

CONVERSA GRAVADA PELO PRÓPRIO INTERLOCUTOR E SEU EMPREGO EM PROCESSOS PENAIS DESDE A LEI ANTICRIME

COMMUNICATION RECORDED BY THE SPEAKER AND ITS USAGE IN CRIMINAL PROCEEDINGS SINCE THE ANTICRIME LAW

Felício Nogueira Costa¹  

Universidade de São Paulo, São Paulo/SP
felicio.nogueira@gmail.com

DOI: <https://doi.org/10.5281/zenodo.11175178>

Resumo: O artigo trata das captações ambientais de sinais eletromagnéticos, ópticos ou acústicos em investigações criminais e seu tratamento no ordenamento brasileiro, dissertando especificamente a respeito da captação realizada pelo próprio interlocutor.

Palavras-chave: Processo Penal; Investigação policial; Captação ambiental.

Abstract: This paper addresses the use of covert surveillance techniques in criminal investigations according to the Brazilian law, especially those recordings made by the speaker itself.

Keywords: Criminal Procedure; Police investigation; Covert surveillance techniques.

Grandes empresários do ramo rural, políticos de Brasília e diretores de estatais foram nos últimos anos envolvidos em polêmicas relacionadas à captação ambiental de conversas que viriam a nutrir processos penais. Esse meio de obtenção de provas também vem sendo empregado noutras apurações cotidianas menos notáveis, provendo relevante contribuição em feitos criminais.

A esse respeito, a Lei Anticrime (Lei 13.964/2019) inseriu a disciplina legal das captações ambientais na Lei de Interceptações Telefônicas (Lei 9.296/1996), apesar de a captação já ser mencionada em leis anteriores relacionadas ao crime organizado, Leis 9.034/1995 e 12.850/2013 (Malan, 2017). Captações ambientais e interceptações de fato vulneram similarmente garantias constitucionais, como a intimidade e a vida privada (art. 5º, X, Constituição da República), dado que ambas implicam em intromissão na esfera de direitos de pessoas que poderão vir a ser processadas criminalmente.

Quanto ao seu regime legal, a captação ambiental de sinais eletromagnéticos, ópticos ou acústicos para investigação ou instrução criminal “poderá ser autorizada pelo juiz” (art. 8º-A da Lei 9.296), expressão que não representa uma pura faculdade, mas verdadeira exigência. Aqui foi empregada a mesma redação do art. 3º relativo às interceptações, campo em que a própria

Constituição da República exige prévia ordem judicial (art. 5º, XII). A autorização judicial fica condicionada à existência de indícios de autoria de crimes graves que não poderiam ser constatados por outros meios probatórios menos invasivos, havendo limites temporais para a realização da medida.

O objeto da lei são aquelas captações ambientais ocultas, sem conhecimento de todos os sujeitos presentes. A gravação consentida ou com conhecimento dos interlocutores não requer decisão judicial, a exemplo de câmeras corporais explícitas utilizadas por forças policiais, câmeras de monitoramento ostensivas instaladas em edifícios etc., conforme expõem Bechara e Dezem (2011, p. 131) e Dezem (2020, p. 190). Nesses casos, inexistente o diferencial da dissimulação na eventual violação aos direitos constitucionais de quem será alvo do processo penal.

Adentrando no cerne do presente artigo, o ponto da lei sujeito a interpretação mais profunda é o § 4º do art. 8º-A (Brasil, 1996) que trata da gravação clandestina realizada pelo próprio interlocutor da conversa: “A captação ambiental feita por um dos interlocutores sem o prévio conhecimento da autoridade policial ou do Ministério Público poderá ser utilizada, em matéria de defesa, quando demonstrada a integridade da gravação”.

Interpretando a lei com foco nesse dispositivo, tem-se que o

¹ Mestre em Direito Processual Penal pela Faculdade de Direito da USP (2020). Advogado. Instagram: <https://www.instagram.com/felicionc/>. LinkedIn: <https://www.linkedin.com/in/felicio-costa>.

legislador repartiu a captação ambiental em três espécies. Na primeira delas, sempre dependerá de decisão judicial a gravação oculta por quem não é interlocutor, objeto primário da regulamentação, situação em que é evidente a violação à privacidade protegida constitucionalmente.

Também dependerá de ordem judicial a captação realizada por interlocutor quando há prévio conhecimento da autoridade policial ou do Ministério Público. A precaução é voltada a impedir que autoridades persecutórias driblem a exigência de decisão judicial. Assim, investigador algum deveria incentivar que terceiros clandestinamente nutram uma investigação por métodos que impliquem na vulneração indevida de direitos alheios. O Superior Tribunal de Justiça, nos autos do AgRg no RHC 150.343/GO, já teve oportunidade de julgar ilícita prova produzida nessas circunstâncias, ainda que aplicando outro regime legal:

A participação do Ministério Público na produção da prova, fornecendo equipamento, aproxima o agente particular de um agente colaborador ou de um agente infiltrado e, conseqüentemente, de suas restrições.

A participação da polícia ou do Ministério Público na produção da prova exerce a atração dos marcos legais, que, no caso, exigiam, repito, "circunstanciada autorização judicial". Não obtida a chancela do Poder Judiciário, opera a regra de exclusão, pois a prova em questão é ilícita. (Brasil, 2023a).

A obrigatoriedade de decisão judicial é excepcionada apenas na última espécie de captação ambiental em que um interlocutor espontaneamente realiza a gravação. Demonstrada a integridade do seu conteúdo através da análise da cadeia de custódia, ele poderá ser utilizado em processos penais "em matéria de defesa".

"Defesa" é uma expressão com múltiplos sentidos. Inserida em norma processual penal, os limites semânticos do termo certamente não abrangem o emprego da captação clandestina para fins de acusação, embasando denúncias e queixas criminais ou servindo para outras providências criminais cautelares (Kok; Dentes, 2021).

Cabe aqui uma digressão no histórico legislativo da norma. A redação final da Lei 13.964/2019 foi resultado de intenso trabalho legislativo e remonta à Comissão de Juristas encabeçada pelo Ministro do Supremo Tribunal Federal Alexandre de Moraes, sucedida por Grupo de Trabalho da Câmara dos Deputados para debater impactantes alterações na legislação penal e processual penal (Brasil, 2019a).

A redação do parágrafo citado é fruto do trabalho do Legislativo e limita o emprego de provas vulneradoras da intimidade e da vida privada no âmbito do processo penal. Sem decisão judicial ou trâmite oficial, a captação oculta somente pode ser empregada em favor da defesa no processo penal. A título de exemplo, se um réu realiza a gravação da "confissão" informal daquele que é o verdadeiro autor do crime, tal elemento poderia ser empregado para absolver quem foi equivocadamente acusado, mas não poderia se prestar a condenar aquele que não sabia estar sendo gravado, dado que tal uso não estaria abarcado pela "matéria de defesa" do citado § 4º do art. 8º-A, Essa é a interpretação mais razoável do dispositivo. Tanto é assim que tal exegese foi externada pela então Presidência da República ao vetar o dispositivo, opondo-se justamente à limitação do emprego para fins de defesa:

O Ministério da Justiça e Segurança Pública e a Advocacia-Geral da União manifestaram-se pelo veto aos seguintes dispositivos: [...] A propositura legislativa, ao limitar o uso da prova obtida mediante a captação ambiental apenas pela defesa, contraria o

interesse público uma vez que uma prova não deve ser considerada lícita ou ilícita unicamente em razão da parte que beneficiará, sob pena de ofensa ao princípio da lealdade, da boa-fé objetiva e da cooperação entre os sujeitos processuais, além de se representar um retrocesso legislativo no combate ao crime. Ademais, o dispositivo vai de encontro à jurisprudência do Supremo Tribunal Federal [...] (Brasil, 2019b).

De fato, a redação da norma leva à alteração do anterior posicionamento jurisprudencial, encarnado no tema 237 de repercussão geral do Supremo Tribunal Federal, que admitia amplamente o "grampo" do interlocutor.

Em suma, tanto o Legislativo quanto o Executivo sabiam o exato significado do dispositivo: previa-se o emprego de tal prova exclusivamente pela defesa. Só que o Executivo se opunha ao texto da lei, dizendo que a prova não podia ser exclusivamente defensiva.

A vontade do Legislativo prevaleceu. Em votação de margem ampla, esse específico veto presidencial foi rejeitado em ambas as casas legislativas (Brasil, 2019c – votação do dispositivo 56.19.021). Curioso notar como a queda do veto não foi reportada em algumas das primeiras publicações que comentaram a Lei Anticrime (Dezem, 2020; Mendes; Lucchesi, 2020), motivo que pode ter levado o citado § 4º do art. 8º-A a receber menor atenção da comunidade jurídica.

De toda forma, a partir dessa análise do processo legislativo, é possível concluir que a captação ambiental oculta para fins acusatórios somente é válida se houver decisão judicial; caso contrário, seu uso é restrito à "matéria de defesa".

A jurisprudência nacional ainda não vem aplicando tal interpretação da norma a todos os casos, apesar de o primeiro passo já ter sido dado. O Tribunal Superior Eleitoral assumiu a dianteira e já empregou o novo regime legal para reconhecer a ilicitude de prova consistente de captação ambiental clandestina realizada por interlocutor sem o conhecimento dos demais sujeitos presentes, conforme acórdão no AgRg no AgIn 0000293-64.2016.6.16.0095:

Nos termos do § 4º, do artigo 8º-A da Lei 9.296/96, introduzido pela Lei nº 13.964/2019, a gravação ambiental realizada por um dos interlocutores sem o prévio conhecimento das autoridades legitimadas no *caput* do mesmo artigo somente poderá ser utilizada em matéria de defesa, no âmbito de processo criminal e desde que comprovada a integridade de seu conteúdo. [...] São clandestinas e, portanto, ilícitas as gravações ambientais feitas em ambiente privado, ainda que por um dos seus interlocutores ou terceiros a seu rogo ou com seu consentimento, mas sem o consentimento ou ciência inequívoca dos demais dada inequívoca afronta ao inciso X, do art. 5º, da Constituição Federal (Brasil, 2021).

O debate a respeito da licitude dessa prova em processos eleitorais se desenvolveu no Recurso Extraordinário 1.040.515, em que o Plenário do Supremo Tribunal Federal ainda não divulgou o acórdão resultante do julgamento. Mesmo assim, a mídia já repercutiu o voto vencedor do Relator Ministro Dias Toffoli que fixa a tese de repercussão geral reconhecendo a ilicitude da gravação ambiental clandestina realizada por interlocutor:

No processo eleitoral, é ilícita a prova colhida por meio de gravação ambiental clandestina, sem autorização judicial e com violação à privacidade e à intimidade dos interlocutores, ainda que realizada por um dos participantes, sem o conhecimento dos demais. - A exceção à regra da ilicitude da gravação ambiental feita sem o conhecimento de um dos interlocutores e sem autorização judicial ocorre na hipótese de registro de fato ocorrido em local público desprovido de qualquer controle de

acesso, pois, nesse caso, não há violação à intimidade ou quebra da expectativa de privacidade (Higídio, 2023).

No sentido oposto ao reconhecimento da ilicitude, sustentando a antiga jurisprudência que permitia o amplo emprego de tal gravação clandestina, destacamos aqui a existência do acórdão do Superior Tribunal de Justiça AgRg no RHC 173004/RS (Brasil, 2023b). Ele é em parte embasado no posicionamento doutrinário de Aras e Suxberger (2021, p. 11), segundo os quais “As gravações de conversa própria, mesmo quando unilaterais, sem o conhecimento do interlocutor, não se sujeitam à Lei 9.296/1996”.

Aplicando o denominado princípio da máxima efetividade e da proteção dos direitos humanos, os juristas citados relutam em avistar no novo texto legal uma restrição ao fazer acusatório, citando a utilidade prática da gravação realizada por interlocutores e até mesmo por terceiros, se voltadas para a proteção dos direitos de pessoas vulneráveis, como seriam as crianças. Propõem eles uma interpretação segundo a qual a captação ambiental não deveria ser empregada somente na

situação em que constatada a manobra de autoridades que estejam buscando contornar a exigência de decisão judicial por meio da sugestão ou aparelhamento de um interlocutor para que realize irregular captação ambiental. Noutras hipóteses, segundo os autores, não haveria vedação ao emprego, conquanto o julgador devesse sopesar o valor do elemento de convencimento. A interpretação retratada no presente parágrafo é difícil de ser defendida frente aos limites literais do texto normativo. Ainda assim, há outros autores que defendem o amplo emprego de tal captação ambiental sem decisão judicial (Cruz, 2022; Lima, 2021; Martins; Ávila, 2022).

Em conclusão, gravar conversas próprias não é um ato ilícito (vide art. 10-A, § 1º, Lei 9.296/1996), apesar de o emprego do seu resultado especificamente em processos penais ser limitado à “matéria de defesa”. Ou seja, ela nunca poderá ser utilizada para acusar. O novo regime legal altera a anterior compreensão jurisprudencial a respeito do tema, sendo esperada a expansão do debate nas cortes pátrias a respeito das captções ambientais.

Informações adicionais e declarações do autor (Integridade Científica)

Declaração de conflito de interesses: o autor confirma que não há conflitos de interesses na condução desta pesquisa e na redação deste artigo. **Declaração de originalidade:** o autor garantiu que o texto aqui publicado não foi publicado anteriormente em nenhum outro recurso e que futuras

republicações somente ocorrerão com a indicação expressa da referência desta publicação original; ele também atesta que não há plágio de terceiros ou autoplágio.

Como citar (ABNT Brasil):

COSTA, F. N. Conversa gravada pelo próprio interlocutor e seu emprego em processos penais desde a Lei Anticrime. *Boletim IBCCRIM*, São Paulo, v. 32, n. 379, p. 13-15, 2024. DOI: 10.5281/zenodo.11175178. Disponível em:

https://publicacoes.ibccrim.org.br/index.php/boletim_1993/article/view/974. Acesso em: 23 maio 2024.

Referências

BECHARA, Fábio Ramazzini; DEZEM, Guilherme Madeira. Captação ambiental de imagens: uso e limites. In: INSTITUTO DE ESTUDOS AVANÇADOS DE PROCESSO PENAL. *Estudos de processo penal*. São Paulo: Scortecchi, 2011. p. 116-140.

BRASIL. Congresso Nacional. *Veto nº 56/2019 - Votação do dispositivo 56.19.021 - § 4º do art. 8º-A da Lei nº 9.296, de 24 de julho de 1996, com a redação dada pelo art. 7º do projeto*. Brasília, DF: Congresso Nacional, 2019c. Disponível em: <https://www.congressonacional.leg.br/materias/vetos/-/veto/detalhe/12945/21>. Acesso em: 23 jan. 2024.

BRASIL. Grupo de Trabalho destinado a analisar e debater as mudanças promovidas na legislação penal e processual penal pelos Projetos de Lei nº 10.372, de 2018, nº 10.373, de 2018, e nº 882, de 2019 – GTPENAL. *Relatório*. Brasília, DF: Câmara dos Deputados, 2019a. Disponível em: https://www.camara.leg.br/proposicoesWeb/prop_mostrarintegra?codteor=1772332&filename=Tramitacao-PL%2010372/2018. Acesso em: 23 jan. 2024.

BRASIL. *Lei nº 9.296, de 24 de julho de 1996* (redação alterada pela Lei nº 13.964, de 24 de dezembro de 2019). Regulamenta o inciso XII, parte final, do art. 5º da Constituição Federal. Diário Oficial da União: seção 1, Brasília, DF, ano 134, n. 143, p. 13757, 25 de jul. de 1996. Disponível em: https://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/l9296.htm. Acesso em: 23 jan. 2024.

BRASIL. Presidente da República. *Mensagem de veto nº 726, de 24 de dezembro de 2019*. Brasília, DF: Presidência da República, 2019b. Disponível em: https://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_ato2019-2022/2019/Msg/VEP/VEP-726.htm. Acesso em: 23 jan. 2024.

BRASIL. Superior Tribunal de Justiça. Quinta Turma. AgRg no RHC 173004/RS. Relator: Ministro Joel Ilan Paciornik, julgado em 24/4/2023, DJe 3/5/2023b. Disponível em: https://scon.stj.jus.br/SCON/GetInteiroTeorDoAcordao?num_registro=202203498486&dt_publicacao=03/05/2023. Acesso em: 23 jan. 2024.

BRASIL. Superior Tribunal de Justiça. Sexta Turma. AgRg no RHC 150343/GO. Relator: Min. Rogerio Schietti Cruz, Redator para o acórdão Min. Sebastião Reis Júnior, julgado em 15/8/2023, DJe 30/8/2023a. Disponível em: https://scon.stj.jus.br/SCON/GetInteiroTeorDoAcordao?num_registro=202102175618&dt_publicacao=30/08/2023. Acesso em: 31 mar. 2024.

BRASIL. Supremo Tribunal Federal. Pleno. RE 583937 QO-RG. Relator: Ministro Cezar Peluso, julgado em 19/11/2009, DJe 18/12/2009. Disponível em: <https://redir.stf.jus.br/paginadorpub/paginador.jsp?docTP=AC&docID=607025>. Acesso em: 23 jan. 2024.

BRASIL. Tribunal Superior Eleitoral. Pleno. AgR no AgIn nº 0000293-

64.2016.6.16.0095. Relator: Ministro Alexandre de Moraes, julgado em 7/10/2021, DJe 5/11/2021. Disponível em: <https://consultaunificadapje.tse.jus.br/consulta-publica-unificada/documento?extensaoArquivo=text/html&path=tse/2021/11/5/17/6/16/de8a9365a274c51b32f89d9dfe6a16a3092ad68bb870dd90d3fc3fdf526a32dc>. Acesso em: 23 jan. 2024.

CRUZ, Adriana. Captação ambiental: o pacote anticrime e as modificações na Lei 9.296/1996. In: SOUZA, Renee do Ó (Org.). *Lei anticrime: comentários à Lei 13.964/2019*. Belo Horizonte: D'Plácido, 2022, p. 121-140.

DEZEM, Guilherme Madeira. *Comentários ao pacote anticrime: Lei 13.964/2019*. São Paulo: Thomson Reuters Brasil, 2020.

HIGÍDIO, José. STF interrompe análise sobre gravação ambiental clandestina em ação eleitoral. *Conjur*, 6 nov. 2023. Disponível em: <https://www.conjur.com.br/2023-nov-06/stf-interrompe-analise-gravacao-clandestina-acao-elei-toral/>. Acesso em: 29 mar. 2024.

KOK, Alice; DENTES, Nicole Mizrahi. A captação ambiental como meio de prova: Uma análise da derrubada do veto presidencial ao art. 7º da Lei 13.964/2019 (pacote anticrime) e a necessidade de revisitação do tema pela jurisprudência. *Antun*, 5 out. 2021. Disponível em: <https://www.antun.com.br/a-captacao-ambiental-como-meio-de-prova-uma-analise-da-derrubada-do-veto-presencial-ao-art-7o-da-lei-13-964-2019-pacote-anticrime-e-a-necessidade-de-revisitacao-do-tema-pela-jurisprudencia/>. Acesso em: 23 jan. 2024.

LIMA, Renato Brasileiro de. *Atualização, rejeição de vetos ao pacote anticrime*. Juspodivm digital, 2021. Disponível em: https://juspodivm.digital.com.br/cdn/arquivos/jus1275_atualizacao.pdf. Acesso em: 29 mar. 2024.

MALAN, Diogo. Da captação ambiental de sinais eletromagnéticos, óticos ou acústicos e os limites relativos à privacidade. In: AMBOS, Kai; ROMERO, Eneas (Orgs.). *Crime organizado: análise da lei 12.850/2013*. São Paulo: Marcial Pons, 2017. p. 51-81.

MARTINS, Charles; ÁVILA, Thiago Pierobom de. A gravação ambiental feita pela vítima de crime: análise da continuidade de sua licitude após a Lei n. 13.964/2019. *Revista Brasileira de Direito Processual Penal*, Porto Alegre, v. 8, n. 2, p. 967-1005, mai./ago. 2022. <https://doi.org/10.22197/rbdpp.v8i2.696>

MENDES, Tiago Bunning; LUCCHESI, Guilherme Brenner. *Lei anticrime – a (re)forma penal e a aproximação de um sistema acusatório?* São Paulo: Tirant lo Blanch, 2020.

SUXBERGER, Antonio; ARAS, Vladimir. A admissibilidade de gravações unilaterais como prova: o § 4º do art. 8º-a da lei 9.296/1996 como uma regra de direito probatório. *SciELO Preprints*, 2021. <https://doi.org/10.1590/SciELOPreprints.2722>

Recebido em: 25 01 2024. Aprovado em: 25 03 2024. Última versão do autor: 16 05 2024.