130.275/BA:

*“A tese de que as provas obtidas por meios ilícitos devem ser acolhidas para salvaguardar interesse público e o Estado Democrático de Direito é uma contradição em termos. Não há falar em prova ilícita que seja moralmente legítima. A prova ilícita é conseqüentemente imoral, atentatória ao Estado Democrático de Direito brasileiro, o qual estabelece, por meio de sua Constituição, que “são inadmissíveis, no processo, as provas obtidas por meios ilícitos” (art. 5º, LVI, da CF/88).”*

41

---

<sup>41</sup> TSE - Agravo Regimental em Ação Cautelar nº 130275, Acórdão de 30/08/2011, Relator(a) Min. FÁTIMA NANCY ANDRIGHI, Publicação: DJE - Diário da Justiça Eletrônico, Data 22/09/2011, Página 54.

Tampouco se pode cogitar de ponderação de valores e interesses, para justificar a admissão. Como já afirmado, o respeito ao devido processo legal – afrontado nas hipóteses de utilização de prova ilícita – é expressamente consagrado pelo constituinte quando, no inciso LVI do art. 5º da CF/88, afasta, de pronto, a utilização de provas ilícitas em processos de qualquer natureza.

Aliás, sobre a necessidade de preservação do instituto da segurança jurídica em detrimento da consideração de provas ilícitas, cumpre trazer à baila as precisas palavras do Ministro Marco Aurélio, proferidas na ocasião do julgamento do Recurso Especial Eleitoral n. 21.261/MG:

*“Quando a Constituição Federal versa sobre o desprezo à prova ilícita, o faz a partir de uma razoabilidade; o faz a partir, como eu disse, de um intuito muito caro que se vive num Estado Democrático de Direito, que é o instituto da segurança jurídica.”<sup>42</sup>*

## **5. CONCLUSÃO**

A vedação ao aproveitamento das provas ilícitas surge da essência de uma Constituição garantista, não sendo limitada a âmbitos específicos do direito, mas servindo como condição de validade a procedimentos de toda ordem. Significa dizer, em última análise, que a busca da verdade depende necessariamente da observância às garantias individuais.

Não se pode, em nome do interesse público, segregar a um plano meramente retórico as garantias individuais, tão duramente conquistadas. A prova obtida de forma ilícita será assim adjetivada em qualquer tipo de procedimento, eleitoral ou não, pois expressamente rechaçada pela Constituição Federal (art. 5º, inciso LVI), na medida em que flagrantemente atentatória a Princípios e Garantias Individuais.

Dessa forma, a retomada do debate da matéria pelo TSE é medida de extrema relevância. Tolerar a gravação ambiental no âmbito do direito eleitoral, em

---

<sup>42</sup> Trecho do voto do Min. Marco Aurélio. TSE - RECURSO ESPECIAL ELEITORAL nº 21261, Acórdão nº 21261 de 30/10/2003, Relator(a) Min. FRANCISCO PEÇANHA MARTINS, Publicação: DJ - Diário de Justiça, Volume 1, Data 05/03/2004, Página 95 RJTSE - Revista de Jurisprudência do TSE, Volume 15, Tomo 1, Página 185.

processos em que o interlocutor que capta a conversa não se apresenta como vítima, mas como um provocador da conduta ilícita, para que futuramente essa gravação seja utilizada em um processo de captação ilícita de sufrágio, representa deixar que interesses pouco nobres, verdadeiramente ardis, inescrupulosos, sejam os verdadeiros definidores do resultado do pleito eleitoral. O incentivo a uma conduta dessa natureza não deve ser chancelado pelo Poder Judiciário. Em última análise, é assentar que tais práticas – e não o voto popular – definirão quem serão os representantes do povo.

Como afirma LAWRENCE TRIBE, Professor de Harvard, *“as nossas escolhas modelam o que os nossos interesses e valores são, pela formação de quem e do quê nós nos tornaremos. A tarefa de construir e interpretar o direito, especialmente o direito constitucional, é a de escolher o tipo de pessoas, o tipo de sociedade, que nós seremos.”*<sup>43</sup>

---

<sup>43</sup> TRIBE, Lawrence. *Seven Deadly Sins of Straining the Constitution Through a Pseudo-Scientific Sieve*. 36 Hastings L. J. 155, 156 1984-1985.