Direito Penal: A jurisprudência sobre gravações clandestinas

A chamada "gravação ambiental clandestina" — aquela feita durante um diálogo por um dos interlocutores sem o conhecimento do(s) outro(s) e sem autorização judicial — é prova admissível em processos criminais? Se sim, pode ser utilizada tanto pela defesa quanto pela acusação? E em outras [illegible] eitoral, a prova é admissível?

Em abril deste ano, o Congresso Nacional rejeitou determinados vetos do presidente da República sobre a Lei 13.964/19 (cognominada Lei Anticrime), entre os quais o veto sobre dispositivo que introduz na Lei 9.296/96 (Lei de Interceptações Telefônicas) o artigo 8º-A, parágrafo quarto. Dessa forma, foi assegurada a vigência do dispositivo que trata de gravações ambientais realizadas sem o conhecimento do interlocutor:

"Lei 9.296, artigo 8º-A, §4º: 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".

Antes da vigência desse dispositivo, no âmbito criminal, a consolidada jurisprudência do STF admitia o uso da gravação ambiental feita por interlocutor sem o conhecimento do outro em processos criminais, tanto pela defesa quanto pela acusação. Esse entendimento era aplicável tanto à gravação ambiental, feita presencialmente, como também à gravação de ligação telefônica, quando captada por um dos interlocutores.

É importante distinguir as hipóteses acima daquelas em que pessoa alheia à conversa promove captação ambiental, ou em que terceiro alheio à ligação intercepta o seu conteúdo. Nesses casos, inexistindo autorização judicial, naturalmente, trata-se de prova ilícita segundo a pacífica jurisprudência das cortes superiores, podendo o responsável incorrer nos crimes tipificados nos artigos 10 e 10-A da Lei 9.296/96 (este último instituído pela própria Lei 13.964/19).

2023 - www.conjur.com.br - Todos os direitos reservados.

A introdução do artigo 8º-A, §4º, da Lei 9.296/96 vem suscitando debates e gerando expectativas sobre a fixação de parâmetros na jurisprudência acerca da admissibilidade da gravação ambiental clandestina como prova de acusação.

Da leitura do dispositivo, parece evidente que pretendeu o legislador restringir o uso da gravação ambiental clandestina ao exercício do direito de defesa, vedando, assim, a sua utilização como prova de acusação.

Até o presente momento (novembro de 2021), no entanto, os tribunais superiores ainda não definiram claramente se as gravações ambientais clandestinas efetivamente passam a constituir prova ilícita para fins de acusação no processo penal, e, em caso positivo, se a nova disciplina é aplicável apenas a provas produzidas durante a vigência do artigo 8º-A, §4º, da Lei 9.296/96, ou se pode ser aplicada a provas produzidas antes de sua vigência.

O Superior Tribunal de Justiça não tem aplicado o artigo 8º-A, §4º, da Lei 9.296/96 — ao menos não em relação a gravações ambientais clandestinas utilizadas como prova de acusação antes da vigência do novo dispositivo. Nesse sentido, a 5ª Turma do STJ julgou, em junho, recurso especial em que se alegava a ilicitude de gravação ambiental clandestina utilizada como prova de acusação no plenário do júri antes da vigência do artigo 8º-A, §4º. Entendeu-se pela licitude da prova e o novo dispositivo sequer foi mencionado no acórdão (AgRg nos EDcl no REsp nº 1843519).

O Supremo Tribunal Federal também parece não ter ainda aplicado o novo dispositivo na seara criminal. Todavia, no âmbito cível-eleitoral, foi reconhecida repercussão geral do Tema 979 no RE 1040515, que versa sobre a admissibilidade de gravação ambiental clandestina em ação de impugnação de mandato eletivo. Em junho — portanto, durante a vigência do artigo 8º-A, §4º, da Lei 9.296/96 —, o relator ministro Dias Toffoli, sem fazer qualquer menção ao novo dispositivo, votou pela ilicitude da gravação ambiental clandestina a partir das eleições de 2022, salvo nos casos em que for captada em local público desprovido de controle de acesso. O julgamento foi suspenso após pedido de vista do ministro Gilmar Mendes.

Curiosamente, foi no Tribunal Superior Eleitoral em que ocorreu o mais relevante debate sobre o artigo 8º-A, §4º, da Lei 9.296/96, protagonizado pelos ministros Alexandre de Moraes e Luís Roberto Barroso, e que fornece algumas perspectivas sobre o posicionamento a ser fixado pelo Supremo Tribunal Federal.

O entendimento do TSE sobre gravações ambientais clandestinas em processos cíveis-eleitorais tem oscilado ao longo da última década. A partir de 2012, a corte passou a restringir a utilização desse meio de prova. Em 2015, o TSE fixou entendimento no sentido de admitir esse tipo de gravação apenas *"quando registrar fatos ocorridos em espaços públicos ou não sujeitos à expectativa de privacidade"* (REspe n° 637-61). Já em 2019, sob a relatoria do ministro Edson Fachin, ampliou-se novamente a sua utilização, fixando-se a regra da licitude das gravações ambientais clandestinas (REspe nº 408-98/SC).

2023 - www.conjur.com.br - Todos os direitos reservados.

No entanto, em acirrado julgamento concluído em 7 de outubro, sob relatoria do ministro Alexandre de Moraes, entendeu o TSE pela ilicitude de gravação ambiental clandestina produzida antes da vigência do artigo 8º-A, §4º, da Lei 9.296/96 (AgRG no AI 293-64.2016.6.16.0095).

De um lado, o ministro Alexandre de Moraes apontou tratar-se de gravação ambiental realizada em ambiente privado (residência de eleitor) e fundamentou seu voto nos incisos II, X e XII do artigo 5º da Constituição Federal, bem como no artigo 8º-A, §4º, da Lei 9.296/96. Ao mencionar esse último dispositivo, apontou o ministro que *"a consideração de que válidas as gravações aqui utilizadas seria questionável ainda que de instrução ou investigação criminal se cuidasse. No âmbito estrito de representação eleitoral sem vinculação penal, então, e ilegalidade é patente"*.

O ministro mencionou que havia *"lacuna legal na regulamentação de gravações ambientais"*, suprida pelo advento do artigo 8º-A da Lei 9.296/96. Em seu entendimento, o novo dispositivo deveria ser aplicado a todos os processos em curso, por se tratar de norma protetiva de direitos fundamentais.

De outro lado, o ministro Luís Roberto Barroso divergiu e entendeu pela licitude da gravação ambiental em questão, com fundamento no princípio da isonomia — para que fosse aplicado o mesmo entendimento a todos os casos envolvendo as eleições de 2016 —, e também por entender que a chamada Lei Anticrime, *"por ser direcionada às ações penais, não tem impacto imediato no âmbito de ações cíveis eleitorais"*.

Barroso pontuou, ainda, tratar-se de norma processual que regulamenta um meio de prova, de modo que, em seu entendimento, não poderiam ser afetadas as provas produzidas antes de sua vigência. De todo modo, reservou-se o ministro a analisar os efeitos do novo dispositivo legal no julgamento do mencionado recurso paradigma a ser retomado no Supremo Tribunal Federal.

Prevaleceu, por quatro votos a três, o entendimento do ministro Alexandre de Moraes, vencidos os ministros Luís Roberto Barroso, Edson Fachin e Sérgio Banhos. Se consolidado esse entendimento, as gravações ambientais clandestinas captadas em ambiente privado poderiam vir a ser consideradas ilícitas em todos os processos cíveis-eleitorais atualmente em curso.

Há, portanto, mais perguntas do que respostas sobre a aplicação do dispositivo do artigo 8º-A, §4º, da Lei 9.296/96, que está vigente desde abril, mas ainda não recebeu a devida atenção do STF e do STJ ao longo desse ano.

Na seara criminal, ainda nem sequer foi assentado pelo STF ou pelo STJ que a gravação ambiental clandestina passou a ser inadmissível para fins de acusação. Tampouco se sabe se o dispositivo será aplicado indistintamente a todos os processos em curso — conforme entendimento do ministro Alexandre de Moraes na seara cível-eleitoral — ou apenas àqueles em que a prova foi produzida durante a vigência do novo dispositivo.

2023 - www.conjur.com.br - Todos os direitos reservados.

Na seara cível-eleitoral, a expectativa é de que o STF, ao julgar o RE 1040515, analise os efeitos do artigo 8º-A, §4º, da Lei 9.296/96. O relator do caso, ministro Dias Toffoli, embora não tenha mencionado o dispositivo, votou pela ilicitude das gravações ambientais clandestinas a partir das eleições de 2022. Sabe-se, pelos debates no TSE, que o ministro Alexandre de Moraes entende pela ilicitude das gravações clandestinas em todos os processos atualmente em curso, por força do artigo 8º-A, §4º, da Lei 9.296/96, e que os ministros Luís Roberto Barroso e Edson Fachin são contrários à aplicação do dispositivo às provas produzidas antes de sua vigência.

Caso prevaleça no STF o entendimento do ministro Alexandre de Moraes, o artigo 8º-A, §4º, da Lei 9.296/96 poderia ser aplicado a todos os processos criminais e processos cíveis-eleitorais atualmente em curso para que seja reconhecida a ilicitude de gravações ambientais clandestinas utilizadas como prova de acusação. Espera-se ver todas essas questões respondidas na retrospectiva de 2022.

Date Created
03/12/2021

2023 - www.conjur.com.br - Todos os direitos reservados.