

Guilherme Barcelos: Gravações clandestinas e Riggs vs. Palmer

O tema aqui que envolve a (i)licitude das gravações ambientais clandestinas no seio dos processos judiciais eleitorais é um dos mais tormentosos que envolvem a Justiça Eleitoral. Desde há muito a controvérsia impera. E só vem sendo agravada. O próprio TSE modificou, em julgados relativamente recentes, aquilo que ele próprio vinha decidindo acerca do tema — desde 2012, no mínimo. Da ilicitude



Guilherme Barcelos

advogado eleitoralista e professor

Em um "*turning point*", especialmente a partir das investidas do ministro

Alexandre de Moraes, o TSE passou a considerar as gravações ambientais clandestinas novamente como provas ilícitas, sobretudo a partir da inovação legislativa introduzida pelo "pacote anticrime". Falo aqui do artigo 8-A da Lei das Interceptações, que consagra as gravações ambientais clandestinas como elemento probatório apenas para fins de defesa ou negativa, salvo quando precedida de decisão judicial autorizativa da prática. Acertou, pois, o TSE, tal como já escrevemos aqui [\[1\]](#).

Há, no mais, Repercussão Geral pendente de julgamento perante o STF — RE nº 1.040.515 (Tema 979). Na espécie, votou o relator do recurso extraordinário, ministro Dias Toffoli, para reputar como ilícitas as gravações ambientais clandestinas no bojo da jurisdição eleitoral, salvo se for realizada em local público ou com fins de defesa ou negativa. Pediu vista o ministro Gilmar Mendes. E o julgamento se encontra suspenso.

A esse respeito, costuma-se discutir acerca da licitude das gravações ambientais clandestinas sob a ótica da privacidade na perspectiva da reserva do diálogo, ou mesmo da existência de flagrante preparado. Falamos, também, acerca da (preservação) da cadeia de custódia da prova (ver [aqui](#)). E ainda há outras questões a abordar.

O texto de hoje indagará (não há, pois, respostas antes das perguntas...): tendo em vista o contexto no qual as gravações ambientais clandestinas são produzidas para fins eleitorais, isto é, com fins premeditados de subsidiar acusações em prol de terceiros e, portanto, por meio de engodo, poder-se-ia sustentar a licitude desses elementos, como que a dar sustentação a um verdadeiro prêmio do agir abarcado por torpeza? Alguém poderia, sob o prisma do Direito, se beneficiar da própria torpeza?

Como são produzidas gravações clandestinas para fins eleitorais?

Desde 2014, no mínimo, defendemos a ilicitude das gravações ambientais clandestinas no bojo do contencioso eleitoral (cível ou criminal eleitoral), O tema, por sua vez, se encontra desenvolvido em nosso "Processo Judicial Eleitoral e Provas Ilícitas", publicação que se encontra em 3ª ed. junto a Editora Juruá (ver [aqui](#)), indo para a 4ª pelo mesmo editorial (no prelo). Não iremos aprofundar agora, portanto. A questão é: como são produzidas as gravações ambientais clandestinas para fins de subsidiar acusações de cunho eleitoral? Qual a facticidade subjacente?

O quadro fático dos casos apresenta um interlocutor que grava uma conversa sem o conhecimento da outra pessoa envolvida no diálogo, sendo esta um candidato ou, em parte das vezes, alguém pretensamente ligado a correspondente candidatura, oportunidade na qual supostamente são oferecidas ou prometidas, doadas ou entregues benesses em troca de votos. Em seguida, o conteúdo da conversa é fornecido a terceiros como meio de prova a ser utilizado para embasar a cassação do registro e/ou diploma do interlocutor que não tinha ciência da gravação, tudo com base, por regra, no artigo 41-A da Lei 9.504/1997 [\[2\]](#).

É nesse âmbito de disputa eleitoral, marcado por ânimos acalorados e pela preponderância das paixões, que surgem as gravações ambientais em comento, em que um interlocutor, sem o conhecimento do interlocutor diverso (candidato, cabo eleitoral ou eleitor militante de uma campanha), de forma premeditada e se utilizando da "moita", induz, instiga ou se propõe a manutenção de eventual diálogo, vindo a captar o respectivo conteúdo, basicamente com vistas à produção de uma prova a ser manejada futuramente em juízo por terceiros.

Nessa ótica, a produção das gravações ambientais *com fins eleitorais* apresenta o seguinte panorama: **a)** O cenário que as envolve carrega um clima de acirradas disputas políticas, em que ânimos acalorados e paixões por vezes condenáveis são uma constante; **b)** Há premeditação por parte do interlocutor; **c)** O interlocutor se usa da clandestinidade ao escamotear-se para possibilitar a promoção desses elementos, de modo que o interlocutor diverso não tenha qualquer conhecimento ou suspeita; **d)** A produção se dá de forma sub-reptícia, ou seja, maliciosa, ardilosa, por meio de aleivosias etc.; **e)** O interlocutor age como engodo, ou isca; **f)** E assim age por interesses políticos, com a finalidade de possibilitar o manejo da gravação, em juízo, por parte de terceiros que não o próprio, ou por interesses particulares, utilizando-se da gravação como "moeda de troca", de modo a satisfazer os seus interesses; **g)** Por fim, tais gravações, uma vez firmadas, são manejadas com o desiderato único e exclusivo de desencadear, por meio de terceiros que não o interlocutor, a persecução eleitoral, de modo a, por meios espúrios, objetivar a desconstituição da vontade popular sufragada nas urnas; **h)** Já em juízo, por regra, a gravação em questão é apresentada sem registro da cadeia de custódia.

Desse modo, na presença dos elementos acima narrados, as gravações ambientais acabam por serem trazidas ao âmbito do contencioso eleitoral, assim o sendo por terceiros que não o malicioso interlocutor, algo que se dá, na maioria dos casos, em ações que denunciam a pretensa prática de captação ilícita de sufrágio ou "compra de votos". Trata-se, em palavras bem claras, de verdadeira "pegadinha" probatório-acusatória.

Caso *Riggs vs. Palmer*

O quadro fático no qual são produzidas as gravações ambientais clandestinas com fins eleitorais está posto. E é, penso, indubitável que a malícia impera no concatenado ato de produção dos registros clandestinos. As gravações ambientais clandestinas, no âmbito específico das lides judiciais eleitorais, se afigurariam, pois, à luz do quadro fático inerente à prática, como elementos probatórios provenientes da torpeza.

Convém reafirmar 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 [3]. . Realmente esta é uma prática nociva e milita contra a boa-fé que deve rodear as relações interpessoais [4]. A gravação escamoteada, camuflada, não se coaduna com ares realmente constitucionais, considerada a prova e, acima de tudo, a boa-fé que deve haver entre aqueles que mantêm, de alguma forma, um contato, que mantêm, portanto, um diálogo [5]. Eis algumas das manifestações provenientes do banco judicial (TSE) acerca do tema, com o que eu concordo. Reforce-se, ainda, que a questão ganha relevo maior em se tratando de um processo eleitoral, pois aqui "*as disputas são acirradas, prevalecendo, muitas vezes, paixões condenáveis*" [6]. Não há, no âmago dos processos eleitorais, espaço para manobras oblíquas e artifícios traiçoeiros tendentes a criar, direta ou indiretamente, atalhos para o poder.

Para a professora Ada Grinover [7] outra ordem de considerações também leva à necessidade de se colocarem limites ao direito à prova: o processo só pode fazer-se dentro de uma escrupulosa regra de boa-fé, que rege a atividade do juiz e das partes. De igual modo, importante registrar excerto de voto proferido por Marcelo Peregrino [8], ex-juiz eleitoral do Tribunal Regional Eleitoral de Santa Catarina, que, debruçando-se sobre o enredo, disse o seguinte, *verbis*:

"[...] No cenário eleitoral, em meio às refregas e paixões partidárias, a normalidade e a lisura do pleito devem ser preservados, havendo para tanto um cabedal de instrumentos legais para a correção dos rumos eventualmente perdidos e também para a punição dos causadores da turbacão. Refiro-me às ações de investigação judicial (abuso de poder, art. 22, XIV e XV, LC 64/90; captação ou uso ilícito de recursos para fins eleitorais, art. 30-A, 41-A, Lei 9.504/1997; por conduta vedada, art. 73,74,75,77), ações de impugnação aos registros, às representações pela propaganda irregular e etc. Todos esses meios de salvaguarda dos valores constitucionais do ordenamento jurídico eleitoral (art. 14 da Constituição da República) valem-se da intervenção judicial, sem exceção. E isto, reputo, deve-se à equidistância necessária num cenário onde as paixões humanas reinam como na disputa eleitoral. Por isso, entendo pernicioso à construção de uma sociedade democrática, um Estado de Direito Democrático — permitir-se que particulares (interessados num determinado resultado) gravem entre si suas conversas e produzam uma prova e desta prova se faça uso, para cassar, por exemplo, um mandato eletivo. Não me parece recomendável a prevalência de um clima de espionagem eleitoral e de abuso da confiança entre as pessoas. [...]" [9].

Provas produzidas à sorrelfa, como são essas gravações, devem ser imediatamente rechaçadas, sob pena de instalar-se um estado de coisas tendente a premiar a malícia, a má-fé, o ardil, etc. Noutras palavras, um processo judicial não deve marchar pela trombeta da torpeza probatório-acusatória [10].

Deve-se, então, rememorar aqui o velho princípio de que a ninguém é facultado se valer da própria torpeza. E lembrar, ao fim e ao cabo, "[...] do famoso caso *Riggs v. Palmer*, de 1895, julgado [...] em Nova Iorque, [...]" [11]. Elmer, como lembra o professor Lenio Streck, mata o avô para receber mais cedo a sua herança que lhe fora testada. E entrou em juízo para receber a herança, alegando que não havia nenhuma lei que previa seu ato. A lei punia o assassinato, mas não proibia que ele fosse um assassino rico. O tribunal contrariou Elmer, dizendo: ninguém pode se beneficiar de sua própria torpeza [12].

[1] Os casos do TSE, por sua vez, são os seguintes: **REspe nº 0600530-94.2020.6.26.0171**, rel. min. Alexandre de Moraes, **Agravo de Instrumento nº 29.364**, acórdão, rel. min. Alexandre de Moraes, Publicação: DJE – Diário da justiça eletrônica, tomo 206, data 9/11/2021 e **RECURSO ESPECIAL ELEITORAL nº 40.483**, acórdão, relator min. Mauro Campbell Marques, Publicação: DJE – Diário da justiça eletrônica, tomo 221, Data 30/11/2021).

[2] JARDIM, Flávio Jaime de Moraes; PITA, Guilherme Regueira. **A admissibilidade da gravação feita por um dos interlocutores sem o conhecimento do outro como prova nos processos judiciais eleitorais**. Brasília: IBRADE. p. 01. (Texto brevemente modificado).

[3] TSE – Agravo Regimental em Recurso Especial Eleitoral 36359, acórdão de 1/7/2011, rel. min. Gilson Langaro Dipp, publicação: DJE – Diário da Justiça Eletrônico, data 18/8/2011, p. 32-33.

[4]

TSE – Agravo Regimental em Recurso Especial Eleitoral 36.359, Acórdão de 1/7/2011, rel. min. Gilson Langaro Dipp, publicação: DJE – Diário da Justiça Eletrônico, Data 18/8/2011, p. 32-33.

[5] TSE – Recurso Especial Eleitoral 42.918, Decisão Monocrática de 28.02.2014, rel. min. Henrique Neves da Silva, publicação: DJE – Diário da Justiça Eletrônico, Data 10/3/2014, página 49-53, citando voto do min. Marco Aurélio Mello nos autos do Recurso Extraordinário 583.937.

[6] TSE – Recurso Especial Eleitoral 50.706, acórdão de 26/6/2012, rel. min. Marco Aurélio Mendes de Farias Mello, publicação: DJE – Diário de justiça eletrônico, Tomo 240, Data 14/12/2012, p. 9.

[7] GRINOVER, Ada Pelegrini, FERNANDES, Antônio Scarance; GOMES FILHO, Antônio Magalhães. **As nulidades do Processo Penal**. 10ª ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2008. p. 155.

[8] Indicamos para leitura a obra de Marcelo Pererino **O Controle de Constitucionalidade da Lei da Ficha Limpa** (PEREGRINO FERREIRA, Marcelo Ramos. **O Controle de Convencionalidade da Lei da Ficha Limpa – Direitos Políticos e Inelegibilidade**. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2015).

[9] RECURSO ELEITORAL (RE) nº 384-82.2012.6.24.0060 – REPRESENTAÇÃO – 60ª ZONA ELEITORAL – GUARAMIRIM – rel. juiz Marcelo Ramos Peregrino Ferreira.

[10] O engodo na produção dessas gravações para subsidiar futuras acusações é clarividente. A preparação mais ainda. por oportuno, reproduzimos, no mais, dizeres de Lenio Streck, registrados no âmbito dos acontecimentos que envolveram a famigerada delação premiada de Joesley Batista, *verbis*: "[...] **Pegadinha delacional** O advogado e professor de processo penal **Lenio Streck** diz que Machado fez uma 'pegadinha jurídico-delacional' para seus interlocutores. 'A pergunta que deve ser feita é: o interlocutor falaria aquilo se não fosse provocado? O sujeito que grava está construindo prova. Isso é ilegal', afirma. O que o ex-presidente da Transpetro gravou foram intenções, diz, que podem ser moralmente condenáveis, mas o Direito não pode se guiar pela moral. 'Ninguém pode ser processado ou condenado por 'coisas feias'. Só por crime. Simples assim'. Streck critica ainda a divulgação das gravações, que primeiro saíram na imprensa para só depois chegarem às acusações da PGR: 'A lei diz que o conteúdo da delação só pode ser divulgado depois do recebimento da denúncia. Mas quem cumpre a lei no Brasil? Os fins justificam os meios. O futuro mostrará que o Direito ajudou na destruição do próprio Direito. Puro canibalismo'. Ao comentar a situação, o jurista lembra da velha anedota: 'O 'machado' vem entrando na floresta e uma árvore diz para a outra: não se preocupe, o cabo é dos nossos. Ao que a outra, mais cuidadosa, diz: mas acho que o aço lhe subiu à cabeça. Eis a lâmina que pegou todo mundo'. [...]"

[11]

STRECK, Lenio Luiz. Corromperam o país, conseguiram anistia e foram morar em Nova Iorque. **Revista Consultor Jurídico. Conjur.** Disponível em: <https://www.conjur.com.br/2017-mai-20/lenio-streck-corromperam-pais-anistiados-foram-morar-ny>. Acesso em: 25/4/2022.

[12] STRECK, Lenio Luiz. Corromperam o país, conseguiram anistia e foram morar em Nova Iorque. **Revista Consultor Jurídico. Conjur.** Disponível em: <https://www.conjur.com.br/2017-mai-20/lenio-streck-corromperam-pais-anistiados-foram-morar-ny>. Acesso em: 25/4/2022.

Date Created

04/05/2022