

Situação: O preprint não foi submetido para publicação

A ADMISSIBILIDADE DE GRAVAÇÕES UNILATERAIS COMO PROVA: O § 4º DO ART. 8º-A DA LEI 9.296/1996 COMO UMA REGRA DE DIREITO PROBATÓRIO

Antonio Suxberger, Vladimir Aras

<https://doi.org/10.1590/SciELOPreprints.2722>

Submetido em: 2021-07-29

Postado em: 2021-07-30 (versão 1)

(AAAA-MM-DD)

Artigo em submissão – versão *preprint* disponibilizada em base de dados SCIELO cadastrada e reconhecida

A ADMISSIBILIDADE DE GRAVAÇÕES UNILATERAIS COMO PROVA: O §4º DO ART. 8º-A DA LEI 9.296/1996 COMO UMA REGRA DE DIREITO PROBATÓRIO

THE ADMISSIBILITY OF UNILATERAL RECORDINGS AS EVIDENCE: ART. 8º-a,
§ 4º, FEDERAL STATUTE 92296/1996 AS A RULE OF EVIDENCE

LA ADMISSIBILIDAD DE LAS GRAVACIONES CLANDESTINAS COMO PRUEBA:
EL ART. 8º-a, § 4º, DE LA LEY 9.296/1996 COMO REGLA DE DERECHO
PROBATÓRIO

VLADIMIR BARROS ARAS

ORCID <http://orcid.org/0000-0001-7539-7389>

LATTES <http://buscatextual.cnpq.br/buscatextual/visualizacv.do?id=K4777543Y0>

EMAIL: vladimir.aras@gmail.com

Universidade Federal da Bahia - UFBA

Doutorando em Direito, Mestre em Direito Público pela UFPE, Professor Assistente de processo penal da UFBA e membro do Ministério Público Federal

ANTONIO HENRIQUE GRACIANO SUXBERGER

ORCID <http://orcid.org/0000-0003-1644-7301>

LATTES <http://lattes.cnpq.br/9136957784681802>

EMAIL: antonio.suxberger@ceub.edu.br

Centro Universitário de Brasília - UniCEUB

Doutor e Mestre em Direito, Professor Titular do Programa de Mestrado e Doutorado em Direito do UniCEUB, Professor dos cursos de especialização da FESMPDFT e da ESMPU, membro do Ministério Público do Distrito Federal e Territórios

RESUMO

O artigo examina a admissibilidade em juízo de gravações, presenciais ou não, feitas por um dos interlocutores como prova. A pesquisa aborda a posição dos tribunais brasileiros na matéria e, de maneira mais delimitada, discute os problemas interpretativos decorrentes da derrubada do veto presidencial ao §4º do art. 8º-A da Lei 9.296/1996, que regula a interceptação ambiental e a gravação clandestina, alterada pela Lei 13.964/2019 (Pacote Anticrime). A partir das falhas técnica do texto legislativo, analisa-se a suposta limitação de uso dessas gravações unilaterais apenas “em matéria de defesa”. Metodologicamente, a abordagem é dedutiva e se vale da revisão da literatura e de análise documental, abrangendo textos normativos e casos julgados por países estrangeiros e pela Corte Europeia de Direitos Humanos. A contribuição do artigo consiste na proposta de solução das controvérsias interpretativas do referido dispositivo, que entrou em vigor em 2021. Por isso, dirige-se aos estudiosos do Direito Processual Penal, especialmente o Direito probatório, com relevância nos campos da privacidade e da proteção de dados.

Palavras-chave: direito à privacidade; gravação unilateral espontânea; particular; uso como prova em processos penais; admissibilidade de prova.

ABSTRACT

This paper examines the admissibility of conversational recordings as criminal evidence, when provided by one of its participants. This research addresses the understanding of Brazilian courts on the matter and, in a more specific manner, discusses the interpretative problems arising from the overthrow of the presidential veto to §4 of Article 8-A of Federal Statute 9.296/1996, which regulates communication interceptions, as modified by the Statute 13.964/2019 (Anti-Crime Act). Considering the lack of legislative technique as a starting point, the alleged admissibility of these unilateral recordings just “in matters of defense” is analysed. This new hermeneutical problem was brought about by the Federal Statute 13.964 of 2019 (known as “Anti-Crime Act”). Methodologically, the approach is deductive. It

promotes a literature review and documental analysis, covering normative texts and cases judged by foreign countries and by the European Court of Human Rights. Its contribution consists in the proposal of a solution to the controversies arisen on the above-mentioned provision, in force since 2021. Therefore, this discussion will be useful for Criminal Procedural Law's studies, especially on Evidence Law, with relevance towards privacy and data protection themes.

Keywords: right to privacy; spontaneous unilateral recording; private citizen; use as evidence in criminal procedure; evidence's admissibility.

RESUMEN

El artículo examina la admisibilidad como prueba en juicio de las grabaciones, presencialmente o no, realizadas por uno de los interlocutores. La investigación aborda la posición de los tribunales brasileños en el tema y, de manera más limitada, discute los problemas interpretativos que surgen desde el derrocamiento del veto presidencial contra el § 4 del art. 8-A de la Ley 9.296/1996, que regula la interceptación ambiental y la grabación clandestina, modificada por la Ley 13.964/2019 (Paquete Anti-Crimen). Desde las fallas técnicas del texto legislativo, el artículo analiza la supuesta limitación al uso de estas grabaciones unilaterales sólo "en materia de defensa". Metodológicamente, el enfoque es deductivo y utiliza la revisión de la literatura y el análisis de documentos, cubriendo textos normativos y casos juzgados por países extranjeros y por la Corte Europea de Derechos Humanos. El aporte del artículo consiste en proponer solución para las controversias interpretativas del párrafo mencionado, que entró en vigor en el año 2021. Por lo tanto, se dirige a los estudiosos del Derecho Procesal Penal, en especial del Derecho Probatorio, con relevancia en los campos de la privacidad y protección de datos.

Palabras clave: derecho a privacidad; grabación unilateral espontánea; ciudadano; uso de la prueba en el proceso penal; admisibilidad de la prueba.

SUMÁRIO

INTRODUÇÃO; 1 AS GRAVAÇÕES UNILATERAIS E O DIREITO À PRIVACIDADE; 2 A GRAVAÇÃO DE COMUNICAÇÕES POR UM DOS INTERLOCUTORES: O ESTADO DA JURISPRUDÊNCIA BRASILEIRA; 3 O VETO PRESIDENCIAL AO §4º DO ART. 8º-A DA LEI 9.296/1996 E SUA DERRUBADA; 4 UM PROBLEMA DE TÉCNICA LEGISLATIVA NO §4º DO ART. 8º-A DA LEI 9.293/1996; 5 O §4º DO ART. 8º-A DA LEI 9.296/1996 COMO UMA *EXCLUSIONARY RULE*; 6 O USO DE GRAVAÇÕES UNILATERAIS NO DIREITO COMPARADO E A QUESTÃO DA INTERFERÊNCIA ESTATAL; 7 O TRATAMENTO DO TEMA PELA CORTE EUROPEIA DE DIREITOS HUMANOS: A INTERFERÊNCIA ESTATAL EM GRAVAÇÕES FEITAS POR PARTICULARES. 7.1 O caso A. vs. França (1993); 7.2 O caso M. M. vs. Países Baixos (2003); 7.3 O caso Van Vondel vs. Países Baixos (2007); CONCLUSÃO; REFERÊNCIAS.

INTRODUÇÃO

Com a profusão de dispositivos de captação e registro de sons e imagens, especialmente celulares, tornaram-se mais comuns os questionamentos sobre a possibilidade de uso em juízo de gravações feitas por um dos interlocutores, sem o conhecimento do outro participante do diálogo ou dos outros comunicantes na conversa coletiva.

Essas gravações clandestinas ou ocultas que servem à prova de crimes podem ser admitidas no processo penal? Entram nesta categoria os episódios, infelizmente recorrentes, de violência contra idosos e crianças, por cuidadores e babás, ou de atentados sexuais contra vulneráveis, ou ainda de oferta ou solicitação de propinas no serviço público, ou de violência policial contra cidadãos em geral, casos de ameaça, extorsão ou sequestro, ou mesmo situações de racismo ou discriminação. Como se nota, a questão conjuga aspectos sensíveis do devido processo legal e do direito probatório, mas também de tutela de direitos humanos, especialmente de pessoas vulneráveis, no contexto doméstico, familiar, escolar, laboral ou na relação com agentes estatais.

O tratamento legal da matéria é problemático: na ausência de enunciados normativos expressões sobre a questão, a jurisprudência dos tribunais superiores conformou o tema estabeleceu suas premissas diretamente da Constituição de 1988. Com a Lei 13.964/19 (nominado como “Pacote Anticrime”), a licitude da prova decorrente da gravação de comunicação por um dos interlocutores passou a observar um dispositivo específico (o § 4º do art. 8º-A da Lei 9.296/96), mas a questão jurídica, em lugar de se resolver, se agravou, em razão de um enunciado confuso e de evidente atecnia legislativa. Para estabelecer seu sentido e alcance normativo, o presente artigo propõe interpretação amparada na exegese lega e, sobretudo, na conformação internacional dos direitos humanos.

Lançando mão de metodologia dedutiva, mediante a revisão da literatura e análise documental, incluindo o exame legislativo e jurisprudencial e de casos judiciais julgados por tribunais estrangeiros e pela Corte Europeia de Direitos Humanos (CEDH), pretende-se encontrar a solução adequada para a falta de clareza e de técnica legislativa do §4º do art. 8º-A da Lei 9.296/1996, alterado pelo chamado Pacote Anticrime.

1 AS GRAVAÇÕES UNILATERAIS E O DIREITO À PRIVACIDADE

De início, é preciso delimitar o espaço de incidência da controvérsia. Eventos em vias públicas ou em espaços abertos podem ser validamente captados e registrados em áudio e vídeo, mesmo por terceiros não envolvidos na ocorrência, pois não se beneficiam da proteção da vida privada, que se manifesta quando há ao menos uma razoável expectativa de privacidade. Esta é a doutrina consolidada pela Suprema Corte dos Estados Unidos no precedente *Katz vs. Estados Unidos*, de 1967, que se baseia no critério (*test*) de *reasonable expectation of privacy*¹.

No Brasil, o direito à privacidade é assegurado pelo art. 5º, inciso X, da Constituição, e o acesso ao conteúdo de comunicações é regulado pelo inciso XII do mesmo artigo e pela Lei 9.296/1996. A vida privada também é protegida pelos regimes convencionais internacionais, especialmente, no que nos diz respeito, pelo art. 11 da Convenção Americana de Direitos Humanos (CADH), de 1969, e pelo art. 17 do Pacto Internacional de Direitos Civis e Políticos (PIDC), de 1966, segundo o qual “Ninguém poderá ser objeto de ingerências arbitrárias ou ilegais em sua vida privada, em sua família, em seu domicílio ou em sua correspondência”.

¹ ESTADOS UNIDOS DA AMÉRICA. Suprema Corte. *Katz v. United States*, 389 U.S. 347 (1967). Disponível em: <https://supreme.justia.com/cases/federal/us/389/347/>. Acesso em: 06 jul. 2021. Da ementa: “*Held*: 1. The Government's eavesdropping activities violated the privacy upon which petitioner justifiably relied while using the telephone booth, and thus constituted a “search and seizure” within the meaning of the Fourth Amendment. (a) The Fourth Amendment governs not only the seizure of tangible items, but extends as well to the recording of oral statements. *Silverman v. United States* (...); (b) Because the Fourth Amendment protects people, rather than places, its reach cannot turn on the presence or absence of a physical intrusion into any given enclosure. The “trespass” doctrine of *Olmstead v. United States*, 277 U. S. 438, and *Goldman v. United States*, 316 U. S. 129, is no longer controlling. (...) 2. Although the surveillance in this case may have been so narrowly circumscribed that it could constitutionally have been authorized in advance, it was not in fact conducted pursuant to the warrant procedure which is a constitutional precondition of such electronic surveillance.”

Como consequência do direito à privacidade, também afirmado pelo Marco Civil da Internet (Lei 12.965/2014) e pela Lei Geral de Proteção de Dados (Lei 13.709/2018), eventos que se passam em ambientes privados ou diálogos também privados por telefone ou por outros meios de comunicação não podem ser devassados senão mediante consentimento dos participantes ou autorização judicial. É neste espaço que se coloca a questão da validade de gravações de áudio ou de vídeo realizadas pela própria vítima de um crime ou por terceiros a seu mando, mas sem o consentimento de outro ou outros interlocutores.

2 A GRAVAÇÃO DE COMUNICAÇÕES POR UM DOS INTERLOCUTORES: O ESTADO DA JURISPRUDÊNCIA BRASILEIRA

Apesar de uma vacilação inicial², os tribunais superiores firmaram o entendimento de que a gravação realizada por um dos interlocutores é válida como prova. Reconhecendo-se que qualquer medida desta natureza representa uma ingerência na vida privada, qualquer indivíduo que não esteja, por lei ou por contrato, obrigado a guardar segredo pode memorizar e narrar ou registrar e propagar uma conversação privada, seja um diálogo a dois ou uma troca coletiva de ideias.

As vedações legais à propagação do conteúdo comunicacional de terceiro dizem respeito à tutela dos segredos e ligam-se a certas atividades muito específicas, como o sacerdócio e o exercício das profissões de médico, advogado, contador etc. Assim, com ressalva das hipóteses de sigilo profissional ou funcional, previstos em lei, ou dos casos de sigilo contratual, conversas privadas, ainda quando precedidas de uma exortação ao segredo, podem ser registradas por um dos interlocutores e divulgadas a terceiros, inclusive ao Estado, sem que disso resulte responsabilidade penal ou civil.³

No Inquérito 2116 QO, em 2011, o plenário do Supremo Tribunal Federal (STF) assentou ser “lícita a prova obtida mediante a gravação ambiental, por um dos interlocutores, de conversa não protegida por sigilo legal”. Para a Corte, tal hipótese não está “acobertada pela garantia do sigilo das comunicações telefônicas (inciso XII do art. 5º da Constituição Federal)”, ao argumento de que, “Se qualquer dos interlocutores pode, em depoimento pessoal ou como

² No caso Collor, a denúncia da Procuradoria-Geral da República fez referência a gravação de conversa própria feita pelo então deputado federal Sebastião Curió. Na ocasião, o STF assim decidiu: “1.1. Inadmissibilidade, como prova, de laudos de degravação de conversa telefônica e de registros contidos na memória de micro computador, obtidos por meios ilícitos (art. 5., LVI, da Constituição Federal); no primeiro caso, por se tratar de gravação realizada por um dos interlocutores, sem conhecimento do outro, havendo a degravação sido feita com inobservância do princípio do contraditório, e utilizada com violação a privacidade alheia (art. 5., X, da CF); e, no segundo caso, por estar-se diante de micro computador que, além de ter sido apreendido com violação de domicílio, teve a memória nele contida sido degravada ao arrepio da garantia da inviolabilidade da intimidade das pessoas (art. 5., X e XI, da CF).” (BRASIL. Supremo Tribunal Federal (STF). **Ação Penal 307**. Rel. Min. Ilmar Galvão. Julgamento: 13/12/1994). Vide também o voto do ex-ministro Celso de Mello no Inq 657-2/DF, julgado pelo Pleno do STF em 30/09/1993.

³ Note-se, por exemplo, o papel dos *whistleblowers*, conforme a Lei 13.608/2018, e as proteções que lhe são conferidas pelos arts. 4º-A, 4º-B e 4º-C.

testemunha, revelar o conteúdo de sua conversa, não há como reconhecer a ilicitude da prova decorrente da gravação ambiental”.⁴

Anteriormente, no RE 583.937, o STF havia decidido, em repercussão geral, que era válida a gravação realizada por um dos interlocutores sem conhecimento do outro: “É lícita a prova consistente em gravação ambiental realizada por um dos interlocutores sem conhecimento do outro”.⁵

Num caso ainda mais antigo, de 1998, o STF determinou ser lícita “a gravação de conversa telefônica feita por um dos interlocutores, ou com sua autorização, sem a ciência do outro, quando há uma investida criminosa deste último”, asseverando que a incoerência de “falar-se em violação do direito à privacidade quando o interlocutor grava diálogo com sequestradores ou qualquer tipo de chantagista”.⁶

O Superior Tribunal de Justiça (STJ) adotou a mesma linha, considerando válida a gravação realizada pela mãe de criança vítima de crime, equiparando-a ao registro de diálogo entre duas pessoas, sem o conhecimento da outra.

No caso concreto, a genitora da vítima solicitou auxílio técnico a terceiro para a gravação de conversas realizadas através de terminal telefônico de sua residência, na qualidade de representante civil do menor impúbere e investida no poder-dever de proteção e vigilância do filho, não havendo ilicitude na gravação. Dada a absoluta incapacidade da vítima para os atos da vida civil - e ante a notícia de que estava sendo vítima de crime de natureza hedionda - a iniciativa da genitora de registrar conversa feita pelo filho com o autor da conjecturada prática criminosa se assemelha à gravação de conversa telefônica feita com a autorização de um dos interlocutores, sem ciência do outro, quando há cometimento de delito por este último, hipótese já reconhecida como válida pelo Supremo Tribunal Federal.⁷

Desses precedentes pode-se divisar um quadro jurisprudencial no qual são válidas em juízo: a) as gravações realizadas por um dos interlocutores, mesmo sem o conhecimento e/ou a autorização do outro⁸; e b) as gravações realizadas por terceiros, para a proteção dos direitos de pessoas vulneráveis, como crianças, adolescentes, pessoas com deficiência e idosos, inclusive quando vítimas de crimes.

A segunda conclusão - que se extrai particularmente de uma linhagem de precedentes do STJ iniciada em 2014 - tem em vista as doutrinas da proteção integral e os direitos específicos de proteção de que gozam essas categorias especialmente vulneráveis de indivíduos,

⁴ BRASIL. Supremo Tribunal Federal. **Inq 2116 QO**, rel. min. Marco Aurélio, relator para o acórdão min. Ayres Britto. Tribunal Pleno. Julgamento: 15 set. 2011.

⁵ BRASIL. Supremo Tribunal Federal (STF). **Repercussão Geral na Questão de Ordem no Recurso Extraordinário 583.937**. Rio de Janeiro. Tribunal Pleno. Rel. Min. Cezar Peluso. Julgamento: 19 nov. 2009. DJ 18 dez. 2009.

⁶ BRASIL. Supremo Tribunal Federal (STF). **Habeas Corpus 75.338**. Rio de Janeiro. Tribunal Pleno. Rel. Min. Nelson Jobim. Julgamento: 11 março 1998.

⁷ BRASIL. Superior Tribunal de Justiça (STJ). **Recurso Especial 1.026.605**. Espírito Santo. Rel. Min. Rogério Schietti, 6ª Turma, julgado em 13 maio 2014.

⁸ Vide, contudo, o Tema 979 da Repercussão Geral: BRASIL. Supremo Tribunal Federal (STF). **RE 1040515 RG**. Rel. Min. Dias Toffoli, Tribunal Pleno, DJe de 07/12/2017, relativo exclusivamente à matéria eleitoral.

à luz do Estatuto da Criança e do Adolescente, do Estatuto do Idoso, da Lei Brasileira de Inclusão e dos tratados dos quais o Brasil é parte, como a Convenção dos Direitos da Criança, de 1989; e a Convenção Internacional sobre os Direitos das Pessoas com Deficiência, de 2007.

3 O VETO PRESIDENCIAL AO §4º DO ART. 8º-A DA LEI 9.296/1996 E SUA DERRUBADA

Como vimos no tópico anterior, a possibilidade de utilização em juízo de gravações unilaterais, feitas sem o conhecimento do outro interlocutor, é um tema que já fora pacificado pelo Poder Judiciário brasileiro. No entanto, não é difícil antever que voltará a ser discutido nos tribunais superiores em face da derrubada do veto presidencial a trechos do Pacote Anticrime (Lei 13.964/2019), que alterou a Lei 9.296/1996 e ali introduziu o art. 8º-A, que regulamentou a interceptação ambiental.

Em dezembro de 2019, a presidência da República justificou assim o veto ao §4º do referido art. 8-A:

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).⁹

Com a derrubada do veto pelas duas casas do Congresso, procedimento que culminou em abril de 2021, o mencionado parágrafo fará parte do art. 8º-A da Lei 9.296/1996, passando a dispor que:

§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.

Diante da nova redação do art. 8º-A da Lei 9.296/1996, a gravação feita pela mãe de criança vítima de abusos sexuais por parte de outro familiar ou de um estranho será válida para subsidiar eventual acusação contra o suspeito de abuso? O registro em áudio ou vídeo realizado unilateralmente pela vítima de um ataque verbal racista que tenha sofrido em ambiente privado

⁹ BRASIL. Presidência da República. **Mensagem de veto 726**, de 24 de dezembro de 2019. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_ato2019-2022/2019/Msg/VEP/VEP-726.htm. Acesso em: 06 jul. 2021.

poderá servir de prova em um processo penal? A oferta de propina a um funcionário público captada em meio audiovisual por ele próprio tem valor como prova em juízo criminal? A gravação feita pela vítima da extorsão poderá ser usada em juízo contra o extorsionista?

4 UM PROBLEMA DE TÉCNICA LEGISLATIVA NO §4º DO ART. 8º-A DA LEI 9.293/1996

O problema da técnica legislativa na elaboração dos enunciados normativos no Direito brasileiro não é novidade. A Lei 13.964/2019 é repleta de exemplos de má técnica legislativa, seja por opções político-criminais que não refletem propriamente o estado de coisas do contexto nacional, seja por problemas veiculados em enunciados que padecem de falta de clareza normativa.

Especificamente em relação à gravação de comunicação realizada por um dos interlocutores, o § 4º do art. 8º-A, tal como positivado, traz um conteúdo normativo que escapa do artigo em que se encontra. Para estabelecer o sentido normativo do mencionado § 4º, é preciso compreender a localização topográfica de seu texto e como ele se relaciona com a cabeça do artigo em que inserido.

A Lei 9.296 não traz divisões em títulos, capítulos ou seções. Os pouco mais de 12 artigos são apresentados num só apanhando em referência ao que estabelece a ementa legislativa: “Regulamenta o inciso XII, parte final, do art. 5º da Constituição Federal”. A ementa da lei, como se sabe, explicita o seu objeto.

A Constituição de 1988 estabelece que “Lei complementar disporá sobre a elaboração, redação, alteração e consolidação das leis” (art. 59, parágrafo único). Essa lei - Lei Complementar 95 - só foi editada em 1998, portanto, dois anos depois da Lei 9.296/1996. No entanto, o detalhamento da técnica legislativa em um diploma orientador não inaugurou, propriamente, essa preocupação. Vale dizer que a boa técnica legislativa e de compreensão normativa dos enunciados já eram bem abordadas pela então nominada Lei de Introdução ao Código Civil brasileiro (LICC), hoje rebatizada de Lei de introdução às normas do Direito brasileiro (LINDB), formalizada no Decreto-lei 4.657/1942.

A Lei Complementar 95/1998 prescreve em seu art. 11 que “As disposições normativas serão redigidas com clareza, precisão e ordem lógica, observadas, para esse propósito, as seguintes normas (...)”. Na sequência, o mesmo artigo detalha as ações para se obter clareza (inciso I), precisão (inciso II) e ordem lógica (III). Para alcançar ordem lógica, todo enunciado deve “(...) expressar por meio dos parágrafos os aspectos complementares à norma enunciada no caput do artigo e as exceções à regra por este estabelecida” (grifamos). Isso não aconteceu na alteração promovida na Lei 9.296/1996.

O § 4º do art. 8º-A da Lei 9.296/1996 deveria guardar pertinência com o que estabelece a cabeça do artigo. O caput é claro: trata de captação ambiental, a ser previamente autorizada pelo juiz, de sinais eletromagnéticos, ópticos ou acústicos. Todos os parágrafos do art. 8º-A, exceto o § 4º, versam exatamente sobre captação ambiental. Não poderia ser diferente, afinal, é essa a razão de pertinência, por postulado lógico, dos parágrafos em relação ao caput.

Entretanto, em nítida falha legística, o § 4º tem conteúdo diverso: trata-se de enunciado normativo que versa sobre “captação” ambiental feita por um dos interlocutores e, atenção a este ponto, sem autorização judicial. Ele não complementa o artigo em que se insere. Ao contrário, ele simplesmente versa sobre conteúdo distinto.

A natureza do enunciado normativo, convém anotar, não se define por sua localização topográfica, embora seu local de inserção diga muito, caso atendidos os ditames de boa técnica legislativa. Se reconhecido que o § 4º não traduz norma complementar ao tema de que cuida o art. 8º-A, afinal, do que ele trata?

Para estabelecer a natureza do enunciado normativo, convém relembrar as possibilidades normativas existentes quando se formaliza um comando prescritivo. Karl Larenz registra que os enunciados normativos se apresentam como proposições aclaratórias, restritivas, remissivas, além das ficções jurídicas como remissões¹⁰. As proposições aclaratórias delimitam em pormenor um conceito ou tipo empregadas em outras proposições jurídicas (nesse caso, são delimitadoras) ou especificam ou completam o conteúdo de um termo utilizado no seu significado geral com respeito a distintas configurações do caso (proposições complementadoras). Já as proposições restritivas se dirigem a restringir proposições gerais que, à primeira vista, são formalizadas de modo tão amplo que aparentemente abrangem situações de fato para as quais não deve valer. Já as proposições remissivas e as ficções jurídicas como remissões são técnicas legislativas que evitam repetição incômoda ou equiparam voluntariamente situações jurídicas que se sabem desiguais.

O § 4º não é um enunciado aclaratório, em relação ao tema que versa, mas restritivo. Para ser aclaratório, deveria se referir a captação ambiental. Ele, então, propõe restrição de uma regra geral não enunciada no artigo. Se um dos interlocutores registra o conteúdo da conversa, essa gravação não materializa propriamente uma captação ou interceptação. Afinal, o próprio destinatário da comunicação entende por bem em fazer o registro da comunicação que a ele se dirige. Aquele que grava é legítimo destinatário da comunicação. Logo, não se cuida propriamente de uma captação, mas simplesmente de gravação ou registro sem conhecimento do interlocutor.

O tema não é novo no Direito brasileiro. Pelo contrário, a juridicidade do registro da comunicação por um dos interlocutórios é tema já assentado e pacífico na jurisprudência dos Tribunais Superiores, como acima se viu.

¹⁰ LARENZ, Karl. **Metodologia da Ciência do Direito**. Trad. José Lamego. 3. ed. Lisboa: Fundação Calouste Gulbenkian, 1997, p. 360-364.

A restrição veiculada no mencionado § 4º refere-se a uma regra geral que, por sua vez, não se encontra propriamente positivada na Lei 9.296/1996, mas no postulado geral insculpido no art. 155 do CPP, primeira parte, ao estabelecer que o juiz “(...) formará sua convicção pela livre apreciação da prova produzida em contraditório judicial”. Está, também, para os particulares, no art. 5º, inciso II, da Constituição, que entroniza o princípio da legalidade. Quando lido sob a ótica do cidadão, tal princípio enuncia uma regra de liberdade de agir, que permite que tudo façamos, desde que não haja restrição ou proibição em lei.¹¹

Na perspectiva processual penal, a adoção, no Brasil, do sistema da livre apreciação da prova traz a consequência de que a inadmissibilidade probatória se converta numa regra de exclusão. É esse o sentido, aliás, do caput do art. 157 do CPP (“São inadmissíveis, devendo ser desentranhadas do processo, as provas ilícitas, assim entendidas as obtidas em violação a normas constitucionais ou legais”), que reproduz em grande medida o que estabelece o inciso LVI do art. 5º da Constituição de 1988 (“são inadmissíveis, no processo, as provas obtidas por meios ilícitos”).

O Supremo Tribunal Federal, chamado a dizer sobre a licitude da gravação de conteúdo de comunicação por um dos interlocutores, sedimentou sua jurisprudência por meio da aprovação da seguinte tese: “É lícita a prova consistente em gravação ambiental realizada por um dos interlocutores sem conhecimento do outro”.¹²

Eis a chave de compreensão do referido § 4º do art. 8º-A da Lei 9.929/1996 do ponto de vista da interpretação sistemática em face da legislação a que se refere: o enunciado não se coloca contrariamente ao que estabelece a tese do STF haurida da compreensão geral sobre a disciplina das provas obtidas por meio da gravação de conteúdo de comunicação por um dos interlocutores. Trata-se de enunciado restritivo consistente na ideia de que, quando a gravação da comunicação feita por um dos interlocutores ocorrer com o prévio conhecimento da autoridade policial ou do Ministério Público, o conteúdo registrado só poderá ser utilizado “em matéria de defesa”, desde que demonstrada a integridade da gravação. Se a gravação ambiental se der sem o conhecimento da autoridade policial ou do Ministério Público, não haverá óbice a que esse conteúdo lastreie a persecução penal. A exigência é de que o conteúdo registrado tenha integridade, claro.

A exigência de integridade da prova não se refere à sua admissibilidade, mas à sua valoração. São situações que não se confundem. A ilicitude probatória impede que a prova seja admitida no processo penal. Já a discussão quanto à integridade do elemento probatório se refere ao convencimento judicial a partir do elemento probatório. Nesse sentido, há preciosa

¹¹ Vide o art. 5º, inciso II, da Constituição de 1988: “ninguém será obrigado a fazer ou deixar de fazer alguma coisa senão em virtude de lei”.

¹² BRASIL. Supremo Tribunal Federal (STF). **Repercussão Geral na Questão de Ordem no Recurso Extraordinário 583.937**. Rio de Janeiro. Tribunal Pleno. Rel. Min. Cezar Peluso. Julgamento: 19 nov. 2009. DJ 18 dez. 2009.

lição sobre a distinção entre admissibilidade e autenticidade que pode ser extraída do Código de Processo Civil.

No capítulo das provas, especificamente na seção destinada à prova documental, o CPC diz que a parte chamada a dizer sobre a prova documental juntada aos autos poderá, sucessivamente, impugnar sua admissibilidade, sua autenticidade, suscitar sua falsidade e manifestar-se sobre o conteúdo da prova (art. 436 do CPC). Especificamente quando menciona a impugnação de autenticidade ou de falsidade, o legislador estabelece o dever de impugnação específica, isto é, “(...) a impugnação deverá basear-se em argumentação específica, não se admitindo alegação genérica de falsidade” (parágrafo único do art. 436 do CPC). Quando se tem em mente que o conteúdo da gravação ambiental ingressa no processo como se prova documental fosse, para fins de viabilizar o contraditório sobre a prova, essa distinção se mostra clara e útil.

A discussão sobre autenticidade da prova, portanto, quando se refere ao conteúdo de comunicação, não guarda pertinência com sua admissibilidade, mas com sua credibilidade e, portanto, poder de convencimento.

Desse modo, de uma leitura sistemática da regra estabelecida no § 4º do art. 8º-A da Lei 9.296/1996, tem-se o seguinte: o enunciado do § 4º não se refere ao caput do artigo; ele versa sobre regra de exclusão; se a gravação ambiental realizada por um dos interlocutores observar o requisito de autenticidade, ela poderá ser utilizada como meio de prova em investigação ou processo penal; se a gravação ambiental ocorrer com conhecimento da autoridade policial ou do Ministério Público, aí sim seu conteúdo só poderá ser utilizado como matéria de defesa, de modo que não se admitirá seu uso como meio de prova em persecução penal. No próximo tópico desenvolveremos estas ideias.

5 O §4º DO ART. 8º-A DA LEI 9.296/1996 COMO UMA *EXCLUSIONARY RULE*

A equivocada alocação do §4º do art. 8º-A da Lei 9.296/996 e sua baixa qualidade semântica comprometem sua imediata compreensão. Propomos interpretá-lo da seguinte maneira: a gravação feita pela vítima de um ilícito penal - ou por um terceiro no interesse desta - poderá ser validamente usada em qualquer investigação criminal ou processo penal contra o suspeito, se for íntegra, isto é, se for autêntica e não tiver sido adulterada, editada ou manipulada. No entanto, essa mesma gravação não poderá ser usada em juízo contra o suposto criminoso, ainda que íntegra, se for fruto de atividade investigativa estatal, isto é, se for o produto de orientação passada à vítima pelo Ministério Público ou pela Polícia, com o fim de se produzir informação ou futura prova, para uso na persecução criminal. O texto do novo dispositivo tem de ser interpretado por inteiro, com todos os seus elementos, e esta parece ser a única interpretação compatível com as vontades do projetista e do legislador e com a integridade do sistema de garantias.

§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.

Notem a expressão “sem o prévio conhecimento da autoridade policial ou do Ministério Público” que consta do multimencionado §4º. Ela não está ali por acaso. Diz respeito a uma atuação investigativa do Estado, no tocante a uma certa situação criminosa. Sua função é diferenciar uma atividade estatal, regida pelo princípio da legalidade (art. 5º, inciso II, da Constituição), de uma atividade meramente privada, de registro espontâneo de um diálogo por um de seus interlocutores, no seu próprio interesse, ou no interesse de um terceiro vulnerável. Desta distinção de situações preliminares à gravação de uma conversa resultarão consequências distintas do ponto de vista da (in)admissibilidade probatória.

Se a vítima ou o seu representante legal agir por iniciativa própria, para defender seus direitos ou interesses ou os de quem represente (um filho menor ou um curatelando, por exemplo), a gravação, na modalidade captação, é válida e poderá ser admitida em juízo. Se íntegra, poderá ser valorada pelo juiz. Como já lembramos, “ninguém será obrigado a fazer ou deixar de fazer alguma coisa senão em virtude de lei” (art. 5º, II, da CF). Nenhuma lei precisa autorizar um cidadão a defender os seus próprios interesses. As gravações de conversa própria, mesmo quando unilaterais, sem o conhecimento do interlocutor, não se sujeitam à Lei 9.296/1996.

Mas para o Estado não é assim. Por isto mesmo, uma gravação não será aceitável em juízo, se resultar de orientação estatal com o propósito de produzir-se prova para a persecução criminal. É que, em tal situação, o autor da gravação, seja a vítima ou outrem, terá agido como *longa manus* do Estado, ou seja, como seu agente. Nesta circunstância, isto é, quando o Ministério Público ou a Polícia têm conhecimento prévio da situação ilícita a ser capturada em áudio ou em vídeo e orientam a vítima a realizar a gravação ou a auxiliam a fazê-lo, é necessária prévia autorização judicial para a consumação dessa diligência. Aquilo que era uma captação - uma gravação feita por um dos interlocutores, sem intromissão de estranhos ao diálogo - transmuda-se em interceptação, porque agora há um terceiro observador, que não intervém na comunicação, mas a monitora, com um fim específico: a persecução penal. Assim, deve incidir o princípio da legalidade (art. 5º, inciso II, da CF), do que resulta a aplicação do inciso XII do mesmo artigo e a necessária observância do procedimento probatório previsto na Lei 9.296/1996.

Não se há de objetar que as autoridades de persecução criminal não teriam tempo hábil para reagir a demandas urgentes de vítimas de achesques, assédios, abusos, ameaças ou extorsões, só para citar alguns exemplos. Muito menos poder-se-á dizer que, diante da predisposição de um colaborador da Justiça para realizar uma gravação, aos órgãos estatais sempre faltasse tempo ou meios de adotar o procedimento previsto em lei, para uma ação

controlada com gravação ambiental. Autorizações judiciais para interceptações e operações encobertas podem ser rapidamente obtidas pela Polícia ou pelo Ministério Público, nos termos da Lei 9.296/1996 ou da Lei 12.850/2013. Diante de um pedido comprovadamente urgente da autoridade investigante, o juízo competente pode conceder a permissão de gravação de modo muito célere, sem prejuízo algum ao interesse público.

Diante do exposto, a utilidade da expressão “sem o prévio conhecimento da autoridade policial ou do Ministério Público” no §4º do art. 8º-A da Lei 9.296/1996 é a de impedir que os órgãos estatais de persecução usem a vítima, uma testemunha ou mesmo um réu colaborador como agente estatal para gravar conversas próprias, a serem mantidas com outrem, sem autorização judicial¹³. A depender do caso, esta seria uma forma de *entrapment* ou de *deception*, incompatíveis ambas com o devido processo legal em sua dimensão mais ampla, já que dali em diante, em já existindo o planejamento de ações investigativas do Estado sobre o suspeito, já terá incidência todo o conjunto de garantias que protegem seus direitos materiais, nos termos da Convenção Americana de Direitos Humanos, do Pacto Internacional de Direitos Civis e Políticos, da Convenção das Nações Unidas contra a Tortura e da Constituição Federal.

Para entender onde se coloca a questão, basta comparar a situação de uma gravação dialógica orientada pela Polícia com a de um interrogatório policial informal, realizado sem que o suspeito seja previamente advertido de seu direito ao silêncio e de seu direito à presença de um advogado ou defensor público.

A interpretação que propomos tem duas vantagens: limita a atuação do Estado, especialmente a da Polícia e a do Ministério Público quanto a escutas ambientais realizadas sem autorização judicial, quando exigível, mas não desprotege as vítimas de infrações penais. Estas continuarão a poder gravar tais situações desde que o façam *motu proprio*. Gravações de conversa própria continuam permitidas, desde que de iniciativa do interlocutor, sem qualquer espécie de incentivo ou assistência estatal.

Não há espaço para argumentos quanto à suposta vedação absoluta de gravações de conversas próprias. Se fosse esta a intenção do legislador, isto é, se o Congresso Nacional tivesse pretendido impedir todo uso acusatório de qualquer gravação por um dos interlocutores, bastaria ter dito no §4º do art. 8º-A: “A captação ambiental feita por um dos interlocutores poderá ser utilizada, para a defesa, quando demonstrada a integridade da gravação”. Não foi isto o que se quis, porém. E, por outra, tampouco foi isto que se fez.

¹³ Este é exatamente um dos nós górdios do caso Temer, no qual o ex-presidente da República Michel Temer teria sido gravado espontaneamente pelos controladores da JBS. Uma tese contraposta argumentava que Joesley Batista havia sido orientado por um procurador da República a realizar a gravação, para sua utilização como prova numa futura ação penal. A gravação teria ocorrido em março de 2017 no Palácio do Jaburu. Vide: BRASIL. Supremo Tribunal Federal (STF). **Petição 7003**. Rel. Min. Edson Fachin. Decisão: 04 jun. 2020. Vide também: BRASIL. Supremo Tribunal Federal (STF). **Inquérito 4483**. Distrito Federal. Rel. Min. Edson Fachin. Decisão: 02 maio 2017.

A proposta original apresentada pelo Poder Executivo federal não continha a expressão “em matéria de defesa”.¹⁴ Este trecho foi incluído durante o processo legislativo na Câmara dos Deputados, sendo dúvida, pois faz parecer que se tolera o uso da gravação só para a defesa do próprio interlocutor, autor da gravação, em investigação ou processo criminal no qual seja suspeito ou réu. Mas tal interpretação restritiva não se sustenta, por ser desproporcional, acarretando a desproteção das vítimas de crimes graves. Ademais, gravações feitas por um dos participantes do diálogo (ambientais ou não) ou a seu pedido (“escutas”) têm inúmeros usos para quem as capta, para além do campo penal. Servirão para prova em ações de divórcio (agressões, guarda de filhos e temas patrimoniais); em ações de guarda (maus-tratos a filhos); em ações trabalhistas (assédio moral); em tutela de direitos humanos (violência estatal); na proteção contra agentes públicos corruptos (achacadores e autores de concussão); em situações de sequestro ou extorsão etc. A palavra “defesa” é polissêmica e não diz respeito apenas à refutação de acusações penais. Incorpora também, pelo menos, a defesa dos direitos e interesses das vítimas de infrações penais e os das pessoas vulneráveis em geral.

Logo, tendo em conta o princípio da máxima efetividade e proteção dos direitos humanos, deve prevalecer a noção de que a gravação própria ou executada por particular (“escuta”), a pedido de um dos interlocutores, pode ser usada também em matéria de defesa dos direitos das vítimas de ilícitos em geral, desde que, atente-se, tal providência não seja manifestação de atividade *probatória* orientada ou incentivada pelo Ministério Público ou pela Polícia. Esta, segundo nos parece, é a única interpretação que compatibiliza o dispositivo em questão com a Constituição Federal e com os tratados de direitos humanos e que mantém a integridade textual do §4º do art. 8º-A da Lei 9.296/1996. É a *prévia interferência relevante do Estado* que tornará inválida a captação, escuta ou gravação. Se feita para atender interesse único ou preponderante do interlocutor, sem supervisão ou orientação ou solicitação de autoridades estatais, a gravação deve ser admitida como prova e depois valorada, se íntegra. Assim também deve ser para o próprio acusado ou suspeito. A integridade do registro em áudio ou em vídeo é essencial à sua valoração, ainda quando utilizada na defesa de réus em processos penais.

Antes da inovação legislativa de que tratamos, o Superior Tribunal de Justiça julgou situações análogas às que descrevemos. No HC 578.058/SP, aquela Corte considerou lícita gravação ambiental feita pela mãe de vítima de ataque de um pedófilo, sob o fundamento de que a genitora tem o dever de proteção à filha, com base na Constituição e na Lei 8.069/1990 (ECA). A mãe, na condição de representante legal da menor, foi equiparada a interlocutora, no evento entre a vítima e o abusador, validando-se a gravação unilateral por ela realizada.

¹⁴ BRASIL. Câmara dos Deputados. **Projeto de Lei 882**, de 2019. Disponível em: https://www.camara.leg.br/proposicoesWeb/prop_mostrarintegra?codteor=1712088&filename=PL+882/2019. Acesso em: 06 jul. 2021.

1. Nos termos da jurisprudência da Corte, é lícita a prova produzida pela genitora da menor vítima de crime sexual, consistente em gravação áudio/visual ambiental, dado o seu legítimo poder-dever de proteger a infante e desvendar o ato criminoso, situação que se assemelha à gravação de conversa telefônica feita com a autorização de um dos interlocutores, sem ciência do outro, quando há cometimento de delito por este último, hipótese já reconhecida como válida pelo Supremo Tribunal Federal.¹⁵

No mesmo sentido, o RESP 1.026.605/ES, julgado pela 6ª Turma do STJ em 13 de maio de 2014, do qual foi relator o ministro Rogerio Schietti Cruz. Vale também mencionar este outro julgado da 5ª Turma do STJ, proferido em 2018:

II - A gravação de conversa, in casu, não configura prova ilícita, visto que não ocorreu, a rigor, interceptação por terceiro, mas uma mera gravação pela genitora utilizando-se do próprio celular, objetivando a proteção da liberdade sexual de absolutamente incapaz, sua filha, na perspectiva do poder familiar, vale dizer, do poder-dever de que são investidos os pais em relação aos filhos menores, de proteção e vigilância.¹⁶

6 O USO DE GRAVAÇÕES UNILATERAIS NO DIREITO COMPARADO E A QUESTÃO DA INTERFERÊNCIA ESTATAL

Num caso espanhol, decidido em 2020¹⁷, o Tribunal Supremo daquele país negou provimento a recurso de cassação interposto contra acórdão condenatório proferido pelo Tribunal Superior de Justicia do País Basco, que havia confirmado a condenação de um réu por repetidos estupros contra sua filha menor. Uma das provas usadas no processo foi a gravação de diálogos entre o pai estuprador e sua filha menor (vítima), feita por terceiro, a mãe da menina, no interior da residência da família.

O Tribunal Supremo espanhol rejeitou a alegação de nulidade da gravação, por violação da privacidade das comunicações do acusado, e admitiu a valoração dessa prova, porque, notem bem, a mãe da vítima agiu como particular que era, e não a serviço do Estado ou no interesse deste, realizando atividades probatórias sob orientação de promotores (fiscais) ou policiais para fins de persecução penal. Eis o trecho mais importante desta decisão da corte suprema da Espanha:

7. Embora a valoração de uma prova ilícita seja em princípio contrária ao conteúdo material do direito à presunção de inocência pelas razões

¹⁵ BRASIL. Superior Tribunal de Justiça (STJ). **Habeas Corpus 578.058**. São Paulo. Sexta Turma. Rel. Min. Néli Cordeiro. Julgamento: 08 set. 2020.

¹⁶ BRASIL. Superior Tribunal de Justiça (STJ). **Agravo Interno no Recurso Especial 1.712.718**. Acre. Quinta Turma. Rel. Min. Felix Fischer. Julgamento: 24 abr. 2018.

¹⁷ ESPANHA. Tribunal Supremo. Recurso de Casación. **Sentencia STS 2932/2020**. Sala de lo Penal. Ponente: Pablo Llarena Conde. Julgamento: 17 set. 2020. Disponível em: <https://www.poderjudicial.es/search/AN/openCDocument/cac2ec927df2ac2410b129baa45c19bf7a6cae021e4e9690>. Acesso em: 28 jun. 2021.

dissuasórias já expostas, temos destacado em nossa jurisprudência (STS 116/2017) que ‘a ação vulneradora do agente da autoridade que personifica o interesse do Estado quanto à punição das infrações penais nunca pode ser artificialmente equiparada à ação do particular que, sem vinculação alguma com o exercício do ius puniendi, obtém documentos que mais tarde se convertem em fontes de prova que chegam a resultar, por um ou outra circunstância, determinantes para a formulação do juízo de autoria. Para esta segunda categoria de casos e, sem que essa formulação possa entender-se generalizável sem um prévio e férreo controle das circunstâncias nas quais os direitos constitucionais tenham sido vulnerados e se incorporam depois ao processo penal por seus intervenientes, temos proclamado que a regra de exclusão operaria plenamente nos casos nos quais a atuação do particular busca obter dados probatórios destinados a incorporar-se ao processo penal, mas quando o particular atua por sua própria iniciativa e desborda o marco jurídico completamente desvinculado da atuação do Estado, em tais casos não se ativa um marco de garantias constitucionalmente estabelecidas para impedir a obtenção estatal de fontes de prova no âmbito do processo penal, que é o que contempla o art. 11 da LOPJ ao fixar a regra de exclusão que nele se vê (SSTS 116/2017, de 23 de fevereiro e 508/2017, de 4 de julho). Dizíamos concretamente na STS 116/2017 que: "(...) a possibilidade de valoração de uma fonte de prova obtida por um particular com absoluta desconexão de qualquer atividade estatal e alheia em sua origem à vontade de prefabricar provas, não precisa ser objeto de um enunciado legal que assim o proclame. Sua valoração é perfeitamente possível à vista da própria literalidade do vigente enunciado do art. 11 da LOPJ e, sobretudo, em atenção à ideia de que, em sua origem histórica e em sua sistematização jurisprudencial, a regra de exclusão só adquire sentido como elemento de prevenção frente aos excessos do Estado na investigação do delito. 8. O acima exposto mostra que a violação do direito do acusado ao segredo de suas comunicações, assim como a quebra de seu direito à intimidade, sobrevindos ambos por gravar-se sub-repticiamente a conversa que manteve com sua filha Rosaura na manhã do dia 29 de agosto de 2016, não leva à nulidade da evidência obtida, pois não consta que a gravação se realizou com a finalidade de obter irregularmente provas orientadas a impulsionar ou servir a um eventual processo penal.¹⁸

Em suma, o Tribunal Supremo espanhol decidiu que a prova obtida pela mãe da vítima não deveria ser excluída do processo, pois a regra de inadmissibilidade prevista no art. 11 da Lei Orgânica do Poder Judiciário¹⁹ só se justificava como forma de evitar abusos das autoridades

¹⁸ ESPANHA. Tribunal Supremo. Recurso de Casación. **Sentencia STS 2932/2020**. Sala de lo Penal. Ponente: Pablo Llarena Conde. Julgamento: 17 set. 2020. Disponível em: <https://www.poderjudicial.es/search/AN/openCDocument/cac2ec927df2ac2410b129baa45c19bf7a6cae021e4e9690>. Acesso em: 28 jun. 2021.

¹⁹ ESPANHA. **Ley Orgánica del Poder Judicial**. Disponível em: <https://www.boe.es/buscar/act.php?id=BOE-A-1985-12666>. Acesso em: 28 abr. 2021. Vide o art. 11: Artículo 11. 1. En todo tipo de procedimiento se respetarán las reglas de la buena fe. No surtirán efecto las pruebas obtenidas, directa o indirectamente, violentando los derechos o libertades fundamentales. 2. Los Juzgados y Tribunales rechazarán fundadamente las peticiones, incidentes y excepciones que se formulen con manifiesto abuso de derecho o entrañen fraude de ley o procesal. 3. Los Juzgados y Tribunales, de conformidad con el principio de tutela efectiva consagrado en el artículo 24 de la Constitución, deberán resolver siempre sobre las pretensiones que se les formulen, y solo podrán desestimarlas por motivos formales cuando el defecto fuese insubsanable o no se subsanare por el procedimiento establecido en las leyes.

estatais de persecução penal, não impedindo a vítima de defender-se por sua própria iniciativa. Ou seja, uma *exclusionary rule*, tal como a prevista no §4º do art. 8º-A da Lei 9.296/1996, só tem sentido e propósito quando tem em mira a atuação do Estado, para freá-la ou contê-la às amarras do devido processo legal probatório, não visando obstar a atividade particular de produção de provas, seja de interesse do suspeito ou da vítima.

A jurisprudência norte-americana tem posição similar, em que se condiciona, para fins probatórios, a atuação de particulares como “agentes do Estado” (*agent of the Government*), na discussão sobre o alcance da 4ª Emenda à Constituição dos Estados Unidos. Em *United States vs. Jacobsen*, a Suprema Corte decidiu que tal dispositivo constitucional é inaplicável a buscas ou apreensões, mesmo ilegítimas, realizadas por particulares quando não tenham agido como representantes ou agentes do Poder Público “ou com a participação ou o conhecimento de alguma autoridade estatal”.²⁰

Dito de outra forma, a 4ª Emenda somente protege os cidadãos de buscas e apreensões conduzidas por servidores públicos ou por terceiros subordinados a eles ou sob seu controle ou orientação. De fato, desde o caso *Burdeau vs. McDowell*, decidido há mais de um século, em 1921, a Suprema Corte dos Estados Unidos entende que as autoridades investigativas do país “podem reter, para uso como prova no processo criminal, documentos incriminatórios que lhes tenham sido entregues por particulares que os hajam obtido, sem a participação ou conhecimento de qualquer servidor público, por meio de uma busca indevida de documentos particulares em um escritório”.²¹

O trecho da 4ª Emenda que proíbe buscas e apreensões não razoáveis refere-se à ação governamental; não abrange a atuação de particular, ainda que ilegítima, desde que este atue por sua própria iniciativa. A proteção constitucional contra buscas abusivas aplica-se quando “o particular age como um instrumento ou como um agente do Governo”²². Este é também o propósito do §4º do art. 8º-A da lei brasileira de 1996: desencorajar atuações abusivas do Estado em detrimento de direitos individuais, especialmente a privacidade.

Para a Suprema Corte norte-americana, saber quando um particular se torna um agente do Estado na persecução criminal depende das circunstâncias do caso concreto, à luz do nível de envolvimento governamental na atividade probatória particular.²³ Três fatores são relevantes

²⁰ ESTADOS UNIDOS DA AMÉRICA. Supreme Court. *United States v. Jacobsen*, 466 U.S. 109 (1984). Decided April 2, 1984. Disponível em: <https://supreme.justia.com/cases/federal/us/466/109/>. Acesso em: 26 abr. 2021.

²¹ ESTADOS UNIDOS DA AMÉRICA. Supreme Court. *Burdeau v. McDowell*, 256 U.S. 465 (1921). Decided June 1, 1921. Disponível em: <https://supreme.justia.com/cases/federal/us/256/465/>. Acesso em: 26 abr. 2021.

²² ESTADOS UNIDOS DA AMÉRICA. Supreme Court. *Skinner, Secretary of Transportation et Al. v. Railway Labor Executives' Association et Al.* 489 U.S. 602 (1989). Decided March 21, 1989. Disponível em: <https://tile.loc.gov/storage-services/service/ll/usrep/usrep489/usrep489602/usrep489602.pdf>. Acesso em: 26 abr. 2021. Vide a p. 614: “Although the Fourth Amendment does not apply to a search or seizure, even an arbitrary one, effected by a private party on his own initiative, the Amendment protects against such intrusions if the private party acted as an instrument or agent of the Government”.

²³ Nesse sentido, o caso *Skinner* mencionado na nota anterior, p. 614.

para a determinação da condição de agente público: a) se o órgão de persecução tinha conhecimento da conduta intrusiva do particular e com ela aquiesceu; b) se o particular pretendia auxiliar as agências de persecução penal ou se, ao revés, agiu no seu próprio interesse; e c) se o particular atuou a pedido da autoridade pública.²⁴

É exatamente este o sentido do §4º do art. 8º-A da Lei 9.296/1996. Se houve prévio conhecimento ou intervenção anterior do Ministério Público ou da Polícia, a gravação feita pelo particular somente será válida se resultante de registro autorizado por um juiz. Por outro lado, caso o autor da gravação tenha agido realmente de forma unilateral e sem aconselhamento ou assistência estatal, para a produção de prova, este registro será admissível em juízo, inclusive em casos criminais, podendo ser valorada pelo juiz, se íntegra.

7 O TRATAMENTO DO TEMA PELA CORTE EUROPEIA DE DIREITOS HUMANOS: A INTERFERÊNCIA ESTATAL EM GRAVAÇÕES FEITAS POR PARTICULARES

A gravação de conversas telefônicas, telemáticas ou presenciais por um dos interlocutores já foi objeto de atenção da Corte Europeia de Direitos Humanos (CEDH) em mais de uma ocasião. Realçando a importância do diálogo das Cortes para avanços jurisdicionais²⁵, é necessário confirmar se o recorte interpretativo que adotamos para a compreensão do §4º do art. 8º-A da Lei 9.296/1996 é compatível com a jurisprudência de um tribunal de direitos humanos. Para isto, recorreremos a dois casos julgados em Estrasburgo contra a Holanda, em 2003 e em 2007, e a um precedente contra a França, da década anterior.

7.1 O caso A. vs. França (1993)

Em 1993, no caso A. vs. França, a Corte Europeia tratou da questão da interferência de autoridades públicas, especialmente a Polícia ou o Ministério Público, na orientação e no apoio técnico a cidadãos comuns (particulares) para a realização de gravações de conversas de cunho criminoso mantidas com outras pessoas.

Em 1980, Serge Gehrling dirigiu-se à comissaria de Polícia de Paris, onde noticiou que Nelly Azerad (a Sra. A.), uma médica da administração penitenciária, teria encomendado a

²⁴ ESTADOS UNIDOS DA AMÉRICA. United States Court of Appeals for the Eighth Circuit. **United States v. Avalos**, No. 19-3657 (8th Cir. Jan. 12, 2021). Decided Jan 12, 2021. Disponível em: <https://casetext.com/case/united-states-v-avalos-56>. Acesso em: 26 abr. 2021. Vide também o caso **United States v. Highbull**, decidido em 6 de julho de 2018 pelo Tribunal Regional Federal da 8ª Região (8th. Circuit).

²⁵ PIOVESAN, Flávia. **Temas de direitos humanos**. 11.ed.. São Paulo: Saraiva, 2018, p. 155.

morte de Pierre de Varga, uma personalidade importante da cena política francesa de então²⁶. Gerhling se dispôs a colaborar com a Polícia para obter provas que incriminassem a suposta contratante do homicídio de Varga, personagem-chave de eventos que eletrizaram a França nos anos 1970. O informante propôs-se a ligar para a Sra. Azerad e gravar a conversa que teriam. Diante da proposta de assistência, o policial Lucien Aimé-Blanc, então chefe do *Office central de répression du banditisme*, providenciou equipamentos de gravação, e o informante realizou a ligação para a Sra. A. na própria comissaria de Polícia²⁷.

A Sra. Azerad levou o caso à Corte Europeia de Direitos Humanos, onde alegou que seu direito à privacidade teria sido violado pela Polícia francesa. O Tribunal de Estrasburgo entendeu que o comissário de Polícia prestou uma colaboração crucial para a realização de uma escuta telefônica por parte de um dos interlocutores. Sua colaboração, afirmou a CEDH, foi decisiva para a gravação, porque o oficial francês emprestou ao informante o seu gabinete, sua linha telefônica e um gravador. No entanto, a Polícia não procurou obter prévia autorização de um juiz de instrução para a diligência, o que seria necessário conforme a lei francês. Diante disto, a interação entre Aimé-Blanc e Gerhling converteu-se em uma atividade investigativa estatal, que consistiu numa ingerência ilegítima sobre a vida privada da médica suspeita²⁸.

Consideradas as premissas fáticas e os requisitos legais similares, assim como a redação do §4º do art. 8º-A da Lei 9.296/1996, qualquer juiz ou tribunal brasileiro seria chamado a decidir um caso como este de forma similar à adotada pela Corte Europeia.

7.2 O caso M. M. vs. Países Baixos (2003)

No caso M. M. vs. Países Baixos, julgado pelo Tribunal Europeu em 2003, questionava-se suposta violação ao art. 8º da Convenção Europeia de Direitos Humanos, que tutela o direito de privacidade.

Em 1993, o Sr. M. M., um advogado holandês, abordou a Sra. S., a esposa de K., seu cliente, que estava em prisão preventiva, e a assediou sexualmente. Diante disto, S. contou ao marido preso o que M. M. havia feito. O preso informou o fato à Polícia, que por sua vez notificou o promotor de Justiça. Para corroborar as informações de S., as autoridades holandesas sugeriram que um gravador fosse conectado ao seu telefone fixo para gravar as chamadas recebidas do advogado M. M. Os policiais foram até a casa da vítima do assédio para instalar o gravador e explicaram a S. como operá-lo. Os policiais também sugeriram que ela direcionasse a conversa para o tema do assédio sexual. Posteriormente, a polícia recuperou gravações de três

²⁶ Varga fora condenado na França pelo assassinato, em 1976, de Jean de Broglie, ex-deputado e ex-ministro do governo Valéry Giscard d'Estaing.

²⁷ CORTE EUROPEIA DE DIREITOS HUMANOS. *Affaire A. c. France*. Arrêt, Strasbourg, 23 Novembre 1993. Disponível em: <https://www.doctrine.fr/d/CEDH/HFJUD/CHAMBER/1993/CEDH001-62405>. Acesso em: 10 jun. 2021.

²⁸ Caso A. c. France. Mencionado na nota anterior, especialmente o § 36.

conversas do advogado M. M. com S., que foram usadas na acusação contra ele por crime sexual.²⁹

Com a divulgação dos fatos pela imprensa, duas outras mulheres (C. e V.) também acusaram o advogado M. M. de estupro e de assédios sexuais. O réu acabou condenado por crimes contra duas dessas mulheres (S. e C.) e absolvido por falta de provas do crime que teria sido cometido contra V. Os veredictos condenatórios foram mantidos pelo Tribunal de Apelação na Haia. O recurso de cassação apresentado à Suprema Corte holandesa não teve êxito, tendo esse tribunal afastado a alegação de violação do art. 8º da Convenção Europeia de Direitos Humanos ao fundamento de que a ação penal tivera como objeto um crime sexual praticado contra uma mulher (vítima), que apenas contou com o apoio técnico da Polícia, para gravar conversa própria em sua própria residência³⁰.

O caso foi levado à CEDH, na qual as partes não divergiam quanto ao fato de que a Polícia sugerira a S. que gravasse as suas conversas com o advogado M.M. e a orientara como fazê-lo. Tampouco havia controvérsia quanto ao fato de a Polícia ter obtido acesso direto aos diálogos gravados por S. em sua residência.

Entendeu a Corte Europeia que a Polícia holandesa dera uma “contribuição crucial para a execução da operação”, além de ter sido responsável pelo seu início. Ademais, ao lidar com a vítima S., tanto a Polícia quanto o Ministério Público agiram no desempenho das suas atribuições legais, isto é, como órgãos de persecução criminal. Tratava-se, portanto de uma operação oficial do Estado, tendo havido a interferência de uma “autoridade pública” no direito do advogado M.M. quanto à privacidade de suas comunicações. Na época, a escuta ou a interceptação de telecomunicações na Holanda dependia de uma investigação judicial preliminar e da ordem de um juiz de instrução. No entanto, nenhum desses requisitos foi observado na diligência de gravação. Como consequência da interferência do Estado na produção da gravação e como resultado da inobservância do procedimento probatório então previsto em lei, houve, para a Corte Europeia, uma violação ao art. 8º da Convenção³¹.

O cerne da decisão está na utilização de um particular como “agente” da persecução criminal, isto é, como representante dos órgãos de investigação. Isto fica bastante claro no §40 da sentença no caso M. M., de 2003. Admitir essa prática, disse a CEDH, seria permitir que as

²⁹ CORTE EUROPEIA DE DIREITOS HUMANOS. **Case of M. M. v. The Netherlands**. Judgement, Strasbourg, 8 April 2003. Final 24 September 2003. Disponível em: [https://hudoc.echr.coe.int/eng#{%22itemid%22:\[%22001-61002%22\]}](https://hudoc.echr.coe.int/eng#{%22itemid%22:[%22001-61002%22]}). Acesso em: 10 jun. 2021. Vide os §§ 12 a 14 da sentença.

³⁰ Confira, especialmente, os parágrafos 15 a 21 da sentença mencionada na nota anterior.

³¹ CORTE EUROPEIA DE DIREITOS HUMANOS. **Case of M. M. v. The Netherlands**. Judgement, Strasbourg, 8 April 2003. Final 24 September 2003. Disponível em: [https://hudoc.echr.coe.int/eng#{%22itemid%22:\[%22001-61002%22\]}](https://hudoc.echr.coe.int/eng#{%22itemid%22:[%22001-61002%22]}). Acesso em: 10 jun. 2021. Vide os §§ 12 a 14 da sentença. Confira, especialmente, os parágrafos 15 a 39.

autoridades de perseguição contornassem seus deveres convencionais, mediante o engajamento de entes privados na coleta probatória³².

O julgado, no entanto, não foi unânime. Em seu voto divergente, a juíza Elisabeth Palm retomou os argumentos da Suprema Corte holandesa, que rejeitara o pedido de M.M., e asseverou que, em sua opinião:

A situação em que a Sra. S. se encontrava infelizmente não é incomum. É sabido que nos casos de assédio sexual e de violência contra as mulheres é difícil acreditar na vítima. Sua palavra vai contra a do agressor. No caso em apreço, a vítima era ainda mais vulnerável porque seu marido estava preso, e o autor do crime era seu advogado. Considero que a ação policial, tal como entendeu o Supremo Tribunal, foi uma sugestão ou uma informação à Sra. S. sobre como obter provas mediante o exercício do seu direito de gravar um telefonema recebido. Cabia a ela decidir se usaria ou não o gravador e as fitas.³³

O ponto em questão é relevante. A vítima somente gravou ligações recebidas do assediador e, de fato, podia decidir se entregaria os registros à Polícia, o que acabou fazendo para corroborar o seu relato contra o advogado abusador.

7.3 O caso Van Vondel vs. Países Baixos (2007)

No caso Van Vondel vs. Países Baixos, de 2007, a Corte Europeia de Direitos Humanos mais uma vez cuidou do tema das gravações feitas por particulares, quando agem na condição de longa manus de autoridades públicas. Joost van Vondel peticionou à CEDH contra a Holanda sob a alegação de que seu direito à privacidade, de que trata o art. 8º da Convenção Europeia Direitos Humanos de 1950, havia sido violado por autoridades holandesas.

Conversas telefônicas do requerente com o Sr. R. foram gravadas unilateralmente por este e entregues ao Departamento de Investigações Internas (*Rijksrecherche*), uma organização policial independente vinculada ao Ministério Público local. O *Rijksrecherche* é competente para apurar crimes atribuídos a funcionários públicos e autoridades que possam minar a integridade da Administração Pública holandesa, como corrupção, abuso de autoridade e violência policial³⁴. Cabe a esse Departamento realizar apurações não penais para orientação de decisões administrativas e também investigações criminais. Quando conduz apurações da primeira

³² CORTE EUROPEIA DE DIREITOS HUMANOS. *Case of M. M. v. The Netherlands*. Judgement, Strasbourg, 8 April 2003. Final 24 September 2003. Disponível em: [https://hudoc.echr.coe.int/eng#{%22itemid%22:\[%22001-61002%22\]}](https://hudoc.echr.coe.int/eng#{%22itemid%22:[%22001-61002%22]}). Acesso em: 10 jun. 2021. Vide os §§ 12 a 14 da sentença. Confirma, especialmente, o parágrafo 40.

³³ CORTE EUROPEIA DE DIREITOS HUMANOS. *Case of M. M. v. The Netherlands*. Judgement, Strasbourg, 8 April 2003. Final 24 September 2003. Disponível em: [https://hudoc.echr.coe.int/eng#{%22itemid%22:\[%22001-61002%22\]}](https://hudoc.echr.coe.int/eng#{%22itemid%22:[%22001-61002%22]}). Acesso em: 10 jun. 2021. Vide os §§ 12 a 14 da sentença.

³⁴ PAÍSES BAIXOS. *The Rijksrecherche*. Disponível em: <https://www.rijksrecherche.nl>. Acesso em: 10 jun. 2021.

espécie, esse órgão não pode utilizar suas atribuições estritamente policiais ou empregar medidas coercitivas³⁵.

Van Vondel era um policial do serviço de inteligência da região de Kennemerland e atuava como ponto de contato (*runner*) de informantes da Polícia, entre os quais estava o Sr. R., um cidadão belga, produtor de concentrado de sucos de frutas, que funcionava como informante da Polícia holandesa, à qual, ao longo dos anos 1990, repassava informações sobre um esquema de tráfico internacional de drogas.

Em certo momento do relacionamento de tais personagens, Van Vondel e outro policial, identificado como Sr. L, financiaram com recursos públicos o Sr. R., para a abertura de fábricas de concentrados de frutas na Bélgica e no Equador, a fim de conduzirem entregas vigiadas destinadas à elucidação de esquemas de tráfico internacional de drogas para a Holanda. Esse método de apuração ficou conhecido por *fruit-juice channel* e ganhou a atenção da mídia local, com a instauração de uma comissão parlamentar de inquérito (CPI), diante de supostos abusos que ali haviam ocorrido.

Quando os policiais L. e Van Vondel determinaram que a operação da fábrica equatoriana cessasse, o Sr. R. reportou o fato à Polícia holandesa, o que provocou a atuação do *Rijksrecherche*, que apresentou um relatório no qual identificou várias ilicitudes praticadas por Van Vondel e L., além de levantar suspeitas sobre crimes de tráfico de drogas e corrupção. Tais policiais e o informante R. acabaram sendo ouvidos pela CPI holandesa em 1995, que concluiu que os policiais haviam mentido à comissão. Em 1996, o MP holandês acusou Van Vondel de perjúrio e de intimidação ao informante R., crimes pelos quais ele foi condenado em 1998³⁶. A apelação do réu foi rejeitada pelas cortes holandesas, inclusive a alegação de utilização indevida de gravadores para o registro de conversas que R. manteve com Van Vondel. No total, em 1995, R. gravou quatro diálogos que manteve presencialmente com Van Vondel e outros quatro telefonemas³⁷.

Para os tribunais holandeses, o informante R. fizera isso voluntariamente, embora com dispositivos de gravação fornecidos pelo Departamento Nacional de Investigações, a pedido do próprio Sr. R., pois ele fora inicialmente desacreditado e também porque queria fazê-lo para sua segurança pessoal. Além disso, segundo os autos, em apenas um dos quatro telefonemas o Sr. R. teria recebido instruções específicas da Polícia sobre quais informações deveriam ser obtidas de

³⁵ CORTE EUROPEIA DE DIREITOS HUMANOS. **Case of Van Vondel v. The Netherlands**, Judgment, Strasbourg, 25 October 2007. Disponível em: [https://hudoc.echr.coe.int/fre#{%22itemid%22:\[%22001-82962%22\]}](https://hudoc.echr.coe.int/fre#{%22itemid%22:[%22001-82962%22]}), Acesso em: 10 jun. 2021. Vide o parágrafo 39 da sentença.

³⁶ No ordenamento jurídico holandês, não se pode alegar o direito ao silêncio perante comissões parlamentares de inquérito. Vide o §36 da sentença no caso Van Vondel vs. Países Baixos (2007), da Corte Europeia de Direitos Humanos. O art. 24 da Lei das CPIs (*Wet op de Parlementaire Enquête*) estabelece que, salvo em caso de perjúrio, as declarações prestadas a uma comissão parlamentar não podem ser usadas em processos civis ou penais contra os depoentes.

³⁷ CORTE EUROPEIA DE DIREITOS HUMANOS. **Case of Van Vondel v. The Netherlands**, Judgment, Strasbourg, 25 October 2007. Disponível em: <https://hudoc.echr.coe.int/fre#%7B%22itemid%22:%5B%22001-82962%22%5D%7D>, Acesso em: 10 jun. 2021. Vide os parágrafos 13 a 29 da sentença.

Van Vondel, a saber, uma confissão sobre os pagamentos feitos por ele ao Sr. R. com recursos públicos³⁸.

No entanto, o Tribunal de Apelação assentou que, conforme a jurisprudência nacional, a mera gravação de uma conversa (telefônica ou não) sem a permissão (ou conhecimento) do interlocutor não implicava, por si só, uma violação do direito de privacidade da pessoa gravada. O tribunal local deu muita relevância ao fato de que os diálogos não diziam respeito a fatos da vida privada de Van Vondel, mas sim a seu relacionamento profissional como contato ou "mensageiro" (*runner*) de um ex-informante da Polícia sobre questões ocorridas durante o período em que o Sr. R. atuava como informante. Ou seja, para os juízes holandeses, não houve quebra de privacidade, porque as conversas “eram de natureza e conteúdo exclusivamente profissionais”³⁹.

Quanto ao emprego de um gravador da Polícia, o tribunal local objetou que, apesar de tê-lo recebido das autoridades, “o Sr. R. era inteiramente livre para decidir se o ativaria ou não, bem como se disponibilizaria ou não as gravações para a Polícia”, além do que, disseram, sua principal motivação teria sido a de corroborar o seu relato sobre a rota de tráfico instalada com sua ajuda. Os juízes locais somente acolheram a alegação de interferência na vida privada de Van Vondel, com afirmação da violação ao art. 8.º, n.º 1, da Convenção Europeia, “no que diz respeito à conversa gravada para a qual o Sr. R. tinha recebido instruções explícitas, na medida em que essa conversa dizia respeito a questões da esfera de privacidade do requerente”⁴⁰.

Após esse revés, o policial condenado interpôs um recurso de cassação à Suprema Corte holandesa, que o rejeitou em 2003. No passo seguinte, Van Vondel buscou a Corte Europeia de Direitos Humanos, em Estrasburgo, onde finalmente conseguiu fazer valer sua tese de violação de seu direito de privacidade, no contexto de diálogos gravados por seu interlocutor R., com ajuda da Polícia:

49. A Corte entende que a obtenção pelo Departamento de Investigações Internas da Polícia Nacional - para uma apuração administrativa oficialmente instituída - de gravações de conversas (telefônicas) entre o requerente e o Sr. R, realizadas por este com o apoio técnico disponibilizado para esta finalidade pelo Departamento de Investigações Internas constituiu uma interferência na vida privada e/ou na correspondência do requerente (entendida como suas comunicações telefônicas), imputável a uma autoridade pública. A Corte anota que a gravação de conversas (telefônicas) privadas por um dos interlocutores e o uso privado de tais gravações não representa de per si uma violação ao

³⁸ CORTE EUROPEIA DE DIREITOS HUMANOS. **Case of Van Vondel v. The Netherlands**, Judgment, Strasbourg, 25 October 2007. Disponível em: [https://hudoc.echr.coe.int/fre#%7B%22itemid%22:\[%22001-82962%22%7D](https://hudoc.echr.coe.int/fre#%7B%22itemid%22:[%22001-82962%22%7D), Acesso em: 10 jun. 2021. Vide o parágrafo 29 da sentença.

³⁹ CORTE EUROPEIA DE DIREITOS HUMANOS. **Case of Van Vondel v. The Netherlands**, Judgment, Strasbourg, 25 October 2007. Disponível em: [https://hudoc.echr.coe.int/fre#{%22itemid%22:\[%22001-82962%22}](https://hudoc.echr.coe.int/fre#{%22itemid%22:[%22001-82962%22}), Acesso em: 10 jun. 2021. Vide o parágrafo 30 da sentença.

⁴⁰ CORTE EUROPEIA DE DIREITOS HUMANOS. **Case of Van Vondel v. The Netherlands**, Judgment, Strasbourg, 25 October 2007. Disponível em: <https://hudoc.echr.coe.int/fre#%7B%22itemid%22:%5B%22001-82962%22%5D%7D>, Acesso em: 10 jun. 2021. Vide o parágrafo 30 da sentença.

art. 8º, se isto é feito para fins particulares; mas, por sua própria natureza, tal prática deve ser diferenciada do monitoramento e registro velados de comunicações por um particular no contexto de uma investigação oficial - criminal ou de outro tipo - e em seu proveito, realizada com a conivência e a assistência técnica de autoridades públicas de investigação. A este respeito, a Corte observa que no presente caso, apesar de as gravações dos diálogos do requerente terem sido feitas pelo Sr. R. voluntariamente e para seus próprios interesses, o equipamento foi fornecido por autoridades, que, em ao menos uma ocasião, deram-lhe instruções específicas sobre que informação deveria ser obtida do requerente. Nestas circunstâncias, a Corte considera que as autoridades “deram uma contribuição crucial para a execução do plano” e não se deixa persuadir pelo argumento de que, no fim das contas, seria o Sr. R. que estaria no controle dos fatos. Decidir de modo diverso seria o equivalente a permitir que autoridades investigativas fugissem de suas responsabilidades nos termos da Convenção mediante o emprego de particulares.⁴¹

No final das contas, a Corte Europeia afirmou que a atuação policial foi ilegal e, por isso, a assistência prestada ao informante R. para as gravações consistiu numa interferência incompatível com o art. 8º da Convenção de 1950, violadora do direito à privacidade de Van Vondel. Parece fora de dúvida que esta decisão se presta a dissuadir autoridades estatais de perseguição criminal de violarem direitos convencionais na produção probatória, pela exclusão dessas evidências, quando haja uma ofensa direta aos direitos materiais das vítimas de um abuso estatal.

CONCLUSÃO

A falta de cuidado legístico na formulação do Pacote Anticrime apresentou-se mais uma vez. Estaremos à espera de uma solução autêntica, do próprio Congresso Nacional. Imediatamente após a derrubada dos vetos à Lei 13.964/2019, dois novos projetos de lei foram apresentados na Câmara e no Senado para corrigir o §4º do art. 8º-A da Lei 9.296/1996. Pelo projeto de lei 1500/2021, a redação passaria a ser esta:

§4º. A captação ambiental feita por um dos interlocutores sem o prévio conhecimento da autoridade policial ou do Ministério Público poderá ser utilizada, quando demonstrada a integridade da gravação, em matéria de defesa ou pela vítima da infração penal.⁴²

⁴¹ CORTE EUROPEIA DE DIREITOS HUMANOS. **Case of Van Vondel v. The Netherlands**, Judgment, Strasbourg, 25 October 2007. Disponível em: [https://hudoc.echr.coe.int/fre#{%22itemid%22:\[%22001-82962%22\]}](https://hudoc.echr.coe.int/fre#{%22itemid%22:[%22001-82962%22]}), Acesso em: 10 jun. 2021.

⁴² BRASIL. Câmara dos Deputados. **Projeto de Lei 1500**, de 22 de abril de 2021. Disponível em: https://www.camara.leg.br/proposicoesWeb/prop_mostrarintegra?codteor=1996576. Acesso em: 28 abr. 2021.

Segundo o PLS 1503/2021, no § 4º dir-se-ia simplesmente que “a captação ambiental feita por um dos interlocutores sem o prévio conhecimento da autoridade policial ou do Ministério Público poderá ser utilizada quando demonstrada a integridade da gravação”⁴³.

Não se sabe se esses projetos serão aprovados. Assim, é de se esperar o quanto antes uma manifestação do Supremo Tribunal Federal a respeito do texto que já prevaleceu no processo legislativo, para que se dê interpretação conforme ao §4º do art. 8º-A da Lei 9.296/1996, preservando-se sua tradicional jurisprudência na matéria.

O percurso jurisprudencial e a interpretação do próprio enunciado normativo conduzem à ideia de que a inovação legislativa, tal como formalizada na Lei 9.296/96, há de ser lida não como uma proibição de uso da gravação clandestina, mas como uma regra de exclusão nos casos de gravação que decorra de prévia orientação ou direção por órgão de Estado. A pesquisa do tema em algumas Cortes Constitucionais e, especialmente, nos sistemas de proteção de direitos humanos conduz à ideia de que a vedação geral e irrestrita de uso da gravação clandestina não se coaduna com o dever de proteção efetiva dos direitos. Ao contrário, há necessidade de uso desses meios de prova como medida de resguardo da própria vítima que registra o conteúdo de comunicação que documenta o crime.

A solução, portanto, do problema jurídico surgido a partir da inovação legislativa promovida pela Lei 13.964/19, seja do ponto de vista interno (exegese legislativa), seja do ponto de vista externo (a contribuição das cortes constitucionais e dos sistemas regionais de proteção dos direitos humanos), dirige-se à leitura do § 4º do art. 8º-A da Lei 9.296/96 como regra probatória, e não propriamente como uma proibição de uso da gravação clandestina ou oculta.

As vítimas de crimes não devem ficar desprotegidas diante de seus agressores, especialmente aquelas mais vulneráveis, sujeitas a violência física (inclusive sexual) e violência psíquica. O Estado não pode estar em toda a parte, e é lícito que cidadãos possam recolher elementos que sirvam à defesa dos seus interesses e dos menores e incapazes que eventualmente representem.

Como quer que seja, é importante perceber que agora se exige, em qualquer circunstância, a integridade das gravações para sua admissão em juízo, o que nos remete à sua autenticidade e credibilidade. Também ganha relevância a preservação da cadeia de custódia de tais gravações para sua admissão e sua valoração como prova. Fora daí, nem mesmo para a defesa criminal, em sentido estrito, deve-se admitir este tipo de informação.

REFERÊNCIAS

⁴³ BRASIL. Senado Federal. **Projeto de Lei 1503**, de 22 de abril de 2021. Disponível em: <https://www25.senado.leg.br/web/atividade/materias/-/materia/148166>. Acesso em: 28 abr. 2021.

BRASIL. Câmara dos Deputados. **Projeto de Lei 1500**, de 22 de abril de 2021. Disponível em: https://www.camara.leg.br/proposicoesWeb/prop_mostrarintegra?codteor=1996576. Acesso em: 28 abr. 2021.

BRASIL. Câmara dos Deputados. **Projeto de Lei 882**, de 2019. Disponível em: https://www.camara.leg.br/proposicoesWeb/prop_mostrarintegra?codteor=1712088&filename=PL+882/2019. Acesso em: 06 jul. 2021.

BRASIL. Presidência da República. **Mensagem de veto 726**, de 24 de dezembro de 2019. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_ato2019-2022/2019/Msg/VEP/VEP-726.htm. Acesso em: 06 jul. 2021.

BRASIL. Senado Federal. **Projeto de Lei 1503**, de 22 de abril de 2021. Disponível em: <https://www25.senado.leg.br/web/atividade/materias/-/materia/148166>. Acesso em: 28 abr. 2021.

BRASIL. Superior Tribunal de Justiça (STJ). **Agravo Interno no Recurso Especial 1.712.718**. Acre. Quinta Turma. Rel. Min. Felix Fischer. Julgamento: 24 abr. 2018.

BRASIL. Superior Tribunal de Justiça (STJ). **Habeas Corpus 578.058**. São Paulo. Sexta Turma. Rel. Min. Néli Cordeiro. Julgamento: 08 set. 2020.

BRASIL. Superior Tribunal de Justiça (STJ). **Recurso Especial 1.026.605/ES**, Rel. Min. Rogério Schietti, 6ª Turma, julgado em 13 maio 2014.

BRASIL. Supremo Tribunal Federal (STF). **Ação Penal 307**. Distrito Federal. Rel. Min. Ilmar Galvão. Julgamento: 13 dez. 1994.

BRASIL. Supremo Tribunal Federal (STF). **Inquérito 4483**. Distrito Federal. Rel. Min. Edson Fachin. Decisão: 02 maio 2017.

BRASIL. Supremo Tribunal Federal (STF). **Petição 7003**. Rel. Min. Edson Fachin. Decisão: 04 jun. 2020.

BRASIL. Supremo Tribunal Federal (STF). **Repercussão Geral na Questão de Ordem no Recurso Extraordinário 583.937**. Rio de Janeiro. Tribunal Pleno. Rel. Min. Cezar Peluso. Julgamento: 19 nov. 2009.

BRASIL. Supremo Tribunal Federal (STF). **Repercussão Geral na Questão de Ordem no Recurso Extraordinário 583.937**. Rio de Janeiro. Tribunal Pleno. Rel. Min. Cezar Peluso. Julgamento: 19 nov. 2009.

BRASIL. Supremo Tribunal Federal (STF). **Habeas Corpus 75.338/RJ**. Tribunal Pleno. Rel. Min. Nelson Jobim. Julgamento: 11 mar. 1998.

CORTE EUROPEIA DE DIREITOS HUMANOS. **Affaire A. c. France. Arrêt, Strasbourg**, 23 Novembre 1993. Disponível em: <https://www.doctrine.fr/d/CEDH/HFJUD/CHAMBER/1993/CEDH001-62405>. Acesso em: 10 jun. 2021.

CORTE EUROPEIA DE DIREITOS HUMANOS. **Case of M. M. v. The Netherlands**. Judgement, Strasbourg, 8 April 2003. Final 24 September 2003. Disponível em: [https://hudoc.echr.coe.int/eng#{%22itemid%22:\[%22001-61002%22\]}](https://hudoc.echr.coe.int/eng#{%22itemid%22:[%22001-61002%22]}). Acesso em: 10 jun. 2021.

CORTE EUROPEIA DE DIREITOS HUMANOS. **Case of Van Vondel v. The Netherlands**, Judgment, Strasbourg, 25 October 2007. Disponível em: [https://hudoc.echr.coe.int/fre#{%22itemid%22:\[%22001-82962%22\]}](https://hudoc.echr.coe.int/fre#{%22itemid%22:[%22001-82962%22]}). Acesso em: 10 jun. 2021.

ESPAÑA. **Ley Orgánica del Poder Judicial**. Disponível em: <https://www.boe.es/buscar/act.php?id=BOE-A-1985-12666>. Acesso em: 28 abr. 2021.

ESPAÑA. Tribunal Supremo. Recurso de Casación. **Sentencia STS 2932/2020**. Sala de lo Penal. Ponente: Pablo Llarena Conde. Julgamento: 17 set. 2020. Disponível em: <https://www.poderjudicial.es/search/AN/openCDocument/cac2ec927df2ac2410b129baa45c19bf7a6cae021e4e9690>. Acesso em: 28 jun. 2021.

ESTADOS UNIDOS DA AMÉRICA. Supreme Court. **Skinner, Secretary of Transportation et Al. v. Railway Labor Executives' Association et Al.** 489 U.S. 602 (1989). Decided March 21, 1989. Disponível em: <https://tile.loc.gov/storage-services/service/ll/usrep/usrep489/usrep489602/usrep489602.pdf>. Acesso em: 26 abr. 2021.

ESTADOS UNIDOS DA AMÉRICA. Supreme Court. **Katz v. United States**, 389 U.S. 347 (1967). Disponível em: <https://supreme.justia.com/cases/federal/us/389/347/>. Acesso em: 06 jul. 2021.

ESTADOS UNIDOS DA AMÉRICA. Supreme Court. **Burdeau v. McDowell**, 256 U.S. 465 (1921). Decided June 1, 1921. Disponível em: <https://supreme.justia.com/cases/federal/us/256/465/>. Acesso em: 26 abr. 2021.

ESTADOS UNIDOS DA AMÉRICA. Supreme Court. **United States v. Jacobsen**, 466 U.S. 109 (1984). Decided April 2, 1984. Disponível em: <https://supreme.justia.com/cases/federal/us/466/109/>. Acesso em: 26 abr. 2021.

ESTADOS UNIDOS DA AMÉRICA. United States Court of Appeals for the Eighth Circuit. **United States v. Avalos**, No. 19-3657 (8th Cir. Jan. 12, 2021). Decided Jan 12, 2021. Disponível em: <https://casetext.com/case/united-states-v-avalos-56>. Acesso em: 26 abr. 2021.

LARENZ, Karl. **Metodologia da Ciência do Direito**. Trad. José Lamego. 3. ed. Lisboa: Fundação Calouste Gulbenkian, 1997, p. 360-364.

PAÍSES BAIXOS. **The Rijksrecherche**. Disponível em: <https://www.rijksrecherche.nl>. Acesso em: 10 jun. 2021.

PIOVESAN, Flávia. **Temas de direitos humanos**. 11.ed. São Paulo: Saraiva, 2018.

Artigo apresentado para Preprint Scielo em 29/7/2021.

Informações adicionais e declarações dos autores

Declaração de conflito de interesses (conflict of interest declaration): os autores confirmam que não há conflitos de interesse na realização das pesquisas expostas e na redação deste artigo.

Declaração de autoria e especificação das contribuições (declaration of authorship): todas e somente as pessoas que atendem os requisitos de autoria deste artigo estão listadas como autores; todos os coautores se responsabilizam integralmente por este trabalho em sua totalidade.

- Vladimir Barros Aras (autor): projeto e esboço inicial (conceptualization), desenvolvimento da metodologia (methodology), coleta e análise de dados (data curation), levantamento bibliográfico (investigation), revisão bibliográfica (investigation),

- redação (writing - original draft), participação ativa nas discussões dos resultados (validation), aprovação da versão final.
- Antonio Henrique Graciano Suxberger (coautor): desenvolvimento da metodologia (methodology), revisão bibliográfica (investigation), participação ativa nas discussões dos resultados (validation), revisão crítica com contribuições substanciais (writing - review and editing), aprovação da versão final.
-

Declaração de ineditismo e originalidade (declaration of originality): o(a)(s) autor(a)(es) assegura(m) que o texto aqui publicado não foi divulgado anteriormente em outro meio e que futura republicação somente se realizará com a indicação expressa da referência desta publicação original; também atesta(m) que não há plágio de terceiros ou autoplágio.

Este preprint foi submetido sob as seguintes condições:

- Os autores declaram que estão cientes que são os únicos responsáveis pelo conteúdo do preprint e que o depósito no SciELO Preprints não significa nenhum compromisso de parte do SciELO, exceto sua preservação e disseminação.
- Os autores declaram que os necessários Termos de Consentimento Livre e Esclarecido de participantes ou pacientes na pesquisa foram obtidos e estão descritos no manuscrito, quando aplicável.
- Os autores declaram que a elaboração do manuscrito seguiu as normas éticas de comunicação científica.
- Os autores declaram que os dados, aplicativos e outros conteúdos subjacentes ao manuscrito estão referenciados.
- O manuscrito depositado está no formato PDF.
- Os autores declaram que a pesquisa que deu origem ao manuscrito seguiu as boas práticas éticas e que as necessárias aprovações de comitês de ética de pesquisa, quando aplicável, estão descritas no manuscrito.
- Os autores concordam que caso o manuscrito venha a ser aceito e postado no servidor SciELO Preprints, a retirada do mesmo se dará mediante retratação.
- Os autores concordam que o manuscrito aprovado será disponibilizado sob licença [Creative Commons CC-BY](#).
- O autor submissor declara que as contribuições de todos os autores e declaração de conflito de interesses estão incluídas de maneira explícita e em seções específicas do manuscrito.
- Os autores declaram que o manuscrito não foi depositado e/ou disponibilizado previamente em outro servidor de preprints ou publicado em um periódico.
- Caso o manuscrito esteja em processo de avaliação ou sendo preparado para publicação mas ainda não publicado por um periódico, os autores declaram que receberam autorização do periódico para realizar este depósito.
- O autor submissor declara que todos os autores do manuscrito concordam com a submissão ao SciELO Preprints.