

## A gravação ambiental e a participação do ministério público

*Por Rômulo de Andrade Moreira<sup>1</sup>*

**Resumen:** *En la sentencia de apelación en Habeas Corpus núm. 150343/GO (2021/0217561-8), la Sala Sexta del Tribunal Superior de Justicia decidió que el registro ambiental realizado por uno de los interlocutores, con asistencia de la policía o del Ministerio Público, requiere autorización judicial para ser aceptado como prueba, a fin de evitar que la cooperación con el órgano de persecución penal resulte abusiva, al considerar que, en esta circunstancia, la actuación del individuo lo acerca a la figura del agente colaborador o infiltrado.*

**Palabras clave:** Apelación - habeas corpus - tribunal superior de justicia - ministerio público - autorización judicial - prueba - persecución penal - agente colaborador - agente infiltrado.

No julgamento do Recurso em Habeas Corpus n.º. 150343/GO (2021/0217561-8), a Sexta Turma do Superior Tribunal de Justiça decidiu que a gravação ambiental

feita por um dos interlocutores, com auxílio da polícia ou do Ministério Público, precisa de autorização judicial para ser aceita como prova, para evitar que a cooperação com o órgão de persecução penal se torne abusiva, tendo em vista que, nessa circunstância, a atuação do particular o aproxima da figura do agente colaborador ou infiltrado.

Assim, reconheceu-se a ilicitude de uma investigação feita pelo Ministério Público no âmbito de uma operação deflagrada em 2014, que visava a desarticular suposta organização criminosa envolvida em desvio de recursos públicos por meio da contratação de servidores "fantasmas" em gabinetes da Assembleia Legislativa e da Câmara Municipal de Goiânia.

Na origem da operação, uma das pessoas que teriam participado do esquema buscou o Ministério Público para relatar a irregularidade. Com equipamentos fornecidos pelos promotores, ela fez as gravações que embasaram a denúncia.

Ao negar o habeas corpus impetrado pela defesa de um dos investigados, o Tribunal de Justiça de Goiás entendeu que a interferência do Ministério Público não invalidou a prova, pois o registro foi feito de forma espontânea. Além disso, a corte estadual considerou que não haveria exigência de autorização judicial para gravação ambiental.

Em recurso ao Superior Tribunal de Justiça, o investigado argumentou que os precedentes citados para justificar a legalidade da prova não se aplicavam ao caso, pois tratavam de captação ambiental feita pela vítima do crime ou por particular no exercício de autodefesa, com auxílio da polícia.

O ministro Sebastião Reis Junior, cujo voto prevaleceu no julgamento, observou

<sup>1</sup> Procurador de Justiça do Ministério Público do Estado da Bahia e professor de Direito Processual Penal da Universidade Salvador – UNIFACS.

que a [Lei nº. 9.034/1995](#) – vigente à época dos fatos – exigia expressamente a autorização judicial para realização de captação ambiental, mas ela foi revogada pela [Lei nº. 12.850/2013](#).

Segundo o ministro, ainda que o uso de gravação feita por um dos interlocutores sem a proteção legal do sigilo das informações seja admitido pela jurisprudência, esse procedimento deve ser visto com ressalvas quando apoiado por órgãos de persecução penal (polícia ou Ministério Público), devendo, nestes casos, ser observados os meios legais, como forma de contenção à atuação estatal e de atenção ao devido processo legal.

Segundo ele, *“ao permitir a cooperação de órgão de persecução, a jurisprudência pode encorajar atuação abusiva, violadora de direitos e garantias do cidadão, até porque sempre vai pairar a dúvida se a iniciativa da gravação partiu da própria parte envolvida ou do órgão estatal envolvido.”*

Outrossim, enfatizou que o caso não tratava de uma conversa privada em que um dos interlocutores, por conta própria, faz a gravação para eventual ação futura. Para ele, a interferência do Ministério Público coloca a pessoa disposta a colher provas em condição próxima à de um agente colaborador ou infiltrado, sendo difícil supor que o órgão não forneça, por exemplo, orientações sobre como conduzir a conversa a fim de obter informações relevantes, salientando que *“é uma demanda republicana e democrática limitar essa atuação, submetendo-a ao crivo judicial. Não havia qualquer impeditivo para, à época, obtê-la.”*

Ao dar provimento ao recurso em habeas corpus, o relator ainda afirmou *“que a preocupação com o tema é amparada por diversos casos do direito internacional, que abordam fundamentos compatíveis com as normas brasileiras.”*

Concluindo, o ministro destacou que, *“considerando a efetiva e reconhecida participação do órgão de persecução estatal na obtenção da prova aqui questionada sem prévia autorização judicial, entendo como ilegal a gravação obtida e, por isso, deve ser excluída, bem como todas as provas derivadas.”*<sup>2</sup>

Pois bem.

Como se sabe, a Lei nº. 13.964/2019 (o chamado pacote anticrime) acrescentou o artigo 8º-A à [Lei nº. 9.296/1996](#), permitindo, para investigação ou instrução criminal, a captação ambiental de sinais eletromagnéticos, ópticos ou acústicos, quando a prova não puder ser feita por outros meios disponíveis e igualmente eficazes; e quando houver elementos probatórios razoáveis de autoria e participação em infrações criminais cujas penas máximas sejam superiores a quatro anos ou em infrações penais conexas, devendo o requerimento descrever circunstanciadamente o local e a forma de instalação do dispositivo de captação ambiental; ademais, a captação ambiental não poderá exceder o prazo de quinze dias, renovável por decisão judicial por iguais períodos, se comprovada a indispensabilidade do meio de prova, e quando presente atividade criminal permanente, habitual ou continuada.

Outrossim, o § 4º do mesmo art. 8º-A estabelece que *“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.”*

<sup>2</sup> Disponível em: <https://www.stj.jus.br/sites/portalp/Paginas/Comunicacao/Noticias/2023/30082023-Para-Sexta-Turma--gravacao-ambiental-feita-com-auxilio-do-MP-deve-ter-autorizacao-judicial.aspx>. Acesso em 30 de agosto de 2023.

Portanto, *de lege lata*, a captação ambiental feita por um dos interlocutores sem autorização judicial, nem prévio conhecimento da autoridade policial ou do Ministério Público, somente pode ser admitida como meio lícito de obtenção de prova desde que seja utilizada em matéria de defesa e, evidentemente, demonstrada a integridade da gravação.

Ora, os termos da lei são claros, não admitindo quaisquer dúvidas quanto à possibilidade de utilização da gravação ambiental clandestina em favor da defesa, nada obstante a ilicitude do meio de obtenção de prova, não havendo, tampouco, qualquer limitação a processos de natureza exclusivamente criminal.

Obviamente, não há dúvidas em relação à ilicitude de uma gravação ambiental (ou de qualquer outra natureza) feita sem o conhecimento do interlocutor, atentando-se para a lição de Muñoz Conde que, “*no âmbito da evolução dos meios de prova processualmente admissíveis, e não somente no sistema de castigo, passamos da fase que caracteriza Foucault como ‘controle do corpo’ (a tortura) para a fase de ‘controle da alma’ (a captação da palavra, da imagem ou do som, como elementos mais característicos do núcleo estrito da intimidade e, portanto, da parte espiritual da personalidade).*”<sup>3</sup>

Assim, no dizer de Gössel, “*ilimitadamente, são somente permitidas aquelas gravações ou filmagens que não incidem em absoluto na esfera da proteção privada.*”<sup>4</sup>; de tal maneira que, “*caso as interceptações tenham sido executadas fora das hipóteses permitidas ou de maneira diversa*

*da prevista em lei, os respectivos resultados não podem, em hipótese alguma, ser utilizados, ainda que demonstrem a culpabilidade do acusado*”, como ensina Tonini, analisando o direito italiano.<sup>5</sup>

Não se pode infirmar o quanto acima referido sob o argumento, absolutamente falacioso, de que se busca a verdade, pois, conforme escreve Quiroga, após afirmar que a verdade não é um valor absoluto (e não é mesmo!), “*a teoria da prova ilícita não esgota sua eficácia no efeito negativo, pois tem um duplo efeito: positivo um e negativo o outro. O efeito negativo é o que dá lugar à falta de efeitos da prova ilicitamente obtida, a sua impossibilidade de apreciação e, inclusive, a sua entrada no processo.*”<sup>6</sup>

Tampouco aqui (nessa matéria) cabe uma ponderação entre interesses, como se costuma fazer muito no Brasil, inclusive utilizando-se indevidamente o princípio jurídico da proporcionalidade, afinal, “*a confrontação dialética entre o interesse público e o privado deve buscar novos e permanentes equilíbrios entre o garantismo e a impunidade.*”<sup>7</sup> A propósito, com razão Aury, ao afirmar “*que o próprio conceito de proporcionalidade é constantemente manipulado e serve a qualquer senhor, bastando ver a quantidade imensa de decisões e até de juristas que ainda operam no reducionismo binário do interesse público × interesse privado, para justificar a restrição de direitos fundamentais (e, no caso, até a condenação) a partir da ‘prevalência’ do interesse público...*”<sup>8</sup>

---

<sup>3</sup> CONDE, Francisco Muñoz. Valoración de las grabaciones audiovisuales en el proceso penal. Buenos Aires: Editorial Hammurabi, 2004, p. 28.

<sup>4</sup> GÖSSEL, Karl-Heinz. El proceso penal ante el Estado de Derecho – Estudios sobre el Ministerio Público e a prova penal. Lima: Editora Jurídica Grijley, 2004, p. 85.

<sup>5</sup> TONINI, Paolo. A prova no Processo Penal italiano. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2002, p. 252.

<sup>6</sup> QUIROGA, Jacobo López Barja de. Las escuchas telefónicas e a prova ilegalmente obtida. Madrid: Ediciones Akal, 1989, p. 100.

<sup>7</sup> CASTRILLO, Eduardo de Urbano e MORATO, Miguel Angel Torres. La prueba ilícita penal – Estudio jurisprudencial. Navarra: Editorial Arazandi, 2000, p. 55.

<sup>8</sup> LOPES JR., Aury. Direito Processual Penal. São Paulo: Saraiva, 2021, p. 447.

Feita estas considerações acerca da ilicitude de uma gravação ambiental clandestina, ressalva-se que nada impede, ao contrário, impõe-se juridicamente, a possibilidade da defesa utilizar-se da mesma gravação para evitar uma condenação, seja em uma ação penal, seja em um processo civil. Neste sentido, Carbone, após afirmar que “*a licitude da prova, em princípio, relaciona-se com a forma e modo de obtenção da fonte de prova*”, explica que esta teoria aplica-se “*ao processo penal, ao processo civil, ao direito civil, ao direito do trabalho, ao direito de família, etcétera.*”<sup>9</sup>

Tal excepcionalidade, ou seja, a admissibilidade da prova ilícita *pro reo*, decorre não somente do texto legal acima transcrito, mas, principalmente, do amplo direito de defesa assegurado constitucionalmente a todo acusado (independentemente de qual processo se trate), especialmente em razão do *favor rei*, “*princípio base de toda a legislação processual penal de um Estado inspirado, na sua vida política e no seu ordenamento jurídico, por um critério superior de liberdade, não havendo, efetivamente, Estado autenticamente livre e democrático em que tal princípio não encontre acolhimento.*”<sup>10</sup>

Enfim, e para concluir, é preciso, “*aceitar, seja do nosso agrado ou não, que a investigação humana tem seus limites naturais, que não chega até as estrelas, mas, pelo contrário, as proibições de prova são limitações autoimpostas ao conhecimento.*”<sup>11</sup>

---

<sup>9</sup> CARBONE, Carlos Alberto. Grabaciones, escuchas telefónicas y filmaciones como medios de prueba. Buenos Aires: Rubinzal – Culzoni Editores, 2005, p. 110.

<sup>10</sup> BETTIOL, Giuseppe. Instituições de Direito e Processo Penal. Coimbra: Editora LDA, 1974, p. 295.

<sup>11</sup> BELING, Ernst. Las prohibiciones probatorias. Bogotá: Editorial Temis, 2009, p. 6.