



Autos n. MPPR-0046.21.078332-3.

Procedimento Administrativo de Controle da Constitucionalidade.

Representante: CAOP Criminal.

REPRESENTAÇÃO PELA INCONSTITUCIONALIDADE DE DISPOSITIVOS INCLUÍDOS PELA LEI N. 13.964/2019 (“PACOTE ANTICRIME”), APÓS A REJEIÇÃO DO VETO APOSTO PELO PRESIDENTE DA REPÚBLICA. **(1) ART. 8º-A, § 4º DA LEI N. 9.296/96**, QUE PREVÊ: “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”. INEXISTÊNCIA DE PROIBIÇÃO EXPRESSA NO TEXTO LEGAL DO USO, PELA ACUSAÇÃO, DA GRAVAÇÃO REALIZADA POR UM DOS INTERLOCUTORES. NORMA MERAMENTE EXPLICATIVA. JURISPRUDÊNCIA REMANSOSA DO SUPREMO TRIBUNAL FEDERAL (INCLUSIVE, EM SEDE DE REPERCUSSÃO GERAL) E DO SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA RECONHECENDO A LICITUDE DESSA GRAVAÇÃO PARA A ACUSAÇÃO. SEM EMBARGO, CASO SE ENTENDA QUE A NORMA VEDA O USO DESSA GRAVAÇÃO PELA ACUSAÇÃO, DE RIGOR: A DECLARAÇÃO DE SUA INCONSTITUCIONALIDADE MATERIAL, NA MEDIDA EM QUE SUBSTANCIA REGRA VIOLADORA DO DEVER DE TUTELA JURÍDICA E DOS PRINCÍPIOS DO ACESSO À JUSTIÇA, DO DEVIDO PROCESSO LEGAL E DA PROPORCIONALIDADE, EM AFRONTA AOS ARTS. 1º E 5º, INCISOS XXXV E LIV, DA CONSTITUIÇÃO DA REPÚBLICA; OU, SUBSIDIARIAMENTE, A REALIZAÇÃO DE INTERPRETAÇÃO CONFORME A CONSTITUIÇÃO, PARA O FIM DE ENTENDER LÍCITA A GRAVAÇÃO, QUANDO AS PALAVRAS PROFERIDAS AGREDIREM OU OFERECEREM PERIGO A BENS JURÍDICOS ALHEIOS, DIANTE DO RECONHECIMENTO, RESPECTIVAMENTE, DA LEGÍTIMA DEFESA E ESTADO DE NECESSIDADE. PRINCÍPIO DA PROPORCIONALIDADE. DEVER DO ESTADO DE ASSEGURAR MEDIDAS JURÍDICAS QUE PERMITAM SALVAGUARDAR OS DIREITOS HUMANOS DAS VÍTIMAS E QUE VIABILIZEM A EVENTUAL PUNIÇÃO DE ILÍCITOS. JURISPRUDÊNCIA DA CIDH (V.G. CASO VELÁSQUEZ RODRÍGUEZ VS. HONDURAS). **(2) ART. 8º-A, § 2º DA LEI N. 9.296/96**, QUE VEDA A INSTALAÇÃO DE DISPOSITIVO DE CAPTAÇÃO AMBIENTAL EM CASA, NO HORÁRIO NOTURNO. RESTRIÇÃO TEMPORAL DA DILIGÊNCIA QUE É LEGÍTIMA E ESTÁ DE ACORDO COM A CONSTITUIÇÃO. EXEGESE QUE PRESTIGIA A PRESUNÇÃO DE CONSTITUCIONALIDADE DO PRECEITO LEGAL EM QUESTÃO. LITERALIDADE DO ARTIGO QUE FRANQUEIA INTERPRETAÇÕES MAIS EXPANSIVAS, EM DETRIMENTO DA MEDIDA DE INVESTIGAÇÃO. POSSIBILIDADE DE DEFLAGRAÇÃO DO CONTROLE DE CONSTITUCIONALIDADE. NORMATIVO JÁ IMPUGNADO PERANTE O E. STF, EM AÇÃO DIRETA DE INCONSTITUCIONALIDADE. **(3) ART. 141, § 2º DO CÓDIGO PENAL**. PREVISÃO DO AUMENTO DO TRIPLO DA PENA PARA AS HIPÓTESES EM QUE O CRIME CONTRA A HONRA É COMETIDO OU DIVULGADO EM REDES SOCIAIS NA INTERNET. SUPOSTA INCONSTITUCIONALIDADE POR VIOLAÇÃO DO PRINCÍPIO DA PROPORCIONALIDADE, VERTENTE PROIBIÇÃO DE EXCESSO. OPÇÃO POLÍTICO-CRIMINAL DO LEGISLADOR QUE, APESAR DE CRITICÁVEL, APARENTEMENTE, NÃO PADECE DE INCONSTITUCIONALIDADE. JURISPRUDÊNCIA DO SUPREMO TRIBUNAL FEDERAL QUE RECONHECE VIOLAÇÃO À CONSTITUIÇÃO QUANDO A DESPROPORÇÃO DA PENA É “GRITANTE”. INOCORRÊNCIA. MÁXIME DIANTE DAS PENAS MÍNIMAS COMINADAS (GERALMENTE DE ONDE PARTE A FIXAÇÃO DA PENA) E DA POSSIBILIDADE, EM TESE, DA CELEBRAÇÃO DE ACORDO DE NÃO PERSECUÇÃO PENAL. **(4) LEI N. 13.964/2019. PROCESSO LEGISLATIVO**. SUPOSTAS IRREGULARIDADES NA REJEIÇÃO DO VETO N. 56/2019.



EXTRAPOLAÇÃO DO PRAZO PARA APRECIÇÃO. CIRCUNSTÂNCIA QUE NÃO IMPORTA INCONSTITUCIONALIDADE, MAS INCLUSÃO NA ORDEM DO DIA DA SESSÃO IMEDIATA, COM SOBRESTAMENTO DAS DEMAIS PROPOSIÇÕES DA PAUTA. INTELIGÊNCIA DO § 6º, DO ART. 66, DA CONSTITUIÇÃO FEDERAL. SESSÃO CONJUNTA DA CÂMARA DOS DEPUTADOS E DO SENADO REALIZADA DE FORMA REMOTA, VIA INTERNET. LEGITIMIDADE. INCOMPATIBILIDADE DOS SISTEMAS ELETRÔNICOS QUE NÃO PERMITIU A REALIZAÇÃO DO ATO EM UMA ÚNICA VIA INFORMÁTICA. VOTAÇÃO APARTADA, MESMO EM SESSÕES PRESENCIAIS. DOCTRINA. PRECEDENTE. AUSÊNCIA DE INCONSTITUCIONALIDADE FORMAL. **CONCLUSÃO:** ARQUIVAMENTO E COMUNICAÇÃO AO REPRESENTANTE, COM CÓPIA DE PEÇAS DA AÇÃO DIRETA DE INCONSTITUCIONALIDADE AJUIZADA PELA CONAMP EM FACE DO ART. 8º-A, §§ 2º E 4º DA LEI N. 9.296/96.

PRONUNCIAMENTO DA SUBPROCURADORIA-GERAL DE JUSTIÇA
PARA ASSUNTOS JURÍDICOS

1. RELATÓRIO:

Trata-se de Procedimento Administrativo de Controle da Constitucionalidade instaurado por esta Subprocuradoria-Geral de Justiça para Assuntos Jurídicos – Subjur a partir de representação apresentada pelo CAOP Criminal, em que solicita a análise sobre a (in)constitucionalidade dos seguintes dispositivos legais incluídos pela Lei n. 13.964/2019 (“Pacote Anticrime”): **(i)** art. 8º-A, § 4º da Lei n. 9.296/96, que regulamenta a captação ambiental, vedando, em tese, o uso pela acusação de gravação realizada por um dos interlocutores, por eventual violação ao princípio da proporcionalidade, sob a óptica da proibição da proteção insuficiente; **(ii)** art. 8º-A, § 2º da Lei n. 9.296/96, que comporta distintas interpretações, dentre elas, a que veda a instalação de dispositivo de captação ambiental em casa, independentemente do horário, por eventual violação ao princípio da proporcionalidade, sob a óptica da proibição da proteção insuficiente; e **(iii)** art. 141, § 2º do Código Penal, que fixa o aumento de pena ao triplo quando os crimes contra a honra são cometidos ou divulgados em quaisquer modalidades das redes sociais ligadas à *internet*, por possível violação ao princípio da proporcionalidade, na perspectiva da proibição do excesso; sugere-se, ainda, eventual inconstitucionalidade formal da tramitação do veto n. 56/2019, frente ao que dispõe o art. 66, § 4º da Constituição Federal, notadamente, em relação ao prazo de tramitação e em razão da não realização de sessão conjunta.



2. FUNDAMENTAÇÃO:

Com vistas a otimizar a aferição da (in)constitucionalidade dos preceitos apontados na representação, e à maior clareza na estruturação do presente pronunciamento, passa-se à análise individualizada dos normativos que figuram como objeto deste procedimento.

2.1 DA SUGERIDA INCONSTITUCIONALIDADE DO ART. 8º-A, § 4º DA LEI N. 9.296/96:

Coloca-se, inicialmente, em averiguação, o art. 8º-A, § 4º da Lei n. 9.296/96¹, dispositivo que tem o seguinte teor:

Art. 8º-A. Para investigação ou instrução criminal, poderá ser autorizada pelo juiz, a requerimento da autoridade policial ou do Ministério Público, a captação ambiental de sinais eletromagnéticos, ópticos ou acústicos, quando:

(...)

§ 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.

2.1.1. Natureza explicativa da norma: ausência de inconstitucionalidade.

Uma leitura apressada do normativo acima transcrito pode levar a crer que, com essa nova disciplina legal sobre a gravação de conversa realizada por um dos interlocutores, tais gravações apenas teriam validade quando utilizadas a favor da defesa.

No entanto, **não é isso que o texto da Lei diz**. O § 4º afirma tão somente que essa modalidade de gravação é válida para fins de defesa. O texto não afirma que o uso dessa gravação para a acusação é ilícito. Não proíbe essa prova. Mesmo porque, para impor essa proibição, a redação da lei necessariamente deveria dizer expressamente que a gravação ambiental feita por um dos interlocutores “apenas” ou “somente” pode ser utilizada pela defesa.

Sem embargo, o legislador não fez essa restrição. Ele não se valeu de nenhum advérbio de exclusão como “somente”, “apenas”, “só”. O legislador usou o verbo “poder” (“poderá ser utilizada”), é dizer, criou uma possibilidade, uma faculdade, de modo que, da leitura do texto, **não** se extrai **nenhuma vedação** ao uso dessa prova pela acusação.

Muito embora seja correta a advertência de que os positivistas valorizam demasiadamente a importância do texto, é certo que a interpretação não pode transgredir os limites por ele impostos. Nesse sentido, é a lição do professor da USP, Virgílio Afonso da Silva,

¹ Incluído pela Lei n. 13.964/2019.



ao asseverar que:

“Os dispositivos constitucionais, como textos, precisam antes ser compreendidos em seu sentido linguístico. As palavras têm sentido. Assim, se é verdade que a simples análise linguística pode ser insuficiente, também é verdade que, embora insuficiente, ela estabelece uma primeira restrição à atividade interpretativa: **não é possível ignorar as palavras e seus significados.**”²

Portanto, se a Lei não vedou o uso dessa prova pela acusação, nenhuma interpretação pode criar tal restrição não prevista na Lei. Aliás, no processo penal brasileiro vigora o **regime de inclusão das provas** (CR, art. 5º, LVI e CPP, arts. 155 e 157), conforme explica BADARÓ:

“Ainda que não seja um direito absoluto, o reconhecimento de um verdadeiro direito à prova exige que se trabalhe com um regime de inclusão, admitindo todos os meios de prova requeridos pelas partes, **salvo nos casos em que resultam vetados pela lei.**”³

Assim, somente são inadmissíveis as provas ilícitas, é dizer, como afirmam GRINOVER, GOMES FILHO e SCARANCE, **a “prova vedada”**⁴, de modo que, **não existindo nenhuma vedação** no § 4º, art. 8º-A, da Lei n. 9.296/96, é fácil concluir pela **licitude da gravação** realizada por um dos interlocutores.

E diante dessa interpretação clara, poder-se-ia indagar: qual o sentido, então, da norma do § 4º, art. 8º-A, da Lei n. 9.296/96?⁵ A resposta parece repousar na constatação de

² SILVA, Virgílio Afonso da. **Direito Constitucional Brasileiro**. São Paulo: Editora da Universidade de São Paulo, 2021, p. 55. (grifou-se)

³ BADARÓ, Gustavo Henrique. **Processo Penal**. 6ª ed. São Paulo: RT, 2018, p. 406. (grifou-se). Assim, também, CHOUKR: “O marco constitucional-convencional do processo penal não restringe os meios de prova apenas àqueles taxativamente previstos (provas ‘típicas’), determinando, contudo, que não sejam consideradas admissíveis no processo as provas obtidas por meio ilícito (marco constitucional) e, uma vez que não podem adentrar na esfera de cognição judicial, não podem, por consequência, ser judicialmente valoradas.” (CHOUKR, Fauzi Hassan. **Iniciação ao Processo Penal**. Florianópolis: Empório do Direito, 2017, p. 535)

⁴ “A prova ilícita (ou obtida por meios ilícitos) enquadra-se na categoria de **prova vedada**. A prova é vedada sempre que for **contrária** a uma **específica norma legal**, ou a um princípio dispositivo.” (GRINOVER, Ada Pellegrini; GOMES FILHO, Antonio Magalhães; FERNANDES, Antonio Scarance. **Nulidades no Processo Penal**. 12ª ed. São Paulo: RT, 2011, p. 126.) Grifou-se.

⁵ Veja-se que, a bem da verdade, essa indagação, para fins de interpretação, é irrelevante, uma vez que a denominada “vontade do legislador” é um mito e não deve influir no exame das normas. Nesse sentido: “*La determinación del sentido de un texto legal puede hacerse, o bien atendiendo a la voluntad del legislador (doctrina subjetiva de la interpretación), o bien atendiendo al significado objetivo del texto (doctrina objetiva de la interpretación). La tesis de que las leyes deben interpretarse conforme a la voluntad del legislador, sostenida en su día por la llamada ‘escuela de la exegesis’, se halla hoy prácticamente abandonada. Las razones que han motivado tal abandono proceden, de una parte, de la dificultad inherente a la determinación de cuál es la voluntad del legislador, pues normalmente los órganos legislativos son colegiados, y las leyes que promulgan no*”



que foi criada uma norma de **natureza explicativa**⁶.

É dizer, a norma quis esclarecer e reafirmar, de forma expressa, que a prova produzida, sem conhecimento da autoridade policial ou do Ministério Público, também pode ser utilizada pela defesa. Isso porque, a maioria esmagadora dos **precedentes** do Supremo Tribunal Federal, que admitem – há muito – o uso da gravação por um dos interlocutores, **foram em favor da acusação**. Ou seja, o Supremo quase sempre **autorizou o uso dessa prova pela acusação**. Desse modo, verifica-se que o legislador pretendeu **esclarecer** que a defesa também poderia utilizá-la, inclusive nos casos em que a autoridade policial e o Ministério Público desconhecêssem a realização da gravação. Nesse sentido, veja-se que os precedentes mais antigos do Supremo Tribunal Federal:

a) **RE 212081**, Rel. Min. Octavio Gallotti, Primeira Turma, julgado em 05/12/1997: a gravação, aceita como lícita, foi utilizada para a condenação de vereadores acusados por concussão;

b) **HC 75338**, Rel. Min. Nelson Jobim, Tribunal Pleno, julgado em 11/03/1998: a gravação, aceita como lícita, foi utilizada para a condenação de um juiz que estava *extorquindo* um tabelião;

c) **RE 402035-AgR**, Rel^a. Min^a. Ellen Gracie, Segunda Turma, julgado em 09/12/2003: a gravação, aceita como lícita, foi utilizada para a condenação de policiais militares acusados

*suelen reflejar una concreta voluntad empírica, y, de otra, de los inadecuados resultados a los que conduce tal procedimiento interpretativo, pues el texto de la Ley se refiere a un 'contexto' que no permanece inalterable, sino que cambia constantemente: esos cambios en el contexto alteran el sentido del texto. **La doctrina objetiva es hoy absolutamente dominante** en materia de interpretación. La interpretación consiste, pues, en la fijación del **sentido objetivo del texto de la Ley**. La existencia de un sentido objetivo del texto de la Ley no presupone que se reconozca la existencia de algo así como una 'voluntad de la Ley'. En el caso de la Ley, menos aún que en el del legislador, puede hablarse de voluntad empírica." (VIVES ANTÓN, Salvador Tomás; COBO DEL ROSAL, M. **Derecho Penal, Parte General**. 5ª ed. Valencia: Tirant lo Blanch, 1999, pp. 115-116). Grifou-se.*

⁶ LARENZ conceitua da seguinte maneira as normas explicativas: "Entendemos por 'proposições jurídicas aclaratórias' aquelas que, ou delimitam em pormenor um conceito ou tipo empregues em outras proposições jurídicas (proposições jurídicas delimitadoras), ou especificam ou completam o conteúdo do termo utilizado no seu significado geral com respeito a distintas configurações do caso (proposições jurídicas complementadoras)." (LARENZ, Karl. **Metodologia da Ciência do Direito**. 3ª ed. Lisboa: Fundação Calouste Gulbenkian, 1997, p. 360). A norma em exame também pode ser vista como uma espécie de **interpretação autêntica**, que é aquela "fornecida pelo próprio Poder Legislativo, isto é, pelo Poder que elabora o diploma legal, por isso também pode ser denominada legislativa. O legislador edita **nova lei para esclarecer o conteúdo e o significado** de outra já existente." (BITENCOURT, César Roberto. **Tratado de Direito Penal: Parte Geral**. vol. 1. 21ª ed. São Paulo: Saraiva, 2015, p. 188). Entende-se que a norma em questão também é explicativa, com base em LARENZ, cf.: SUXBERGER, Antonio Graciano; ARAS, Vladimir. A admissibilidade de gravações unilaterais como prova: O § 4º do art. 8º-A da Lei 9.296/1996 como uma regra de direito probatório, disponível em: <https://doi.org/10.1590/SciELOPreprints.2722>.



de concussão;

d) **AI 503617-AgR**, Rel. Min. Carlos Velloso, Segunda Turma, julgado em 01/02/2005: a gravação, aceita como lícita, foi utilizada para a condenação de um magistrado por corrupção passiva;

e) **HC 87341**, Rel. Min. Eros Grau, Primeira Turma, julgado em 07/02/2006: a gravação, aceita como lícita, foi utilizada para a condenação de um funcionário do município, responsável pelo alistamento militar, que teria exigido dinheiro, em troca do certificado de dispensa;

f) **RE 402717**, Rel. Min. Cezar Peluso, Segunda Turma, julgado em 02/12/2008: esse talvez seja o único caso em que a gravação se destinou a fazer prova a favor da defesa, uma pessoa que era acusada de corrupção de testemunhas.

É certo, pois, que a **jurisprudência do Supremo Tribunal Federal consolidada ao largo de várias décadas** admite tal gravação. Inclusive, o Plenário da Corte Suprema julgou, em sede de repercussão geral, legítima a gravação, feita por um magistrado, de conversa em que foi vítima de desacato, *verbis*:

“AÇÃO PENAL. Prova. Gravação ambiental. Realização por um dos interlocutores sem conhecimento do outro. Validade. Jurisprudência reafirmada. Repercussão geral reconhecida. Recurso extraordinário provido. Aplicação do art. 543-B, § 3º, do CPC. **É lícita a prova consistente em gravação ambiental realizada por um dos interlocutores sem conhecimento do outro.**”⁷

Portanto, resulta evidente que a razão de ser da norma explicativa do § 4º, art. 8º-A, da Lei n. 9.296/96, é precisamente deixar bem claro que a gravação feita por um dos interlocutores, **também pode ser utilizada pela defesa**⁸.

Ademais, se a interpretação correta do dispositivo (“§ 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*”) fosse no sentido proibitivo, chegar-se-ia à **absurda conclusão** de que a captação ambiental, por um dos interlocutores, **somente seria válida para a defesa caso não fosse de conhecimento** do Ministério Público ou da autoridade policial. Em outras palavras: essa prova **não seria válida para a defesa** caso tais autoridades tivessem conhecimento da gravação.

⁷ STE, RE 583937-QO-RG, Rel. Min. **Cezar Peluso**, Tribunal Pleno, julgado em 19/11/2009. (grifou-se)

⁸ Uma interpretação, reconheça-se, desnecessária. Sem embargo, a racionalidade legislativa não foi a tônica dessa mudança do dispositivo.



Indiscutivelmente, uma interpretação sem sentido ou lógica⁹.

Portanto, a única interpretação admissível para o § 4º, art. 8º-A, da Lei n. 9.296/96 é no sentido de que se trata de **norma explicativa** (é dizer, que deixa bem clara a possibilidade do seu uso em favor da defesa, mesmo com o desconhecimento das autoridades), que **não proibiu o uso dessa prova em favor da acusação**.

É importante ressaltar também que o Superior Tribunal de Justiça – mesmo depois da entrada, **no dia 29 de maio de 2021**, em vigor do indigitado § 4º, art. 8º-A, da Lei n. 9.296/96 – continua aplicando a jurisprudência do Supremo Tribunal Federal, no sentido da legalidade da gravação realizada por um dos interlocutores:

“O STJ entende que a gravação ambiental, realizada por um dos interlocutores, é lícita, tendo como condição apenas causa legal de sigilo ou reserva de conversação (AgRg nos EDcl no REsp n. 1.843.519/MA, Rel. Ministro Joel Ilan Paciornik, Quinta Turma, DJe 7/6/2021)”¹⁰.

“A gravação ambiental, realizada por um dos interlocutores, é lícita, tendo como condição apenas causa legal de sigilo ou reserva de conversação”¹¹.

“AGRAVO REGIMENTAL NO HABEAS CORPUS. GRAVAÇÃO AMBIENTAL POR UM DOS INTERLOCUTORES. AUTORIZAÇÃO JUDICIAL. DISPENSÁVEL. PROVA LÍCITA. NO MAIS, NÃO ENFRENTAMENTO DOS FUNDAMENTOS DA DECISÃO AGRAVADA. SÚMULA 182/STJ. AGRAVO DESPROVIDO.

I - Nos termos da jurisprudência consolidada nesta eg. Corte, cumpre ao agravante impugnar especificamente os fundamentos estabelecidos na decisão agravada.

II - No caso concreto, como decidido anteriormente, não restou configurada qualquer flagrante ilegalidade, tendo em vista que o meio de prova impugnado consiste em gravação ambiental realizada por um dos interlocutores, a qual, além de ser prova lícita, não se confunde com interceptação telefônica e, portanto, prescinde de autorização judicial.

III - Com efeito, assente nesta eg. Corte Superior que, ‘Conforme entendimento do Supremo Tribunal Federal firmado sob a sistemática da repercussão geral, ‘é lícita a prova consistente em gravação ambiental realizada por um dos interlocutores sem conhecimento

⁹ Apontando o absurdo dessa interpretação do § 4º, art. 8º-A, da Lei n. 9.296/96, BRASILEIRO afirma: “interpretando-se a *contrario sensu* o dispositivo em questão, poder-se-ia concluir que, na eventualidade de a gravação clandestina ser executada sem o prévio conhecimento dos referidos agentes estatais, a captação sequer poderia ser utilizada em favor do acusado.” (LIMA, Renato Brasileiro de. **Atualização: Rejeição dos Vetos ao Pacote Anticrime**. Salvador: Editora Juspodivm, 2021, p. 49)

¹⁰ STJ, RHC 127.477/PB, Rel. Min. **Sebastião Reis Júnior**, Sexta Turma, julgado em 10/08/2021.

¹¹ STJ, AgRg nos EDcl no REsp 1843519/MA, Rel. Min. **Joel Ilan Paciornik**, Quinta Turma, julgado em 01/06/2021.



do outro' (RE n. 583.937 QO-RG, Relator Ministro CEZAR PELUSO, julgado em 19/11/2009, REPERCUSSÃO GERAL -MÉRITO DJe-237 de 18/12/2009)' (RHC n. 102.240/PA, Sexta Turma, Rel. Min. Antônio Saldanha Palheiro, DJe de 27/6/2019).

IV - Não obstante, as teses defensivas aqui invocadas exigem um revolvimento fático-probatório incompatível com os limites do habeas corpus, até mesmo porque a origem sequer debateu a alegação de que o interlocutor agiria sob orientação policial (supressão de instância).

V - No mais, a d. Defesa limitou-se a reprisar os argumentos do habeas corpus, o que atrai a Súmula n. 182 desta eg. Corte Superior de Justiça, segundo a qual é inviável o agravo regimental que não impugna especificamente os fundamentos da decisão agravada. Agravo regimental desprovido.”¹²

“O acórdão recorrido está em consonância com o entendimento deste Tribunal Superior, no sentido de que a gravação ambiental realizada por um dos interlocutores é lícita, salvo caso legal de sigilo ou reserva de conversação.”¹³

Tudo isso a denotar que a única interpretação para o § 4º, art. 8º-A, da Lei n. 9.296/96, é no sentido de que se trata de uma norma explicativa, que em **nenhum momento vedou** a utilização da gravação realizada por um dos interlocutores.

Assim sendo, **não há inconstitucionalidade no referido dispositivo**, uma vez que não afeta a validade das gravações ambientais realizadas por um dos interlocutores.

2.1.2. Subsidiariamente, na vedação do uso da gravação ambiental pela acusação: inconstitucionalidade material.

Sem embargo, **acaso** se entenda que o § 4º, art. 8º-A, da Lei n. 9.296/96, veicula norma no sentido da absoluta vedação do uso da gravação ambiental em favor da acusação, de rigor o reconhecimento da inconstitucionalidade do dispositivo, por afronta ao dever de tutela jurídica efetiva, aos princípios do acesso à jurisdição e do devido processo legal, além de significar violação ao princípio da proporcionalidade, consoante fundamentação que segue.

A República Federativa do Brasil substancia um **Estado Democrático de Direito** (CR, art. 1º, *caput*), que tem como fundamento o respeito à **dignidade da pessoa humana** (CR, art. 1º, III) e que se compromete a constituir uma **sociedade** livre, **justa** e solidária, promovendo o **bem de todos** (CR, art. 3º, I e IV), sendo que, nas suas relações internacionais, é regida pela prevalência dos **direitos humanos** (CR, art. 4º, II).

¹² STJ, AgRg no HC 699.677/RS, Rel. Min. **Jesuino Rissato** (Desembargador Convocado do TJDF), Quinta Turma, julgado em 08/02/2022.

¹³ STJ, REsp 1.881.928/SC, Rel. Min. **Laurita Vaz**, Sexta Turma, julgado em 08/02/2022.



Diante desse contexto normativo, quando o Estado brasileiro toma para si o monopólio do uso legítimo da força, proibindo, portanto, aos cidadãos a realização da vingança privada e o exercício arbitrário das próprias razões, assume como consequência um inafastável **dever de tutela jurídica efetiva** dos bens jurídicos da sua população (CR, art. 5º, XXXV)¹⁴, que é manifestado de forma mais emblemática e contundente por meio do Direito Penal¹⁵.

Nessa perspectiva, o Estado assume um dever de dar respostas adequadas às violações aos bens jurídicos tutelados pelos tipos penais, de modo que tem um claro compromisso de realizar a persecução penal, materializada por meio do dever de investigar, processar e, se for o caso, condenar aqueles que cometem delitos. Tudo isso, como concretização do contexto normativo acima delineado, que é substanciado pelo princípio do devido processo legal formal e material (CR, art. 5º, LIV).

O momento mais crítico da atuação estatal no âmbito dessa persecução penal repousa, sem sombra de dúvidas, na fase investigativa. É na investigação criminal que se define, muitas vezes de forma definitiva, se o Estado terá condições de eventualmente responsabilizar autores e partícipes de crimes cometidos. Esse momento é crítico, pois uma atuação tardia, inadequada ou insuficiente pode prejudicar indelevelmente a persecução penal, impedindo sua continuação por falta de elementos idôneos de informação que autorizem o início de um processo penal.

Portanto, ao excluir, sem justa causa, a possibilidade do uso de uma prova, como é a gravação por um dos interlocutores, o Estado descumpre o dever de realizar uma investigação criminal séria, imparcial e efetiva, não observando a sua obrigação de reconhecer provas idôneas à demonstração de infrações penais, deixando, também, o cidadão-particular à mercê

¹⁴ Que protege o cidadão contra toda arbitrariedade e irracionalidade, de modo que “as decisões arbitrárias, manifestamente desarrazoadas não podem ser consideradas como fundadas no Direito e são, pois, lesivas ao direito de tutela judicial efetiva.” (GONZÁLEZ CUSSAC, José Luis; BUSATO, Paulo Cesar; CABRAL, Rodrigo Leite Ferreira. **Compêndio de Direito Penal brasileiro: Parte Geral**. Valencia: Tirant lo Blanch, 2017, p. 167). Nesse sentido, a Corte Europeia de Direitos Humanos já assentou que: “O Tribunal recorda que a obrigação do Estado nos termos do artigo 2 de proteger o direito à vida, lida em conjunto com o seu dever geral nos termos do artigo 1 de ‘garantir a todos dentro de sua jurisdição os direitos e liberdades [nele] definidos’, exige como consequência que deve haver alguma forma de investigação oficial eficaz quando indivíduos são mortos como resultado do uso da força. A investigação deve ser, inter alia, completa, imparcial e cuidadosa (ver McCann e outros v. O julgamento do Reino Unido de 27 de setembro de 1995, Série A no. 324, p. 49, §§ 161-63, e Çakici citado acima, § 86).” (Caso Velikova v. Bulgária, julgamento em 18 de maio de 2000).

¹⁵ Sobre o tema, cf.: ROXIN, Claus; SCHÜNEMANN, Bernd. **Strafverfahrensrecht**. 27ª ed. München: Beck, 2012, p. 02 e ss.



de práticas delitivas de terceiros, sem a possibilidade de lançar mão de instrumento adequado e com alta credibilidade para a demonstração dos ilícitos¹⁶, tudo isso com grave violação ao dever de tutela jurídica efetiva.

A restrição ao uso de gravações feitas por um dos interlocutores, sem a ciência dos demais, desequilibra a relação processual, em afronta aos **princípios do devido processo legal e do acesso à jurisdição** (CR, art. 5º, XXXV e LIV).

Mas o que realmente torna a lei ilegítima é a afronta ao devido processo legal, mercê da criação de meio de prova que só pode ser produzido pela defesa. É fora de dúvida que o processo penal de índole acusatória é o único que se afeiçoa ao regime democrático, pois nele há segregação dos papéis das partes e do julgador. Nesse palco, as partes estabelecem o diálogo necessariamente horizontal, sem preponderância de uma sobre a outra, o que se dá não apenas no plano da argumentação, como também no da igualdade entre os meios de prova e a faculdade de se produzi-las.

Em comentário acerca da origem anglo-saxã do sistema acusatório, Jacinto Coutinho explica que “nele, a disputa entre acusação e defesa aparentemente tendia – e tende – a ser leal e indicava uma paridade de condições entre os contendores”¹⁷.

Logo, se não é justificável hipertrofia do órgão de acusação, tampouco se sustenta a concessão de privilégios em favor do réu, o qual já desfruta da presunção constitucional de não culpabilidade (CR, art. 5º, LVII). Isso significa que cada parte tem ônus e faculdades no processo, os quais se distribuem de acordo com a posição ocupada. Em termos práticos, ao Ministério Público ou ao querelante incumbe produzir provas suficientes a favor da ocorrência

¹⁶ Nesse sentido, entre várias outras, confira-se a decisão da Corte Interamericana dos Direitos Humanos, no caso *Gomes Lund e outros versus Brasil*, sentença de 24 de novembro de 2010. Acrescenta, ainda, a CIDH ao julgar esse caso que: “Além disso, a obrigação, conforme o Direito Internacional, de processar e, caso se determine sua responsabilidade penal, punir os autores de violações de direitos humanos, decorre da obrigação de garantia, consagrada no artigo 1.1 da Convenção Americana. **Essa obrigação implica o dever dos Estados Parte de organizar todo o aparato governamental e, em geral, todas as estruturas por meio das quais se manifesta o exercício do poder público, de maneira tal que sejam capazes de assegurar juridicamente o livre e pleno exercício dos direitos humanos.** 186 Como consequência dessa obrigação, os Estados **devem prevenir, investigar e punir** toda violação dos direitos humanos reconhecidos pela Convenção e procurar, ademais, o restabelecimento, caso seja possível, do direito violado e, se for o caso, a reparação dos danos provocados pela violação dos direitos humanos. 187 **Se o aparato estatal age de modo que essa violação fique impune e não se reestabelece, na medida das possibilidades, à vítima a plenitude de seus direitos, pode-se afirmar que se descumpriu o dever de garantir às pessoas sujeitas a sua jurisdição o livre e pleno exercício de seus direitos.**” (grifou-se)

¹⁷ COUTINHO, Jacinto Nelson de Miranda. Sistema acusatório: cada parte no lugar constitucionalmente demarcado. *Revista de Informação Legislativa*. N. 183, julho/set. 2009, p. 106/115, p. 107.



da conduta e demais elementos do tipo e a culpabilidade, ao passo que o réu tem o ônus da comprovação de excludentes de ilicitude, dirimentes de culpabilidade e eventualmente escusas absolutórias.

É certo que a reconstrução dos acontecimentos ocorridos no passado é algo intangível, no entanto, a busca da verdade – entendida como a correspondência entre a narrativa apresentada por cada parte e a realidade – não pode se deixar em segundo plano, pois sistema de justiça negligente nesse aspecto, que prefira formalidades e ficções, teria sua legitimidade indefensável. Atento a essas circunstâncias, Michele Taruffo leciona que a

“verdade ‘é o Norte’, ou seja, um limite ideal regulativo que não se obtém na prática, mas que, todavia, é indispensável para orientar na direção correta as escolhas – inclusive cognoscitivas – que se realizam nas experiências mais diversas. Isso vale também no processo: a verdade como correspondência segura e objetiva das proposições fatuais com os eventos concretos de que se fala no processo não pode ser obtida em termos absolutos, mas orienta o fenômeno das provas no sentido de que a decisão final sobre os fatos deverá aproximar-se na maior medida possível à verdade alética entendida – note-se – como limite ideal.”¹⁸

Do que precede, pode-se afirmar que a igualdade entre as partes é característica do processo penal democrático e que a atividade jurisdicional é necessariamente voltada à descoberta – ainda que aproximada – da verdade. Essas são condições essenciais para que se desenvolva o devido processo legal e para que o cidadão tenha acesso à justiça.

As duas premissas demonstram a inconstitucionalidade do § 4º, art. 8º-A, da Lei n. 9.296/96¹⁹.

Primeiro, porque restringir à defesa a possibilidade de utilização de gravações de diálogos realizadas por um dos interlocutores coloca o Ministério Público (ou o querelante) em posição de inferioridade, sem que haja critério racional para a distinção. Poder-se-ia afirmar que o registro de uma conversa por um dos participantes, com o desconhecimento do outro, seria procedimento desleal ou ardiloso, espécie de embuste para conduzir o desavisado a autoincriminar-se. Fosse isso verdade, também seria indigno que o acusado fizesse uso da prova, de forma que a lei deveria simplesmente abolir esse meio de prova, não importando qual parte a utilizasse. É necessário recordar que os crimes não têm apenas sujeitos ativos,

¹⁸ TARUFFO, Michele. **Ensaio sobre o processo civil: escritos sobre processo e justiça civil**. Organizador e revisor das traduções Darci Guimarães Ribeiro. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2017, p. 194.

¹⁹ Acaso se entenda que referido dispositivo veda o uso, pela acusação, da gravação realizada por interlocutor – superando o disposto no item 2.1.1.



mas também passivos (mesmo que a coletividade o seja), aos quais também interessa o resultado do processo penal, haja vista que sofrem abalo em suas esferas jurídicas.

O argumento se relaciona com possível violação ao sigilo das comunicações, tutelado pelo inciso XII, do art. 5º, da Constituição da República. A tese, contudo, já foi repelida inúmeras vezes pela jurisprudência da Suprema Corte, pois se entende que a norma constitucional veda que terceiro tenha acesso às comunicações alheias, o que não ocorre quando um dos participantes faz o registro. A propósito, como já consignado no item 2.1.1, a licitude da prova foi reconhecida em julgamento de repercussão geral (STF, RE 583937-QO-RG, Rel. Min. **Cezar Peluso**, Tribunal Pleno, julgado em 19/11/2009), e assim tem sido há décadas (v.g., STF, Inq 2116-QO, Rel. Min. **Ayres Britto**, Tribunal Pleno, julgado em 15/09/2011). Com enfoque na ausência de violação ao sigilo de comunicações, vale a referência ao seguinte precedente:

“HABEAS CORPUS. PROVA. LICITUDE. GRAVAÇÃO DE TELEFONEMA POR INTERLOCUTOR. É LÍCITA A GRAVAÇÃO DE CONVERSA TELEFÔNICA FEITA POR UM DOS INTERLOCUTORES, OU COM SUA AUTORIZAÇÃO, SEM CIÊNCIA DO OUTRO, QUANDO HÁ INVESTIDA CRIMINOSA DESTE ÚLTIMO. É INCONSISTENTE E FERE O SENSO COMUM FALAR-SE EM VIOLAÇÃO DO DIREITO À PRIVACIDADE QUANDO INTERLOCUTOR GRAVA DIÁLOGO COM SEQÜESTRADORES, ESTELIONATÁRIOS OU QUALQUER TIPO DE CHANTAGISTA. ORDEM INDEFERIDA”²⁰.

Do último julgado, convém reproduzir expressiva passagem da fundamentação desenvolvida pelo Min. Carlos Velloso:

“No caso, Sr. Presidente, um dos interlocutores grava conversa havida entre ambos; isso não se inclui na proibição referida no art. 5º, inciso XII. Em voto que proferi nesta Casa, lembrado pelo eminente Ministro-Relator, Inquérito 657 – caso ‘Magri’ –, sustentei a tese no sentido de que não há ilicitude no fato de um dos interlocutores gravar a conversa havida entre ambos a fim de, por exemplo, realizar prova dessa conversa. Em certos casos, essa gravação pode ferir princípios éticos. Isso não ocorre, entretanto, na gravação da conversa em que um dos interlocutores, por exemplo, chantageia o outro, faz propostas ilícitas ao outro, solicita vantagem ilícita, et. Penso que é de interesse do interlocutor, que está sendo chantageado, gravar a conversa, a fim de realizar prova, posteriormente.”

Outrossim, linha de argumentação edificada a partir de possível quebra de intimidade (CR, art. 5º, X) também não é aceita pela Suprema Corte. Para ilustrar, o Pretório Excelso considerou lícita filmagem realizada por vítima de furto, com o propósito de se identificar o autor do delito:

²⁰ STF, HC 75338, Rel. Min. **Nelson Jobim**, Tribunal Pleno, julgado em 11/03/1998.



“‘HABEAS CORPUS’ - FILMAGEM REALIZADA, PELA VÍTIMA, EM SUA PRÓPRIA VAGA DE GARAGEM, SITUADA NO EDIFÍCIO EM QUE RESIDE - GRAVAÇÃO DE IMAGENS FEITA COM O OBJETIVO DE IDENTIFICAR O AUTOR DE DANOS PRATICADOS CONTRA O PATRIMÔNIO DA VÍTIMA - LEGITIMIDADE JURÍDICA DESSE COMPORTAMENTO DO OFENDIDO - DESNECESSIDADE, EM TAL HIPÓTESE, DE PRÉVIA AUTORIZAÇÃO JUDICIAL - ALEGADA ILICITUDE DA PROVA PENAL - INOCORRÊNCIA - VALIDADE DOS ELEMENTOS DE INFORMAÇÃO PRODUZIDOS, EM SEU PRÓPRIO ESPAÇO PRIVADO, PELA VÍTIMA DE ATOS DELITUOSOS - CONSIDERAÇÕES EM TORNO DA QUESTÃO CONSTITUCIONAL DA ILICITUDE DA PROVA - ALEGAÇÃO DE INÉPCIA DA DENÚNCIA - EXISTÊNCIA, NO CASO, DE DADOS PROBATÓRIOS MÍNIMOS, FUNDADOS EM BASE EMPÍRICA IDÔNEA - PEÇA ACUSATÓRIA QUE SATISFAZ, PLENAMENTE, AS EXIGÊNCIAS LEGAIS - PEDIDO INDEFERIDO”²¹.

No voto do Min. Celso de Mello se consignou “que o direito à intimidade – que representa importante manifestação dos direitos da personalidade – qualifica-se como expressiva prerrogativa de ordem jurídica que consiste em reconhecer, em favor da pessoa, a existência de um espaço indevassável destinado a protegê-la contra indevidas interferências de terceiros na esfera de sua vida privada. [...] a filmagem que o ocupante de imóvel residencial efetuou em sua própria vaga de garagem, movido, unicamente, pela necessidade de identificar o autor de danos criminosos provocados em seu automóvel, sem interferir, portanto, na esfera de autonomia individual de terceiros – não representando, tal conduta, por isso mesmo, qualquer tipo de intrusão no âmbito da privacidade alheia –, não traduz, por evidente, ato de ofensa à garantia constitucional da intimidade”.

Diferente seria se o sigilo do diálogo derivasse de reforço legislativo autônomo, como é o caso das conversas havidas por advogados com clientes, médicos com pacientes, sacerdotes confessionais com os confessores. Essas realmente são conversas privadas, que jamais poderiam ganhar publicidade. Porém, abordagens de crianças por pedófilos, casos de violência doméstica, cooptação de parceiros para a corrupção ensejam vicissitudes completamente distintas, nas quais o interlocutor responsável pela gravação apenas materializa informação que já conhece e a leva ao conhecimento de terceiros.

Logo, teses de possível quebra de intimidade ou violação ao sigilo das comunicações não encontram substrato jurídico, pois é o próprio acusado do crime que se expõe, que torna públicos os fatos, a partir do momento em que realiza o discurso para o terceiro. Essa foi a compreensão do Tribunal Supremo da Espanha, exposta na fundamentação da sentença nº 178, de 1º de março de 1996. A decisão consignou, em síntese, que: **(a)** a gravação ambiental feita por um dos participantes de diálogo não ataca o direito à intimidade, tampouco ao sigilo

²¹ STF, HC 84203, Rel. Min. **Celso de Mello**, Segunda Turma, julgado em 19/10/2004.



das comunicações, porque as falas representam manifestações de vontade dos participantes; **(b)** o conteúdo da conversação pode ser apresentado no processo judicial pela reprodução oral de um dos participantes ou ouvintes; **(c)** quando uma pessoa pronuncia voluntariamente suas opiniões ou segredos, para outrem, renuncia suas intimidades aos que escutam, que podem usar seu conteúdo sem sofrer reprovação jurídica²².

Segundo, porque proibir a acusação (pública ou privada) de produzir esse tipo de prova cria sérios obstáculos à apuração da verdade, mediante a imposição de barreira estritamente artificial à persecução penal. Com efeito, se é correto afirmar que a presunção de inocência é postulado essencial do Estado Democrático de Direito, também o é que o Estado tem a obrigação de proteger bens jurídicos. A propósito, a garantia de acesso à justiça prevista pelo inciso XXXV, do art. 5º, da Carta Republicana, não é escudo somente aos investigados e acusados contra abusos persecutórios estatais, na medida em que também socorre os ofendidos por condutas criminosas. Logo, na perspectiva de que o processo cooperativo é uma comunidade de trabalho informada pelo contraditório substancial, na qual há papéis definidos para os atores processuais, tem-se por consectário que as ferramentas postas à disposição das partes devem ser as mesmas, estabelecendo-se sinalagma na dialética processual.

Mas se apenas o acusado pode fazer uso desse tipo de prova, o equilíbrio processual queda comprometido, porque à acusação se torna defeso o emprego de importante recurso. É altura de novamente se citar o voto do Min. Carlos Velloso, no julgamento do HC 75338-8/RJ:

“Ora, a justiça não tem apenas um prato, mas dois. Em um deles estão os direitos individuais, mas, no outro, estão os não menos importantes direitos sociais e coletivos. O interesse da justiça assenta-se, sobretudo, na realização do interesse social, da coletividade. Bem ressaltou o Sr. Ministro-Relator que a Constituição impõe ao Estado, na defesa da sociedade, a realização de princípios que o legislador considera que quem os viola incorre em crime. Ao Estado cabe apurar esses atentados cometidos contra a sociedade.”²³

²² No original: “*La cuestión de la validez de una grabación subrepticia de una conversación entre cuatro personas realizada por una de ellas sin advertírselo a los demás, no ataca a la intimidad ni al derecho al secreto de las comunicaciones, ya que las manifestaciones realizadas representaban la manifestación de voluntad de los intervinientes que fueron objeto de grabación de manera desleal desde el punto de vista ético pero que no traspasan las fronteras que el ordenamiento jurídico establece para proteger lo íntimo y secreto. El contenido de la conversación pudo llegar al proceso por la vía de su reproducción oral si alguno de los asistentes recordaba fielmente lo conversado o mediante la entrega de la cinta que recogía textualmente, con mayor o menor calidad de sonido, el intercambio de palabras entre todos los asistentes. Cuando una persona emite voluntariamente sus opiniones o secretos a un contertulio sabe de antemano que se despoja de sus intimidades y se las trasmite, más o menos confiadamente, a los que le escuchan, los cuales podrán usar su contenido sin incurrir en ningún reproche jurídico*”. Disponível em: <https://vlex.es/vid/delito-salud-17712803>.

²³ STJ, HC 75338, Rel. Min. **Nelson Jobim**, Tribunal Pleno, julgado em 11/03/1998.



Na sociedade moderna, a possibilidade de se realizarem gravações se difundiu, mercê dos avanços de aparelhos de comunicação, destacadamente telefones celulares, os quais concentram inúmeras funcionalidades, que permitem o registro de imagens estáticas e dinâmicas (fotografias e vídeos) e sons. Assim, vítimas – ou mesmo coautores – de crimes têm a seu dispor instrumentos capazes de produzir dados fidedignos que futuramente se incorporam ao acervo probatório de processos. Evidentemente que essas gravações, desde que íntegras, são mais confiáveis do que a prova oral, cuja deformação passa pelo interesse do orador e por natural distorção dos relatos acerca dos acontecimentos.

Deslegitimar o uso de gravações produzidas por um dos interlocutores, além de medida anacrônica, importa subtrair de pessoas ofendidas importante – quiçá único – meio para comprovar que tiveram seus direitos violados por ações ilícitas. Daí a inclinação excessiva do legislador, em prol da defesa, que deixa descoberta a tutela da contraparte na relação jurídica, a revelar a frustração do devido processo legal e do acesso à jurisdição.

É necessário insistir que o Estado se encarrega da proteção de direitos fundamentais, dever que não se confina a abstenções, irradiando-se para a adoção de comportamentos comissivos, tal qual a repressão ao crime. Aliás, não se pode perder de vista que os tipos penais servem à proteção de bens jurídicos²⁴, e se o Estado inviabiliza a persecução destinada à verificação da ocorrência do delito, tal significa que está a inadimplir obrigação imposta pelo Constituinte.

Nessa perspectiva, tolher-se dos autores de processos penais o uso de gravações realizadas por um dos interlocutores é medida que implica transgressão ao princípio da proporcionalidade. Esse princípio, radicado nas cláusulas do Estado Democrático de Direito e do **devido processo legal substantivo** (CR, arts. 1º e 5º, LIV)²⁵, significa que o Estado deve agir

²⁴ “Ademais, desde que *Birnbaum*, entre 1834 e 1836, contrapôs a *Feuerbach* a ideia de que o Direito Penal tinha que proteger ‘bens’, e não direitos subjetivos como sustentava este último de modo coerente com as concepções políticas da Ilustração, a Ciência penal vem formulando sem cessar múltiplos enunciados discursivos sobre o objeto da proteção jurídico-penal, os quais, não obstante sua aparente diversidade, constituem especificações e desenvolvimentos do axioma, geralmente reconhecido, e até hoje quase nunca questionado seriamente, do caráter fragmentário e subsidiário da intervenção penal, conforme o qual esta seria legítima exclusivamente para a proteção de bens jurídicos e, ademais, apenas frente às formas mais graves de agressão”. (MARTÍN, Luis Gracia. **Prolegômenos para a luta pela modernização e expansão do Direito Penal e para a crítica do discurso de resistência**. Trad.: Érika Mendes de Carvalho. Porto Alegre: Sergio Antonio Fabris Editor, 2005, pp. 92-93)

²⁵ “HABEAS CORPUS” - PRISÃO EM FLAGRANTE MANTIDA COM FUNDAMENTO NA GRAVIDADE OBJETIVA DO DELITO E NA VEDAÇÃO LEGAL ABSOLUTA, IMPOSTA EM CARÁTER APRIORÍSTICO, INIBITÓRIA DA CONCESSÃO DE LIBERDADE PROVISÓRIA NOS CRIMES TIPIFICADOS NO ART. 33,



em prol de interesses legítimos e escolher meios adequados e necessários para a preservação da sua integridade. Ademais, é imprescindível que a providência estatal, a pretexto de salvaguardar o interesse ou direito e o respectivo titular, não lhes traga prejuízos maiores do que aqueles que adviriam caso não houvesse a ação (ou omissão) do Poder Público. A propósito, Suzana de Toledo Barros, amparada pela doutrina de Canotilho, leciona que

“o princípio considerado significa, no âmbito das leis interventivas na esfera de liberdades dos cidadãos, que qualquer limitação a direitos feita pela lei deve ser apropriada, exigível e na justa medida, atributos que permitem identificar o conteúdo jurídico do cânone da proporcionalidade em sentido amplo: exigência de **adequação** da medida restritiva ao fim ditado pela própria lei; **necessidade** da restrição para garantir efetividade do direito e a **proporcionalidade em sentido estrito**, pela qual se pondera a relação entre a carga da restrição e o resultado”²⁶.

O princípio da proporcionalidade tem duas faces: de um lado, interdita o excesso na intervenção; de outro, veda a proteção insuficiente. O tema foi abordado pelo Min. Luís Roberto Barroso no julgamento do Recurso Extraordinário nº 878.694²⁷, em passagem que se reproduz pela didática:

‘CAPUT’ E § 1º, E NOS ARTS. 34 A 37, TODOS DA LEI DE DROGAS - POSSÍVEL INCONSTITUCIONALIDADE DA REGRA LEGAL VEDATÓRIA (ART. 44) - OFENSA AOS POSTULADOS CONSTITUCIONAIS DA PRESUNÇÃO DE INOCÊNCIA, DO ‘DUE PROCESS OF LAW’, DA DIGNIDADE DA PESSOA HUMANA E DA PROPORCIONALIDADE - O SIGNIFICADO DO PRINCÍPIO DA PROPORCIONALIDADE, VISTO SOB A PERSPECTIVA DA ‘PROIBIÇÃO DO EXCESSO’: FATOR DE CONTENÇÃO E CONFORMAÇÃO DA PRÓPRIA ATIVIDADE NORMATIVA DO ESTADO - PRECEDENTE DO SUPREMO TRIBUNAL FEDERAL: ADI 3.112/DF (ESTATUTO DO DESARMAMENTO, ART. 21) - CARÁTER EXTRAORDINÁRIO DA PRIVAÇÃO CAUTELAR DA LIBERDADE INDIVIDUAL - NÃO SE DECRETA PRISÃO CAUTELAR, SEM QUE HAJA REAL NECESSIDADE DE SUA EFETIVAÇÃO, SOB PENA DE OFENSA AO ‘STATUS LIBERTATIS’ DAQUELE QUE A SOFRE - PRECEDENTES – ‘HABEAS CORPUS’ DEFERIDO. – [...]. - O exame da adequação de determinado ato estatal ao princípio da proporcionalidade, exatamente por viabilizar o controle de sua razoabilidade, com fundamento no art. 5º, LV, da Carta Política, inclui-se no âmbito da própria fiscalização de constitucionalidade das prescrições normativas emanadas do Poder Público. - O princípio da proporcionalidade, essencial à racionalidade do Estado Democrático de Direito e imprescindível à tutela mesma das liberdades fundamentais, proíbe o excesso e veda o arbítrio do Poder, extraindo a sua justificação dogmática de diversas cláusulas constitucionais, notadamente daquela que veicula, em sua dimensão substantiva ou material, a garantia do ‘due process of law’. Doutrina. - A interdição legal ‘in abstracto’, vedatória da concessão de liberdade provisória, incide na mesma censura que o Plenário do Supremo Tribunal Federal estendeu ao art. 21 do Estatuto do Desarmamento (ADI 3.112/DF), considerados os postulados da presunção de inocência, do ‘due process of law’, da dignidade da pessoa humana e da proporcionalidade, analisado este na perspectiva da ‘proibição do excesso’”. (STF, HC 99832, Rel. Min. **Celso de Mello**, Segunda Turma, julgado em 17/11/2009).

²⁶ BARROS, Suzana de Toledo. **O princípio da proporcionalidade e o controle de constitucionalidade das leis restritivas de direitos fundamentais**. Brasília: Livraria e Editora Brasília Jurídica, 1996, p. 27.

²⁷ STF, RE 878694, Rel. Min. **Roberto Barroso**, Tribunal Pleno, julgado em 10/05/2017.



“O princípio da proporcionalidade, tal como é hoje compreendido, não possui apenas uma dimensão negativa, relativa à vedação do excesso, que atua como limite às restrições de direitos fundamentais que se mostrem inadequadas, desnecessárias ou desproporcionais em sentido estrito. Ele abrange, ainda, uma dimensão positiva, referente à vedação à proteção estatal insuficiente de direitos e princípios constitucionalmente tutelados. **A ideia nesse caso é a de que o Estado também viola a Constituição quando deixa de agir ou quando não atua de modo adequado e satisfatório para proteger bens jurídicos relevantes.**”. Grifou-se.

Expostas as matrizes teóricas, verifica-se que a proibição à livre utilização de diálogos gravados por um dos interlocutores, em processos de qualquer natureza, não resiste aos estratos do princípio da proporcionalidade.

Primeiro, não há perseguição a fim legítimo. É absolutamente injustificável a proteção dispensada a autores de crimes, vedando que tenham seus comportamentos registrados em gravações de imagens ou de sons. Não há que se falar em respeito à sua intimidade porque foi o próprio titular que a ela renunciou ao dirigir o discurso ao interlocutor que grava o som ou a imagem. A defesa de sua honra também não é plausível, pois foi o interlocutor gravado quem se pôs no cometimento de ilicitude. Ainda nesse estágio, importa rechaçar uma possível má-fé do interlocutor que registra o diálogo sem a ciência da contraparte: deveras, esta, ao agir ilicitamente, não tem legitimidade para imputar comportamento desonesto à outra. Logicamente que a gravação é introduzida no processo como uma das provas e se submete à comparação com as demais, o que permite às partes e ao julgador a verificação de eventuais orquestrações, pressões ou eventos como “flagrantes provocados”, além de edições ou manipulações do registro em mídia. Identificadas situações desse jaez, em que a manifestação de vontade do ofendido não é voluntária, a prova pode vir a ser invalidada. Também da jurisprudência do Tribunal Supremo da Espanha (sentença 652/2016) se extrai essa conclusão, no sentido de que a invalidade da prova pode decorrer de circunstâncias concretas, como a obtenção de confissão em situações de superioridade institucional (autoridades públicas ou superiores hierárquicos) ou quando a pessoa gravada tenha sido levada ao encontro por artifícios, premeditando-se a indução à confissão, o que supõe o confronto com o conjunto de circunstâncias concorrentes²⁸. Contudo, a limitação abstrata e genérica ao uso do meio de

²⁸ No original: “3º) Vulneran el derecho fundamental a no declarar contra si mismo y a no confesarse culpable, y en consecuencia incurren en nulidad probatoria, cuando las grabaciones se han realizado desde una posición de superioridad institucional (agentes de la autoridad o superiores jerárquicos) para obtener una confesión extraprocesal arrancada mediante engaño, salvo los supuestos de grabaciones autorizadas por la autoridad judicial conforme a los [art 588](#) y siguientes de la [Lecrim](#). [...]. 5º) Pueden vulnerar el derecho a un proceso con todas las garantías, cuando la persona



prova, para demonstração do crime e sua tipicidade, constitui inconstitucionalidade manifesta, pois o Estado se priva de ferramenta amplamente acessível, com aptidão para reproduzir acontecimentos como de fato ocorreram, tornando mais transparente a atividade jurisdicional.

Ainda que houvesse alguma centelha de privacidade a ser preservada da exposição pública, a proibição do emprego de gravações feitas por interlocutores seria medida absolutamente inócua, inidônea para alcançar-se a meta pretendida pelo legislador. É que a lei não veda – e nem poderia vedar – que o teor do diálogo fosse revelado pelo outro interlocutor, de forma que esse conteúdo seria exteriorizado por seu depoimento. Dito de outra forma, a vedação serve apenas para dificultar a instrução de processos e investigações, porque o escudo sobre a pretensa intimidade do investigado/acusado seria rompido pela declaração do ofendido (ou pela delação do coautor da infração penal).

A norma extraída do §4º, art. 8º-A, da Lei n. 9.296/96, é, por igual, desnecessária. Nesse estrato, o que se investiga é se o Poder Público não poderia limitar a eficácia do princípio colidente com medida menos rigorosa. Se o foco é a tutela da intimidade do autor do delito (tutela indevida, reiterar-se), bastaria que a legislação determinasse a restrição de acesso aos autos, impondo sigilo em sua tramitação, vedando acesso amplo à sociedade.

Na mesma ordem de ideias, a proporcionalidade em sentido estrito é conspurcada, diante do excessivo peso que o legislador conferiu para a intimidade do ofensor, sacrificando em dimensão demasiada os direitos fundamentais de acesso à justiça e ao devido processo legal. Em seus atos, o Estado tem o dever de conciliar a observância entre princípios que se apresentem em colisão. Na eventualidade de um princípio se sobrepor ao outro, diante de seu maior peso em dado contexto, a harmonização de ambos supõe que a compressão deste por aquele se dê na medida estritamente necessária para se atingir a finalidade almejada. Como destacado em doutrina:

“a proporcionalidade em sentido estrito esboça a ideia de equilíbrio (Guerra Filho, 2001, p. 272; Toledo, 1996, p. 80). Sintetiza Robert Alexy (2008, p. 593): ‘Quanto maior for o grau de não-satisfação ou de afetação de um princípio, tanto maior terá que ser a importância da satisfação do outro’. A proporcionalidade em sentido estrito determina que se verifique se a realização do bem jurídico cuja tutela é perseguida justifica o grau de afetação a um direito colidente (Sarmiento; Souza Neto, 2013, p. 476), máxima, portanto, que tem como

grabada ha sido conducida al encuentro utilizando argucias con la premeditada pretensión de hacerle manifestar hechos que pudieran ser utilizados en su contra, en cuyo caso habrán de ponderarse el conjunto de circunstancias concurrentes”. Disponível em: <https://vlex.es/vid/645934105>.



função primeira evitar o exagero, proibindo que haja restrição a direitos fundamentais que não justifiquem a realização do objeto perseguido (Silva, 2010, p. 175).²⁹

Recorde-se que ilícitos não têm como personagens apenas os réus, porque também atingem vítimas. Mesmo nos casos em que o sujeito passivo é a coletividade (v.g., crimes contra a administração pública, contra o meio ambiente, contra o patrimônio genético), há pessoas que, no plano mediato, são atingidas pelo cometimento da ação ou omissão típica. E essas pessoas têm o direito de exigir que o Estado atue em defesa de seus direitos fundamentais (individuais ou transindividuais), pretensão ancorada nos já referidos acesso à justiça e ao devido processo legal.

Convém destacar que a tutela estatal dos direitos fundamentais, mediante acesso à jurisdição, é cânone constitucional e, paralelamente, objeto de proteção por documentos internacionais. É o caso da Convenção Americana de Direitos Humanos (pacto de São José da Costa Rica)³⁰, cujo art. 25, item “1”, prevê que “toda pessoa tem direito a um recurso simples e rápido ou a qualquer outro recurso efetivo, perante os juízes ou tribunais competentes, que a proteja contra atos que violem seus direitos fundamentais reconhecidos pela constituição, pela lei ou pela presente Convenção, mesmo quando tal violação seja cometida por pessoas que estejam atuando no exercício de suas funções oficiais”.

Esse dispositivo foi invocado pela Corte Interamericana de Direitos Humanos para condenar o Estado brasileiro pela inércia na proteção de direitos de cidadãos. Para ilustrar, é oportuna a lembrança do caso Ximenes Lopes contra Brasil, em que a Corte Interamericana identificou omissão das autoridades brasileiras na implementação do acesso à justiça aos familiares de Damião Ximenes Lopes, morto em decorrência de maus-tratos que lhe foram dispensados em estabelecimento psiquiátrico, em Fortaleza, Ceará. Na sentença, a Corte assentou que os Estados signatários têm obrigação de garantir a todas as pessoas que estejam em sua jurisdição um remédio judicial efetivo contra atos que violem seus direitos fundamentais; que não basta a existência formal dos instrumentos de acesso à justiça, pois estes devem ser efetivos, capazes de produzir resultados ou respostas às violações de direitos contemplados na Convenção³¹. Mais adiante, enfatizou-se que as vítimas das violações dos

²⁹ ROCHA, Mauro Sérgio. **Aplicação Direta dos Princípios Constitucionais: controle de constitucionalidade das decisões judiciais**. Porto Alegre: Sérgio Antonio Fabris Editor, 2016, p. 140.

³⁰ Internalizada no Direito brasileiro pelo Decreto Legislativo nº 27, de 26 de maio de 1992.

³¹ No original: “192. El artículo 25.1 de la Convención establece la obligación de los Estados de garantizar a todas las personas bajo su jurisdicción un recurso judicial efectivo contra actos violatorios de sus derechos fundamentales¹³⁶. No basta con la existencia formal de los recursos,



direitos humanos, ou seus familiares, devem contar com amplas possibilidades de serem ouvidos e atuar nos respectivos processos, tanto na procura do esclarecimento dos fatos e da punição dos responsáveis, quanto em busca da devida reparação³².

A *ratio decidendi* da Corte Interamericana é de todo pertinente, pois traz a concepção de que os meios efetivos de acesso à justiça, aí incluída a devida apuração dos fatos, são franqueados não apenas aos acusados, como também às vítimas.

Se a lei permite que apenas o réu use um meio de prova (a gravação de diálogos), obviamente ela olvida que os ofendidos também têm direito ao acesso efetivo à jurisdição e ao devido processo legal, já que lhes dificulta a apuração da verdade, norte do processo.

A tutela da intimidade e da honra do acusado acaba por amesquinhar os direitos dos ofendidos. Ou seja, a calibragem entre os princípios em tese contrapostos não se mostra precisa, já que o pêndulo do agir estatal se inclina em favor exclusivo dos réus, desprezando os que foram lesados. A medida, enfim, é desproporcional, no sentido estrito.

Algumas considerações de ordem empírica confirmam a inconstitucionalidade da norma, pois demonstram, no plano ontológico, as alegações abstratas componentes da fundamentação acima.

As gravações realizadas por interlocutores, sem o consentimento da contraparte na cena ou no diálogo, têm sido provas eficazes do cometimento crimes graves, destacadamente contra a administração pública e no ambiente doméstico.

No julgamento do RHC 59542/PE, a Sexta Turma do Superior Tribunal de Justiça validou o uso de gravação de conversa feita por secretário municipal, na qual vereadores haviam solicitado vantagem financeira para que aprovassem iniciativas legislativas do Poder Executivo.

No Resp 1113734/SP, a Sexta Turma também reconheceu a licitude de gravação feita por vítima de coação no curso do processo. Na ocasião, a gravação era de ameaça de demissão a empregada arrolada como testemunha em reclamatória trabalhista.

No campo da violência doméstica, os exemplos são ainda mais impactantes.

sino que éstos deben ser efectivos, es decir, deben ser capaces de producir resultados o respuestas a las violaciones de derechos contemplados en la Convención”. Disponível em: https://www.corteidh.or.cr/docs/casos/articulos/Seriec_149_esp.pdf

³² No original: “De éste, se desprende que las víctimas de las violaciones de los derechos humanos, o sus familiares, deben contar con amplias posibilidades de ser oídos y actuar en los respectivos procesos, tanto en procura del esclarecimiento de los hechos y del castigo de los responsables, como en busca de una debida reparación”.



A propósito, registra-se que a Associação Nacional de Membros do Ministério Público – CONAMP ajuizou a ação direta de inconstitucionalidade n. 6919, em face do §4º, art. 8º-A, da Lei n. 9.296/96³³⁻³⁴ e, na petição inicial, foram apresentados dados estatísticos cuja reprodução vem a calhar. Observe-se:

“Tome-se como exemplo o recente Caso Menino Henry, os diuturnos episódios de violência doméstica contra a mulher e muitos outros delitos praticados no interior da casa. A leitura do § 4º admite a interpretação **inconstitucional** de que eventual captação ambiental feita **pela própria vítima apenas poderia ser utilizada exclusivamente em matéria de defesa**.

Os dados a seguir evidenciam que a casa, inviolável como seja, infelizmente abriga a grande maioria dos delitos de estupro cometidos contra crianças e adolescentes. Nesses e em muitos outros casos, é extremamente equivocado impedir que a vítima possa fazer uso de um dos poucos meios de prova ao seu alcance, o qual, inclusive, é considerado **lícito** por esta Suprema Corte.

Ao analisar 127.585 ocorrências de estupro e estupro de vulnerável nos anos de 2017 e 2018, o Fórum Brasileiro de Segurança Pública buscou identificar o **perfil** da população submetida a tais delitos. Verificou-se que **63,8%** dos casos de estupro são cometidos contra **vulneráveis**. Ampliando a análise até 17 anos de idade, notou-se **71,8%** de registros de estupro nessa faixa etária. O ápice da violência sexual sofrida por meninas se dá aos 13 anos; por meninos, aos 7 anos de idade. (fonte: Anuário Brasileiro de Segurança Pública - www.forumseguranca.org.br/wpcontent/uploads/2019/10/Anuario-2019-FINAL_21.10.19.pdf)

[...]

Crimes como estupro de vulnerável (art. 217 do CP) ou de redução à condição análoga a de escravo, por exemplo, de extrema gravidade e em algumas situações praticados também no ambiente doméstico teriam a investigação e instrução privadas do uso potencial da medida.”

É emblemático o julgamento do HC 578058/SP, pela Sexta Turma do Superior Tribunal de Justiça, que declarou lícita a “prova produzida pela genitora da menor vítima de crime sexual, consistente em gravação audio/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”³⁵.

Aplicando-se a regra do §4º, art. 8º-A, da Lei n. 9.296/96 a casos como esses, vedada estaria a utilização de gravações feitas por um dos interlocutores. Se é demasiado supor que

³³ Dentre outros normativos.

³⁴ O Min. Nunes Marques, relator da ADI 6919, atribuiu ao feito rito abreviado (Lei n. 9.868/99, art. 12). Com as informações prestadas pelos Poderes Executivo e Legislativo, manifestação da Advocacia-Geral da União e da Procuradoria-Geral da República sobre o *meritum causae*, os autos se encontram conclusos com o relator, desde 25/02/2022.

³⁵ STJ, HC 578058/SP, Rel. Min. **Nefi Cordeiro**, Sexta Turma, julgado em 8/9/2020.



os autores restariam impunes, há certeza de que a apuração dos delitos seria muito mais difícil diante da objeção imposta pela nova regra.

A gravação produzida pelo autor da ação penal pode inclusive ser benéfica ao réu. Tenha-se em mente hipótese de violência doméstica, em que se costuma atribuir credibilidade à palavra da vítima. Uma eventual gravação forneceria bases mais sólidas para que o Judiciário resolvesse o conflito, já que a captação da imagem e do som reproduz os acontecimentos, sem a inevitável contaminação que caracteriza a narrativa humana.

Daí que a efetividade do sistema de justiça é seriamente comprometida pela exclusão de meio de prova promovida pelo §4º, art. 8º-A, da Lei n. 9.296/96, consectário que atesta a **inconstitucionalidade** do referido preceito, por transgressão aos princípios do acesso à jurisdição, do devido processo legal e da proporcionalidade, inculpidos nos arts. 1º e 5º, incisos XXXV e LIV, da Carta Republicana.

Sem embargo, porque, como antecipado, o §4º, art. 8º-A, da Lei n. 9.296/96, já fora impugnado na ADI n. 6919, e o controle abstrato de constitucionalidade opera com causa de pedir aberta, conclui-se pelo arquivamento do presente procedimento³⁶.

2.1.3. Subsidiariamente: atribuição de interpretação conforme a Constituição.

Ainda em viés subsidiário, acaso se admita a exegese pela qual o § 4º, art. 8º-A, da Lei n. 9.296/96, veicula norma no sentido da vedação do uso da gravação ambiental em favor da acusação – e na remota hipótese de entender-se legítima tal restrição³⁷ –, o preceito legal reivindica interpretação conforme a Constituição.

Isso porque, como visto³⁸, é da jurisprudência majoritária tanto do Supremo Tribunal Federal, quanto do Superior Tribunal de Justiça que a gravação realizada por um dos interlocutores não vulnera direito fundamental à intimidade da pessoa gravada. Caso entendesse em sentido contrário, faria interpretação direta da Constituição, vedando essa prova, independentemente da interposição legislativa.

Aliás, essa também a posição da jurisprudência espanhola, seja a do seu Tribunal Constitucional, seja do seu Tribunal Supremo, pois como explica BELLIDO PENADÉS:

“(…) efectivamente existe una consolidada jurisprudencia, tanto del Tribunal Constitucional, como de la Sala Segunda del Tribunal Supremo, que mantiene que la

³⁶ Sem prejuízo da cientificação da CONAMP e da Procuradoria-Geral da República.

³⁷ Superados, pois, os vícios de inconstitucionalidade que sugerem sua nulidade – cf. item 2.1.2.

³⁸ cf. item 2.1.1.



grabación por un particular de sus propias conversaciones, telefónica o presencial, no supone una vulneración del derecho al secreto de las comunicaciones (art. 18. 3 CE). Sin embargo, como antes se expuso, la grabación de las declaraciones inculpativas del investigado sometido a coacción o presión por la autoridad o policía y, en su caso, por los particulares que son utilizados por la autoridad como agentes o colaboradores suyos, puede llegar a producir una vulneración del derecho a no confesarse culpable y a no declarar contra sí mismo.”³⁹

Nessa esteira, o Tribunal Supremo espanhol consigna o seguinte sobre o tema, no STS 45/2014, de 7 de fevereiro:

“Una cosa es almacenar en un archivo de sonido las conversaciones que pueden servir de prueba de la autoría del hecho que se va a cometer o que se está cometiendo durante el desarrollo de la grabación y otra bien distinta es la grabación de un testimonio del que resulta la confesión de la autoría de un hecho ya perpetrado tiempo atrás. En el primero de los casos, no se incorpora a la grabación el reconocimiento del hecho, sino las manifestaciones en que consiste el hecho mismo o que facilitan la prueba de su comisión. En el segundo, lo que existe es la aceptación de la propia autoría respecto del hecho delictivo ya cometido, lo que, en determinados casos, a la vista de las circunstancias que hayan presidido la grabación, podría generar puntos de fricción con el derecho a no confesarse culpable, con la consiguiente degradación de su significado como elemento de prueba y la reducción de su valor al de simple noticia criminis, necesitada de otras pruebas a lo largo del proceso.

Las conversaciones que se registraron – (...) fueron previas o coetáneas a la comisión del delito de cohecho, pues no debe olvidarse que la mera proposición u ofrecimiento de la dádiva supone la consumación del delito.”

Não se olvida que existem autores e sistemas penais que adotam postura no sentido de que a gravação ambiental entre um dos interlocutores vulnera o direito à intimidade, mais

³⁹ BELLIDO PENADÉS. Rafael. **La captación de comunicaciones orales directas y de imágenes y su uso en el proceso penal (propuestas de reforma)**. Valencia: Tirant lo Blanch, 2020, pp. 78-79. NIEVA FENOLL esclarece que na jurisprudência espanhola: “Por lo general, se acepta que cuando una persona dialoga con otra, cualquiera de los dos puede grabar legítimamente la conversación, incluso sin advertir de ello al interlocutor y, por tanto, utilizarla posteriormente como prueba, salvo que sea un agente de la autoridad, obviamente. El motivo de fondo sería que una vez que alguien cuenta algo a otra persona, no puede esperar que ésta se comporte como un confesor, haciendo con ello buena la máxima de que el secreto que se cuenta deja de serlo. Con independencia de la falta de elegancia que pueda desprenderse de esta afirmación en algunas situaciones —no en todas—, ésta es la orientación jurisprudencial generalizada, sobre todo teniendo en cuenta que no se reconoce derecho a confidencialidad alguna cuando los propósitos del sigilo son delictivos.” (NIEVA FENOLL, Jordi. **Derecho Procesal III, Proceso Penal**. Valencia: Tirant lo Blanch, 2022, p. 231). E conclui depois de analisar outros casos jurisprudenciais: “(...) es siempre legítima la grabación realizada por la víctima espontánea —no inducida— del delito. Lógicamente, en coherencia con las exigencias anteriormente citadas, el delito debería ser —muy— grave y justificarse que sólo de ese modo se podía acceder a la información de los hechos delictivos. Pero ni la ley ni la jurisprudencia lo han dispuesto de este modo.” (*Ibidem*, p. 232).



especificamente o **direito à palavra falada**, da pessoa gravada sem seu consentimento⁴⁰.

Sem embargo, mesmo no âmbito alemão, por exemplo, em que há a criminalização da gravação não consentida (§201 do Código Penal alemão), a doutrina se posiciona no sentido da **ausência de ilicitude da prova**: (i) quando a palavra gravada represente **agressão** a bens jurídicos da vítima, como no grupo de casos de chantagem (*Erpressungskonstellationen*), ameaça, roubo e extorsão mediante sequestro, uma vez que a gravação consubstanciaria **legítima defesa** da pessoa agredida; e (ii) quando a palavra gravada represente **perigo** para outros bens jurídicos, caso em que a gravação consubstanciaria **estado de necessidade**, exercido pela pessoa que presenciou **risco à bem jurídico próprio ou de terceiros**. Nesses casos, na **ponderação** entre os bens jurídicos em jogo, o interesse da pessoa atacada geralmente supera o interesse da intimidade da pessoa gravada⁴¹.

⁴⁰ Sobre o tema, cf.: MARTINS, Charles; ÁVILA, Thiago Pierobom de. **A gravação ambiental feita pela vítima de crime**: análise da continuidade de sua licitude após a Lei n. 13.964/2019. Revista Brasileira de Direito Processual Penal, vol. 8, n. 2, p. 967-1005, mai./ago. 2022. <https://doi.org/10.22197/rbdpp.v8i2.696>, pp. 974 e ss. COSTA ANDRADE, Manuel. **Sobre a proibição de provas no processo penal**. Coimbra: Coimbra Editora, 1992, pp. 242 e ss. Na Alemanha existe um tipo penal que incrimina a conduta de gravar conversa privada do interlocutor sem o seu conhecimento (§201). O bem jurídico protegido seria algo como a expressividade da palavra falada privada (“unbefangtheit des nichtöffentlich gesprochenen wortes”). Cf.: KARGL, Walter. Nomos-Kommentar zum Strafgesetzbuch. § 201. KINDHÄUSER, Urs; NEUMANN, Ulfrid; PAEFFGEN, Hans-Ulrich Ulfrid (org.). Baden-Baden: Nomos-Verl.-Ges., 2010, p. 452. ARZT, WEBER, HEINRICH, HILGENDORF defendem que o bem jurídico protegido não é a confidencialidade da palavra, como consta no *nomen iuris* do tipo penal, mas sim a proteção da palavra falada e privada, contra o acesso não autorizado. ARZT, Gunther; WEBER, Ulrich; HEINRICH, Bernd; HILGENDORF, Eric. Strafrecht, Besonderer Teil, Lehrbuch. 4. ed. Bielefeld: Gieseking, 2021, p. 200.

⁴¹ KARGL, Walter. Nomos-Kommentar zum Strafgesetzbuch. § 201. KINDHÄUSER, Urs; NEUMANN, Ulfrid; PAEFFGEN, Hans-Ulrich Ulfrid (org.). Baden-Baden: Nomos-Verl.-Ges., 2010, p. 452. Assim, é a doutrina e jurisprudência alemã em geral, conforme explica COSTA ANDRADE: “No que à jurisprudência concerne, não será difícil referenciar a presença desta concepção nas considerações expendidas pelo BGH germânico logo nas já citadas e clássicas decisões dos inícios dos anos sessenta sobre o caso do gravador e o primeiro caso do diário. Na fundamentação da decisão sobre o caso do gravador e depois de assinalados os limites iminentes e constitucionais ao exercício dos direitos fundamentais, sustenta-se que ‘também o direito à palavra falada vale apenas naqueles limites. **Quem os ultrapassa ilicitamente renuncia ao domínio exclusivo sobre a sua palavra**’. As coisas são ainda mais óbvias na impressiva e já recordada formulação do primeiro caso do diário: **‘O que se tutela com os direitos fundamentais é o desenvolvimento da personalidade e não a sua degradação**’. A nível doutrinal esta impostação veio a colher o aplauso de vozes como a de NEUMANN-DUESBERG. Segundo este autor, **a vítima de um crime de Extorsão pode, legitimamente, registrar em gravador as ameaças proferidas pelo agente em ordem a obter a sua condenação**. Pois, argumenta, o autor da Extorsão faz caducar (verwirkt) a protecção sobre a palavra falada que lhe é assegurada pelos artigos 1.º e 2.º, 1, da Lei Fundamental» (101). Na mesma linha e prestando igual e expressa homenagem à ideia de caducidade considera SCHMITT: **«Quem, abusivamente, se serve da linguagem para realizar uma conduta típica e ilícita faz caducar (verwirkt) a tutela da sua personalidade em termos tais que já não pode ser defendido contra a gravação secreta daquelas mesmas declarações**’. Movendo-se no mesmo horizonte político-criminal, procura BAUMANN dar às



Essa conclusão é correta⁴² e em consonância, também, com nosso sistema jurídico, especialmente em virtude de uma interpretação derivada dos fundamentos do disposto nos artigos 24 (estado de necessidade) e 25 (legítima defesa) do Código Penal.

Isso porque, é inadmissível que um sistema jurídico faça prevalecer a intimidade de um agressor em prejuízo de pessoa inocente, agredida ou em perigo. Tal postura violaria os fundamentos da necessidade de proteção contra perigos e da prevalência do direito, que justificam as referidas causas de exclusão de antijuridicidade. Esse desamparo à vítima ou às pessoas com bens jurídicos em perigo substanciaria postura arbitrária e nitidamente violadora do princípio constitucional da **proporcionalidade** (CR, art. 5º, LIV).

Tal postura afrontaria, também, o preconizado pela Corte Interamericana de Direitos Humanos, que impõe aos Estados o dever de proteção dos seus bens jurídicos, especialmente quando vinculados a graves violações de direitos humanos:

“166. La segunda obligación de los Estados Partes es la de "garantizar" el libre y pleno ejercicio de los derechos reconocidos en la Convención a toda persona sujeta a su jurisdicción. Esta obligación implica el deber de los Estados Partes de organizar todo el aparato gubernamental y, en general, todas las estructuras a través de las cuales se manifiesta el ejercicio del poder público, de manera tal que sean capaces de asegurar jurídicamente el libre y pleno ejercicio de los derechos humanos. Como consecuencia de esta obligación los Estados deben prevenir, investigar y sancionar toda violación de los derechos reconocidos por la Convención y procurar, además, el restablecimiento, si es posible, del derecho conculcado y, en su caso, la reparación de los daños producidos por la violación de los derechos humanos.

(...)

174. El Estado está en el deber jurídico de prevenir, razonablemente, las violaciones de los derechos humanos, de investigar seriamente con los medios a su alcance las violaciones que se hayan cometido dentro del ámbito de su jurisdicción a fin de identificar a los responsables, de imponerles las sanciones pertinentes y de asegurar a la víctima una adecuada reparación

(...)

175. El deber de prevención abarca todas aquellas **medidas de carácter jurídico**, político, administrativo y cultural **que promuevan la salvaguarda de los derechos humanos y que aseguren que las eventuales violaciones a los mismos sean efectivamente consideradas y tratadas como un hecho ilícito que, como tal, es susceptible de acarrear sanciones para quien las cometa**, así como la obligación de indemnizar a las víctimas por sus

soluções uma arrumação mais sistemática. Assim, e reportando-se concretamente à **hipótese de gravação das ameaças proferidas em caso de extorsão**, BAUMANN critica a tese da legítima defesa, que vinha sendo sustentada, entre outros, por WELZEL. A esta construção contrapõe BAUMANN, em nome do que considera uma ‘melhor fundamentação’, a **solução de exclusão da tipicidade**: ‘nenhuma confidencialidade da palavra = nenhuma tipicidade.’ (COSTA ANDRADE, Manuel. **Sobre a proibição de provas no processo penal**. Coimbra: Coimbra Editora, 1992, pp. 256-257).

⁴² Ainda que se possa, aqui ou ali, discordar-se dos fundamentos. Mas é inafastável a conclusão de que a gravação dessas agressões não pode ser considerada ilícita.



consecuencias perjudiciales.”⁴³

Desse modo, mesmo reconhecendo-se que gravação de interlocutor não consentida vulnera a intimidade ou o direito à palavra falada, eventual restrição a essa possibilidade deve ser **interpretada de acordo com a Constituição**, para o fim de **afastar a proibição** quando a pessoa esteja sendo vítima espontânea (não provocada) de um delito, pois, como afirma NIEVA JORDI, ao comentar sobre o tema:

“la víctima es un sujeto procesal cuya prueba es extremadamente complicada considerando el peso de la presunción de inocencia en el proceso penal. La única forma de compensar la balanza y, a la postre, de perseguir algunos hechos delictivos completamente clandestinos descubriendo la realidad de lo sucedido, es justamente a través de esas grabaciones.”⁴⁴

À mesma conclusão sobre a legislação brasileira em comento, chegam MARTINS e ÁVILA:

“Com essas derradeiras e breves considerações sobre a atual hermenêutica dos direitos humanos da vítima de crime, encaminhamo-nos para a conclusão de que a exegese do novo art. 8º-A, § 4º, da Lei n. 9.296/1996, exige uma interpretação conforme à Constituição, para se entender que a locução ‘em matéria de defesa’ deve ser interpretada como ‘em matéria de defesa de direitos fundamentais’. Ou seja, abrange tanto a defesa daquele que é injustamente acusado da prática de um crime, da mesma forma que permite a legítima defesa probatória da vítima de investidas criminosas. Isso porque a eventual interpretação que viesse a excluir a possibilidade de a vítima de crime se defender seria claramente inconstitucional, por determinar de antemão o sacrifício dos direitos fundamentais do inocente, e criminógena, por proteger e incentivar quem se esconde atrás das garantias fundamentais para abusivamente praticar crime.”⁴⁵

Portanto, caso se entenda que o § 4º, art. 8º-A, da Lei n. 9.296/96, não constitui mera norma explicativa (cf. item 2.1.1), mas sim uma norma restritiva, que veda à acusação valer-se de gravação de interlocutores feita sem o prévio conhecimento da autoridade policial ou do Ministério Público (e acaso superada a inconstitucionalidade aventada no item 2.1.2), é de rigor que se atribua ao normativo **interpretação conforme a Constituição**, com base no princípio da proporcionalidade (CR, art. 5º, LIV), para que sejam admitidas como **lícitas** as

⁴³ Corte IDH. Caso Velásquez Rodríguez Vs. Honduras. Fondo. Sentencia de 29 de julio de 1988. Serie C n. 4, § 166.

⁴⁴ NIEVA FENOLL, Jordi. **Derecho Procesal III, Proceso Penal**. Valencia: Tirant lo Blanch, 2022, p. 232.

⁴⁵ Sobre o tema, cf.: MARTINS, Charles; ÁVILA, Thiago Pierobom de. **A gravação ambiental feita pela vítima de crime**: análise da continuidade de sua licitude após a Lei n. 13.964/2019. Revista Brasileira de Direito Processual Penal, vol. 8, n. 2, p. 967-1005, mai./ago. 2022. <https://doi.org/10.22197/rbdpp.v8i2.696>, pp. 995-996.



gravações em que a fala constitua agressão ou perigo a bens jurídicos alheios, diante da existência, respectivamente, de legítima defesa ou estado de necessidade.

2.2. DA SUPOSTA INCONSTITUCIONALIDADE DO ART. 8º-A, § 2º DA LEI N. 9.296/96:

O CAOP Criminal também aponta eventual inconstitucionalidade do art. 8º-A, § 2º, da Lei n. 9.296/96⁴⁶, cujo teor é o seguinte:

Art. 8º-A. Para investigação ou instrução criminal, poderá ser autorizada pelo juiz, a requerimento da autoridade policial ou do Ministério Público, a captação ambiental de sinais eletromagnéticos, ópticos ou acústicos, quando:

(...)

§ 2º A instalação do dispositivo de captação ambiental poderá ser realizada, quando necessária, por meio de operação policial disfarçada ou no período noturno, exceto na casa, nos termos do inciso XI do *caput* do art. 5º da Constituição Federal.

Aventa-se a inconstitucionalidade do normativo, ao fundamento de que:

“Em relação ao § 2º a principal inovação é a vedação de instalação de dispositivo de captação ambiental quando o local da captação for uma casa. Sobre o tema pode-se cogitar duas leituras;

(a.1) A primeira, no sentido de que a vedação de instalação do dispositivo na casa só se daria quando a instalação fosse realizada no período noturno, já que o próprio dispositivo legal remete ao art. 5º, inciso XI, CR, que por sua vez veda o ingresso em domicílio no período noturno para o cumprimento de decisões judiciais;

(a.2) a segunda, entendendo que a vedação de instalação do dispositivo se daria independentemente do horário de diligência.” (p. 19)

Sobre o tema, Renato Brasileiro expõe que:

“De sua leitura [§ 2º do art. 8º-A, da Lei n. 9.296/96] já se pode vislumbrar o surgimento de pelo menos 3 correntes diversas, quais sejam:

1. Impossibilidade de instalação de dispositivos de captação ambiental no interior da casa, inclusive durante o dia:⁴⁷ uma primeira corrente certamente trabalhará com a tese de que a ressalva constante do §2º do art. 8º-A – exceto na casa – deverá abranger toda e qualquer instalação de dispositivos de captações ambientais, sejam aquelas realizadas por meio de operação policial disfarçada, sejam aquelas realizadas no período noturno. Cuidase, pois, de vedação peremptória inserida pelo legislador de modo a tutelar não apenas a inviolabilidade domiciliar, mas também a intimidade e a vida privada dos cidadãos;
2. Possibilidade de instalação de dispositivos de captação ambiental no interior da casa,

⁴⁶ Incluído pela Lei n. 13.964/2019.

⁴⁷ Nesse sentido, a interpretação sugerida no item (a.2) do estudo que instrui a representação do CAOP Criminal, conforme acima transcrito.



exclusivamente durante o dia:⁴⁸ o direito deve ser interpretado de maneira inteligente, não de modo que a ordem legal envolva um absurdo, conclusões inconsistentes ou impossíveis. Como nos lembra Carlos Maximiliano, 'prefira-se a inteligência dos textos que torne viável o seu objetivo, ao invés da que os reduza à inutilidade'. Ora, não há nenhuma lógica em se imaginar que a Lei n. 13.964/19 teria enfim promovido a sistematização da interceptação ambiental no art. 8º-A da Lei n. 9.296/96, vedando-a, todavia, justamente nas hipóteses em que a instalação dos dispositivos de captação mediante prévia autorização judicial tivesse que ser feita no interior de uma casa, sob pena de completo esvaziamento da eficácia e da própria utilidade desse importante meio de obtenção de prova, dado o conceito amplo de 'casa' conferido pela doutrina e pela jurisprudência, a abranger não apenas qualquer compartimento habitado (v.g., casa de campo ou de praia ocupada esporadicamente), aposento ocupado de habitação coletiva (v.g., quarto de hotel ou motel), mas também qualquer compartimento não aberto ao público onde alguém exerce profissão ou atividade (v.g., consultório médico), nos termos do art. 150, §4º, do Código Penal. A instalação dos dispositivos eletrônicos no interior da casa, todavia, jamais poderia ser executada no período noturno, leia-se, entre as 21h (vinte e uma horas) e 5h (cinco) horas, conforme previsto no art. 22, §1º, inciso III, da nova Lei de Abuso de Autoridade (Lei n. 13.869/19), já que a Constituição Federal é clara ao dispor que o ingresso em domicílio mediante prévia autorização judicial é cabível exclusivamente durante o dia. Daí, aliás, a própria justificativa para o fato de a parte final do §2º fazer menção explícita ao inciso XI do art. 5º da Constituição Federal. Logo, a ressalva constante do §2º do art. 8º-A da Lei n. 9.296/96 – exceto na casa – refere-se exclusivamente ao período noturno, do que se infere que é possível a instalação de dispositivo de captação ambiental no interior de domicílio alheio durante o dia por meio de operação policial disfarçada, aqui compreendida não como uma espécie de infiltração policial (Lei n. 12.850/13, arts. 10 a 14), mas sim como uma operação policial não ostensiva, executada de maneira discreta de modo a não levantar qualquer suspeita por parte dos moradores acerca da verdadeira finalidade da presença das autoridades policiais naquela casa;

3. Possibilidade de instalação de dispositivos de captação ambiental no interior da casa, inclusive no período noturno: em precedente anterior à entrada em vigor do Pacote Anticrime, atinente ao envolvimento de advogado em práticas criminosas, o Supremo Tribunal Federal concluiu, com esteio no princípio da proporcionalidade, que, em situações excepcionais, há de se admitir a possibilidade da denominada exploração de local, de modo a permitir a instalação de dispositivos eletrônicos no interior da casa – in casu, em um escritório de advocacia –, mediante prévia autorização judicial, inclusive durante o período noturno, eis que nem sempre é possível a execução dessas diligências durante o dia, dado o sigilo indispensável à própria eficácia desse meio de obtenção de prova. A propósito, confira-se: '(...) PROVA. Criminal. Escuta ambiental e exploração de local. Captação de sinais óticos e acústicos. Escritório de advocacia. Ingresso da autoridade policial, no período noturno, para instalação de equipamento. Medidas autorizadas por decisão judicial. Invasão de domicílio. Não caracterização. Suspeita grave da prática de crime por advogado, no escritório, sob pretexto de exercício da profissão. Situação não acobertada pela inviolabilidade constitucional. Inteligência do art. 5º, X e XI, da CF, art. 150, § 4º, III, do CP, e art. 7º, II, da Lei nº 8.906/94. (...) Não opera a inviolabilidade do escritório de advocacia, quando o próprio advogado seja suspeito da prática de crime, sobretudo concebido e consumado no âmbito desse local de trabalho, sob pretexto de exercício da profissão'. Resta saber, então, se esse entendimento jurisprudencial firmado com base no princípio da proporcionalidade – vedação da proteção deficiente – será

⁴⁸ Nesse sentido, a interpretação sugerida no item (a.1) do estudo que instrui a representação do CAOP Criminal, conforme acima transcrito.



mantido ou não pela Suprema Corte, a despeito do novel dispositivo acrescentado à Lei n. 9.296/96, sobretudo se considerarmos que é praticamente impossível levar adiante a instalação de dispositivos de captação ambiental de maneira sigilosa no interior da casa durante o dia, sem que seus moradores tomem conhecimento da execução da medida, o que, na prática, acabará por esvaziar a própria eficácia da interceptação ambiental. Como bem percebido pela Corte Suprema no julgamento supramencionado, ‘tais medidas não poderiam jamais ser realizadas com publicidade alguma, sob pena de intuitiva frustração, o que ocorreria caso fossem praticadas durante o dia, mediante apresentação de mandado judicial’.”⁴⁹

Em leitura que prestigia a presunção de constitucionalidade dos atos normativos, tem-se que o legislador somente restringiu o momento da instalação, que deve ser realizada durante o dia. No particular, extrai-se do dispositivo legal que: a captação ambiental judicialmente autorizada pode ser concretizada por meio de operação policial disfarçada; essa operação pode ser realizada durante o dia ou à noite, **salvo quando for realizada na casa** – é dizer, em casa, nunca poderá ser realizada a operação de inclusão dos aparelhos de gravação durante a noite.

Nesses termos, o dispositivo está de acordo com o preconizado no art. 5º, inciso XI, da Constituição da República, e não se cogita de inconstitucionalidade.

Sem embargo, porque a literalidade do § 2º, art. 8º-A, da Lei n. 9.296/96, comporta interpretações outras, com conotação mais expansiva,⁵⁰ em detrimento da própria medida de investigação por ele disciplinada, espaço há para a deflagração do controle de constitucionalidade, com a possibilidade de conformar referido preceito à interpretação que se revela legítima, nos termos acima, ou de extirpar aquelas interpretações incompatíveis com a ordem constitucional. A propósito, assim requereu a CONAMP na ADI n. 6919⁵¹, por ela ajuizada perante o e. STF.

Então, seja porque o normativo em questão comporta interpretação legítima, cuja afirmação se opera no campo da constitucionalidade, seja porque, em abstrato, referido preceito (também) já constitui objeto de impugnação, despiendo eventual encaminhamento aos legitimados do art. 103, da Constituição Federal; caso é de arquivamento do presente procedimento.

⁴⁹ LIMA, Renato Brasileiro de. **Manual de Processo Penal**. 11ª ed. São Paulo: Juspodivm, 2022, pp. 744-745.

⁵⁰ Como apontado na representação do CAOP Criminal e no excerto doutrinário acima transcrito.

⁵¹ Precisamente, pleiteou a declaração de nulidade do normativo ou, **sucessivamente**, a declaração de nulidade sem redução do texto, ou atribuição de interpretação conforme a Constituição.



2.3. DA SUPOSTA INCONSTITUCIONALIDADE DO ART. 141, § 2º DO CÓDIGO PENAL:

O art. 141, § 2º do Código Penal⁵² tem a seguinte redação:

Art. 141 - As penas cominadas neste Capítulo aumentam-se de um terço, se qualquer dos crimes é cometido:

(...)

§ 2º Se o crime é cometido ou divulgado em quaisquer modalidades das redes sociais da rede mundial de computadores, aplica-se em triplo a pena.

A inconstitucionalidade do referido dispositivo decorreria, segundo o CAOP Criminal, de eventual violação ao princípio da proporcionalidade, em sua vertente de proibição do excesso.

Muito embora se possa criticar a opção político-criminal do legislador ao prever tal graduação de punição, é certo que o Supremo Tribunal Federal tem posição clara no sentido de que haveria inconstitucionalidade somente quando a desproporção da pena fosse “gritante”:

“Direito constitucional e penal. Recurso extraordinário. Importação de medicamentos sem registro sanitário (CP, art. 273, 273, § 1º-B, I, do Código Penal). Inconstitucionalidade da pena abstratamente prevista. 1. O art. 273, § 1º-B, do CP, incluído após o ‘escândalo das pílulas de farinha’, prevê pena de dez a quinze anos de reclusão para quem importar medicamento sem registro no órgão de vigilância sanitária competente. 2. Como decorrência da vedação de penas cruéis e dos princípios da dignidade humana, da igualdade, da individualização da pena e da proporcionalidade, a severidade da sanção deve ser proporcional à gravidade do delito. 3. **O estabelecimento dos marcos penais adequados a cada delito é tarefa que envolve complexas análises técnicas e político-criminais que, como regra, competem ao Poder Legislativo. Porém, em casos de gritante desproporcionalidade, e somente nestes casos, justifica-se a intervenção do Poder Judiciário, para garantir uma sistematicidade mínima do direito penal, de modo que não existam (i) penas exageradamente graves para infrações menos relevantes, quando comparadas com outras claramente mais reprováveis, ou (ii) a previsão da aplicação da mesma pena para infrações com graus de lesividade evidentemente diversos.** 4. A desproporcionalidade da pena prevista para o delito do art. 273, § 1º-B, do CP, salta aos olhos. A norma pune o comércio de medicamentos sem registro administrativo do mesmo modo que a falsificação desses remédios (CP, art. 273, *caput*), e mais severamente do que o tráfico de drogas (Lei nº 11.343/2006, art. 33), o estupro de vulnerável (CP, art. 217-A), a extorsão mediante sequestro (CP, art. 159) e a tortura seguida de morte (Lei nº 9.455/1997, art. 1º, § 3º). 5. Mesmo a punição do delito previsto no art. 273, § 1º-B, do CP com as penas cominadas para o tráfico de drogas, conforme propugnado por alguns Tribunais e juízes, mostra-se inadequada, porque a equiparação mantém, embora em menor intensidade, a desproporcionalidade. 6. Para a punição da conduta do art. 273, § 1º-B, do CP, sequer seria necessária, a meu ver, a aplicação analógica de qualquer norma, já que, com o reconhecimento da sua inconstitucionalidade, haveria incidência imediata do tipo penal do contrabando às situações por ele abrangidas. 7. A maioria do Plenário, contudo, entendeu que, como decorrência automática da declaração de

⁵² Incluído pela Lei n. 13.964/2019, no Capítulo V do Código Penal (dos crimes contra a honra).



inconstitucionalidade do preceito secundário do art. 273, § 1º-B, I, deve incidir o efeito repristinatório sobre o preceito secundário do art. 273, *caput*, na redação original do Código Penal, que previa pena de 1 a 3 anos de reclusão. 8. Recurso do Ministério Público Federal desprovido. Recurso de Paulo Roberto Pereira parcialmente provido. Tese de julgamento: É inconstitucional a aplicação do preceito secundário do art. 273 do Código Penal à hipótese prevista no seu § 1º-B, I, que versa sobre a importação de medicamento sem registro no órgão de vigilância sanitária. Para esta situação específica, fica repristinado o preceito secundário do art. 273, na sua redação originária.”⁵³

As penas previstas abstratamente aos crimes contra a honra são as seguintes:

(i) calúnia, detenção, de seis meses a dois anos, e multa (CP, art. 138), cujo **triplo** seria de **um ano e seis meses a seis anos**; **(ii) difamação**, detenção, de três meses a um ano, e multa (CP, art. 139), cujo **triplo** seria de **nove meses a três anos**; e **(iii) injúria**, detenção, de um a seis meses, ou multa (CP, art. 140), cujo **triplo** seria de **três meses a um ano e seis meses**.

Apesar de penas graves e, no caso da calúnia, exagerada na pena máxima, é certo que, em regra, o patamar utilizado como parâmetro para a fixação da pena no Brasil é a mínima, e todos esses delitos permitem, em princípio, a celebração de acordo de não persecução penal (CPP, art. 28-A)⁵⁴, o que enfraquece a conclusão de desproporção inaceitável, razão pela qual não se entende existir inconstitucionalidade, mas apenas uma escolha político-criminal inadequada.

2.4. DA APONTADA INCONSTITUCIONALIDADE FORMAL.

Por derradeiro, o CAOP Criminal sugere a ocorrência de inconstitucionalidade formal, em razão de vícios no processo legislativo que culminou na Lei n. 13.964/2019, notadamente, por suposta inobservância do prazo para apreciação do veto apostado pelo Presidente da República, e da necessária realização de sessão conjunta para rejeição do veto n. 56/2019, importando afronta ao art. 66, §4º da Carta Republicana.

Pois bem. É cediço que “as normas que disciplinam o processo constitucional de formação das leis não encerram mera formalidade dispensável, [...]. Seu caráter plenamente cogente, no plano jurídico, é conclusão que se chega até pelo princípio da unidade da

⁵³ STF, RE 979962-RG, Rel. Min. **Roberto Barroso**, Tribunal Pleno, julgado em 24/03/2021.

⁵⁴ Código de Processo Penal. “Art. 28-A. Não sendo caso de arquivamento e tendo o investigado confessado formal e circunstancialmente a prática de infração penal sem violência ou grave ameaça e com pena mínima inferior a 4 (quatro) anos, o Ministério Público poderá propor acordo de não persecução penal, desde que necessário e suficiente para reprovação e prevenção do crime, mediante as seguintes condições ajustadas cumulativa e alternativamente: (...)”



Constituição.”⁵⁵

Nada obstante, em relação ao primeiro argumento⁵⁶, ainda que se confirmasse eventual descumprimento do prazo para tramitação do veto, de inconstitucionalidade da norma decorrente não se cogita.⁵⁷

Isso porque, o próprio parâmetro de controle invocado, “art. 66, caput e parágrafos, enuncia modalidades de sanção e veto, demarca elementos e formalidades essenciais e – o que se revela central para o caso em apreço – assina prazos e estatui consequências em hipótese de descumprimento”⁵⁸. Com efeito, a inobservância do prazo de 30 (trinta) dias para apreciação do veto (CR, art. 66, § 4º) não gera invalidade, mas sobrestamento das demais proposições existentes em sessão conjunta do Congresso Nacional (CR, art. 66, § 6º).

Trata-se de consectário expressamente previsto no texto constitucional, *in verbis*:

“Art. 66. A Casa na qual tenha sido concluída a votação enviará o projeto de lei ao Presidente da República, que, aquiescendo, o sancionará.

[...]

§ 4º **O veto será apreciado em sessão conjunta, dentro de trinta dias a contar de seu recebimento**, só podendo ser rejeitado pelo voto da maioria absoluta dos Deputados e Senadores. (Redação dada pela Emenda Constitucional nº 76/2013)

[...]

§ 6º **Esgotado sem deliberação o prazo estabelecido no § 4º, o veto será colocado na ordem do dia da sessão imediata, sobrestadas as demais proposições, até sua votação final.** (Redação dada pela Emenda Constitucional nº 32/2001)”

Daí porque, diferentemente da *intempestividade* do veto⁵⁹, ou do desrespeito ao

⁵⁵ Do voto do Min. Gilmar Mendes. *STF*, ADPF 893, Rel. Min. Cármen Lúcia, Red. p/ acórdão Min. **Roberto Barroso**, Tribunal Pleno, julgado em 21/06/2022.

⁵⁶ Inobservância do prazo para apreciação do veto aposto pelo Presidente da República.

⁵⁷ Nesse sentido, inclusive, posiciona-se o próprio Renato Brasileiro (autor no qual se baseou a representação do CAOP Criminal). Cf.: LIMA, Renato Brasileiro de. **Rejeição de Vetos ao Pacote Anticrime**. Salvador: Juspodivm, 2020, pp. 5-6.

⁵⁸ Do voto do Min. Gilmar Mendes. *STF*, ADPF 893, Rel. Min. Cármen Lúcia, Red. p/ acórdão Min. **Roberto Barroso**, Tribunal Pleno, julgado em 21/06/2022.

⁵⁹ Note-se que o § 3º, do art. 66, da Constituição, preceitua que “decorrido o prazo de quinze dias [para vetar o projeto, conforme art. 66, §1º], o silêncio do Presidente da República importará sanção”. Nessa fase, a consequência do transcurso do prazo “é exatamente a de converter o projeto aprovado pelo Legislativo em lei. Logo, quando o veto foi emitido seu objeto já não existia mais” (SILVA, José Afonso da. **Processo constitucional de formação de leis**. 3ª ed. São Paulo: Malheiros, 2017, p. 363). Nesse sentido, confira-se o entendimento do Supremo Tribunal Federal: “Ementa: DIREITO CONSTITUCIONAL. PROCESSO LEGISLATIVO. ARGUIÇÃO DE DESCUMPRIMENTO DE PRECEITO FUNDAMENTAL. VETO PRESIDENCIAL EXTEMPORÂNEO. [...]. 2. A controvérsia posta nos autos não é sequer a discussão de saber se o veto opera preclusão, e sim se é possível exercer tal poder após a expiração do prazo. A resposta parece ser claramente negativa. Precedentes: ADPFs 714, 715 e 718, Rel. Min. Gilmar Mendes. [...] 4. Ultrapassado o prazo de 15 (quinze) dias do art. 66, § 1º, da



quórum exigido para sua rejeição, o esgotamento do prazo fixado para sua apreciação pelo Congresso Nacional não importa inconstitucionalidade – a consequência, frise-se, é diversa, e de estatura constitucional.

Ad argumentandum, poder-se-ia cogitar de inconstitucionalidade pela votação do veto n. 56/2019 antes da votação de todos os (demais) vetos pretéritos – os quais, pela literalidade do § 6º, do art. 66, deveriam sobrestar as demais proposições, até sua votação final. A questão, no entanto, já foi enfrentada pelo Plenário da Excelsa Corte, que assim asseverou:

“o estrito atendimento das cláusulas constitucionais do devido processo legislativo é pressuposto de validade dos correspondentes atos normativos, a significar que sua inobservância acarreta a inconstitucionalidade formal desses atos e, portanto, a sua nulidade. A procedência dessa afirmação permite concluir que uma rígida e estrita aplicação dos §§ 4º e 6º do art. 66 da Constituição, com eficácia *ex tunc*, não apenas importaria um futuro caótico para a atuação do Congresso Nacional (paralisando qualquer nova deliberação, a não ser a da apreciação, por ordem de vencimento, dos vetos pendentes) como também, o que é ainda mais grave, estenderia um manto de insegurança jurídica sobre todas as deliberações tomadas pelo Congresso Nacional pelo menos nos últimos 13 – treze – anos, desde quando decorreu o prazo para deliberação do mais antigo veto ainda não apreciado, deliberações essas sujeitas a declaração de nulidade por inconstitucionalidade formal. [...]

O que se quer afirmar, em suma, é que, o grave cenário de fato que agora se apresenta em decorrência do reiterado descumprimento do processo legislativo para apreciação de vetos, previsto na Constituição, induz a segura convicção de que, a exemplo do decidido no julgamento da ADI 4.029/DF, também no julgamento definitivo do presente mandado de segurança, o Tribunal – tudo indica – deverá adotar orientação semelhante àquela, ou seja: inobstante venha a declarar a inconstitucionalidade da prática até agora adotada pelo Congresso Nacional no processo legislativo de apreciação de vetos, com recomendação de corrigir para o futuro, o Tribunal haverá de atribuir a essa decisão apenas *eficácia ex nunc*, excluindo de seu comando as deliberações já tomadas, os vetos presidenciais já apreciados e os que já tenham sido apresentados mas estejam pendentes de apreciação no Congresso Nacional.”⁶⁰

Assim, *a priori*, também não sugere necessária nulidade dos normativos a eventual inobservância da ordem cronológica dos vetos.

Constituição, o texto do projeto de lei é, necessariamente, sancionado (art. 66, § 3º), e o poder de veto não pode mais ser exercido. O fato de o veto extemporâneo ter sido mantido na forma do art. 66, § 4º, da Constituição não altera a conclusão pela sua inconstitucionalidade. O ato apreciado pelo Congresso Nacional nem sequer poderia ter sido praticado. 5. Pedido julgado procedente, para declarar a inconstitucionalidade do veto impugnado e, assim, restabelecer a vigência do art. 8º da Lei nº 14.183/2021. Tese de julgamento: ‘O poder de veto previsto no art. 66, § 1º, da Constituição não pode ser exercido após o decurso do prazo constitucional de 15 (quinze) dias.’” (STF, ADPF 893, Rel. Min. Cármen Lúcia, Red. p/ acórdão Min. **Roberto Barroso**, Tribunal Pleno, julgado em 21/06/2022)

⁶⁰ STF, MS 31816 MC-AgR, Rel. Min. Luiz Fux, Red. p/ Acórdão Min. **Teori Zavascki**, Tribunal Pleno, julgado em 27/02/2013. O Mandado de Segurança restou prejudicado, ainda em 2013, ante a perda superveniente do objeto.



Remanesce, pois, nessa ambiência, o enfrentamento do alegado fato de que a sessão que derrubou o respectivo veto não teria sido feita de forma conjunta.

Sem embargo, isso se deu por conta das restrições impostas em decorrência da pandemia de Covid-19, em virtude da incompatibilidade dos sistemas eletrônicos das Casas Legislativas para deliberação remota. *Mutatis mutandis*, decidiu o Pretório Excelso:

“O ato impugnado na presente Ação Direta tratou de viabilizar o trâmite e deliberação de proposições legislativas no curso da pandemia, em vista das ‘recomendações das autoridades sanitárias internacionais de isolamento social’ e considerando que ‘o funcionamento pleno do Parlamento é requisito indispensável, mesmo nas crises e adversidades, da normalidade democrática’.

O desenvolvimento de soluções tecnológicas para a interação não presencial entre os parlamentares, o Sistema de Deliberação Remota – SDR, permitiu a observância das recomendações sanitárias, mas exigiu adaptações em relação ao funcionamento regular dos órgãos legislativos, especialmente em decorrência da dificuldade técnica em estender a deliberação remota ao âmbito das comissões.

Veja-se que a dificuldade prática que se buscava contornar, a inviabilidade de reuniões presenciais com aglomeração de pessoas em ambientes confinados, também era empecilho para a deliberação conjunta das duas Casas em sessão presencial, daí a necessidade de um ato regulamentar que viabilizasse a utilização do mecanismo de deliberação remota no âmbito de cada uma.

[...] é o caso de resgatar o quanto apreciado pelo Plenário da CORTE no julgamento que referendou a medida cautelar nos autos da ADPF 661, entendendo ser constitucionalmente legítimo que, durante a emergência em Saúde Pública decorrente da pandemia da COVID-19, as Medidas Provisórias fossem instruídas perante o Plenário da Câmara dos Deputados e do Senado Federal, autorizada a emissão de parecer, em substituição à Comissão Mista, por parlamentar de cada uma das Casas.

[...] no contexto de uma crise sanitária que impôs sérias restrições ao funcionamento regular de entidades públicas e privadas, inviabilizando atividades presenciais que pudessem contribuir para a disseminação e contágio da população pelo novo coronavírus. Adequar-se a esse cenário, sem prejuízo ao pleno exercício das atribuições constitucionais conferidas ao Parlamento, foi compreendido pela CORTE como uma imposição do princípio da eficiência, que obriga o Poder Público ao exercício de suas competências de forma imparcial, neutra, transparente, participativa, eficaz, sem burocracia e sempre em busca da qualidade, primando pela adoção dos critérios constitucionais, legais e morais necessários para a maior rentabilidade social de suas atividades.

[...] A discussão dos autos consiste em averiguar se a condução das atividades parlamentares no curso da pandemia, nos moldes regulados pelos atos impugnados nas ações em julgamento, constituiria uma adaptação indevida e irrazoável do devido processo legislativo, [...].

As adaptações promovidas pelos órgãos diretivos do Congresso Nacional, por meio da deliberação remota e em ambiente virtual, permitiram a continuidade do funcionamento das Casas Legislativas e o pleno exercício de suas competências constitucionais, como não poderia deixar de ser em um Estado Democrático de Direito. [...] A proposta de adequação interpretativa do Congresso Nacional é razoável e atende ao princípio da eficiência, que se dirige para a razão e fim maior do Estado, a prestação dos serviços públicos e sociais essenciais à população, visando à adoção de todos os meios legais e morais possíveis para satisfação do bem comum.



[...] Dadas as circunstâncias singulares em questão, nas quais todas as instâncias do Poder Público foram obrigadas a transigir em relação ao seu funcionamento normal, impõe-se reconhecer que a solução alcançada pelos órgãos diretivos do Congresso Nacional, nos termos apresentados nos autos e deliberados pela CORTE no julgamento cautelar, é aquela que melhor concilia todos interesses em causa. [...] O julgamento formalizado por este Plenário em sede cautelar, agora revisitado em sede definitiva, reconheceu a legitimidade dos atos das Mesas Diretoras do Congresso Nacional que adaptaram o funcionamento parlamentar ao contexto de restrições práticas ao comparecimento presencial de parlamentares às atividades regulares dos órgãos legislativos. Admitiu-se que essas circunstâncias são fundamento idôneo para a adaptação pretendida – em especial a apreciação de medidas provisórias diretamente no Plenário das Casas – e que tal não importaria em prejuízo ao devido processo legislativo previsto na Constituição.⁶¹

No mais, ainda que se alegue que “a circunstância de se estar diante de uma pandemia, cujo vírus se revelou altamente contagioso, justifica a prudente opção do Congresso Nacional em prosseguir com suas atividades por meio eletrônico. [...] Melhor sorte, todavia, não assiste à deliberação dos vetos pelas duas Casas separadamente, e não em sessão conjunta, como determina a própria Constituição Federal (art. 57, §3º, IV, c/c art. 66, §4º)”⁶²; **fato é que, mesmo nas sessões presenciais, “embora reunidas em sessão conjunta, os votos das duas Casas são tomados separadamente**, a começar pela votação dos deputados, de modo que a maioria absoluta não é do conjunto dos congressistas, mas dos membros de cada uma delas.”⁶³. Assim, sem perder de vista a *ratio* do precedente acima transcrito, a mera circunstância da diferida deliberação pelas Casas⁶⁴ não desnatura a exigida sessão conjunta, pelo que não subsiste a aventada inconstitucionalidade formal, também nesse tanto.

3. CONCLUSÃO:

Diante de todo o exposto, porque não restaram configuradas as sugeridas inconstitucionalidades formal (Lei n. 13.964/2019, processo legislativo) e material (CP, art. 141, §2º), e considerando que já existe ação direta de inconstitucionalidade em curso para debater os §§ 2º e 4º, art. 8º-A, da Lei n. 9.296/96, determina-se o **arquivamento** deste procedimento.

⁶¹ STE, ADI 6751, Rel. Min. **Alexandre de Moraes**, Tribunal Pleno, julgado em 08/09/2021.

⁶² Nesse sentido, assevera Renato Brasileiro em obra doutrinária citada na representação do CAOP Criminal (LIMA, Renato Brasileiro de. **Rejeição de Vetos ao Pacote Anticrime**. Salvador: Juspodivm, 2020, pp. 6-7).

⁶³ SILVA, José Afonso da. **Processo constitucional de formação de leis**. 3ª ed. São Paulo: Malheiros, 2017, p. 225.

⁶⁴ Em consequência, *in casu*, da incompatibilidade dos sistemas de votação remota. Confira-se: <https://www.congressonacional.leg.br/materias/vetos/-/veto/detalhe/12945>



MINISTÉRIO PÚBLICO

do Estado do Paraná

Subprocuradoria-Geral de Justiça para Assuntos Jurídicos

À Secretaria, para que proceda à **cientificação** do **CAOP Criminal**, da **CONAMP** e da **Procuradoria-Geral da República**, por meio eletrônico, com o envio de cópia desta **promoção de arquivamento**⁶⁵; e subsequente encerramento deste procedimento no sistema PRO-MP, com as anotações de praxe.

Curitiba, 08 de dezembro de 2022.

Mauro Sérgio Rocha
Subprocurador-Geral de Justiça
para Assuntos Jurídicos

Rodrigo Leite Ferreira Cabral
Promotor de Justiça
(Assessor de Gabinete)

Gustavo Henrique Rocha de Macedo
Promotor de Justiça
(Assessor de Gabinete)

⁶⁵ Ao Representante, encaminhe-se, ainda, cópia da petição inicial da ADI n. 6919/STF e do respectivo pronunciamento de mérito exarado pela Procuradoria-Geral da República.