

No TSE, Barroso abre divergência sobre uso de gravação como prova

02/09/2021

As mudanças do pacote "anticrime" (Lei 13.964/2019) na legislação penal quanto à ilicitude do uso de gravação ambiental clandestina como prova não têm aplicação imediata em casos eleitorais e também não possuem eficácia para elementos probatórios produzidos antes de sua vigência.

Reprodução



Candidata foi gravada por interlocutores prometendo vantagens em troca de votos
Reprodução

Com esse entendimento, o ministro Luís Roberto Barroso, presidente do Tribunal Superior Eleitoral, se opôs à [proposta feita pelo ministro Alexandre de Moraes](#), de mudar a jurisprudência da corte para considerar tais provas ilegais.

A divergência foi inaugurada em voto-vista apresentado nesta quinta-feira (2/9), em processo que discute o caso de uma vereadora de Santa Inês (PR) eleita em 2016 e cassada pelo Tribunal Regional Eleitoral paranaense por compra de votos, com aplicação de multa.

A condenação se baseou exclusivamente em gravação ambiental feita sem autorização por uma pessoa que organizou encontro privado entre a candidata e os eleitores. Na cada de um deles, a ré prometeu pagamento em dinheiro, concessão de remédios e auxílio na obtenção do benefício de aposentadoria.

Nesta quinta, o ministro Barroso defendeu [manter a jurisprudência do TSE](#), que em 22 casos referentes às eleições municipais de 2016 considerou que a gravação ambiental pode ser usada como prova, desde que seja espontânea, feita por um dos interlocutores da conversa registrada e que não haja induzimento ao ilícito.

O julgamento foi interrompido por um segundo pedido de vista, feito pelo ministro Luís Felipe Salomão.

Nelson Jr./SCO/STF



Para o ministro Barroso, alterações do pacote "anticrime" não valem para provas produzidas antes de sua entrada em vigência
Nelson Jr./SCO/STF

Aplicabilidade imediata

A divergência sobre o tema se resume à aplicação imediata ou não do pacote "anticrime". Até sua sanção, em 2019, havia um "vácuo legislativo" sobre a legalidade do uso de gravações ambientais clandestinas como prova.

Ao inserir o artigo 8-A Lei 9.296/1996, fixou que a captação ambiental deve ser feita por autorização judicial mediante requerimento do Ministério Público ou da autoridade policial.

Mas no parágrafo 4º trouxe a exceção: que a captação ambiental feita por um dos interlocutores sem o prévio conhecimento da autoridade policial ou do Ministério Público poderá ser usada em matéria de defesa, desde demonstrada a integridade da gravação.

Para o relator do caso, ministro Alexandre de Moraes, a norma regulamenta o pleno exercício de um direito fundamental: à intimidade e à vida privada. E os direitos fundamentais, nos termos do artigo 5º, parágrafo 1º da Constituição Federal, têm aplicabilidade imediata.

Nelson Jr./SCO/STF



Regra que regulamenta exercício de direito fundamental à privacidade tem aplicação imediata, defendeu ministro Alexandre
Nelson Jr./SCO/STF

"Não me parece possível, por mais que queiramos proteger a segurança jurídica de decisões anteriores, dizer que agora, quando a lei veda uma gravação clandestina — e mais: em ambiente privado —, que nós não possamos aplicar norma protetiva instrumental de direitos fundamentais a um processo em curso", disse nesta quinta, ao defender a posição.

Ao divergir, o ministro Barroso ressaltou a necessidade de preservar a segurança jurídica e a isonomia, valores também protegidos constitucionalmente. E acrescentou que a norma introduzida no ordenamento pelo pacote "anticrime" não deve ter aplicabilidade imediata na seara eleitoral.

"Trata-se de norma de natureza processual. Ela não cria ou elimina um tipo penal. Ela regulamenta um meio de prova. Acho que é norma processual que se aplica daqui para frente, mas não à prova produzida preteritamente. Senão, seria uma invalidação superveniente de algo que era considerado lícito no momento em que foi produzido", afirmou.

Assim, defendeu que uma eventual mudança de jurisprudência deve se dar forma prospectiva — não em relação às eleições de 2016. Essa análise, portanto, deve ser reservada para o momento oportuno, no Supremo Tribunal Federal.

Rosinei Coutinho/SCO/STF



Ministro Dias Toffoli é o relator do caso no Supremo Tribunal Federal
Rosinei Coutinho/SCO/STF

Em discussão no STF

O tema é controverso e está sendo apreciado pelo STF no **RE 1.040.515**. Em 2017, a corte **reconheceu repercussão geral** sobre a necessidade de autorização judicial para tornar uma gravação ambiental apta a instruir ação de impugnação de mandato eletivo (Aime).

O julgamento do recurso extraordinário começou depois do julgamento no TSE. Até agora, o **único a votar** no caso foi o relator, ministro Dias Toffoli, em junho de 2021. O julgamento foi interrompido por pedido de vista do ministro Gilmar Mendes.

Toffoli defendeu a ilicitude do meio de prova, pois reveste-se de intenções espúrias e indica a indução ou instigação de um flagrante preparado. A exceção é quando o registro ocorre em lugar público — o que não ocorreu no caso julgado pelo TSE.

O relator ainda propôs que o entendimento seja aplicado a partir das Eleições de 2022, em homenagem ao princípio da segurança jurídica, ponto ressaltado no voto do ministro Luís Roberto Barroso nesta quinta-feira.

0000293-64.2016.6.16.0095

Fonte: <https://conjur.jumps.com.br/2021-set-02/tse-barroso-abre-divergencia-gravacao-ambiental-prova/>