

UNIVERSIDADE REGIONAL INTEGRADA DO ALTO URUGUAI E DAS MISSÕES
PRÓ-REITORIA DE ENSINO, PESQUISA E PÓS-GRADUAÇÃO
CÂMPUS DE ERECHIM
DEPARTAMENTO DE CIÊNCIAS SOCIAIS APLICADAS
CURSO DE DIREITO

ANA CAROLINA SOARES LIPNIARSKI

**A CAPTAÇÃO AMBIENTAL CLANDESTINA FEITA POR TERCEIROS EM FAVOR
DA VÍTIMA: Análise de sua (im)possibilidade na jurisprudência brasileira**

ERECHIM
2024

ANA CAROLINA SOARES LIPNIARSKI

**A CAPTAÇÃO AMBIENTAL CLANDESTINA FEITA POR TERCEIROS EM FAVOR
DA VÍTIMA: Análise de sua (im)possibilidade na jurisprudência brasileira**

Trabalho de conclusão de curso, apresentado ao Curso de Direito do Departamento de Ciências Sociais Aplicadas da Universidade Regional Integrada do Alto Uruguai e das Missões (URI) - Erechim/RS, como requisito parcial para obtenção do título de Bacharel em Direito.

Orientador: Professor Mestre Andrey Henrique Andreolla.

ERECHIM

2024

ANA CAROLINA SOARES LIPNIARSKI

**A INTERCEPTAÇÃO AMBIENTAL CLANDESTINA FEITA POR TERCEIROS EM
FAVOR DA VÍTIMA: Análise de sua (im)possibilidade na jurisprudência
brasileira**

Trabalho de conclusão de curso, apresentado ao
Curso de Direito do Departamento de Ciências
Sociais Aplicadas da Universidade Regional
Integrada do Alto Uruguai e das Missões (URI) -
Erechim/RS, como requisito parcial para obtenção
do título de Bacharel em Direito.

Erechim, 24 de outubro de 2024.

BANCA EXAMINADORA

Prof. M.e. Andrey Henrique Andreolla
Universidade Regional Integrada do Alto Uruguai e das Missões

Prof. Me. Caroline Isabela Capelesso Ceni
Universidade Regional Integrada do Alto Uruguai e das Missões

Prof. M.e. Viviane Bortolini Giacomazzi
Universidade Regional Integrada do Alto Uruguai e das Missões

Dedico este trabalho aos meus pais, que sob muito sol, me fizeram chegar até aqui na sombra.

AGRADECIMENTOS

Aos meus pais, Rosemara e Eleno, por sempre me incentivarem a estudar e dar o meu melhor, me proporcionando a melhor educação possível. Obrigada por confiarem no meu potencial em momentos de dúvidas, e por acreditarem que eu seria capaz de superar os obstáculos da vida até agora. Sem vocês, a vida não faria sentido. À vocês, toda a minha gratidão.

Aos meus dois irmãos, Eleno e Elano, por deixarem o caminho da vida mais leve e tranquilo.

Ao meu orientador, professor Andrey, por ter sido tão paciente comigo no decorrer deste trabalho, e por ter me conduzido com tanto esmero no decorrer do mesmo.

Por fim, desejo expressar meus agradecimentos a todos que contribuíram, direta ou indiretamente, para que a minha trajetória acadêmica fosse prazerosa.

RESUMO

O presente trabalho desenvolveu baseando-se na interceptação ambiental clandestina, realizada por terceiros em favor da vítima, devido às possibilidades de utilização de prova ilícita, conforme entendimentos jurisprudenciais do Supremo Tribunal Federal e Superior Tribunal de Justiça. O objetivo principal foi compreender a aceitabilidade como exceção ou não da prova ilícita em matéria de direito processual penal, bem como entender as consequências de sua utilização, os balizadores de suas exceções e as circunstâncias de admissibilidade. O método de estudo utilizado é o indutivo, que se fez por meio de pesquisas bibliográficas, documentais e jurisprudenciais. Restou-se evidenciado, ao final, que não há uma resposta correta para a aplicação ou não do problema, visto as divergências doutrinárias e de decisões sobre o assunto não pacificado, onde deve ser analisado cada caso concreto de forma singular, e não de forma genérica e universal.

Palavras-chaves: captação ambiental, prova ilícita, vulnerabilidade da vítima.

ABSTRACT

This work was developed based on environmental investigation, carried out by third parties in favor of the victim, due to the possibilities of using illicit evidence, according to jurisprudential understandings of the Federal Supreme Court and Superior Court of Justice. The main objective was to understand acceptability as an exception or not to illegal evidence in matters of criminal procedural law, as well as to understand the consequences of its use, the guidelines for its approaches and admissibility situations. The study method used is inductive, which was carried out through bibliographical, documentary and jurisprudential research. In the end, it was clear that there is no correct answer to whether or not the problem should be applied, given the doctrinal divergences and decisions on the subject that have not been pacified, where each specific case must be analyzed individually, and not in a generic and universal way.

Keywords: environmental capture, illicit evidence, victim vulnerability.

LISTA DE SIGLAS

CF	Constituição Federal
CP	Código Penal
CPP	Código de Processo Penal
HC	Habeas Corpus
RE	Recurso Extraordinário
STJ	Superior Tribunal de Justiça
STF	Supremo Tribunal Federal

SUMÁRIO

1.	INTRODUÇÃO.....	9
2.	PROVA NO PROCESSO PENAL BRASILEIRO.....	11
2.1	TEORIA GERAL DA PROVA.....	11
2.2	A VERDADE REAL E A VERDADE FORMAL NO PROCESSO PENAL: LIMITES AO DIREITO À PROVA.....	16
2.3	ANÁLISE DOS PRINCÍPIOS CONSTITUCIONAIS E PROCESSUAIS PENAIS INERENTES À PRODUÇÃO DA PROVA.....	18
2.4	LIMITES DO DIREITO À PROVA.....	20
3.	A CAPTAÇÃO AMBIENTAL COMO MEIO DE PROVA: A PROBLEMÁTICA DA ILICITUDE QUANDO EM DESCONFORMIDADE COM A LEGISLAÇÃO VIGENTE.....	23
3.1	PROVA ILÍCITA E A CONSEQUÊNCIA JURÍDICA DA SUA UTILIZAÇÃO NO PROCESSO PENAL.....	23
3.2	A CAPTAÇÃO AMBIENTAL NA LEI N. 9.296/96 E OS REQUISITOS PARA SUA UTILIZAÇÃO.....	27
3.3	A CAPTAÇÃO AMBIENTAL COMO PROVA PARA A DEFESA E PARA A ACUSAÇÃO.....	29
4.	A CAPTAÇÃO AMBIENTAL FEITA POR TERCEIROS EM FAVOR DA VÍTIMA: BALIZAS PARA A ADMISSIBILIDADE PELA JURISPRUDÊNCIA DOS TRIBUNAIS SUPERIORES.....	31
4.1	CONFLITO DE DIREITOS DA VÍTIMA E DO ACUSADO: APLICAÇÃO DO PRINCÍPIO DA PROPORCIONALIDADE NOS CASOS DE INTERCEPTAÇÃO AMBIENTAL CLANDESTINA.....	32
4.2	CAPTAÇÃO AMBIENTAL FEITAS POR TERCEIRO EM FAVOR DA VÍTIMA E SUA (IN) ADMISSIBILIDADE: ENTENDIMENTOS JURISPRUDENCIAIS.....	35
5.	CONCLUSÃO.....	40
	REFERÊNCIAS.....	41

1. INTRODUÇÃO

O direito penal rege-se, principalmente, de acordo com a garantia de direitos fundamentais inerentes ao ser humano, de forma a não violar preceitos da Constituição Federal. Dessa forma, o direito processual penal surge como um instrumento garantidor da correta aplicação das normas penais.

No processo penal, busca-se a verdade, o que faz-se por meio de instrumentos probatórios, mas quais os limites destes meios de provas quando fala-se em não violação de direitos constitucionais do ser humano? É admissível a prova ilícita no ordenamento jurídico brasileiro?

Seguindo este raciocínio lógico, o estudo proposto possui como objetivo principal compreender a possibilidade ou a impossibilidade da gravação sem autorização judicial, quando realizada por terceiros. Como complemento a tal questionamento, emergem os objetivos específicos, que estão dispostos no desenvolvimento dos capítulos.

Este é o enfoque sobre o qual se desenvolve o presente trabalho. No capítulo dois, há a necessidade de abordar a prova no processo de maneira a introduzir-se no assunto, com a teoria geral da prova e questões atinentes à ela, como conceitualização, meios, natureza jurídica, finalidade, ônus e *standard* probatório. No mesmo viés, mostrou-se de relevante importância a compreensão da verdade real no processo penal, de forma a demonstrar é impossível chegar à verdade absoluta em matéria probatória penal.

A seguir, tem-se os princípios constitucionais e processuais inerentes à produção de provas, pois a matéria penal deve sempre estar em consonância com a Constituição Federal. Para finalizar esta introdução ao meio probatório, a discussão quanto aos limites do direito à prova emergiu como fundamental para a devida compreensão e conclusão sobre a teoria geral da prova.

Seguindo este mesmo viés, adentra-se na especificação da lei 9.296/96, a qual regulamenta o inciso XII, parte final, do artigo 5º da Constituição Federal, o qual dispõe sobre o sigilo das correspondências telefônicas e seus apetrechos. Considerando que a presente pesquisa possui como limitador a gravação ambiental como meio de prova, no capítulo três discutiu-se a problemática da lei mencionada anteriormente quando em desconformidade com a legislação vigente, demonstrando os requisitos básicos para sua aplicação, bem como a lei pode servir como meio de

prova para a defesa e para a acusação. Por fim, relaciona-se a captação ambiental com a prova ilícita e as consequências jurídicas de sua utilização.

Por sua vez, o último capítulo baseia-se nos balizadores jurisprudenciais, sendo no primeiro momento exposta a captação ambiental realizada por terceiros em favor da vítima versus os direitos à imagem e privacidade do acusado, bem como a aplicação do princípio da proporcionalidade frente a estes conflitos. Após, há a exposição da admissibilidade ou não da captação ambiental quando relacionada à julgados proferidos pelos Tribunais Superior,

Ademais, o presente trabalho de conclusão de curso desenvolveu-se no método indutivo, o qual dar-se-á por pesquisas e análises bibliográficas, jurisprudenciais e documentais.

2. PROVA NO PROCESSO PENAL BRASILEIRO

A prova é um elemento de suma importância para o deslinde do processo penal de forma válida e eficiente. Nesse viés, o conjunto probatório de um processo engloba diversos fatores que determinam sua veracidade.

Seguindo este raciocínio, o presente capítulo tem a função introdutória do conceito de prova, finalidade, meios e ônus probatória, com o objetivo de compreender a teoria da prova de maneira geral. A seguir, quando se analisa a produção probatória, surge o questionamento se aqueles fatos são mesmo verossímeis, razão pela qual a busca pela verdade torna-se um objetivo do processo, mesmo ela sendo inatingível. Por fim, de maneira a complementar o capítulo, tornou-se fundamental relacionar a produção probatória aliada aos princípios constitucionais e processuais para a sua correta aplicação.

2.1 TEORIA GERAL DA PROVA

A prova caracteriza-se por ser uma forma de percepção de relevante importância para o desenvolvimento do processo penal, tanto para o poder punitivo, quanto para as garantias fundamentais asseguradas aos indivíduos, a qual vincula-se, por óbvio, à verdade e à certeza, que possibilita a convicção dos seres humanos sobre determinados fatos. De sentido simples, provar é demonstrar os elementos da realidade pelos meios intelectivos permitidos em lei.

Este elemento, portanto, torna-se um meio pelo que possibilita a reconstrução aproximativa de um fato passado, possibilitando que o juiz exerça sua atividade cognitiva e profira a sentença (Lopes Júnior, 2019). Nesse viés, Nucci (2024, p. 235) conceitualiza a prova:

O termo prova origina-se do latim – *probatio* –, que significa ensaio, verificação, inspeção, exame, argumento, razão, aprovação ou confirmação. Dele deriva o verbo provar – *probare* –, significando ensaiar, verificar, examinar, reconhecer por experiência, aprovar, estar satisfeito com algo, persuadir alguém a alguma coisa ou demonstrar.

Expõe Nucci (2024) que a prova possui três sentidos, quais sejam: a) ato de provar: sendo o meio pelo qual verifica-se a exatidão do fato alegado; b) meio: trata-se do instrumento utilizado para alegar a verdade; e c) resultado da ação de

provar: é o produto resultante da análise das provas. Sendo que, para o autor, os dois primeiros são elementos objetivos, enquanto o terceiro é visto sob à ótica subjetiva.

Nesta fase, faz-se importante destacar que fonte de prova é tudo que for idôneo a fornecer resultado apreciável, já os meios de prova são os instrumentos com os quais se leva ao processo elemento útil para a decisão, e esta distinção possibilita compatibilizar o processo penal acusatório com os poderes instrutórios do juiz (Badaró, 2023).

Para o juiz declarar a existência da responsabilidade criminal e impor uma sanção penal, não pode a convicção do julgador repousar em critérios arbitrários, devendo haver uma construção lógica, advinda da análise de elementos probatórios. É necessário que o magistrado adquira certeza da autoria e materialidade do ato ilícito, para isso, deve convencer-se que são verdadeiros determinados atos, fundamentando, assim, a decisão a ser proferida.

O elemento prova, portanto, torna-se um caminho, que possibilita a reconstrução do delito e autoriza a conclusão acerca da veracidade de um fato ou circunstância, atingindo a função de busca pela verdade. Percebe-se que o objetivo da prova é reconstruir a história, com o intuito de convencer o destinatário, o magistrado, e possibilitando o julgamento adequado do fato litigioso (Carnelutti, 2004). Badaró (2023, p. 381) destaca que:

O juiz não pode ser um investigador de fontes de provas (...) A atividade de investigação pressupõe a eleição mental, ainda que provisória, de uma hipótese preferível a ser investigada. E nessa escolha há um comprometimento psicológico com a hipótese eleita, que coloca em risco a imparcialidade do investigador. Portanto, quem investiga não pode julgar.

O juiz, devido a isso, costuma ser comparado com o historiador, considerando que a tarefa de ambos é a reconstrução histórica, com base em dados presentes, que possibilitam reconstruir fatos passados, de acordo com regras legais, lógicas e epistemológicas que disciplinam a investigação (Badaró, 2023). Ao seguir esta lógica do autor, é de suma importância ressaltar que a diferença entre ambos encontra-se no sentido que, o juiz não investiga sobre o que ele quer, mas sim sobre a imputação contida na denúncia, possuindo a obrigação de tomar uma decisão ao final, diferentemente do historiador, que há um campo de pesquisa ilimitado.

Nesta seara, Gonçalves (2018, p. 263) disserta sobre a finalidade do elemento em estudo: “o que se almeja com a prova, entretanto, é a demonstração da verdade processual (ou relativa), já que é impossível alcançar o no processo, como nas demais atividades humanas, a verdade absoluta”. Percebe-se que busca-se, por meio da prova, a verdade atingível ou possível.

Nesse viés, confirma-se que a prova é um direito fundamental, que assegura a utilização de todos os meios probatórios para formar a convicção do órgão julgador dos fatos debatidos no processo, sendo um elemento de transformação de um regime processual autoritário para um regime processual democrático (Badaró, 2014).

De outra banda, torna-se imprescritível diferenciar a prova de elementos de informação, que são aqueles colhidos na fase investigatória, sem a participação obrigatória das partes. O juiz não poderá fundamentar sua decisão com base em elementos informativos, de acordo com o disposto no artigo 155 do Código Penal, conforme colaciona-se:

Art. 155. O juiz formará sua convicção pela livre apreciação da prova produzida em contraditório judicial, não podendo fundamentar sua decisão exclusivamente nos elementos informativos colhidos na investigação, ressalvadas as provas cautelares, não repetíveis e antecipadas (BRASIL, 1941).

Os elementos de informação, mencionados no artigo referenciado acima, são produzidos e coletados na fase do inquérito policial, e não possuem a participação necessária das partes, o que caracteriza a não efetivação do contraditório. Razão pela qual a sentença proferida pelo magistrado não pode estar baseada exclusivamente nestes elementos, pois eles fundamentam a acusação, não a condenação. Estes elementos colhidos na fase de investigação preliminar, somente transformam-se em provas quando permitido o contraditório nas vias judiciais, ou seja, durante o curso da ação penal.

Ao tratar-se de prova, surge o ônus probatório no processo penal, de forma majoritária, entende-se que cabe provar a quem tem interesse em afirmar, ou seja, o ônus probatório é do acusador. De acordo com Nucci (2024, p. 238), “o termo ônus provém do latim - *onus* - e significa carga, fardo ou peso”.

De maneira literal, não basta que a parte tão somente alegar os fatos, é preciso que ela prove a verdade sobre as referidas alegações. Por ônus, entende-se

o encargo atribuído às partes de provas, mediante meios lícitos e legítimos, a verdade de suas alegações (Avena, 2023). À vista disso, Capez (2023, p. 148) ressalta que:

A principal diferença entre obrigação e ônus reside na obrigatoriedade. Enquanto na obrigação a parte tem o dever de praticar o ato, sob pena de violar a lei, no ônus o adimplemento é facultativo, de modo que o seu não cumprimento não significa atuação contrária ao direito. Neste último caso, contudo, embora não tendo afrontado o ordenamento legal, a parte arcará com o prejuízo decorrente de sua inação ou deixará de obter a vantagem que adviria de sua atuação.

De forma majoritária, a doutrina entende que o ônus da prova cabe à acusação quanto à autoria e materialidade, quanto ao réu cabe o ônus de provar fatos impeditivos, modificativos ou extintivos do direito da acusação (Dezem, 2020). O ônus da prova, em regra, então, pertence a acusação, que apresenta a imputação em juízo, contudo, o réu pode chamar a si o interesse de produzir prova, quando alega em seu benefício algum fato que propiciará a exclusão da ilicitude ou da culpabilidade, embora nunca o faça de maneira absoluta (Nucci, 2024).

O ônus probatório está disposto no artigo 156 do Código de Processo Penal, que dispõe que a prova da alegação incumbirá a quem a fizer (Brasil, 1941). A primeira parte do referido artigo anterior, deve ser lida à luz do princípio constitucional da presunção de inocência, dessa forma, incumbe ao acusador provar a presença de todos os elementos que integram a tipicidade, ilicitude e culpabilidade (Lopes Júnior, 2017).

A seguir, o referido artigo, ainda, faculta ao juiz, de ofício, ordenar, antes de iniciada a ação penal, a produção antecipada de provas relevantes e urgentes, e determinar a realização de diligências para sanar dúvidas e divergências sobre as alegações, os chamados meios de provas.

O Código de Processo Penal disciplina, em seus artigos 158 a 250, os seguintes meios de provas permitidos na seara penal, quais sejam, exame de corpo de delito e perícias em geral, confissão, perguntas ao ofendido, testemunhas, reconhecimento de pessoas ou coisas, acareação, documentos, indícios e busca e apreensão (Brasil, 1941).

Os meios de prova são, portanto, instrumentos pelos quais se leva ao processo um elemento de prova apto a revelar a verdade de um fato, contudo, expõem-se a controvérsia do CPP a elencar o interrogatório do acusado, com disposição dos arts. 185 a 196 do CPP (BRASIL, 1941) como meio de prova,

quando este constitua meio de defesa, em face da previsão constitucional do direito ao silêncio (Badaró, 2023). Contudo, Avena (2023, p. 436) disserta sobre a não taxatividade do artigo mencionado anteriormente:

Na atualidade, é preciso ter em mente que a regulamentação dos meios de prova existente no Código de Processo Penal não é taxativa, podendo ser aceitos meios de provas atípicos ou inominados, vale dizer, sem regulamentação expressa em lei, amplitude esta que se justifica na própria busca da verdade real que, sempre, será o fim do processo penal. Enfim, desde que não importe em violação à Constituição Federal e às normas processuais gerais, essa categoria de provas despida de regulamentação própria terá, em tese, o mesmo valor das provas consideradas típicas ou nominadas.

Desta forma, distingue-se os meios de provas, referidos no parágrafo anterior, dos meios de obtenção de prova, que são instrumentos para a colheita de fontes ou elementos de prova, que relacionam-se normalmente a mecanismos ligados a restrição de privacidade, nos casos de interceptação telefônica, da captação ambiental de sons e imagens, da quebra de sigilo, entre outros (Dezem, 2020).

De acordo com Badaró (2023), uma das características principais dos meios de obtenção de prova, é o seu caráter de surpresa, ou seja, para que a eficiência da colheita da prova, depende do desconhecimento do investigado de que é ou será alvo de busca e apreensão.

Por fim, percebe-se que o tema prova é essencial para a ciência processual, isto porque as consequências da atividade probatória projetam-se de maneira inexorável na vida das pessoas, buscando uma decisão mais justa, seja condenatória ou absolutória, ou seja, ligando-se diretamente a punição do próprio crime, e justamente por integrar-se a punição, a atividade probatória impregna-se a fatores políticos, sociais e culturais (Dezem, 2020).

A teoria geral da prova é o regulamento do devido processo penal, devendo ser observada para a correta aplicação da justiça e para garantir direitos fundamentais inerentes à pessoa humana.

2.2 A VERDADE REAL E A VERDADE FORMAL NO PROCESSO PENAL: LIMITES AO DIREITO À PROVA

A busca pela verdade nada mais é que um meio para a correta aplicação da lei. O conjunto probatório de um processo deve refletir na maior fidelidade possível aos acontecimentos ocorridos.

Como condenar alguém à restrição da liberdade sem uma certeza ou verdade quanto aos fatos ocorridos? Se não houver um conhecimento verdadeiro, o suposto autor deveria ser absolvido em razão da dúvida, fazendo jus a máxima expressão in dubio pro reo, ou seja, na dúvida a absolvição se impõe e não há condenação (Grubba, 2017).

No processo penal, vigora a busca pela verdade real, a qual justifica-se pela natureza pública da função punitiva. Contudo, quando analisa-se a teoria geral da prova, o erro encontra-se na centralização da verdade real como objetivo e fator de legitimação do processo penal. O crime é sempre fato passado, logo é história, memória e fantasia, portanto, é sempre imaginário, nunca é real. O fato é verificado com seus efeitos, suas consequências, não sendo passíveis de experiência direta e real (Lopes Júnior, 2020). A problemática incide na palavra verdade, pois “a verdade está no todo, não na parte; e o todo é demais para nós” (Carnelutti, apud., Aury, 2020, p. 568).

O conceito do termo verdade real, porém, está cada vez mais relativizado, uma vez que é notória a impossibilidade de se atingir a verdade absoluta (Dezem, 2020). A verdade real é inatingível, e não se pode considerar que o atingimento deste elemento é o fim do processo penal (Badaró, 2023). Nucci (2024, p. 18) compactua com a ideologia que a verdade não é absoluta:

Não questionamos ser a verdade una e sempre relativa, consistindo na busca inviável, no processo, encontrar a realidade dos fatos tal como ocorreram. A verdade é apenas uma noção ideológica da realidade, motivo pelo qual o que é verdadeiro para uns, não o é para outros.

Se tratando de matéria penal, deve-se buscar reconstruir historicamente um fato e suas circunstâncias, com a finalidade da instrução probatória se aproximar o máximo possível da realidade do ocorrido. Essa necessidade é denominada com verdade real (Capez 2023).

Em uma abordagem mais literal, a verdade real, também conhecida como verdade material ou substancial, significa que, no processo penal, devem ser realizadas todas as diligências necessárias e adotadas as providências cabíveis para descobrir a apuração dos fatos, de forma que possibilite a efetivação do jus puniendi em relação àquele que praticou ou concorreu para o delito (Avena, 2023).

Há doutrinadores que rejeitam a expressão “verdade real”, defendendo que a expressão adequada seria “verdade processual”, não apenas pelo fato de ser produzida no curso do processo, mas por tratar-se de uma certeza de natureza unicamente jurídica (Capez, 2023).

A premissa da verdade real deve ser concebida segundo a teoria da correspondência, a qual o juiz deve verificar se é verdadeira a afirmação de que o imputado praticou a conduta, enquanto essa corresponde a fatos da realidade, sendo que, para o processo, a realidade deve ser o critério da verdade, afinal ela está interligada com a justiça enquanto complementar do poder.. Dessa forma, a verdade processual é um valor que legitima a atividade jurisdicional, pois não se pode considerar justa uma sentença onde não há correspondência entre a verificação dos fatos e a veracidade das afirmações (Badaró, 2023).

Contudo, esta busca não pode implicar na violação de direitos e garantias das partes, tratando-se, portanto, de uma busca sujeita a limites. Alguns exemplos comuns de exceções à verdade real são violações à normas constitucionais e processuais penais, tais como a vedação de provas obtidas por meios ilícitos, ou até mesmo o descabimento da revisão criminal contra sentença absolutória com trânsito em julgado independente do surgimento de novas provas (Avena, 2023). Seguindo este mesmo raciocínio, Capez (2023, p. 24) preceitua mais algumas exceções a verdade real:

De todo modo, o princípio da verdade real comporta algumas exceções: (i) a impossibilidade de leitura de documento ou a exibição de objeto que não tiver sido juntado aos autos com a antecedência mínima de três dias úteis, dando-se ciência à outra parte (CPP, art. 479); compreende-se nessa proibição a leitura de jornais ou de qualquer escrito, bem como a exibição de vídeos, gravações, fotografias, laudos, quadros, croqui ou qualquer outro meio assemelhado, cujo conteúdo versar sobre a matéria de fato submetida à apreciação e ao julgamento dos jurados (CPP, art. 479, parágrafo único); (ii) a inadmissibilidade das provas obtidas por meios ilícitos (CF, art. 5º, LVI, e CPP, art. 157); (iii) os limites para depor de pessoas que, em razão de função, ofício ou profissão, devam guardar segredo (CPP, art. 207); (iv) a recusa de depor de parentes do acusado (CPP, art. 206); (v) as restrições à prova, existentes no juízo cível, aplicáveis ao penal, quanto ao estado das pessoas (CPP, art. 155, parágrafo único).

Os termos verdade e certeza devem ser abandonados e substituídos pela simples palavra “probabilidade”, na linha tênue entre possibilidades e propensões, mas não é neste campo em que se opera o direito penal. Para isso, ao continuar-se utilizando da verdade, o problema dela é o seu lugar, que não deve ser fundante, mas sim o convencimento formado em contraditório, respeitando as regras do devido processo legal. Assim, não nega-se a verdade no direito penal, mas sim discute-se o seu local, movendo-a de fundante e estruturante para contingencial (Lopes Júnior, 2021).

De outra banda, surge a verdade formal, presente no âmbito do processo civil, e a diferença encontra-se na justificativa de que as causas cíveis, na sua maioria, versam sobre interesses patrimoniais indisponíveis, que, em tese possuem menor grau de importância para a sociedade como um todo. De forma excepcional, somente aplica-se a verdade formal no processo penal na hipótese de absolvição por insuficiência de provas, conforme art. 386, VII, do CPP (Bonfim, 2024).

Na esfera cível, quando relacionada a verdade formal, o magistrado é mais um telespectador da produção de provas, enquanto no âmbito criminal, com a verdade processual, o magistrado deve atuar como autêntico copartípe na busca pela reprodução probatória, exceto, por óbvio, o juiz de garantias, que atua somente como fiscal da investigação criminal e não pode determinar a produção de provas (Nucci, 2024).

O processo rege-se pela busca da justiça, que por consequência, engloba a verdade real. Mas a verdade, quando relacionada à produção probatória, deve analisada de acordo com os princípios inerentes à ela, razão pela qual surgem limites do direito a prova, conforme será demonstrado nos tópicos a seguir,

2.3 ANÁLISE DOS PRINCÍPIOS CONSTITUCIONAIS E PROCESSUAIS PENAS INERENTES À PRODUÇÃO DA PROVA

A Constituição Federal regula as normas da sociedade brasileira, sendo a Lei máxima no ordenamento jurídico. Dessa forma, o Código Penal deve estar de acordo com a Lei Magna e seguir alguns preceitos presentes nela para a sua eficácia plena, bem como a prova no processo penal, a qual deve seguir princípios constitucionais e processuais que são inerentes a sua validade.

Alexy (1999, p. 67) disserta que princípios “são normas que ordenam que algo seja realizado em uma medida tão ampla quanto possível relativamente a possibilidades fáticas ou jurídicas. Princípios são, portanto, mandamentos de otimização.” Por sua vez, Carvalho (2014, p. 19) diz que “princípios são as ideias fundamentais que constituem o arcabouço do ordenamento jurídico; são os valores básicos da sociedade que podem, ou não, se constituir em normas jurídicas”. Relacionando os princípios a produção probatória, Dezem (2020, p. 597) entabula que:

Vários são os princípios aplicáveis às provas no processo penal. É importante notar que estes princípios não se excluem mutuamente. Longe disso, a análise deles de maneira separadamente obedece unicamente a critérios pedagógicos. Vale dizer, embora analisados separadamente, estes princípios devem ser aplicados de maneira conjunta na solução dos temas referentes à prova.

De início, tem-se o princípio da aquisição ou comunhão da prova, isto é, não há prova pertencente unicamente a parte que acostou, as provas produzidas no decorrer da demanda servem para ambos os litigantes e ao interesse comum da justiça, ou seja, elas pertencem ao processo, podendo ser utilizadas por quaisquer dos intervenientes (Capez, 2023). Aqui, há a ideia da não exclusividade da prova por uma só das partes, mas sim para o conjunto processual.

A seguir, o princípio do contraditório mostra-se inerente ao processo penal, pois significa que toda prova realizada por uma das partes admite a produção da contraprova pela outra parte litigante, substanciado na expressão *audiatur et altera parte* (ouça-se também a parte contrária), como por exemplo, se uma parte arrolou determinada testemunha, a outra tem o pleno direito de contraditá-la, inquiri-la e também arrolar as suas próprias (Avena, 2023).

Avena (2023, p. 439) também expõem que o princípio da oralidade é essencial para a validade da prova, pois “tanto quanto possível, as provas devem ser realizadas oralmente, na presença do juiz. Isto existe para que, nos momentos relevantes do processo, predomine a palavra falada, possibilitando-se ao magistrado participar dos atos de obtenção da prova”.

Nesse viés, o princípio da oralidade é, senão mais, uma forma de conduzir o processo, e implica em dois subprincípios, o da concentração dos atos processuais, buscando-se concentrar toda a produção de prova na audiência, e o da imediação, onde é necessário assegurar o juiz o contato com a prova no momento da obtenção,

pois desse modo, valorá-la com maior certeza no momento da sentença (Avena, 2023).

Ainda, emerge o princípio da publicidade, o qual segundo Capez (2023, p. 150) “os atos judiciais (e, portanto, a produção de provas) são públicos, admitindo-se somente como exceção o segredo de justiça”. Esta exceção mencionada pelo autor encontra-se com fundamento no artigo 201, 6º, do CPP, que determina que o juiz pode determinar segredo de justiça em relação aos dados e provas, caso haja risco de violação da intimidade, vida privada, honra e imagem do ofendido. Ressalta-se, ainda, o artigo 234-B do CP, o qual preceitua que os processos que apuram crimes contra a dignidade sexual correrão em segredo de justiça.

Seguindo este viés, o princípio da autorresponsabilidade das partes determina que as partes assumirão as consequências de suas inércia, erro ou atos intencionais, bem como o princípio da não autoincriminação, o qual significa que o acusado não poderá ser obrigado a produzir provas contra si, ou seja, a parte não é obrigada a responder perguntas que lhe forem formulados no interrogatório (Avena, 2023).

A vedação da produção de provas contra si próprio mostra-se de extrema importância para o deslinde do processo válido, dessa forma, emerge o princípio do *nemo tenetur se detegere*, onde há a não autoincriminação. Como ninguém é obrigado a produzir provas contra si mesmo, o direito ao silêncio torna-se uma consequência deste princípio. Contudo, o silêncio não pode ser atribuído de forma negativa ao acusado (Dezem, 2020).

A produção probatória rege o decurso do processo e a validade das provas, percebe-se nos principais pontos elencados neste capítulo que os princípios inerentes à prova são interconexões do Código de Processo Penal em consonância com a Constituição Federal, garantindo direitos e deveres individuais e processuais.

2.4 LIMITES DO DIREITO À PROVA

Tendo em vista que nenhum direito é absoluto, a busca pela verdade real, explicitada no subcapítulo 2.2 do presente trabalho, é permeada de limites, com a finalidade de preservar a dignidade das partes envolvidas.

Embora seja reconhecida a relevância do direito à prova como instrumento e meio para alcançar a verdade no processo penal, tal direito, também considerado como dever, não é isento de limites. A principal justificativa do tema dar-se-á em virtude de que esta pode entrar em conflitos com valores com os quais deve conviver, e, considerando que todo e qualquer direito não possui natureza absoluta, algumas limitações precisam ser impostas (Lavoratti, et al, 2023). A existência dos princípios constitucionais inerentes ao processo penal são exemplos de limites do direito à prova. Nesse sentido, Lopes Júnior (2020, p. 572) comenta que:

Essa “ambição de verdade” que nunca deixa de perigosamente rondar o processo penal, deve ser limitada, como limitado deve ser o poder (ao qual ela adere ao se realizar). A ambição de verdade acaba por matar o contraditório e, portanto, o ponto nevrálgico do processo penal e constitucional.

Há, na atualidade, limites legais que são impostos quanto à investigação das fontes de provas, a admissibilidade e a produção dos meios de provas, ou, até mesmo, quanto à própria valoração do conjunto probatório. Se não houvessem limites do direito à prova, regressa-se à época da barbárie, onde aceitava-se, por exemplo, a prova obtida mediante ameaça ou tortura (Neves, 2019).

Nesse sentido, é inadmissível a busca ilimitada e incansável da verdade, pois, no ordenamento jurídico brasileiro, há a vedação da utilização de provas ilícitas ou daquelas produzidas com a violação dos princípios constitucionais e processuais que regem o processo penal e a produção probatória (Badaró, 2023).

Indo de encontro com o entendimento doutrinário, o Supremo Tribunal Federal, no Habeas Corpus 84.078, pacificou que “O direito à prova não é um direito ilimitado, mas sim um direito que deve ser compatibilizado com outros princípios e valores fundamentais do processo” (Brasil, 2010).

Ademais, a prova limita-se, também, ao direito concedido ao acusado de não incriminar a si mesmo, tendo este pleno direito ao silêncio para não produzir provas que o autoincriminem. O Supremo Tribunal Federal consolidou na RE 971959/RS, relatado pelo Ministro Luiz Fux que:

O direito de não produzir prova contra si mesmo (nemo tenetur se detegere – nada a temer por se deter), do qual se desdobram as variações do direito ao silêncio e da autodefesa negativa, consiste em um dos marcos históricos de superação da tradição inquisitorial de valorar o investigado e/ou o réu como um objeto de provas, do qual deveria ser extraída a “verdade real”. 3. O direito de não produzir prova contra si mesmo, ao relativizar o dogma da verdade real, garante ao investigado os direitos de nada aduzir quanto ao mérito da pretensão acusatória e de não ser compelido a produzir ou

contribuir com a formação de prova contrária ao seu interesse, ambos pilares das garantias fundamentais do direito ao silêncio e do direito à não autoincriminação. (Brasil, 2016)

A Convenção Americana de Direitos Humanos (Pacto de São José da Costa Rica), incorporada ao ordenamento jurídico brasileiro no ano de 1992, vai de acordo com o entendimento do STF mencionado anteriormente, pois estabelece limites às provas, ao prever, no art. 8, n. 2, alínea g, o direito de não ser obrigado a depor contra si, nem declara-se culpado. O direito ao silêncio, a não-autoincriminação e a vedação da prova ilícita são exemplos notórios de limites do direito à prova, visando resguardar os direitos humanos e constitucionais dos indivíduos.

Conclui-se este capítulo com o delineamento dos contornos dos limites que balizam o direito à prova no âmbito do direito processual penal brasileiro. Ressalta-se, novamente, que o direito à prova não é absoluto, pois, em determinadas situações, há a prevalência dos princípios e garantia dos direitos fundamentais da pessoa humana. Estes limitadores servem como instrumentos garantistas de um processo justo, com a plena aplicação da justiça.

3. A CAPTAÇÃO AMBIENTAL COMO MEIO DE PROVA: A PROBLEMÁTICA DA ILICITUDE QUANDO EM DESCONFORMIDADE COM A LEGISLAÇÃO VIGENTE

A lei 9.296/96, de 24 de julho de 1996, regulamenta o inciso XII, parte final, do artigo 5º da Constituição Federal, o qual dispõe que “XII - é inviolável o sigilo da correspondência e das comunicações telegráficas, de dados e das comunicações telefônicas, salvo, no último caso, por ordem judicial, nas hipóteses e na forma que a lei estabelecer para fins de investigação criminal ou instrução processual penal” (Brasil, 1988).

Dessa forma, a captação ambiental encontra-se de forma inviolável na Constituição Federal, suportando algumas exceções, que serão elucidadas no decorrer deste capítulo. Ainda, este instituto, independente de qualquer natureza, regula-se pela lei ora mencionada, e dependerá de ordem do juiz competente da ação principal, sob segredo de justiça.

Seguindo este viés, neste capítulo, será desenvolvido o instituto da prova ilícita em si quando relacionada ao processo penal, e as consequências de sua utilização, a captação ambiental enquanto ilícita e os requisitos para a utilização de acordo com a Lei n. 9.296/96, bem como a captação ambiental como meio de prova, tanto para a defesa quanto para a acusação.

3.1 PROVA ILÍCITA E A CONSEQUÊNCIA JURÍDICA DA SUA UTILIZAÇÃO NO PROCESSO PENAL

Como qualquer instrumento processual, a prova possui limitações, sendo a ilicitude uma delas. A prova ilícita encontra-se entabulada no artigo 5º, LVI, da CF, o qual entabula que “são inadmissíveis, no processo, as provas obtidas por meios ilícitos” (Brasil, 1988). Seguindo este viés legislativo, o artigo 157 do CPP também prevê que “são inadmissíveis, devendo ser desentranhadas do processo, as provas ilícitas, assim entendidas as obtidas em violação a normas constitucionais legais” (Brasil, 1941).

De forma a conceitualizar as provas ilícitas, tem-se que constituem este instituto as provas que afrontam qualquer norma da legislação ordinária, envolvendo tanto as penais quanto as processuais penais (Nucci, 2023). Complementando, entende-se por ilícitas as provas obtidas mediante a violação de normas com

conteúdo material, sendo necessário, ainda, que essa violação tenha como consequência a ofensa às garantias ou aos princípios constitucionais, seja de forma direta ou indireta (Avena, 2023).

Dessa forma, entende-se que a prova ilícita é aquela obtida por meios ilícitos contrários às validades previstas no ordenamento jurídico brasileiro. Quanto à obtenção da prova ilícita, Capez (2023, p. 136) ressalta as duas formas existentes:

Pode ocorrer, outrossim, que a prova não seja obtida por meio da realização de infração penal, mas considere-se ilícita por afronta a princípio constitucional, como é o caso da gravação de conversa telefônica que exponha o interlocutor a vexame insuportável, colidindo com o resguardo da imagem, da intimidade e da vida privada das pessoas (CF, art. 5º, X). Podem também ocorrer as duas coisas ao mesmo tempo: a prova ilícita caracterizar infração penal e ferir princípio da Constituição Federal. É a hipótese da violação do domicílio (art. 5º, XI), do sigilo das comunicações (art. 5º, XII), da proteção contra tortura e tratamento desumano ou degradante (art. 5º, III) e do respeito à integridade física e moral do preso (art. 5º, XLIX), dentre outros.

Quanto à ilicitude, emerge, no ordenamento jurídico, a prova ilícita material e a prova ilícita formal. A primeira, ocorre quando a prova, no seu momento introdutório, for produzida por um procedimento ilegítimo, por mais que sua origem fosse lícita. O segundo instituto, por sua vez, delineia-se através da emissão de um ato vedado no direito, pelo qual se consegue um dado probatório, como, por exemplo, a invasão domiciliar, constrangimento, etc (Capez, 2023).

Faz-se necessário diferenciar a prova ilegítima da prova ilícita, sendo a primeira aquelas produzidas com a violação de normas processuais, como o caso da perícia realizada por perito não oficial, enquanto a segunda é aquela obtida com a violação de normas de direito material ou de garantias constitucionais (Badaró, 2023).

De outra banda, de suma importância ressaltar, que a doutrina e a jurisprudência tendem a repelir, não somente as provas ilícitas, mas também as chamadas ilícitas por derivação, que são aquelas em si mesmas lícitas, mas produzidas a partir de outra ilegalmente obtida, havendo, então, ilicitude por derivação. Tais provas, portanto, não podem ser aceitas, pois estão contaminadas pelo vício de ilicitude em sua origem, que atinge todas as subsequentes. Esta ilicitude por derivação possui suporte jurídico ao ser reconhecida pela Suprema Corte norte-americana, com base na teoria dos frutos da árvore envenenada, sob a lógica de que o vício da planta se transmite a todos os seus frutos (Capez, 2023).

O CPP vai de acordo com o entendimento doutrinário, pois em seu artigo 573, § 1º, estabelece que “a nulidade de um ato, uma vez declarada, causará a dos atos que dele diretamente dependam ou sejam consequência” (Brasil, 1940). Por sua vez, o STJ declarou, no HC 301.488/MT que:

2. É direito constitucional do réu ter as provas obtidas por meios ilícitos expurgadas do processo a que responde, sendo igualmente inadmissíveis, nos termos do art. 157, § 1º, do Código de Processo Penal, as provas que derivam da prova ilícita, razão pela qual devem ter o mesmo destino. As provas derivadas apenas podem ser mantidas nos autos nos casos em que não ficar evidenciado o nexo de causalidade, ou seja, quando não se verificar a derivação, ou quando demonstrado que poderiam ser obtidas por uma fonte independente, cabendo ao Magistrado justificar.

3. Constatando-se que o Magistrado de origem não tomou nenhuma providência com relação às provas derivadas, tendo apenas mencionado que não as utilizou, e tendo o impetrante comprovado a existência de provas derivadas (e-STJ fl. 8), faz-se necessário o pronunciamento judicial, na origem, acerca de todas as provas derivadas. De fato, a parte tem direito de saber quais os elementos de prova se encontram hígidos nos autos, para que possa produzir eventuais contraprovas necessárias, sob pena de se dificultar sobremaneira o exercício da plenitude de defesa assegurada pelo art. artigo 5º, inciso XXXVIII, alínea "a", da Constituição Federal. (Brasil, 2016).

Dessa forma, todas as provas que advirem da prova ilícita são igualmente inadmissíveis, a única exceção encontra-se na prova de fonte independente, aquela que não se macula com a ilicitude existente em prova correlata (Nucci, 2023). Tal entendimento possui suporte legislativo, pois o art. 157, § 2º, do CPP, define que “aquela que por si só, seguindo os trâmites típicos e de praxe, próprios da investigação ou instrução criminal, seria capaz de conduzir ao fato objeto da prova” (Brasil, 1940).

Ou seja, a prova ilícita é inadmissível, contudo, como qualquer instituto, possui critérios para sua exceção. É exatamente neste momento que recebe destaque a teoria da proporcionalidade, que surgiu na Alemanha, no período pós-guerra, a qual disserta que sempre em caráter excepcional e em casos de extrema gravidade, pode-se admitir a prova ilícita, com base nos princípios do equilíbrio entre os valores. Para essa teoria, a proibição das provas ilícitas é relativa, podendo ser violada sempre que estiver em jogo um interesse coletivo de maior relevância ou outro direito fundamental. A tendência da doutrina pátria é de aceitar a teoria da proporcionalidade, de forma a favorecer o acusado (Capez, 2023).

A existência de uma fonte independente não é a única exceção quando trata-se de prova ilícita. O fenômeno da limitação da contaminação expurgada, ou,

limitação da conexão atenuada, trata-se da hipótese de que quando um acontecimento posterior afasta a contaminação da prova originariamente ilícita, um exemplo deste instituto é quando há a legalização da situação que havia ocasionado a ilicitude da prova anteriormente, tornando-a lícita (Avena, 2023).

Outra exceção à regra de inadmissibilidade da prova ilícita é o fenômeno da descoberta inevitável, onde há a hipótese de que a prova será considerada admissível se evidenciado que ela seria, inevitavelmente, descoberta por meio legais. Ou seja, o conjunto probatório foi produzido de forma ilegal, mas teria sido, de qualquer forma, descoberta por meio lícito (Avena, 2023). O STJ já reconheceu a aplicabilidade deste instituto, de acordo com o HC 445088/SC, conforme colaciona-se:

4. O reconhecimento da ilicitude de prova torna imprestáveis todas as que dela são derivadas, exceto se de produção independente ou de descoberta inevitável, conforme entendimento doutrinário, jurisprudencial e legal de aplicação da teoria dos frutos da árvore envenenada. (BRASIL, 2019)

Voltando sobre o instituto da prova ilícita em si, que como regra geral, não é admitida no ordenamento jurídico, entra-se na questão do procedimento no processo penal. O artigo 157, caput, do CPP, determina que as provas ilícitas devem ser desentranhadas do processo, e, segundo § 3º, uma vez que preclusa tal decisão, deverá ser impetrado incidente quanto à questão (Brasil, 1940).

Percebe-se, da leitura do dispositivo mencionado no parágrafo anterior, que como a ilicitude envolve violação direta ou indireta da Constituição Federal, não há tempo certo para a sua arguição. Dessa forma, nada impede que somente na fase recursal ou após o trânsito em julgado da sentença condenatória venha a ser sustentada a ilicitude probatória, buscando a reforma da decisão, a anulação do processo ou da decisão nele proferida. O momento de arguição da ilicitude nada mais é do que uma estratégia processual (Avena, 2023).

Ainda sobre procedimento, a decisão que reconhece a ilicitude da prova ilícita é recorrível por recurso em sentido estrito, devido a interpretação extensiva do art. 581, XIII, m do CPP. Agora, caso a prova ilícita não tenha sido reconhecida pelo juiz, restará a parte prejudicada por proceder por impugnação imediata da decisão por meio de habeas corpus (em favor do réu, caso o crime discutido seja sujeito a pena de prisão) ou por mandado de segurança (em prol da acusação ou a favor do réu, caso o crime não seja sujeito a pena a prisão), ou ainda, se a sentença

fundamentar-se em prova viciada, alegar nas preliminares da apelação (Avena, 2023).

Relacionando o tema da prova ilícita com a delimitação da Lei 9.296/96, da captação ambiental, tem-se que quando houver a gravação ou escuta de conversa ou palestra reservada, esta constituirá prova ilícita, por ofensa ao direito à intimidade. Contudo, a aceitação desta captação deverá ser aceita ou não de acordo com a proporcionalidade dos valores em jogo (Capez, 2023). Este instituto será abordado de forma ampla no capítulo seguinte.

3.2 A CAPTAÇÃO AMBIENTAL NA LEI N. 9.296/96 E OS REQUISITOS PARA SUA UTILIZAÇÃO

A Constituição Federal traz, em seu artigo 5º, inciso XII, a garantia da proteção constitucional da vida privada e da intimidade, o qual diz que é inviolável o sigilo de correspondências e comunicações telegráficas, de dados e das comunicações telefônicas, salvo no caso de ordem judicial (Brasil, 1988).

O direito à intimidade da pessoa humana consiste em tudo que se refere à própria pessoa na dimensão individual, que não se deseja ser do conhecimento de terceiros, de acordo com valores sociais (Greco Filho, 2015).

Como consequência desses direitos que protegem a privacidade do ser humano, em um século completamente tecnológico, a Lei Geral de Proteção de Dados também mostra-se como medida protetiva de diálogos privados por telefone e demais meios de comunicação.

Dessa forma, em 24 de julho de 1996, foi publicada a lei 9.296/96 e, posteriormente, em 2019, surgiu a Lei 13.964, conhecida como Pacote Anticrime, a qual incluiu mais dispositivos na lei original, a fim de regulamentar o procedimento e garantir mais segurança jurídica da medida probatória.

Quanto ao contexto histórico do surgimento da lei em estudo, tem-se, em um primeiro momento, o processo penal como garantia ao inocente, e não como instrumento de perseguição. Dessa forma, a lei 9.296 surge como uma proteção ao indivíduo, não permitindo a busca da “verdade” a qualquer custo (Cabette, 2015). O autor (2015, p. 13) pontua que:

Mensurar ponderadamente a utilidade dos instrumentos legais, equilibrar a equação entre eficácia e garantias sem pender ao autoritarismo nem ao

oposto que aponta à deslegitimação abolicionista do sistema, eis o desafio no estudo da Lei n. 9.296/96. Evitar, enfim, a embriaguez das cóleras e das idiossincrasias corporativistas, mantendo a abordagem imparcial e científica das questões e tendo em mente a exortação bem posta de Pedro Armando Egidio de Carvalho: “Eis o homem: não é possível que o tratemos assim; sua dignidade será a nossa causa”.

A lei ora mencionada possui como objetivo o estabelecimento de limites para a interceptação telefônica e gravação ambiental como meios de provas, possuindo como finalidade a proteção os direitos fundamentais de sigilo da vida privada, em consonância com os princípios estabelecidos na Constituição Federal, para amenizar os riscos de invasão de direitos (Habib, 2016).

De pronto, é necessário diferenciar a gravação ambiental, escuta ambiental e interceptação ambiental. A interceptação é feita por um terceiro e ocorre sem o conhecimento dos interlocutores, em local público ou privado; a escuta dar-se-á com o conhecimento de um dos interlocutores, feita por um terceiro, que ouve a conversa; por sua vez, a gravação ambiental é feita diretamente por um dos comunicadores, sem o conhecimento do outro e/ou a interferência de um terceiro (Lima, 2020).

Nesse sentido, captar, interceptando, imagens e sons de outras pessoas, é o tema central deste trabalho. De forma específica, como isso pode ocorrer legalmente, quando se trata de uma prova ilícita e, se assim o for, quando há flexibilização, validando-se tal prova no processo penal.

Ademais, bom ressaltar que a doutrina e a jurisprudência, muitas vezes, tomam como sinônimos os termos *captar* e *gravar*. Ou seja, compreende pelo mesmo sentido as palavras gravação ambiental e captação ambiental. Contudo, seguiremos a diferenciação adotada acima, para fins de melhor compreensão pelo leitor. Até porque, a captação pode ser de imagens ou sons; o que é relevante diferenciar é que a interceptação é feita com o desconhecimento dos interceptados, e assim os sinais (sons ou imagens) são captados; a gravação, por sua vez, tem a participação de um dos interlocutores, que capta também, imagens ou sons. Nesse sentido:

Apesar de o art. 8º-A da Lei n. 9.296/96 fazer referência ao termo captação, houve certa redundância por parte do legislador, porquanto a captação dos sinais eletromagnéticos, ópticos (v.g., filmagens e fotografias) ou acústicos (gravação ambiental de uma conversa entre pessoas presentes), funciona, na verdade, como elemento integrante do conceito de interceptação ambiental, também conhecida como vigilância eletrônica. Portanto, nos mesmos moldes do art. 1º da Lei nº 9.296/96, que abrange tanto a interceptação telefônica em sentido estrito quanto a escuta telefônica,

parece-nos que o art. 8º-A da Lei n. 9.296/96 faz uso da expressão “captação ambiental” em sentido amplo, englobando a interceptação ambiental em sentido estrito e a escuta ambiental. Isso porque ambas consistem em processos de captação da comunicação alheia (Lima, 2020, p. 852).

Contudo,

não está abrangida pelo regime jurídico do art. 8º-A da Lei n. 9.296/96 a gravação ambiental clandestina, espécie de captação feita diretamente por um dos comunicadores, sem a interveniência de um terceiro, cuja licitude deve ser analisada casuisticamente. Prova disso, aliás, é o fato de, ao tratar do crime de captação ambiental sem autorização judicial, o art. 10-A, §1º, da Lei n. 9.296/96, também incluído pelo Pacote Anticrime, dispor expressamente que não haverá tal crime se a captação for realizada por um dos interlocutores. Evidentemente, por cautela, nada impede que o juiz autorize a gravação ambiental, se houver requerimento nesse sentido (Lima, 2020, p. 852).

Assim, é possível concluir que a interceptação sem autorização judicial é prova ilícita. A sua licitude, contudo, deve ser analisada caso a caso, e o tema é debatido pela doutrina e pela jurisprudência. Isso será melhor abordado a seguir. Antes, contudo, importante tratar de celeuma acerca do § 4º do art. 8º-A da Lei n. 9.296/96.

3.3 A CAPTAÇÃO AMBIENTAL COMO PROVA PARA A DEFESA E PARA A ACUSAÇÃO

Como demonstrado no tópico anterior, a gravação ambiental ocorre quando um dos participantes da conversa realiza a captação ambiental de imagens ou sons, sem a ciência dos demais conversantes, sendo que tal instituto está regulado na Lei 9.296/96.

A interceptação ambiental é contrária aos princípios constitucionais de inviolabilidade da intimidade da pessoa humana, razão pela qual, em tese, seria uma prova ilícita, quando realizada sem autorização judicial. Contudo, quando autorizada, esta pode servir como uma prova em favor do réu ou do acusado.

De maneira geral, a possibilidade da admissibilidade da prova ilícita, em caráter excepcional, pode ser utilizada como garantia à acusação ou à defesa. Quando a prova ilícita *pro reo*, um exemplo claro é quando o réu está sendo erroneamente acusado por um crime que não cometeu, e uma das únicas formas de provar sua inocência seria violando o direito de outrem, ou seja, uma prova obtida por meio ilícito, mas que levaria à absolvição de um inocente, deveria ser considerada,

porque a condenação de um inocente é mais abominável das violências (Carvalho, 2023 apud Greco Filho, 1988). Percebe-se que é viável a admissibilidade quando a dignidade da pessoa humana está em risco.

Em contrapartida, quanto à teoria da possibilidade de utilizar-se a prova ilícita *pro societate*, está é admissível quando há relevantes interesses públicos a serem preservado e protegidos, em casos excepcionais e graves, quando for esta a única forma de proteger outros valores fundamentais em prol da sociedade (Carvalho, 2023).

Ao tratar-se de gravação ambiental *pro reo*, está prevista no art. 8-A, § 4º, da Lei 9.296/96, o qual foi incluído pela Lei nº. 13.964 de 2019, que dispõe “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” (Brasil, 1996).

Percebe-se que na leitura do artigo, o legislador limitou a utilização da gravação ambiental sem autorização apenas para a defesa, ou seja, será aceita somente quando realizada pela defesa. Nesse sentido, Wedy e Schneider (2023) explanam que:

Desse modo, demonstrado que o artigo 8º-A, § 4º, da Lei nº 9.296/96 disciplina o instituto da gravação ambiental, conclui-se que a obtenção clandestina de diálogo por um dos interlocutores pode ser utilizada somente para fins defensivos e, frise-se, apenas quando demonstrada a integridade do diálogo, cumprindo com o entendimento de que provas ilícitas podem ser utilizadas exclusivamente pro reo. Em nossa opinião, a gravação ambiental clandestina pode ser admitida para fins defensivos, independentemente de sua integridade, eis que a ausência de integridade será avaliada na fase de valoração probatória (não de admissibilidade).

Ao relacionar-se com o *pro societate*, o artigo 8-A nada menciona quando a utilização da gravação ambiental pela acusação. Existe, no Senado Federal, em trâmite o projeto de Lei nº. 1.503 de 2021, proposto pelo senador Randolfe Rodrigues. Na proposta, menciona-se o art. 8-A, onde há a discussão deste instituto apenas em matéria de defesa. Contudo, no projeto justifica-se que limitar o uso da prova para apenas uma das partes contraria o interesse público.

Dessa forma, o projeto de lei ora mencionada visa alterar o texto legislativo, onde propõe-se que a autorização da gravação ambiental possa vir a ser utilizada pela acusação também, pois uma prova não pode ser considerada unicamente em

razão da parte que será beneficiada (Brasil, 2021). Menciona-se que o projeto de lei ainda está na fase de designação de relator.

Ainda seguindo o viés legislativo, o Senador Lasier Martins, também propôs o projeto de Lei nº. 1.822/2021, sobre o tema em estudo. A tramitação de ambos os projetos foi determinada para ser em conjunto, pois ambas possuem a mesma proposta da utilização da gravação ambiental pela acusação, sob pena de ofensa aos princípios da boa-fé objetiva e cooperação processual. Vale ressaltar que os dois projetos de lei estavam arquivados sem julgamento, mas foram desarquivados no requerimento nº. 286, de 2023.

4. A CAPTAÇÃO AMBIENTAL FEITA POR TERCEIROS EM FAVOR DA VÍTIMA: BALIZAS PARA A ADMISSIBILIDADE PELA JURISPRUDÊNCIA DOS TRIBUNAIS SUPERIORES

A captação ambiental realizada por terceiros (ou interceptação ambiental clandestina) pode ser utilizada como meio de defesa de terceiros, como, por exemplo, em favor de uma vítima que encontra-se em estado de vulnerabilidade? Esse é o ponto de debate do presente trabalho. Veja-se, com Lima (2020, p. 853):

Foi dito acima que a interceptação ambiental é a captação de uma comunicação no próprio recinto em que ocorre, privado ou público, efetuada por um terceiro, sem conhecimento dos comunicadores. Por sua vez, a escuta ambiental consiste na captação de uma comunicação, no ambiente dela, feita por terceiro, com o consentimento de um dos comunicadores. Em ambas as situações, não se trata de uma conversa telefônica. Cuida-se de uma conversa não telefônica, ocorrida em um gabinete, residência, restaurante, estabelecimento comercial, etc. Em face da proteção constitucional ao direito à intimidade e à vida privada (CF, art. 5º, X), discute-se na doutrina acerca da (i) licitude desses meios de obtenção de prova. Quanto à violação à intimidade, a discussão em torno da (i) licitude de uma interceptação ambiental diz respeito não à proteção ao segredo, que é o direito de que terceiros não tenham acesso à privacidade individual, mas sim ao direito de reserva, que é o direito de não ver divulgadas notícias concernentes à vida privada.

Dessa forma, há uma discussão delicada no campo do direito penal, especialmente no que diz respeito à admissibilidade desta prova perante o Supremo Tribunal Federal e o Superior Tribunal Federal, haja vista que este não é um assunto pacificado por doutrinadores e jurisprudências.

Essa admissibilidade encontra balizadores, quando trata-se de uma prova ilícita, mas para defender direitos fundamentais alheios de indivíduos vulneráveis. Portanto, os tribunais superiores têm ponderado que a captação ambiental deve ser proporcional ao objetivo pretendido, ou seja, a captação está diretamente vinculada à necessidade de autoria e materialidade do delito cometido.

Nesse viés, este é o enfoque que será detalhado neste capítulo, com a ponderação se há ou não proporcionalidade entre a produção da prova por meio de captação ambiental em favor da vítima em estado de vulnerabilidade, bem como a proporcionalidade da admissibilidade da captação ambiental realizada por terceiros em favor da vítima em estado de vulnerabilidade.

4.1 CONFLITO DE DIREITOS DA VÍTIMA E DO ACUSADO: APLICAÇÃO DO PRINCÍPIO DA PROPORCIONALIDADE NOS CASOS DE INTERCEPTAÇÃO AMBIENTAL CLANDESTINA

O conflito de direitos entre a vítima e o acusado emerge quando, no processo penal, os direitos fundamentais de ambos entram em colisão, exigindo equilíbrio de interesses com a finalidade de garantir a justiça. Este é o enfoque que será exposto neste capítulo, entendendo-se a vítima vulnerável e os direitos fundamentais do acusado.

Por vulnerável, entende-se que é qualquer pessoa em situação de fragilidade ou perigo, encontrando-se em situação de maior fraqueza moral, social, cultural, fisiológica ou biológica. A vulnerabilidade é um conceito abrangente, que leva em consideração a necessidade de proteção do Estado em relação a certas pessoas e situações, incluindo no rol de vulneráveis casos de doença mental, embriaguez, hipnose, enfermidade, idade avançada, pouca ou nenhuma mobilidade de membros, perda momentânea de consciência, deficiência intelectual, má formação cultural, miserabilidade social, sujeição a situação de guarda, tutela ou curatela, temor reverencial, enfim, qualquer caso de evidente fragilidade (Capez, 2012).

Na legislação brasileira a vulnerabilidade ocorre em três situações: quando a vítima for menor de 14 anos; quem por enfermidade ou deficiência mental não possui necessário discernimento para praticar o ato; e, quando a vítima não puder oferecer resistência, fazendo-se uma relação direta com o artigo 217-A ao artigo 218-B do Código Penal, que tratam dos crimes sexuais contra vulneráveis (Ribeiro; Lopes, 2021). Segundo a Resolução número 196/1996, publicada pelo Conselho Nacional de Saúde, entende-se por estado de vulnerabilidade:

estado de pessoas ou grupos que, por quaisquer razões ou motivos, tenham a sua capacidade de autodeterminação reduzida, sobretudo no que se refere ao consentimento livre e esclarecido

Então, a vítima vulnerável é qualquer pessoa em situação de fragilidade ou perigo, sendo que a lei não refere-se a maturidade, mas sim ao fato de encontrar-se em situação de maior fraqueza moral, social, cultural, física, psicológica, etc., ou seja, qualquer pessoa que não consiga oferecer resistência à conduta do agente (Capez, 2017).

Em contrapartida à vulnerabilidade da vítima, emerge os direitos fundamentais do acusado, como o direito à imagem e privacidade estão previstos no artigo 5º, inciso X, da Constituição Federal, o qual dispõe que: “são invioláveis a intimidade, a vida privada, a honra e a imagem das pessoas, assegurado o direito a indenização pelo dano material ou moral decorrente de sua violação” (Brasil, 1988). Nesse viés, os direitos à intimidade e à própria imagem formam a proteção constitucional da vida privada.

Contudo, esses direitos fundamentais, da vítima e do acusado, entram em conflitos quando há a captação ambiental feita por terceiros, em favor da vítima, e sem o conhecimento do ofensor, o qual tem violada a sua imagem e privacidade. Contudo, nenhum direito ou garantia é absoluto, na medida em que se, eventualmente, houver colisão de direitos, um deles deve prevalecer (Nunes; Faria, 2022).

Os direitos humanos fundamentais, consagrados na Constituição Federal, não podem ser utilizados como escudo protetivo da prática de atividades ilícitas, bem como não são podem ser analisados como absolutos e inflexíveis, desta forma, quando houver conflito entre dois ou mais direitos ou garantias fundamentais, os mesmos deverão ser interpretados de forma individual no caso concreto, para que haja harmonia entre eles (Moraes, 2016).

Sendo assim, para que seja assegurada a isonomia dos direitos, devem ser despendidos esforços para proteger a dignidade da vítima e o direito da personalidade da vítima, dessa forma, os tribunais superiores tendem a adotar a proporcionalidade nas discussões desses casos. Fernandes (2017), menciona que:

Se acompanharmos as decisões mais recentes do Supremo Tribunal Federal (STF) sobre a aplicação de direitos fundamentais (o que inclui os chamados “casos de colisões” entre direitos fundamentais), assim como a leitura que vem estabelecendo entre a relação dos interesses públicos com os privados, veremos que é cada vez mais crescente a utilização de um instrumental importado do direito constitucional alemão, que muitos denominam de ponderação de bens e interesses, com base na aplicação do princípio da proporcionalidade (Fernandes, 2017)

O princípio da proporcionalidade, em sentido amplo, tem como objetivo verificar se a norma penal é proporcional ou não ao caso concreto. Essa verificação é realizada em três níveis.

Em um primeiro momento, deve ser verificada a gravidade dos meios empregos com o resultado almejado. A seguir, analisa-se a indispensabilidade da

sanção, ou seja, por meio de um juízo comparativo, há a verificação se a sociedade não dispõe de outro meio capaz de proteger o interesse ameaçado, de um modo menos agressivo aos direitos fundamentais dos indivíduos. No terceiro nível, pondera-se a relação entre o delito e o direito violado (Sánchez, 1992).

A proporcionalidade serve de proteção da norma fundamental, atuando como um controle de constitucionalidade, que mostra-se relevante na verificação se a elaboração legislativa apresenta justificação constitucional. É um importante princípio na órbita do direito penal, pois visa garantir o Estado Democrático de Direito, para que não haja a eliminação de um direito fundamental quando em conflito com outro. Em que pese a proporcionalidade seja adotada pelos tribunais superiores, alude-se que o presente tema encontra críticas pelos doutrinadores:

Todavia, não há como discordar de Virgílio Afonso da Silva, quando este critica a falta de precisão e rigor técnico-metodológico, seja por parte dos Tribunais brasileiros, notadamente o STF, que parece ter encontrado na “proporcionalidade” o remédio taumaturgo (milagroso) para todos os problemas constitucionais, ou por parte dos juristas pátrios – seja por descuido epistemológico (equivoco que se corrige com estudo), seja por perversidade ideológica (mal a ser combatido) – que abraçam tal tese de maneira acrítica e irrefletida, sem pesar (ou por que não dizer, como querem, “sopesar”) as consequências para a construção do paradigma de um direito afeito a um Estado Democrático (Silva apud Fernandes, 2017).

Embora a crítica mencionada acima, sobre o uso excessivo do princípio da proporcionalidade, é inegável que a sua aplicação garante que se proteja um bem jurídico tutelado de maior importância, produzindo a justiça almejada. Dessa forma, quando a controvérsia gira em torno da proteção do direito à dignidade da vítima versus o direito à privacidade e imagem do ofendido, em regra, em que pese as críticas doutrinárias, segundo tribunais superiores, deve ser aplicado o princípio da proporcionalidade.

4.2 CAPTAÇÃO AMBIENTAL FEITA POR TERCEIRO EM FAVOR DA VÍTIMA E SUA (IN) ADMISSIBILIDADE: ENTENDIMENTOS JURISPRUDENCIAIS

Em matéria jurisprudencial, em um primeiro momento, conforme consta no Informativo de Edição Extraordinária nº. 16/2024, em um processo de estupro de vulnerável, que tramita sob segredo de justiça, o STJ decidiu que quando há colisão de interesses, a captação ambiental clandestina é válida, sempre que o direito a ser protegido tiver valor superior à privacidade e a imagem do autor do crime, sendo a

captação um elemento da legítima defesa probatória, a fim de se garantir a licitude da prova (Brasil, 2023).

O Ministro Dantas, o relator do caso, expôs que há situações em que é necessário admitir a captação ambiental como prova lícita, considerando justamente a necessidade de defender os direitos fundamentais do caso. O caso explicitado é um de notória repercussão, onde um médico anestesista estuprou uma vítima sedada, que estava em trabalho de parto. Os funcionários do hospital registraram a ação criminosa, considerando a vulnerabilidade da vítima, que estava impossibilitada de qualquer reação ou de prestar depoimento em ocasião futura.

Nesse caso, os direitos fundamentais da parturiente se sobrepõem ao direito de privacidade e da imagem do autor do crime, uma vez que a captação realizada por terceiros é a única prova possível para a elucidação do crime ocorrido. Dessa forma, o Tribunal decidiu, no HC 812.310, pelo não reconhecimento da ilicitude da prova, conforme colaciona-se a ementa a seguir:

HABEAS CORPUS. ESTUPRO DE VULNERÁVEL. ART. 217-A, § 1º, DO CÓDIGO PENAL. CAPTAÇÃO AMBIENTAL. REALIZAÇÃO POR UM DOS INTERLOCUTORES SEM CONHECIMENTO DO OUTRO. PACOTE ANTICRIME. REGULAMENTAÇÃO. PRÉVIA AUTORIZAÇÃO JUDICIAL. DISPENSA. RESTRIÇÃO A DIREITO FUNDAMENTAL DO ACUSADO. POSSIBILIDADE. CRITÉRIO DA PROPORCIONALIDADE. NECESSIDADE DA GRAVAÇÃO AMBIENTAL PARA PROVA DA CONDUTA CRIMINOSA. ADEQUAÇÃO. INEXISTÊNCIA DE MEIO MENOS GRAVOSO. PROPORCIONALIDADE EM SENTIDO ESTRITO. COLISÃO DE INTERESSES. BENS JURÍDICOS DE MAIOR RELEVÂNCIA. LEGÍTIMA DEFESA PROBATÓRIA. LICITUDE DA PROVA. HABEAS CORPUS NÃO CONHECIDO.

1. A inserção do art. 8º-A à Lei n. 9.296/1996 pela Lei n. 13.964/2019 (Pacote Anticrime) se deu com o fim de regulamentar a "captação de sinais eletromagnéticos, ópticos ou acústicos", para fins de investigação ou instrução criminal. Para tanto, geralmente, exige-se prévia autorização judicial e outros requisitos na concretização da proporcionalidade em suas três dimensões:

idoneidade para produzir prova da prática do crime (adequação), inexistência de outro meio menos gravoso de obtenção da prova (necessidade) com pena superior a 4 anos (proporcionalidade em sentido estrito).

2. O art. 8-A, da Lei n. 9.296/1996 garante, em seu § 4º, a utilização, em matéria de defesa, da prova obtida por meio da captação ambiental realizada por um dos interlocutores, quando demonstrada a integridade da gravação. O art. 10-A, da Lei n. 9.296/1996, por sua vez, também incluído pela Lei n. 13.964/2019, previu a figura típica da captação ambiental sem autorização judicial, mas ressaltou, em seu § 1º, os casos em que esta é realizada por um dos interlocutores, situação que pode ser equiparada à atuação de terceiro quando o agente reduzir totalmente a possibilidade de agir da vítima.

3. Os precedentes mais recentes desta Corte e do Supremo Tribunal Federal têm validado o uso das gravações clandestinas como meio de prova, excluindo da incidência típica as captações feitas por um dos

interlocutores. A questão não é nova, uma vez que o Supremo Tribunal Federal, por ocasião do julgamento do Recurso Extraordinário n. 583.937, em 19 de novembro de 2009, em rito de repercussão geral, já havia decidido pela validade probatória da gravação de áudio ou vídeo realizada de forma oculta, por particular, sem conhecimento do outro interlocutor.

4. Não obstante alguns posicionamentos contrários à utilização da gravação clandestina produzida pelas vítimas de crime como meio de prova, há situações em que é forçoso se concluir pela sua licitude, considerando justamente a necessidade de defesa dos direitos fundamentais da vítima.

5. Especificamente com relação à sua utilização como forma de proteção aos direitos fundamentais da vítima de ações criminosas, a proporcionalidade em sentido estrito se aplica como verdadeira causa excludente de ilicitude da prova toda vez que o direito à integridade e à dignidade da vítima prevalece sobre o direito de imagem e privacidade do ofensor. Em outras palavras, é imprescindível que os bens jurídicos em confronto sejam sopesados, dando-se preferência àqueles de maior relevância.

7. Na colisão de interesses, o uso de captações clandestinas se justifica sempre que o direito a ser protegido tiver valor superior à privacidade e à imagem do autor de crime, utilizando-se da legítima defesa probatória, a fim de se garantir a licitude da prova. É exatamente nesse contexto que se insere a conduta daquele que realiza uma gravação ambiental clandestina, inicialmente praticando a conduta típica descrita no art. 10-A da Lei n. 9.296/1996, amparado, no entanto, pela excludente de antijuridicidade, pois sua conduta, embora cause lesão a um bem jurídico protegido, no caso a privacidade ou a intimidade da pessoa alvo da gravação, é utilizada para a defesa de direito próprio ou de terceiro contra agressão injusta, atual e iminente.

8. No presente caso, os funcionários da equipe de enfermagem de um hospital suspeitaram do comportamento incomum apresentado pelo denunciado no centro cirúrgico e registraram em vídeo a ação criminosa, considerando a vulnerabilidade da vítima que estava sedada sem qualquer possibilidade de reação ou mesmo de prestar depoimento sobre os fatos.

9. Ao sopesar os interesses das partes envolvidas na captação ambiental, obviamente que os direitos fundamentais da parturiente se sobrepõem às eventuais garantias fundamentais do ofensor que agora tenta delas se valer para buscar impedir a utilização do único meio de prova possível para a elucidação do crime por ele perpetrado, praticado às escondidas em ambiente hospitalar e em proveito à situação de extrema vulnerabilidade que ele mesmo impôs à parturiente com a utilização excessiva de sedação e de anestésicos, impedindo qualquer tipo de reação.

10. Não há ilicitude a ser reconhecida, devendo a ação penal ter o seu normal prosseguimento, a fim de elucidar os fatos adequadamente narrados pela acusação.

11. Habeas corpus não conhecido (Brasil, 2023).

Percebe-se, a partir da leitura da decisão acima, que o STJ tende a decidir pela licitude da gravação ambiental realizada em favor de terceiros, sempre que o direito da vítima for superior ao do ofensor.

O Tribunal decidiu seguir pela teoria da colisão de interesses e ponderação de princípios, desenvolvida pelo ilustre Robert Alexy, onde, quando houver dois princípios fundamentais em conflito, é necessário avaliar qual deles, quando aplicado, fere com menor agressividade o outro. Ou seja, nada mais é que uma fórmula matemática, onde as variáveis são a intensidade da interferência que se

pretende fazer, o peso desse direito e a confiabilidade das informações que subsidiam o debate.

Neste caso em específico, o relator entendeu que na colisão de interesses, o uso da captação ambiental clandestina se justifica porque protege-se um direito com valor superior à privacidade e à imagem do autor do crime, utilizando-se da legítima defesa probatória, a fim de garantir a licitude da prova, ou seja, os direitos da parturiente se sobrepõem às eventuais garantias do ofensor, sendo que o limitador desta tese seria o valor do bem jurídico que se busca defender (Lima; Rodrigues Júnior, 2023).

Percebe-se que o ponto chave da decisão foi a proporcionalidade, sendo esta, então, indispensável na análise da admissibilidade da prova ilícita. Sendo assim, para Lima e Rodrigues Júnior (2023), a dignidade da vítima deve prevalecer sobre o direito de imagem e privacidade do ofensor.

Ainda tratando-se de STF, este mostrou-se controvertido quando a problemática em estudo envolver matéria eleitoral. Restou decidido que, em processos eleitorais, é ilícita a prova obtida por gravação ambiental clandestina em locais privados, sem o conhecimento do interlocutor. A exceção ocorre tão somente se a gravação acontecer em local público, sem qualquer controle de acesso, porque, então, não há violação da intimidade.

Esta decisão foi retomada no julgamento do Recurso Extraordinário 1040545, com repercussão geral reconhecida, tema 979. No julgamento, gravação em espaço privado, em razão das acirradas disputas político-eleitorais, pode decorrer de arranjo prévio para a indução ou a instigação de um flagrante preparado. Nesse caso, haverá nulidade da prova, pois, além do induzimento, há a violação da intimidade e da privacidade. Colaciona-se a Tese 979 da Corte:

No processo eleitoral, é ilícita a prova colhida por meio de gravação ambiental clandestina, sem autorização judicial e com violação à privacidade e à intimidade dos interlocutores, ainda que realizada por um dos participantes, sem o conhecimento dos demais. - A exceção à regra da ilicitude da gravação ambiental feita sem o conhecimento de um dos interlocutores e sem autorização judicial ocorre na hipótese de registro de fato ocorrido em local público desprovido de qualquer controle de acesso, pois, nesse caso, não há violação à intimidade ou quebra da expectativa de privacidade (Brasil, 2017).

Percebe-se que o STF tende a decidir de forma diferente a admissibilidade da captação ambiental realizada por terceiros, a depender da matéria discutida. Nos exemplos citados, quando relacionado aos direitos eleitorais, não há que se falar em

admissibilidade da prova, contudo, quando tem-se a gravação clandestina em favor da vítima, em matéria penal, com a finalidade de proteger direitos fundamentais, a Suprema Corte tende a relativizar a admissibilidade da prova ilícita.

Diferentemente do entendimento dos tribunais superiores, os doutrinadores tendem a ser mais relutantes quanto ao reconhecimento da licitude da captação ambiental, sendo necessário o preenchimento de requisitos cumulativos para admissibilidade. Nesse viés, Masson (2020) expõem que este meio deve ser validado desde que realizada como meio de defesa exclusivamente, se não há reserva da conversação, ou seja, obrigação de guardar segredo, ou, ainda, quando não restar caracterizado violação de sigilo, não havendo se de cogitar uma suposta violação à privacidade nesses casos.

Lima (2020) compreende que a captação de conversas ou imagens alheias em locais abertos ao público é prova lícita, mesmo sem prévia autorização judicial.

Suponha-se, por exemplo, que um crime cometido em via pública seja gravado sem prévia autorização judicial (v.g., câmera de vigilância instalada em um prédio). Ora, nessa hipótese, não há falar em direito ao segredo. Afinal de contas, quem comete um crime em via pública – ou, ainda que particular, mas aberto ao público (v.g., teatro, restaurante, etc.) – não tem qualquer expectativa de proteção à intimidade (Lima, 2020, p. 853).

Contudo, o mesmo autor (2020) compreende ser ilícita a captação de sons ou imagens em lugar privado não aberto ao público, pois viola-se o direito à intimidade, em especial. Porém, se esta se der em algumas situações, como na proteção à vítima, entende-se pela licitude da prova:

reputa-se lícita, pelo menos em regra, a gravação ambiental clandestina, feita sem a ciência do outro interlocutor, passível de utilização tanto em favor da acusação quanto em favor da defesa, mesmo que desprovida de prévia autorização judicial, naquelas hipóteses já sedimentadas pela jurisprudência: a) em razão de investida criminosa (v.g., vítima de concussão grava a conversa com o funcionário público); b) se não há reserva da conversação, leia-se, obrigação de guardar segredo; c) quando não restar caracterizado violação de sigilo, não havendo de se cogitar uma suposta (e inexistente) violação do direito à privacidade nesses casos (Lima, 2020, p. 853).

Diante do exposto, é possível notar que o entendimento majoritário da doutrina e da jurisprudência são no sentido da legalidade da captação ambiental, desde que preenchidos alguns requisitos necessários.

5. CONCLUSÃO

Ao longo do trabalho, analisou-se a captação ambiental realizada por terceiros em favor da vítima, com especial atenção à sua legalidade e (in)admissibilidade no âmbito jurídico, isto porque está é considerada uma prova ilícita, quando não aplicada de forma correta, em matéria de direito penal.

No decorrer da pesquisa, tornou-se necessário discorrer sobre a teoria geral da prova e as limitações a este direito probatório, pois assim foi possível identificar a busca pela verdade real em matéria de direito penal, bem como a análise da ilicitude dos materiais probatórios quando não seguida a regra.

Dessa forma, a captação ambiental, que é um meio de prova, apresenta requisitos rigorosos que devem ser respeitados, para que não ocorra a configuração da ilicitude neste meio probatório, conforme dispõe na Lei 9.296/96.

Para a admissibilidade da captação ambiental, devem ser observados alguns critérios, tais como: a) adequação, onde a medida deve ser apta a produzir a prova desejada; b) necessidade, ou seja, deve ser o único meio de adquirir o material probatório desejado; e c) proporcionalidade, onde o benefício da prova deve superar a restrição de direitos fundamentais.

Contudo, a problemática da presente pesquisa emergiu ao ser violado o direito à privacidade, imagem e intimidade do acusado, pois a captação ambiental ocorre sem o consentimento deste. Restou exposto que, embora o ordenamento jurídico brasileiro valorize a proteção da intimidade e da privacidade, eis que são direitos constitucionais inerentes ao brasileiro, existem circunstâncias nas quais a captação ambiental realizada por terceiros em favor da vítima mostra-se um meio de prova admitido pelos tribunais superiores, uma vez que há um interesse na busca da verdade e na proteção dos demais direitos fundamentais da vítima, principalmente quando esta for vulnerável.

Deve ser realizada, portanto, uma ponderação de direitos e princípios, com a análise da proporcionalidade do delito versus o direito violado com a captação ambiental. Essa abordagem garante não apenas o equilíbrio entre os direitos da vítima e do acusado, mas também a legitimidade do sistema processual penal e o respeito às garantias fundamentais.

Então, em que pese não seja uma questão completamente pacificada entre os doutrinadores, tanto o Supremo Tribunal Federal quanto o Superior Tribunal de

Justiça, caminham em direção à admissibilidade da captação ambiental realizada por terceiros em favor da vítima, principalmente daquela em estado de vulnerabilidade, com base nos princípios da proporcionalidade e razoabilidade.

Portanto, em casos excepcionais, o uso de captação ambiental clandestina pode ser admitido, desde que justificado pela necessidade de proteger bens jurídicos de maior relevância, como a vida e a dignidade da pessoa humana. Contudo, trata-se de uma medida que deve ser avaliada criteriosamente, levando em consideração as especificidades do caso concreto.

REFERÊNCIAS

ALEXY, Robert. **Teoría de los Derechos Fundamentales**. Madri: Centro de Estudios Políticos y Constitucionales, 2001.

++

AVENA, Norberto. **Processo Penal**. Rio de Janeiro: Grupo GEN, 2023. E-book. ISBN 9786559647774. Disponível em: <https://integrada.minhabiblioteca.com.br/#/books/9786559647774/>. Acesso em: 25 mar. 2024.

BADARÓ, Gustavo. **Direito à prova e os limites lógicos de sua admissão: os conceitos de pertinência e relevância**. Disponível em <https://www.badaroadvogados.com.br/gustavo-badaro-direito-a-prova-e-os-limites-logicos-de-sua-admissao-os-conceitos-de-pertinencia-e-relevancia-ano-2016.html>. Acesso em 08 de outubro de 2024.

BADARÓ, Gustavo Henrique. **Processo penal**. 11 ed. rev., atual e ampl. São Paulo: Thomson Reuters Brasil, 2023

BONFIM, Edilson M. **Curso de processo penal**. São Paulo: Editora Saraiva, 2024. E-book. ISBN 9788553620852. Disponível em: <https://integrada.minhabiblioteca.com.br/#/books/9788553620852/>. Acesso em: 26 mar. 2024.

BRASIL. **Código de processo penal**. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/decreto-lei/del3689.htm. Acesso em 03 de abril de 2024.

Brasil. **Código Penal**. Decreto-Lei nº 2.848, de 7 de dezembro de 1940. Disponível em https://www.planalto.gov.br/ccivil_03/decreto-lei/del3689.htm. Acesso em 03 de abril de 2024.

BRASIL. **Constituição (1988). Constituição da República Federativa do Brasil de 1988**. Brasília, DF: Presidente da República. Disponível em https://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/constituicao.htm. Acesso em 03 de abril de 2024.

BRASIL, Senado Federal. **Projeto de Lei 1503, de 2021**. Dispõe sobre a autorização do uso da captação ambiental quando demonstrada a integridade da gravação. Brasília, DF: Senado Federal, 2021. Disponível em: <https://www25.senado.leg.br/web/atividade/materias/-/materia/148166>. Acesso em 13 de abril de 2024.

BRASIL, Senado Federal. **Projeto de Lei 1822, de 2021**. Altera a Lei nº 9.296, de 24 de julho de 1996 para permitir o uso de gravação oriunda de captação ambiental nos casos que especifica. Brasília, DF: Senado Federal, 2021. Disponível em <https://www25.senado.leg.br/web/atividade/materias/-/materia/148431>. Acesso em 13 de abril de 2024.

BRASIL. Superior Tribunal de Justiça. **Habeas Corpus 301.488/MT**. Impetrante: Daniel Gerber e outros. Impetrado: Tribunal de Justiça do Estado do Mato Grosso. Relator: Min. Reynaldo Soares da Fonseca, julgado em 01.09.2016, publicado em 06.09.2016. Disponível em https://scon.stj.jus.br/SCON/GetInteiroTeorDoAcordao?num_registro=201402013621&dt_publicacao=28/11/2016. Acesso em 05 de setembro de 2024.

BRASIL. Superior Tribunal de Justiça. **Habeas Corpus 445.088/SC**. Impetrante: Defensoria Pública do Estado de Santa Catarina. Impetrado: Tribunal de Justiça do Estado de Santa Catarina. Relator: Min. Antônio Saldanha Filho, julgado em 03.09.2019, publicado em 10.09.2019. Disponível em https://scon.stj.jus.br/SCON/GetInteiroTeorDoAcordao?num_registro=201800830093&dt_publicacao=10/09/2019. Acesso em 05 de setembro de 2024.

BRASIL. Superior Tribunal de Justiça. **Habeas Corpus n. 812.310/RJ**. Relator: Ministro Ribeiro Dantas, Quinta Turma, julgado em 21.11.2023, DJe de 28.11.2023. Disponível em https://processo.stj.jus.br/SCON/GetInteiroTeorDoAcordao?num_registro=202301050453&dt_publicacao=28/11/2023. Acesso em 05 de setembro de 2024.

BRASIL. Supremo Tribunal Federal. **Habeas Corpus nº. 84.078**. Impetrante: Omar Coelho Vitor. Relator: Min. Eros Grau, julgado em 05.02.2009, DJe de 26.02.2010. Disponível em <https://jurisprudencia.stf.jus.br/pages/search/sjur173893/false>. Acesso em 05 de setembro de 2024.

BRASIL. Supremo Tribunal Federal. **Recurso Extraordinário 971959/RS**. Recorrente Ministério Público do Estado do Rio Grande do Sul. Recorrido: Gilberto Fontana. Relator: Min. Luiz Fux, julgado em 05.08.2016, DJe de 10.11.2016. Disponível em <https://jurisprudencia.stf.jus.br/pages/search/repercussao-geral8742/false>. Acesso em 05 de setembro de 2024.

BRASIL. Supremo Tribunal Federal. **Tema 979**: Discussão sobre a licitude da prova obtida por meio de gravação ambiental realizada por um dos interlocutores sem o conhecimento do outro, na seara eleitoral. Relator: Min. Dias Toffoli, publicado em 24.06.2024. Disponível em <https://portal.stf.jus.br/jurisprudenciaRepercussao/verAndamentoProcesso.asp?incidente=5169064&numeroProcesso=1040515&classeProcesso=RE&numeroTema=979>. Acesso em 05 de setembro de 2024.

CABETTE, Eduardo Luiz S. **Interceptação telefônica**. São Paulo: Editora Saraiva, 2015. E-book. ISBN 9788502171565. Disponível em: <https://integrada.minhabiblioteca.com.br/#/books/9788502171565/>. Acesso em: 28 mar. 2024.

CAPEZ, Fernando. **Curso de direito penal**, volume 3. 10 ed. São Paulo : Saraiva, 2012.

CAPEZ, Fernando. **Curso de processo penal**. 24. ed. São Paulo: Saraiva, 2017.

CAPEZ, Fernando. **Curso de processo penal**. São Paulo: Editora Saraiva, 2023. E-book. ISBN 9786553626072. Disponível em: <https://integrada.minhabiblioteca.com.br/#/books/9786553626072/>. Acesso em: 25 mar. 2024.

CARNELUTTI, Francesco. **Lições sobre o processo penal**. BRUNO, Francisco Galvão. Trad. 1 vol. 1ª ed. Campinas: Bookseller, 2004. pp. 275-276

CARVALHO, Carolina Caldas Villas Boas de Carvalho. **(In)admissibilidade da prova ilícita no processo penal: a utilização do princípio da proporcionalidade nas provas ilícitas pro societate**. Trabalho de conclusão de curso, Faculdade de Ciências Jurídicas e Sociais - FAJS, 2023. Disponível em <https://repositorio.uniceub.br/jspui/bitstream/prefix/16685/1/21852493.pdf>. Acesso em 08 de abril de 2024.

DEZEM, Guilherme Madeira. **Curso de processo penal**. 6. ed. rev., atual e ampl. São Paulo : Thomson Reuters Brasil, 2020.

FILHO, Cláudio Rocha Paulino. **A possibilidade de uso da gravação ambiental clandestina em locais privados como prova lícita no processo penal**. Monografia apresentada na Escola da Magistratura do Estado do Rio de Janeiro, 2023. Disponível em <https://site.emerj.jus.br/files/biblioteca/monografia/2023/Monografia-Claudio-Rocha-Paulino-Filho%20Emerj.pdf> . Acesso em 08 de abril de 2024.

GOMES, Luiz Flávio; MACIEL, Silvio. **Interceptação telefônica e das comunicações de dados e telemáticas: comentários à Lei 9.296/96**. 4. ed. rev. atual. e ampl. São Paulo: Editora Thomson Reuters Brasil, 2018.

GRECO FILHO, Vicente. **Interceptação telefônica: considerações sobre a Lei n. 9.296/96**. São Paulo: Editora Saraiva, 2015. E-book. ISBN 9788502626911. Disponível em: <https://integrada.minhabiblioteca.com.br/#/books/9788502626911/>. Acesso em: 28 mar. 2024.

GRUBBA, Leilane Serratine. **A verdade no processo penal: (im)possibilidades**. **Revista do Direito Público**. Londrina, v. 12, n. 1, p.266-286, abr. 2017. DOI: 10.5433/28578-130135-1.2017v12n1p266. ISSN: 1980-511X. Disponível em <file:///C:/Users/anaca/Downloads/ygoralbino,+Gerente+da+revista,+ARTIGO+9+-+Fls.+266-286.pdf>. Acesso em 03 de março de 2024.

HABIB, Gabriel. **Leis Penais Especiais**. Volume Único.8ª ed. Bahia: Editora Juspodivm, 2016.

LAVORATTI, Anna Claudia; DE BONE, Leonardo Castro; MOMO, Maria Vitória Galvan. **A utilização da prova ilícita interpretada e aplicada à luz do processo civil constitucionalizado**. Disponível em https://www.cidp.pt/revistas/rjlb/2023/6/2023_06_0215_0295.pdf . Acesso em 04 de março de 2024.

LIMA, Renato Brasileiro de. **Manual de Processo Penal**. 7. ed. rev. atual. e ampl. Salvador: JusPodivm, 2020.

LIMA, João Victor Nascimento; RODRIGUES JÚNIOR, José Gutemberg de Sousa. **Habeas Corpus nº 812.310 RJ/STJ e a legítima defesa probatória**. Conjura, 2023. Disponível em <https://www.conjur.com.br/2023-dez-19/habeas-corpus-no-812-310-rj-stj-e-a-legitima-defesa-probatoria/>. Acesso em 08 de outubro de 2024.

LOPES JR., Aury. **Direito processual penal**. 16. ed. São Paulo: Saraiva, 2017. p. 357.

LOPES JR., Aury. **Direito processual penal** – 16. ed. – São Paulo: Saraiva Educação, 2019.

MASSON, CLEBER. **Direito Penal - Parte Geral (Arts. 1º a 120)**. 14 ed. São Paulo: Editora Método, 2020.

MIRABETE, Júlio Fabbrini. **Processo penal**. 18. ed. São Paulo: Atlas, 2007.

MORAES, Alexandre. **Direito constitucional**. 32. ed. São Paulo: Atlas, 2016.

NEVES, Daniel Amorim Assumpção. **Manual de Processo Civil** – Volume Único. 11 ed. rev. atualizada e ampliada. Salvador: Ed. JusPodivm, 2019.

NUCCI, Guilherme de S. **Manual de Processo Penal**. Volume Único. Rio de Janeiro: Grupo GEN, 2024. E-book. ISBN 9786559649587. Disponível em: <https://integrada.minhabiblioteca.com.br/#/books/9786559649587/>. Acesso em: 27 mar. 2024.

Nunes, D. H., & Faria, M. M. (2022). A CAPTAÇÃO AMBIENTAL: análise jurisprudencial da gravação clandestina como prova lícita no processo penal brasileiro e o conflito aparente de direitos fundamentais. *Revista Húmus*, 12(35). <https://doi.org/10.18764/2236-4358v12n35.2022.15>.

Resolução nº 196/1996 do Conselho Nacional de Saúde. Disponível em: http://bvsms.saude.gov.br/bvs/saudelegis/cns/1996/res0196_10_10_1996.htm. Acesso em 06 de outubro de 2024.

RIBEIRO, Larissa Mariá Rodrigues; LOPES, Rosimeire das Dores. **Estupro de vulnerável: uma análise acerca da vulnerabilidade das vítimas menores de 14 anos**. Centro Universitário UNA, disponível em <https://repositorio.animaeducacao.com.br/items/ae1ac7c9-6d40-4612-bd05-ecf281ed966e>. Acesso em 10 de agosto de 2024.

ROBERT, Alexy. **Colisão de direitos fundamentais e realização de direitos fundamentais no Estado de Direito Democrático**. Revista de Direito Administrativo, 1999.

TOURINHO FILHO, Fernando da Costa. **Processo Penal**, v. 3, São Paulo: Saraiva, 2013.

SÁNCHEZ, Jesús María. ***Aproximación al Derecho Penal Contemporáneo***. Barcelona: Jose Maria Bosch Editor S.A, 1992.

SILVA, Virgílio Afonso da. O proporcional e o razoável. In: FERNANDES, Bernardo Gonçalves. Curso de Direito Constitucional. 9. ed. Salvador: Juspodivm, 2017.

WEDY, Miguel Tedesco; SCHNEIDER, Maurá Duro. **Gravação ambiental clandestina: passado e futuro**. Conjur, 2023. Disponível em <https://www.conjur.com.br/2023-dez-02/gravacao-ambiental-clandestina-passado-e-futuro/#:~:text=8%C2%BA%2DA> Acesso em 09 de abril de 2024.