

## César Dario: A gravação ambiental ainda é prova lícita?

A Lei nº 13.964, de 24 de dezembro de 2019, mais conhecida como pacote "anticrime", que, na realidade, deveria ser chamada de "pacote em favor do crime", teve diversos de seus dispositivos vetados



Recentemente, muitos dos vetos presidenciais foram

derrubados pelo Congresso Nacional. Um deles, talvez o mais controvertido, uma vez que a matéria já era pacífica na jurisprudência e doutrina, diz respeito à gravação clandestina, no caso, mais precisamente, à gravação ambiental.

O dispositivo, inserido no §4º do artigo 8º-A da Lei nº 9.296/1996, diz o seguinte:

*"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".*

Nas razões do veto presidencial, ficou consignado:

*"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, que admite utilização como prova da infração criminal a captação ambiental feita por um dos interlocutores, sem o prévio conhecimento da autoridade policial ou do Ministério Público, quando demonstrada a integridade da gravação (v. g. Inq-QO 2116, relator: min. Marco Aurélio, relator p/ Acórdão: min. Ayres Britto, publicado em 29/02/2012, Tribunal Pleno)".*

E assistia razão ao presidente da República nesse particular.

Explicarei o porquê.

Nos dias atuais, em que utilizamos meios eletrônicos de comunicação diariamente, tais como correios eletrônicos, telex, fax, telefones fixos e celulares, tornamo-nos suscetíveis à intromissão indevida em nossa vida privada, o que é vedado pela Constituição Federal, que, em seu artigo 5º, inciso X, estabelece serem *"invioláveis a intimidade, a vida privada, a honra e a imagem das pessoas, assegurado o direito a indenização pelo dano material ou moral decorrentes de sua violação"*.

Preocupado com a violação do direito de intimidade, mais precisamente com o sigilo das comunicações, o constituinte estabeleceu no artigo 5º, inciso XII:

*"É inviolável o sigilo da correspondência e das comunicações telegráficas, de dados e das comunicações telefônicas, salvo, no último caso, por ordem judicial, nas hipóteses e na forma que a lei estabelecer para fins de investigação criminal ou instrução processual penal"*.

Assim, embora erigidas a princípio constitucional, a intimidade e a privacidade das pessoas poderão ser violadas quando presentes os requisitos exigidos pela Constituição Federal e legislação infraconstitucional, em evidente acolhimento do princípio da proporcionalidade.

Cumpre-nos, antes de enveredarmos no assunto interceptação telefônica propriamente dito, definir o que seja interceptação e diferenciá-la da gravação clandestina.

A gravação clandestina ocorre quando um dos interlocutores, sem o conhecimento do outro, grava o seu próprio diálogo. Se essa gravação for de conversação telefônica, haverá a gravação telefônica (ou gravação clandestina propriamente dita); se a gravação for de conversa pessoal (entre presentes), dar-se-á a gravação ambiental.

Por outro lado, haverá a interceptação quando terceira pessoa interfere na conversação, sem o conhecimento dos interlocutores ou com o conhecimento de um só deles. Para a sua caracterização, não se faz necessário que a conversação seja gravada, bastando que ela seja percebida pelos sentidos do terceiro.

Se a interceptação for realizada em conversação telefônica sem o conhecimento dos interlocutores, haverá a interceptação telefônica ou *stricto sensu*; se a interceptação for realizada em conversa pessoal (entre presentes) sem o conhecimento dos interlocutores, haverá a interceptação ambiental.

Também poderá ocorrer a escuta clandestina quando um terceiro, com autorização ou conhecimento de um dos interlocutores, interfere na conversação, podendo gravá-la ou não. Se essa conversação for por telefone, haverá a escuta telefônica; se a conversa for pessoal (entre presentes), teremos a escuta ambiental.

Uma das normas penais trazidas pela Lei nº 13.869, de 5 de setembro de 2019, alterou a Lei nº 9.296/1996, que trata da interceptação telefônica e de telemática, dando nova redação ao seu artigo 10, cuja definição é a seguinte:

*"Artigo 10 — Constitui crime realizar interceptação de comunicações telefônicas, de informática ou telemática, promover escuta ambiental ou quebrar sigredo da Justiça, sem autorização judicial ou com*

*objetivos não autorizados em lei:*

*Pena — reclusão, de 2 (dois) a 4 (quatro) anos, e multa.*

*Parágrafo único. Incorre na mesma pena a autoridade judicial que determina a execução de conduta prevista no caput deste artigo com objetivo não autorizado em lei".*

A doutrina e a jurisprudência se posicionam favoravelmente à gravação telefônica e ambiental, entendendo tratar-se de prova lícita, bastando que haja justa causa na divulgação de seu conteúdo.

No que tange à escuta telefônica, parte da doutrina entendia ser a prova admissível, com o que concordávamos, e outra parte que a prova era ilícita por ser modalidade de interceptação telefônica *lato senso* e, por isso, necessária a ordem judicial, nos termos da Lei nº 9.296/1996.

A escuta telefônica é muito parecida com a gravação telefônica, sendo a diferença que terceira pessoa imiscui-se na conversação com autorização ou concordância de um dos interlocutores. Por isso, sempre defendemos ser essa modalidade de prova lícita, havendo justa causa para a divulgação da conversa, mesmo ser ordem judicial.

Quanto à escuta ambiental, desde que realizada em ambiente público ou aberto ao público, pela própria natureza do local, não há necessidade de ordem judicial, sendo a prova lícita.

O artigo 10 da Lei nº 9.296/1996 tem como objeto jurídico a proteção da intimidade. E não há proteção da intimidade quando a conversa se dá em ambiente público ou aberto ao público. Em ambiente privado, a situação era controversa, devido a ser o local privativo e protegido contra investida de terceiros sem ordem judicial. No entanto, como uma das pessoas sabia da intromissão de terceiro e consentiu com a escuta, desde que houvesse justa causa, defendíamos ser possível o emprego judicial do seu conteúdo, nada obstante parcela da doutrina fosse no sentido da inadmissibilidade dessa prova sem autorização judicial para sua obtenção.

Ocorre que, nada obstante o tema seja controvertido na doutrina e jurisprudência, a nova legislação alterou o artigo 10 da Lei nº 9.296/1996 e, indiretamente, diz ser essa modalidade de prova inadmissível sem ordem judicial, punindo quem realizar escuta ambiental, ou seja, entre presentes.

Além do tipo penal original cuidar de assunto diverso (interceptação telefônica), a nova norma pune conduta que até então, para parte considerável da doutrina e da jurisprudência, era prova admissível processualmente.

Com efeito, até para ser coerente, haverá o delito apenas quando a escuta ambiental se der em ambiente privado, já que no local público ou aberto ao público, devido à sua natureza, não haverá violação ao bem jurídico tutelado pela norma penal, qual seja, a intimidade.

Por outro lado, situações haverá em que não ocorrerá o delito, como quando há investida criminosa e se faz necessária a escuta clandestina sem ordem judicial devido à urgência da medida. O exemplo que pode ser dado e ocorre constantemente é no caso de extorsão mediante sequestro em que familiares da vítima autorizam que a polícia realize a escuta telefônica ou ambiental. Nesse caso, o bem jurídico tutelado (intimidade) não é violado, fugindo ao senso comum protegê-lo em detrimento da segurança da vítima e da coletividade em geral. O sequestrador não pode se valer desse direito para a salvaguarda de prática ilícita. Não há, no caso, a tipicidade material por estar a conduta de acordo com os valores fundamentais da sociedade e na defesa de um direito.

A prova obtida com a escuta clandestina nessa hipótese e em outras análogas é lícita, uma vez que sopesados os direitos em confronto (intimidade do marginal x segurança da sociedade e necessidade da produção da prova), preponderam estes últimos, aplicado o princípio da proporcionalidade.

No que tange à gravação clandestina, a situação na doutrina e na jurisprudência era bem mais tranquila, tendo-a como lícita, desde que presente a justa causa para sua revelação.

Não é a gravação sub-reptícia por um dos interlocutores que pode levar à violação do direito de intimidade, mas a revelação do conteúdo da conversa para terceira pessoa nela não envolvida, vez que poderá ocorrer a violação de segredo, uma das esferas da intimidade.

Entretanto, mesmo se tratando de segredo, havendo justa causa, a conversa percebida e/ou gravada, oriunda da gravação clandestina, poderá ser revelada e nenhum óbice haverá em sua utilização como prova judicial.

E sempre haverá justa causa para a revelação de um segredo quando o interlocutor estiver sendo acusado da prática de algum delito, ocasião na qual a prova poderá ser produzida tanto para condená-lo quanto para absolvê-lo, não se tipificando, assim, o crime previsto no artigo 153 do Código Penal (divulgação de segredo). Há várias hipóteses em que há justa causa para a divulgação de segredo, destacando-se a notícia de crime e o testemunho judicial em favor de qualquer das partes.

O Supremo Tribunal Federal proferiu diversas decisões sempre no sentido da possibilidade do emprego da gravação clandestina como meio de prova, tendo, por isso, sido reconhecida repercussão geral sobre a matéria:

*"Prova. Gravação ambiental. Realização por um dos interlocutores sem conhecimento do outro. Validade. Jurisprudência reafirmada. Repercussão geral reconhecida. Recurso Extraordinário provido. Aplicação do artigo 543-B, § 3º, do CPC. É lícita a prova consistente em gravação ambiental realizada por um dos interlocutores sem conhecimento do outro" [1].*

Do mesmo modo, o Superior Tribunal de Justiça tem sistematicamente decidido que é lícita a gravação clandestina:

*"Caracterizada a excludente de ilicitude da prova, ou seja, a justa causa para a utilização da gravação clandestina, torna-se lícita a sua aplicação. Precedentes do STF" [2].*

*"Gravação realizada por um dos interlocutores não enseja ilicitude da prova. Precedentes" [3].*

*"A gravação (filmagem) de conversa (depoimento) não se confunde com a interceptação telefônica, esta sim sujeita à reserva de jurisdição. A gravação telefônica feita por um dos interlocutores, sem autorização judicial, nada tem de ilícita, podendo, pois, ser validamente utilizada como elemento processual. Precedentes" [4].*

Por outro lado, parte da doutrina defende que a gravação clandestina fere o direito à intimidade (CF, artigo 5º, X), desautorizando sua utilização processual por ser prova obtida ilicitamente [5].

Contudo, o §4º do artigo 8º da Lei 9.296/1996, que não entrou em vigor por ter sido vetado pela Presidência da República, teve o veto derrubado pelo Congresso Nacional e passou a vigorar. De acordo com a norma, 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.

Ao se proceder a uma interpretação meramente gramatical, depreende-se que referida gravação ambiental só poderá ser empregada em favor da defesa, quando realizada sem prévio conhecimento da autoridade policial ou do Ministério Público, ou seja, não poderá ser empregada como prova contra o investigado ou acusado e nem quando houver anterior conhecimento da polícia ou do Ministério Público. Assim, a iniciativa da gravação ambiental própria mantida com outra pessoa deve ser daquele que a realiza e não a pedido da polícia ou do Ministério Público, ou mesmo com o conhecimento desses órgãos. É imprescindível, ainda, para que não haja fraude, que fique demonstrada que a gravação se encontra íntegra, ou seja, inteira, sem edição, montagem ou retirada do contexto.

Note-se que a norma se refere à gravação ambiental, uma das formas de gravação clandestina, e não à gravação telefônica, cuja prova pode ser empregada tanto pela acusação quanto pela defesa por não haver vedação legal.

Ocorre que o §1º do artigo 10-A da Lei nº 9.296/1996 diz que não haverá crime quando a captação ambiental por um dos interlocutores (gravação ambiental) for realizada sem ordem judicial.

Com efeito, há duas normas que entram em conflito. Como já pacificado na doutrina e na jurisprudência, a gravação de conversa própria, seja ambiental ou telefônica, realizada por um dos interlocutores não implica violação à intimidade ou privacidade de nenhum dos nela envolvidos, se houver justa causa para sua revelação. E não há o menor sentido em se autorizar o aproveitamento como prova da gravação telefônica e não da ambiental, que são espécies do gênero gravação clandestina.

Assim, para que não haja quebra da paridade de armas (acusação e defesa) e por não ocorrer violação à intimidade dos envolvidos na conversa, tanto que não implica infração penal sua gravação e, claro, consequente revelação [6], não há como impedir seu aproveitamento como prova de acusação, desde que presente a justa causa.

Só não será possível o emprego da gravação ambiental como prova pela acusação quando ausente a justa causa ou sem comprovação de sua integridade, assim devendo ser interpretada a novel norma.

Destarte, se formos interpretar a novel norma de forma gramatical, mesmo contrariando jurisprudência pacificada dos tribunais superiores, a gravação ambiental, chamada pela norma de captação ambiental de conversa própria por um dos interlocutores, só poderá ser aproveitada como prova lícita pela defesa, desde que não houvesse prévio conhecimento da polícia e do Ministério Público, e demonstrada sua integridade, vedado seu emprego pelos órgãos da persecução penal por ser prova obtida ilicitamente.

No entanto, ao ser procedida interpretação lógico/sistemática, faz-se possível seu emprego processual tanto pela acusação quanto pela defesa, quando houver justa causa e demonstrada sua integridade, anotando que não houve alteração no que concerne à gravação telefônica, que continua a ser prova admissível para ambas as partes.

[1] RE 583.937-RJ, Pleno, rel. min. Cezar Peluso, m.v., j. em 19.11.2009. Em julgamento ocorrido no dia 15.05.2012, a 2ª Turma do Supremo Tribunal Federal, por votação unânime, tendo como relator o ministro Gilmar Mendes, reafirmou o entendimento de que a gravação da conversa telefônica por um dos interlocutores e sem o conhecimento do outro é prova lícita, desde que não haja causa legal específica de sigilo e nem reserva de conversação (HC 91.613/MG).

[2] Ação Penal 707/DF, Corte Especial, rel. min. Arnaldo Esteves Lima, j. em 07.05.2014.

[3] HC 45.224/SP, 6º T., rel. min. Nefi Cordeiro, v.u., j. em 24.02.2015

[4] RHC 25.603/PR, 5ª t., rel. min. Laurita Vaz, v.u., j. em 15.12.2011.

[5] Cf. MORAES, Alexandre de. Direito Constitucional. 5ª ed. São Paulo: Atlas, 1999. p. 79.

[6] Não há sentido na atipicidade da gravação da conversa travada, que é um nada isoladamente, e não da sua revelação, quando o ato passa a ter relevo juridicamente.

### **Date Created**

04/01/2022