

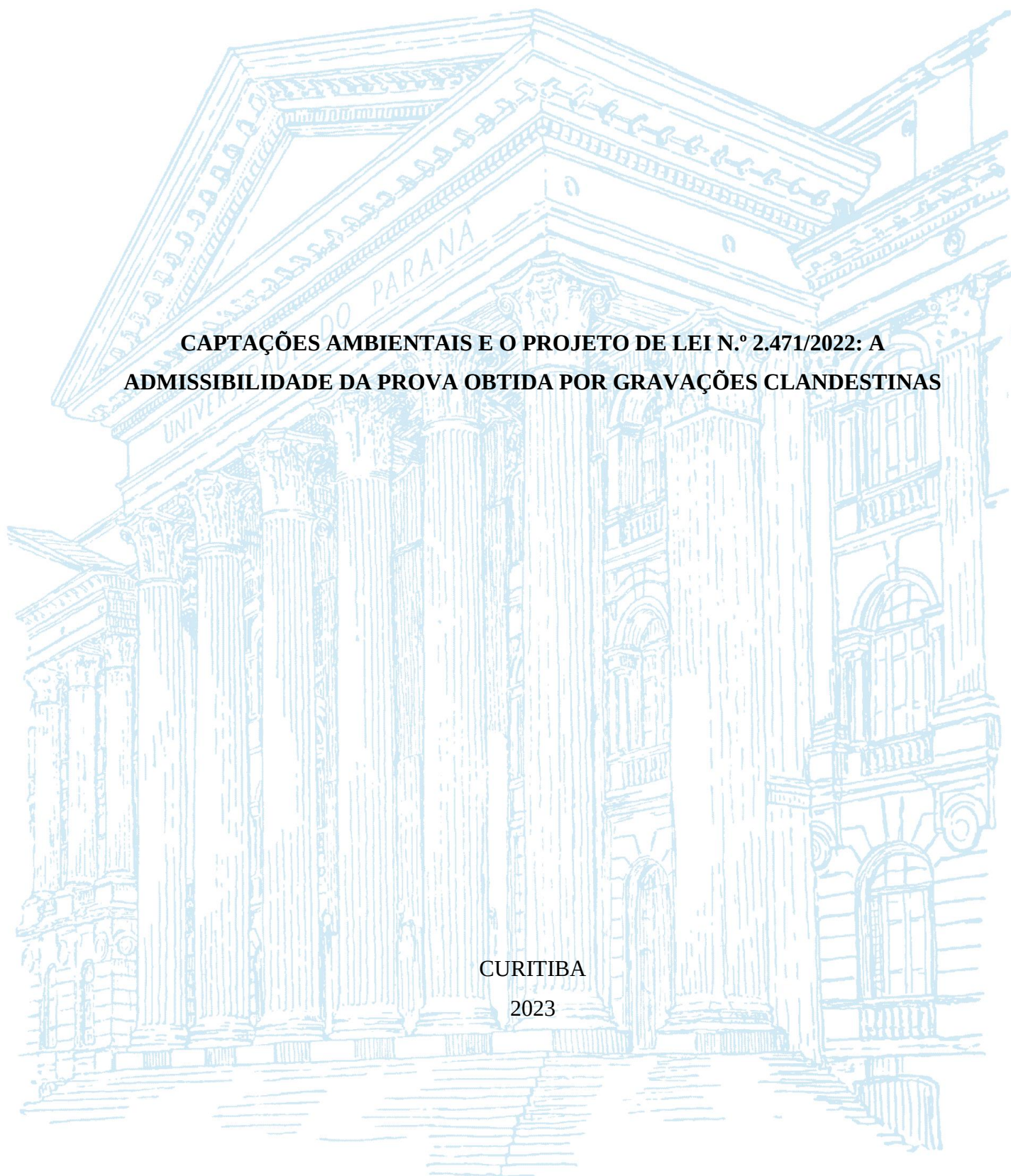
UNIVERSIDADE FEDERAL DO PARANÁ

GABRIEL MICHELLI DE SOUZA

**CAPTAÇÕES AMBIENTAIS E O PROJETO DE LEI N.º 2.471/2022: A
ADMISSIBILIDADE DA PROVA OBTIDA POR GRAVAÇÕES CLANDESTINAS**

CURITIBA

2023



GABRIEL MICHELLI DE SOUZA

CAPTAÇÕES AMBIENTAIS E O PROJETO DE LEI N.º 2.471/2022: A
ADMISSIBILIDADE DA PROVA OBTIDA POR GRAVAÇÕES CLANDESTINAS

Monografia apresentada como requisito parcial à
obtenção do título de Bacharel, Curso de Direito, Setor
de Ciências Jurídicas, Universidade Federal do Paraná.

orientadora: Prof.^a Dr.^a Clara Maria Roman Borges.

CURITIBA

2023

TERMO DE APROVAÇÃO

CAPTAÇÕES AMBIENTAIS E O PROJETO DE LEI N.º 2.471/2022: A
ADMISSIBILIDADE DA PROVA OBTIDA POR GRAVAÇÕES CLANDESTINAS

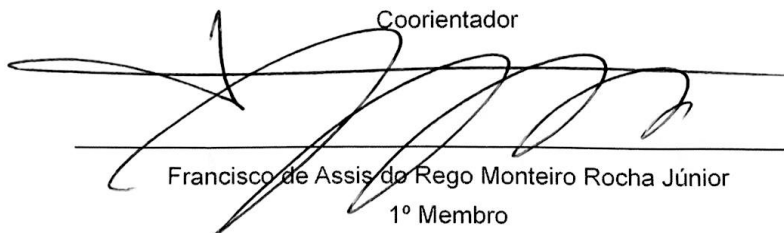
GABRIEL MICHELLI DE SOUZA

Trabalho de conclusão de curso aprovado como requisito parcial para obtenção do título de Bacharel no Curso de Direito, da Faculdade de Direito, Setor de Ciências Jurídicas, da Universidade Federal do Paraná, pela seguinte banca examinadora:



Clara Maria Roman Borges
Orientador

Coorientador



Francisco de Assis do Rego Monteiro Rocha Júnior
1º Membro



Rui Carlo Dissenha
2º Membro

AGRADECIMENTOS

Aos meu pais, Oswaldo, de quem herdei os valores e o encanto pela simplicidade, e Conceição, de quem herdei a personalidade e a devoção aos livros e ao conhecimento. O sacrifício, o encorajamento e o amor incondicional dedicados a mim serão sempre a força motriz dos meus esforços.

À minha saudosa avó, Maria Aparecida, pelo afeto, pelas lições e pela obstinação. O que seria de mim sem duas ou três ideias fixas?

À minha irmã, Andressa, pela cumplicidade de longa data e pela disponibilidade de sua serenidade.

À família, por me entusiasmar, com carinho, a ser cada vez mais quem eu sou.

Ao seu Antonio, à dona Sílvia e à Geórgia, por me mostrarem ser possível contrariar as circunstâncias da minha realidade, por me incentivarem ao longo do caminho e por me ampararem a trilhá-lo.

À Giovana, minha ex-companheira, por ter sido, por muitos anos, a luz nesse trajeto. Remanescem o apreço e a admiração.

Ao seu Raphael e à dona Renata, por me acolherem e me apoiarem.

À professora Clara, pelo brilhantismo de suas aulas e pela genialidade (e paciência) de sua orientação.

Aos queridos amigos, Amanda, Augusto, Caio, Franciele, Gabriele, Giovanna, Jhenifer, Jonathan, Kenji, Leandra e Phillip, por tornarem as trincheiras da graduação uma aventura divertida e repleta de memórias felizes.

À Isabela, minha companheira, amiga e confidente, por pintar minha vida com todas as suas cores. Quem quer ir rápido, vai sozinho, quem quer ir longe, vai acompanhado. Não sei para onde vou, mas vou contigo.

À vida, pelos constantes ensinamentos.

Pouco em mim é original, eu sou o esforço combinado de todos vocês.

“Os manuscritos não queimam.”

Mikhail Bulgákov – O Mestre e Margida.

RESUMO

A captação da comunicação entre presentes, ou ambiental, é considerada um conjunto de técnicas investigativas dissimuladas que constituem meio excepcional de obtenção de provas, cuja dinâmica insidiosa pode atingir o direito à intimidade. No ano de 2019, a Lei n.º 13.964 regulamentou o procedimento da captação ambiental na lei de interceptações telefônicas e, na contramão dos Tribunais Superiores, restringiu a admissibilidade da prova obtida por gravações clandestinas (sem crivo judicial) à matéria defensiva. A controvérsia da regra foi amplificada com a repercussão do abuso sexual de uma paciente em trabalho de parto cometido por um médico anestesista, registrado por meio de um celular escondido por enfermeiras. Após o caso, o senador Marcos do Val propôs o Projeto de Lei n.º 2.471/22, visando a sanar a controvérsia interpretativa e alterar a redação da referida lei para ampliar o uso dessas provas a vítimas vulneráveis. Assim, a pesquisa buscou analisar a adequação da referida proposta ao sistema constitucional de vedação de provas ilícitas e proteção de direitos fundamentais por meio da avaliação do tratamento legal da captação ambiental e a atual viabilidade do método como meio de obtenção de provas, dado seu potencial deletério. Aferiu-se que a doutrina majoritária é receptiva à flexibilização da inadmissibilidade probatória, entendendo ser possível legitimar provas ilícitas pela ocorrência de causas justificantes ou através do juízo de ponderação concreta de valores, desde que por meio de parâmetros objetivos, para não desolar direitos fundamentais com base em fundamentos inidôneos, como o interesse social e a efetividade do poder punitivo. Concluiu-se que o PL, ao ressaltar a vulnerabilidade como critério de admissibilidade da prova obtida clandestinamente, difere de outras propostas legais de mesmo objetivo e não representa óbice substantivo à vedação de provas ilícitas, pois apresenta justificativa comparável à preponderância do preceito defensivo, consagrando a proporcionalidade na alternativa proposta, em sintonia a outros dispositivos normativos de proteção especial.

Palavras-chave: captação ambiental; captação da comunicação entre pessoas presentes; gravação clandestina; prova ilícita; princípio da proporcionalidade; justa causa; violência sexual; projeto de lei; vulnerabilidade.

ABSTRACT

The capture of communication between present people, or environmental eavesdropping, is considered a set of covert investigative techniques that constitute an exceptional means of obtaining evidence, whose insidious dynamics can affect the right to privacy. In 2019, Law N.º 13.964 regulated the environmental capture's procedure in the law of telephone interceptions and, in the opposite direction of the Superior Courts, restricted the admissibility of evidence obtained through clandestine recordings (without judicial review) to defensive matters. The rule's controversy was amplified by the repercussion of the sexual abuse of a patient in labor committed by an anesthesiologist, recorded using a cell phone hidden by nurses. After the case, senator Marcos do Val proposed Bill n.º 2.471/22, aiming to resolve the interpretative controversy around the norm and change the wording of said law to expand the use of those evidences to vulnerable victims. Thus, the research sought to analyze the adequacy of the aforementioned proposal to the constitutional system of prohibition of illicit evidence and protection of fundamental rights through the evaluation of the legal treatment of environmental capture and the current viability of the method as a means of obtaining evidence, given its noxious potential. It was verified that most of the doctrine is receptive to making the inadmissibility of evidence more flexible, understanding that it is possible to legitimize illicit evidence due to the occurrence of justifying causes or through the judgment of concrete weighting of values, through objective parameters, so fundamental rights are not undermined. It was concluded that the Bill, by highlighting vulnerability as a standard of admissibility of evidence obtained clandestinely, differs from other legal proposals with the same objective and does not represent a substantive obstacle to the prohibition of illicit evidence, as it presents justification comparable to the preponderance of the defensive precept, devoting proportionality principle in the proposed alternative, in line with other normative provisions of special protection.

Keywords: environmental eavesdropping; capture of communication between present people; clandestine eavesdropping; unlawful evidence; proportionality principle; just cause; sexual violence; bill; vulnerability.

LISTA DE ABREVIATURAS

Apn	Ação Penal
CADH	Convenção Americana sobre Direitos Humanos
CEDH	Convenção Europeia para Proteção aos Direitos Humanos
CF	Constituição da República Federativa do Brasil de 1988
CP	Código Penal
CPP	Código de Processo Penal
DUDH	Declaração Universal dos Direitos Humanos
EUA	Estados Unidos da América
HC	Habeas Corpus
PL	Projeto de Lei
RE	Recurso Extraordinário
REsp	Recurso Especial
RHC	Recurso Ordinário em Habeas Corpus;
STF	Supremo Tribunal Federal
STJ	Superior Tribunal de Justiça
TSE	Tribunal Superior Eleitoral

SUMÁRIO

1. Introdução	10
2. Definições e panorama legislativo da captação ambiental	12
2.1 Interceptação, escuta e gravação ambientais	13
2.2. O pioneirismo estadunidense	15
2.2. O ingresso da captação ambiental na legislação nacional	18
2.4. A regulamentação da Lei n.º 13.964/19	21
2.5. Provas ilícitas: a captação ambiental nos tribunais superiores e a vigência da Lei	23
Anticrime	
3. Tutela constitucional da intimidade ou privacidade	27
3.1. Captação ambiental e violação de direitos fundamentais	30
3.2. Gravidade imanente das captações ambientais	35
3.3. Autenticidade material e repercussão em terceiros	39
3.4. Expectativa de intimidade e dever de sigilo nos espaços públicos e privados	41
4. As gravações clandestinas e a relativização da ilicitude probatória	44
4.1. Justa causa e princípio da proporcionalidade	46
4.2. (In)constitucionalidade do art.8º-A, §4º, da Lei n.º 9.296/96	52
4.3. Advento do Projeto de Lei n.º 2.471	60
5. Conclusão	67
6. Referências bibliográficas	71

1. Introdução

Já em meados do século passado, mecanismos eletrônicos de apreensão e registro da realidade estiveram à disposição do Estado e dos cidadãos como meio de investigação de atos ilícitos. O aprimoramento desses dispositivos resultou no que se conhece, hoje, como captação ambiental: um gênero de meios de obtenção de provas insidiosos e ocultos cuja execução rompe toda expectativa de privacidade em interações presenciais, especialmente quando realizada em ambientes profissionais ou familiares. O método, ainda mais se clandestino, tem significativo potencial enganoso e relativa propensão à manipulação contextual ou provocação de situações, recebendo, inclusive, tratamento distinto na seara político-eleitoral.

As captações ambientais clandestinas têm repercussões negativas no âmbito probatório justamente por confrontar distintas garantias fundamentais, a exemplo da intimidade, imagem, o silêncio e a inviolabilidade das comunicações, todos tratados em estreita conexão com a garantia de inadmissibilidade de provas ilícitas e o devido processo legal.

O tema já era abordado em ordenamentos jurídicos estrangeiros, principalmente nos Estados Unidos, país em que foram elaboradas as regras de exclusão probatória dirigidas ao Estado, que não poderia empregar métodos clandestinos para obtenção de provas. Aliás, esse é o principal fundamento invocado pela jurisprudência dos Tribunais Superiores, que consolidaram a licitude da prova obtida por gravações clandestinas sob repercussão geral, concebendo ampla – e crítica – admissibilidade probatória, ainda que inexistisse regulação procedimental das captações ambientais à época.

No ano de 2019, no entanto, a dita Lei Anticrime passou a regular o procedimento da técnica, alterando o cenário de simples nomeação para criar um gênero de meios típicos dependente de reserva de jurisdição. Essa nova lei, contudo, na contramão da jurisprudência, limitou a ampla admissibilidade da prova obtida por gravações unilaterais ao seu uso “em matéria de defesa”.

A alteração foi reprovada por sua falta de cuidado legístico, suscitando posicionamentos doutrinários diversos quanto à constitucionalidade e correta interpretação do dispositivo, sendo, ainda, objeto de veto presidencial. O cerne dessa rejeição constitui o seguinte questionamento: a prova obtida por gravações clandestinas pode ser utilizada pela acusação?

Por um lado, argumenta-se que o §4º do art. 8º-A é regra inconstitucional, por violar uma série de princípios processuais, criando entraves desnecessários à efetividade das investigações criminais e à própria incumbência do Estado em proteger adequadamente os bens

jurídicos. Outros autores sustentam ser uma norma inócua de natureza explicativa, apenas com o objetivo de reafirmar o uso defensivo. Ainda nesse viés hermenêutico, defende-se, também, uma interpretação teleológica da lei para legitimar a gravação clandestina realizada por vítimas de crimes com o objetivo de cessar a investida criminosa contra si ou terceiros, vez que o termo “defesa” é polissêmico.

Por outro lado, parte da doutrina é receptiva à interpretação restritiva do novo dispositivo. Assim, a relativização da vedação de admissibilidade da prova obtida por gravações clandestinas exigiria causas legais de justificação da conduta ou a aplicação do princípio da proporcionalidade, invocado, muitas vezes, de forma discricionária e com fundamentos inidôneos.

Dada a importância imanente do contraditório e da presunção de inocência, a aplicação da proporcionalidade em favor do réu não encontra resistência na doutrina. Não seria razoável, contudo, aplicar a proporcionalidade em favor da sociedade, para possibilitar a admissão de provas ilícitas em nome do interesse comunitário no combate ao crime ou na efetividade do poder punitivo, favorecendo o direito à prova pelo órgão acusatório na pretensa busca pela verdade. Afinal, o Estado, na figura do Ministério Público, já detém prerrogativas especiais e privilégios na produção da prova – atividade guiada pela estrita legalidade. Admitir o uso de toda e qualquer prova obtida por gravações clandestinas pela acusação ocasiona sério risco de erosão das conquistas processuais.

É essa, justamente, a lente pela qual devem ser lidas as propostas destinadas a modificarem o atual cenário normativo das captações ambientais, principalmente as clandestinas. As considerações são importantes porque no ano de 2022, a ocorrência de um crime atroz repercutiu nacionalmente: no estado do Rio de Janeiro, um médico obstetra estuprou sua paciente em trabalho de parto, ocasião gravada pelas assistentes técnicas do procedimento. A dinâmica do caso instigou questionamentos a respeito da (i)licitude da prova obtida pela filmagem da equipe de enfermagem, realizada às ocultas. Como resultado, foram apresentados projetos de lei destinados a sanar tais indagações, destacando-se o mais imediato e conectado ao caso, de n.º 2.471.

Dentre outras propostas com objetivo similar, o PL n.º 2471/22 se destaca por inovar na justificativa de sua proposição, baseando-se em fundamentos distintos do veto presidencial. O Projeto busca inserir no dispositivo contestado mais uma exceção à vedação da prova obtida por gravações clandestinas, qual seja a permissão de uso em matéria de defesa de vítimas vulneráveis.

Assim como ocorre com a hipótese defensiva, o Projeto de Lei considera a dificuldade de comprovação dos crimes sexuais cometidos contra mulheres ou de delitos perpetrados contra pessoas vulneráveis, em geral, e tenta estabelecer um vetor minimamente objetivo de admissibilidade: a vulnerabilidade dessas vítimas, em sua dupla expressão, como fator de importância apriorística, consagrando o princípio da proporcionalidade.

Dessa forma, busca-se, pelo exame do atual estágio de tutela das captações ambientais e as peculiaridades do método, definir se e como a prova obtida clandestinamente pode ser utilizada no processo, tanto pela defesa quanto pela acusação, bem como a adequação e pertinência do referido Projeto de Lei à sistemática de vedação da prova ilícita e proteção de direitos fundamentais, na tentativa de instituir a vulnerabilidade das vítimas de crimes como critério de legitimação probatória no §4º do art. 8º-A da Lei de Interceptações Telefônicas.

Assim, as análises feitas no presente trabalho monográfico se concentram na revisão bibliográfica exploratória de manuais, trabalhos monográficos e artigos produzidos por processualistas penais sobre o tema da captação ambiental. Tais produções acadêmicas contribuem para um estudo crítico da captação ambiental e de sua abordagem legislativa, constitucional e processual penal.

2. Definições e panorama legislativo da captação ambiental

Desde o início do século XX, a preocupação com a possibilidade de captação e processamento de comunicações virtuais e presenciais demandava resposta legal, com delineamento mínimo das implicações axiológicas e jurídicas desse novo fenômeno. Como será visto adiante, o progresso tecnológico ressignificou a tutela da intimidade e privacidade, exigindo atenção às novas formas de captação de conteúdo, sendo propícia uma – breve – compreensão conglobada da captação ambiental.

Como afirma Márcio Arantes Filho (2011, p. 194), embora a análise de ordenamentos jurídicos internacionais seja complexa e a comparação de institutos demande atenção às peculiaridades jurídicas, sociais e culturais de cada país, compreender o regime jurídico da interceptação de comunicação entre pessoas presentes no estrangeiro é relevante por permitir avaliar o acolhimento de tendências internacionais no plano nacional.

Destacam Rafael Fecury Nogueira e Carla Noura Teixeira (2020, p. 2) que a justificativa de uma análise comparativa reside justamente no fato de que o avanço da captação ambiental como meio investigativo destinado à obtenção de provas impulsionou a atividade legiferante de modo similar em países distintos. Por razões convergentes, como a criminalidade

organizada ou terrorismo, Estados foram compelidos a adotar medidas judiciais contenciosas que influenciaram umas às outras. É justamente por esse fator que uma análise comparativa permite destacar pontos críticos, negativos ou positivos, que alguns institutos forneceram à legislação nacional.

Não se pretende, contudo, cotejar de forma esmiuçada cada instituto normativo estrangeiro, mas, sim, com base em estudos de natureza comparativa, ampliar a compreensão da trajetória regulatória da intervenção nas comunicações privadas virtuais e presenciais em determinados países, aqui entendidos como relevantes à análise da legislação nacional pelo empréstimo que representaram ou similitude que apresentam.

2.1 Interceptação, escuta e gravação ambientais

De acordo com a Lei n.º 13.964, de 2019, denominada Pacote ou Lei Anticrime, restou definido no ordenamento brasileiro que a captação, seja ela ambiental ou virtual, pela própria semântica do termo, nada mais é do que o ato de se registrar e armazenar sinais ópticos ou acústicos empregados na comunicação para fins de prova no processo penal.¹

Verifica-se que a discussão a respeito das captações ambientais se manifesta de forma patente no campo probatório e das garantias fundamentais que podem ser violadas por sua prática, evocando algum grau de incerteza judicial.

Contudo, alguns aspectos conceituais sobre esse instrumento são importantes para evitar que seja confundida com outras formas de captação digital, tal como a telefônica ou a telemática, o que geraria equívocos no momento de sua admissão e decretação.

Embora o legislador não tenha feito maiores distinções conceituais na lei, ensina Renato Brasileiro de Lima (2020, p. 849) que a captação ambiental atine à tomada de ciência do conteúdo por meio da obtenção dos sinais eletromagnéticos, ópticos (como filmagens e fotografias) ou acústicos (gravação auditiva) de comunicação presencial entre duas ou mais pessoas por meio de mecanismos tecnológicos, denominados meios eletrônicos de produção de prova. Exemplifica Vicente Greco Filho (2015, p. 8) que a captação ambiental abrangeria, assim, a gravação de uma emissão clandestina de sinal de rádio, localizações de GPS, câmeras de vigilância, fotografias, a oitiva eletrônica e, até, a leitura labial por lente teleobjetiva.

¹ Importa ressaltar que os termos “comunicação” e “interlocutor” são empregados de maneira abrangente, sem literalidade semântica, pela doutrina majoritária e jurisprudência, adotando-se, na presente monografia, o mesmo sentido extensivo. Significa dizer que, muito embora a interceptação de conversas seja o cenário ilustrativo ideal e de maior incidência da captação ambiental, a matéria não se restringe ao diálogo, sendo aplicável a qualquer interação interpessoal entre duas ou mais pessoas, como no caso a ser analisado no capítulo 5.

Nesse sentido, a expressão “ambiental” faria referência ao núcleo objetivo que diferencia a técnica das formas virtuais, principalmente a telefônica, pois incide sobre comunicações protraídas presencialmente, sem intermédio de linhas virtuais. Adverte Márcio Arantes Filho (2011, p. 157) que a nomenclatura utilizada pela lei não é a mais adequada, pois comprime sua definição, devendo ser adotada a noção de comunicação “entre pessoas presentes”, designando a atividade de captação e registro de comunicação presencial e de cunho reservado, efetuada através de meios técnicos, ocultos e simultâneos à comunicação, com conhecimento de um, alguns ou nenhum dos interlocutores.

Leonardo Marcondes (2017, não p.) ressalta que a distinção tem também perfil objetivo, ou quanto ao meio operacional: a técnica ambiental exige diligências prévias dissimuladas ou ocultas, principalmente domiciliares, para instalação de equipamentos de captura, o que não ocorre no caso telefônico, que independe de empreitadas invasivas.²

Para Renato Brasileiro (2020, p. 849), a nomenclatura da captação exprime certa redundância, vez que funcionaria, na verdade, como “elemento integrante do conceito de interceptação ambiental, também conhecida como vigilância eletrônica”. Ou seja, quanto à natureza jurídica, são meios de obtenção de prova, sendo, portanto, fontes de prova, já que delas se extrai a comprovação de uma infração penal ou participações no ilícito. Em outros termos, um gênero de técnicas investigativas especiais, do qual fazem parte, como espécies, a interceptação ambiental – medida cautelar processual de natureza coativa –, a escuta ambiental e a gravação ambiental. (LIMA, 2020, p. 850)

Nessa linha distintiva, Luiz Francisco Torquato Avolio (2010, p. 125-128) ensina que a interceptação ambiental, ou captação em sentido estrito, é a captação realizada por um terceiro no próprio recinto, privado ou público, em que se dá a comunicação, à revelia do conhecimento dos interlocutores. Por sua vez, a escuta ambiental não difere da interceptação *strictu sensu*, distinguindo-se, casuisticamente, por haver consentimento de um dos comunicadores. Já a gravação, ou gravação clandestina³, é o registro sub-reptício feito pelo próprio interlocutor, não se enquadrando na categoria de interceptação, ligada à “*terzeita*” (existência de terceiro).

Outra distinção possível é apresentada por Eduardo Luiz Santos Cabette (2015, p.14), segundo o qual a captação ambiental subdivide-se terminologicamente em “escutas ambientais sub-reptícias”, como sinônimo de gravações ambientais, ou “escutas ambientais”, sendo a gravação realizada por terceiro, alheio ao diálogo ou sem conhecimento dos interlocutores,

² Os reflexos dessa diferença são tratados no capítulo 3.2.

³ O autor não faz distinção entre gravação ambiental e gravação ambiental clandestina.

também denominada “escuta ambiental de interesse restrito”, ou interceptação ambiental clandestina.

Em todo caso, a diferenciação entre as formas de captação é oportuna porque o potencial lesivo às garantias da intimidade e privacidade variam conforme a técnica e acarretam consequências distintas em matéria probatória. Destaque-se que a presente monografia terá mais enfoque na última técnica, qual seja a gravação – ou gravação clandestina, ou unilateral – , sobre a qual recai maior controvérsia jurídica após o ano de 2019.

2.2. O pioneirismo estadunidense

Um dos primeiros países a tratar da ingerência – quase sempre estatal – das comunicações privadas foram os Estados Unidos da América. O uso de “*wiretappings*” (“escutas telefônicas”) e “*eavesdropping*” (“escutas”, em sentido amplo)⁴, tanto de forma legítima, por agentes públicos, quanto pernicioso, por privados mal-intencionados, suscitou críticas teóricas sobre os impactos tecnológicos nas relações privadas e a admissibilidade de evidências – provas – derivadas desses mecanismos. A situação materializou um conflito duradouro entre o interesse público e a eficiência estatal, em sua utilização persecutória, e a proteção legal da intimidade (ZENI, 1949, p. 2; SULLIVAN, 1966, p.3).

Entretanto, o tema da comunicação entre pessoas presentes não teve marco normativo de forma imediata. As tratativas a respeito da legalidade das interceptações de comunicação iniciaram no âmbito da telefonia (fenômeno que se repetiu em outros países, como o Brasil), tendo como paradigma judicial o caso “*Olmstead vs. EUA*”⁵, em 1928, em que a Suprema Corte associou a proteção de privacidade conferida pela IV Emenda da Constituição ao uso das interceptações telefônicas, embora negativamente (NOGUEIRA; TEIXEIRA, 2020, p. 21).

Embora de forma muito incipiente, a jurisdição americana passou a lidar com a interceptação das comunicações no âmbito protetivo da IV Emenda, vinculando-a à tutela da vida privada contra restrições ilegais, considerando a expectativa de privacidade dos interlocutores, e justamente inserindo-a no capítulo de busca e apreensão (ARANTES FILHO, 2011, p. 205), sendo a própria Emenda concebida como modelo de limitação da atividade investigativa pelo Estado em favor de seus cidadãos (NOGUEIRA; TEIXEIRA, 2020, p. 20).

⁴ Tradução livre e contextual, vez que o termo admite interpretações diversas.

⁵ Processo referente à interceptação de chamadas telefônicas por agentes policiais para descobrir a venda de bebidas alcóolicas, conduta proibida à época. A Suprema Corte decidiu que o uso estatal de escutas telefônicas não violava a proteção à privacidade inserida na IV Emenda da Constituição Americana.

É, contudo, na década de 1960 que a legislação americana se intensifica. Como expõe Gilmar Mendes (2020, p. 628), tamanha era a preocupação com o uso generalizado das escutas como meio investigativo no país que se criou um relatório geral e obrigatório de vigilância eletrônica de suspeitos, ou “*Wiretap Report*”.

Nessa época, a jurisprudência norte-americana passou a definir de forma mais coerente os limites permissivos inseridos na IV Emenda e a estabelecer os parâmetros de admissibilidade das ingerências nas comunicações. Com o caso “*Berger vs. Nova Iorque*”⁶, em 1967, a Suprema Corte exigiu, pela primeira vez, autorização judicial fundada em indícios idôneos e especificação das circunstâncias de aplicação da escuta (NOGUEIRA; TEIXEIRA, 2020, p. 21). Já com o caso “*Katz vs. EUA*”⁷, no mesmo ano, a Suprema Corte fixou a tese de que a proteção da vida privada transcende o direito à propriedade, e eventual gravação realizada em cabines telefônicas violava a expectativa de privacidade que o indivíduo teria ao adentrar em um espaço particular (ARANTES FILHO, 2011, p. 205).

Ambos os casos têm especial relevância porque, respectivamente: consagraram que a espionagem (“*eavesdropping*”) era inconstitucional quando não especificasse o crime e os suspeitos a serem investigados, sendo esse, possivelmente, o ponto de influência na reserva de jurisdição em legislações internacionais posteriores (como no Brasil). Tais casos apresentaram, pioneiramente, a violação da expectativa de privacidade na comunicação como fator de ilicitude probatória de uma gravação sub-reptícia, algo a ser explorado na presente monografia.

Charles Martins e Thiago Pierobom de Ávila (2022, p. 6) ressaltam a importância futura dessa tendência judicial da Suprema Corte, que reforçou o uso de “*exclusionary rules*”⁸ no âmbito da captação de comunicações. Isto é, o uso de regras que determinam a exclusão de provas consideradas ilícitas. Sendo os Estados Unidos um sistema de *Common Law*, as denominadas “*exclusionary rules*” funcionam como um remédio contra violações constitucionais desenvolvidos durante julgamentos sobre a validade de provas em face da IV Emenda. Embora os autores destaquem que, posteriormente, a própria Suprema Corte tenha alterado sua lógica de funcionamento para o impedimento de violações à CF por autoridades da

⁶ No caso em apreço, julgou-se inconstitucional uma lei do estado de Nova Iorque que permitia a magistrados autorizarem a espionagem por meio de escutas sem regimentos específicos ou razoabilidade de obtenção de evidências

⁷ Firmou-se o entendimento de que é inconstitucional, nos termos da IV Emenda, realizar busca e apreensão sem mandado em qualquer lugar onde se tenha expectativa razoável de privacidade.

⁸ Evandro Piza Duarte e Thales Cassiano da Silva (2020, p. 3) destacam que “a Suprema Corte criou a regra da exclusão de provas ilícitas (*‘exclusionary rule’*), por considerá-la uma decorrência lógica da IV Emenda, uma vez que possibilitaria seus efeitos materiais. As provas adquiridas em desconformidade aos ditames estipulados nessa Emenda passaram a ser rechaçadas”.

persecução criminal (“*deterrence effect*”) e os benefícios decorrentes, não orientando-as aos particulares (ÁVILA; MARTINS, 2022, p. 6).

Logo na sequência dos julgados supracitados, em 1968, o Congresso norte-americano criou a primeira norma regulatória da interceptação das comunicações, o “*Omnibus Crime Control and Safe Streets Act*”, que estabelecia critérios de autorização do uso da escuta por meios eletrônicos. Uma década após o ato, surgiu a *Foreign Intelligence Surveillance Act* (FISA) como norma regulatória procedimental para a captação e o uso das informações colhidas por meio das escutas no caso de perigo à segurança nacional, estabelecendo hipóteses de dispensabilidade da autorização necessária (NOGUEIRA; TEIXEIRA, 2020, p. 22).

Essa norma de vigilância estrangeira ia além dos perigos da relação entre privados ou entre cidadão e Estado e sua edição já demonstrava um viés beligerante ou, no mínimo, combativo⁹, que também pode ser visto em outras legislações internacionais, como a Itália e França (ARANTES FILHO, 2011, p. 229), as quais relacionaram a captação ambiental ao combate à criminalidade organizada, o que se repetiu no Brasil.

De forma geral, a regulamentação procedimental da interceptação de comunicações virtuais ou orais passou a vigorar de forma permanente no “*U.S Code*”, especificamente no Título 18 – “*Crimes and Criminal Procedure*”, Parte I, Capítulo 119, seções 2.510 a 2.522 (ARANTES FILHO, 2011, p. 205)

Vale dizer, no entanto, como afirmam Fecury e Nogueira (2020, p. 23), que embora haja regulação, nos Estados Unidos não há uma diferenciação técnico-jurídica estrita entre os meios de comunicação, não havendo, portanto, um regramento específico para as formas de captação ambiental, mas, sim, um tratamento amplo. Tanto que no códex, especificamente no § 3.103, não se prevê expressamente a interceptação das comunicações ambientais, mas um mandamento genérico conferindo poderes amplos ao mediador – magistrado – da medida. Embora, para Márcio Arantes (2011, p. 206), as formas ambientais estejam reguladas a partir da seção n.º 2.516 do “*U.S Code*”, em que se prevê a captação aural ou de outros modos da comunicação oral por meio de qualquer instrumento e em qualquer meio.

Ainda que a disciplina legal seja a mesma para todas as formas de captação, fato é que a legislação passou a regular requisitos essenciais de autorização e admissibilidade, antes esparsos pela jurisprudência da Suprema Corte, tais quais, resumidamente, a existência de

⁹ Tal viés foi intensificado futuramente, quando a “*Electronic Communications Privacy Act*”, criada em 1987 para aprimorar as restrições estatais sobre o monitoramento de chamadas telefônicas, foi alterada por diversas disposições legais que culminaram na formação do “*US. Patriot Act*”, fortemente influenciado pelos ataques terroristas de 2001 (NOGUEIRA; TEIXEIRA, 2020, p. 24).

indícios mínimos e razoáveis de autoria, a probabilidade de obtenção de comunicações relativas à infração, a imprescindibilidade da medida (inexistência de outros meios de obtenção da prova) e sua duração, pelo prazo de 30 dias, igualmente prorrogável, bem como a identidade do solicitante e a devida autorização pela autoridade competente – o juiz (ARANTES FILHO, 2011, p. 205-207).

Esse breve elenco já guarda íntima relação com a superveniente regulação brasileira, que, embora nasça prematura e à revelia das modalidades ambientais, é similar em origem e, hoje, apresenta os mesmos aspectos listados. De todo modo, a trajetória da regulação da captação na jurisdição americana, seja ela virtual ou presencial, influenciou significativamente as legislações nacionais, sobretudo porque se infere dos requisitos permissivos uma forma de se coibir a captação clandestina ou ilegal.

Além dos Estados Unidos, influências menos significativas das legislações italiana e alemã, sobretudo quanto aos requisitos operativos, também podem ser rastreadas no caso brasileiro. A Alemanha disciplina de forma autônoma a ingerência na comunicação entre pessoas presentes no próprio Código de Processo Penal. Interceptações – em sentido amplo – ambientais e telefônicas ou telemáticas são equiparadas quanto à admissibilidade e sua utilização é restrita a delitos específicos tidos como graves, cuja legitimidade de requerimento é do órgão acusatório (ARANTES FILHO, 2011, p. 211-217).

No caso italiano, toda forma de captação da comunicação entre presentes é disciplinada de forma conjunta no Código de Processo Penal desde 1988. Seus requisitos autorizadores e de admissibilidade, como a autorização judicial motivada, são similares àqueles previstos à interceptação telefônica, com ressalvas específicas aos locais em que há expectativa de privacidade (“*privata demora*”) (BRANCO; MENDES, 2020, p. 630) e à inutilização da prova obtida por uma interceptação realizada ilegalmente (ARANTES FILHO, 2011, p. 235).

2.3. O ingresso da captação ambiental na legislação nacional

No caso brasileiro, muito embora a tutela constitucional da intimidade e direitos anexos, tais quais o sigilo, inviolabilidade de comunicação, privacidade e demais prerrogativas correlatas, se fizesse presente desde a Constituição de 1937 (ARANTES FILHO, 2011, p. 242), não houve real precaução em se reger os meios tecnológicos potencialmente aviltantes de tais

garantias – que já eram utilizados no país, ao menos, desde o regime ditatorial militar¹⁰ – até o fim do século passado, resultando em uma regulação jurídica tardia.

Como afirmam Jacqueline de Souza Abreu e Gianluca Martins Smanio (2019, p.4), a vida íntima já figurava como garantia no ordenamento jurídico nacional, mas a tutela dos procedimentos que a derogavam – a exemplo das intervenções nas comunicações – surgiram de forma cautelar, em meio a medidas investigativas relativas à criminalidade organizada.

A lacuna legislativa no âmbito da restrição ao sigilo das comunicações foi parcialmente preenchida pela edição da Lei n.º 9.296/96, que, em princípio, apresentou somente um regime regulatório das interceptações das comunicações telegráficas, telemáticas e telefônicas (ABREU; SMANIO, 2019, p. 4).

Ou seja, embora houvesse regulamentação da intervenção nas comunicações virtuais, as ingerências nas comunicações ambientais não eram legalmente previstas, e nem a Constituição Federal, no artigo 5º, XII, ou a supracitada lei ressaltaram a possibilidade de interceptação entre presentes (NOGUEIRA; TEIXEIRA, 2020, p. 10).

A situação de inexistência legal perdurou até o ano de 2001, quando a Lei n.º 10.217/01, em seu art. 2º, IV, modificou, substancialmente, a lei de combate ao crime organizado (Lei n.º 9.034, de 1995), para dispor como procedimento investigativo de formação de prova a “captação e a interceptação ambiental de sinais eletromagnéticos, óticos ou acústicos, e seu registro e análise, mediante circunstanciada autorização judicial”.

A disposição da medida, embora tenha dissuadido a completa ausência de submissão à reserva legal (por nomear o dispositivo), não se prontificou a regulá-lo, sendo reputado inapropriado por Márcio Arantes (2011, p. 249), dada a inobservância da proporcionalidade no plano legislativo, na definição de sua admissibilidade, possibilitando o uso de método potencialmente restritivo de garantias fundamentais constitucionais¹¹ a qualquer delito cometido nos limites da lei.

Necessário dizer, contudo, como destacam Rafael Nogueira e Carla Teixeira (2022, p.10), que a prática processual e a sociedade não eram alheias à existência da captação ambiental, portanto, tanto a jurisprudência quanto a doutrina já enfrentavam o tema dentro dos limites autorizativos da Lei n.º 9.034/95, sob a lógica da analogia com a Lei n.º 9.296/96, que, como dito, já previa as interceptações telefônicas como método investigativo contra o crime

¹⁰ O cruzamento de ligações telefônicas era um dos métodos mais utilizados por militares durante a Ditadura, com o objetivo de levantar conversas suspeitas entre opositores ao sistema de governo, presente, inclusive, em um decálogo da segurança nacional (MAGALHÃES, 1997).

¹¹ Vide capítulo 3.1.

organizado, sendo, portanto, estranhas aos demais casos não adequáveis à lei, como afirma Eduardo Luiz Santos Cabette (2015, p. 90).

De igual modo, Ada Pellegrini Grinover, Antonio Magalhães e Antonio Scarance (2011, p. 187) ressaltam que a legislação seguiu a tendência de dar tratamento jurídico similar às interceptações telefônicas, como ocorrido na Itália. A omissão de outrora não foi suprida satisfatoriamente pela lei de combate ao crime organizado, vez que a lei apenas nominou sua existência, sendo seu uso alheio às hipóteses previstas considerado ilícito, por vulnerar o art. 5º, X, da CF.¹²

As razões da omissão legal quanto à captação ambiental, no entanto, não são mero descuido do legislador, mas verdadeira intenção observável na exposição de motivos do projeto que originou a lei das organizações criminosas. Na ocasião, o legislador entendeu ser desnecessária a criação de um procedimento probatório autônomo para a captação ambiental, por entender ser-lhe aplicável, por analogia, a regulamentação das interceptações telefônicas ou telemáticas (MALAN¹³, 2017, p. 57, *apud* ABREU; SMANIO, 2019, p. 8).

Contudo, o uso da analogia para suprir a carência da reserva legal suscitou, por muito tempo, fortes críticas, principalmente por violar o princípio da legalidade. Para Márcio Arantes Filho (2011, p. 255), a aplicação de procedimento probatório por analogia a meios de prova atípicos¹⁴ demanda a observância do contraditório prévio, o que é inviável quando se trata de meios investigativos, sobretudo ocultos, caracterizados pela surpresa. E complementa (2011, p. 68): “Aliás, árdua seria a pretensa tarefa de identificar um meio análogo, pois o grau de restrição a liberdades públicas varia em cada um deles”.

Em outras palavras, como afirma Leonardo Marcondes Machado (2020, não p.): “tinha-se o nome, dada expressa menção legal, porém ausente a disciplina (probatória ou informativa), o que gerava sérias dúvidas a respeito da sua constitucionalidade”. Afinal, como pontua Aury Lopes Júnior (2020, p. 613), a tipicidade probatória é, em regra, taxativa, embora admita-se, excepcionalmente, meios não previstos na legislação processual, desde que estejam

¹² “X - 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”.

¹³ MALAN, Diogo Rudge. Da captação ambiental de sinais eletromagnéticos, óticos ou acústicos e os limites relativos à privacidade. In: AMBOS, Kai; ROMERO, Eneas. (Org.). Crime organizado: Análise da Lei 12.850/2013. 1ed.São Paulo: Marcial Pons/, 2017, v. 1, p. 51-81.

¹⁴ Sobre o tema, ensina Guilherme Madeira Dezem (2016, p. 218) que a prova típica difere da prova nominada: “A prova nominada é aquela que se encontra prevista em lei, com ou sem procedimento probatório previsto. Há, aqui, apenas a previsão do nomen juris do meio de prova. Pense-se, assim, no caso da reconstituição: está prevista no art. 7.º do CPP, mas não está previsto o seu procedimento. Daí por que se tem, então, caso de prova nominada, mas atípica.”

em conformidade com os limites constitucionais e processuais probatórios, sob pena de ilicitude da prova obtida.

Contudo, a Lei n.º 9.034/95 foi revogada pela promulgação da Lei n.º 12.850, de 2013, que passou a prever, ainda que sem regulamentação efetiva, a captação ambiental como meio de investigação em qualquer fase da persecução penal.

Portanto, com a ampliação dos meios investigatórios com a Lei n.º 12.850/2013, mitigou-se o discurso de ilegalidade da captação ambiental, assentando seu uso para apuração de crimes ligados ao crime organizado, desde que “precedidos de circunstanciada autorização judicial” (CABETTE, 2015, p. 22).

No entanto, a ampliação de métodos investigativos desacompanhada de cautelas regulamentares apenas insufla seus potenciais deletérios, ainda mais por se tratar de um método dissimulado de investigação, capaz de vulnerar o direito à privacidade e intimidade.

2.4. A regulamentação da Lei n.º 13.964/19

Antes mesmo da promulgação da lei de combate ao crime organizado, a doutrina já discutia a necessidade de se prestigiar autonomia à captação entre presentes. Márcio Arantes (2011, p. 260-265), levando em conta o potencial lesivo da técnica ambiental¹⁵, propôs um modelo adequado de previsão legal que dispusesse sobre a admissibilidade e o procedimento probatório amoldados ao método, fixando requisitos rigorosos, tais quais prova da materialidade e indícios de autoria de crimes previamente definidos em um rol taxativo, os quais admitiriam a captação em sua persecução. Além da demonstração de imprescindibilidade do meio investigativo, o prazo de duração, a proporcionalidade da medida, com fases probatórias para autorização, execução e documentação do material e seu registro, para fins defensivos, além do sigilo dos autos, assegurando reserva dos resultados.

Fato é que a discussão a respeito da carência de regulamentação procedimental ante a nomeação do instituto da captação ambiental cessou com a edição da Lei n.º 13.964, em 2019, denominada “Pacote” ou “Lei Anticrime” (NOGUEIRA; TEIXEIRA, 2020, p. 11), embora as controvérsias ocasionadas pela vigência da nova lei, sobretudo quanto à segurança jurídica – resumidamente, previsibilidade e coerência na aplicação das leis – permaneçam uma constante na atividade jurisdicional.

¹⁵ Vide capítulo 3.1

A novel legislação afastou a pura nomeação e passou a reger a interceptação da comunicação entre pessoas presentes, sob a nomenclatura “ambiental”, promovendo alterações pontuais e significativas – procedimento, o fundamento de admissibilidade da prova obtida e a criminalização a conduta da interceptação e escuta ilegais – na lei de interceptações telefônicas, convertendo-a, portanto, em uma lei geral de interceptação (RIBEIRO, 2020, p. 90).

Importa enunciar que não se pretende examinar de forma pormenorizada todas as respectivas alterações promovidas pela Lei Anticrime e seus desdobramentos materiais e processuais, mas tão somente apresentar o enquadramento atual de determinadas disposições da referida lei no ordenamento jurídico nacional para definir o atual estágio da tratativa da captação ambiental em matéria de prova.

Dentre as inovações trazidas, tais quais o pretendido requisito temporal (§ 3º) e indispensabilidade da técnica, a que se afigura como mais importante dentro do campo probatório foi incluída no § 4º do art. 8º-A da Lei n.º 9.296/96, que passa a dispor, *in verbis*:

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:

I - a prova não puder ser feita por outros meios disponíveis e igualmente eficazes; e

II - houver elementos probatórios razoáveis de autoria e participação em infrações criminais cujas penas máximas sejam superiores a 4 (quatro) anos ou em infrações penais conexas.

[...]

§ 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.¹⁶

A mudança, portanto, repisou os limites que, até então, eram dados pela doutrina e tribunais, que admitiam as provas derivadas da captação de forma casuística, como afirma Manuella Suita Dutra Leite (2020, p. 51). Dentro dessa perspectiva, a necessidade de autorização judicial para a utilização da captação ambiental foi reafirmada, mas com dois requisitos fundamentais: a imprescindibilidade (inciso I) e o *fumus comissi delicti*, ou a comprovação da existência de crime e indícios suficientes de autoria (inciso II). Embora, no segundo caso, se esteja diante de uma imprecisão técnica, visto que não se trataria de prova, mas de informação (NOGUEIRA; TEIXEIRA, 2020, p. 12), Renato Brasileiro de Lima (2020,

¹⁶ Grifo meu.

p. 856-858) observa que a redação frustra o uso da captação para a denominada “*fishing expedition*”¹⁷.

Dos pressupostos que respaldaram a inclusão dos incisos supracitados derivou a previsão do § 4º do referido artigo. O aludido parágrafo é o âmago desta monografia, pois da leitura inicial do dispositivo se depreende que a prova derivada de gravação ambiental clandestina (exclusivamente gravação, pois do contrário se incorreria no crime previsto no art. 10-A da Lei n.º 9.292/96¹⁸), ou seja, sem o prévio conhecimento da autoridade policial ou do Ministério Público, só poderá ser empregada em favor da defesa, senão, trata-se de prova ilícita.

A inclusão do dispositivo pela nova lei elevou o debate probatório e trouxe à tona, novamente, questionamentos sobre a admissibilidade de prova advinda da gravação ambiental clandestina, cuja tratativa estava em pé de consolidação nas cortes superiores.

Como bem pontuam Jacqueline e Gianluca (2019, p. 29), apesar de o Pacote Anticrime ter representado um progresso diante da plena ausência de regulamentação da captação ambiental, elencando requisitos formais e materiais, a nova lei foi tímida no esforço em demonstrar comprometimento com direitos fundamentais e ainda demonstra indeterminação sistemática quanto à captação ambiental, o que pode agravar o descontrole sobre o uso da medida. De todo modo, há um descompasso entre tutelar a revolução tecnológica sem admitir erosão de direitos, tendo a prática jurídica brasileira um longo caminho a percorrer.

2.5. Provas ilícitas: a captação ambiental nos Tribunais Superiores e a vigência da Lei Anticrime

Como abordado no capítulo anterior, o Pacote Anticrime regrou a captação ambiental e inseriu na lei de interceptações telefônicas dispositivos restritivos da técnica em respeito à garantia fundamental da intimidade. No entanto, na tentativa de antever o uso clandestino da captação ambiental, a lei incorreu em dada imprecisão formal, controvertendo o uso da prova obtida de forma sub-reptícia para acusação, o que instigou críticas prévias, imediatas e posteriores à sua vigência, sobretudo por seus desdobramentos práticos e derogatórios de uma jurisprudência consolidada.

¹⁷ Também denominada pesca probatória: investigações especulativas indiscriminadas e invasivas, sem objetivo certo ou declarado, com o único objetivo de se angariar futuras provas (SILVA, 2017, não p).

¹⁸ “Art. 10-A. Realizar captação ambiental de sinais eletromagnéticos, ópticos ou acústicos para investigação ou instrução criminal sem autorização judicial, quando esta for exigida. Pena - reclusão, de 2 (dois) a 4 (quatro) anos, e multa.”.

Afinal: a redação atual da lei de interceptações telefônicas restringiu absolutamente o uso da gravação clandestina à defesa ou há hipóteses que permitem o uso acusatório? A indagação, que será mais bem abordada no capítulo 4 e seguintes, encontra resoluções variadas que compartilham a lógica da ilicitude probatória, cujos contornos são diferenciados na relação processual e merecem um exame breve.

Assim, ensina Aury Lopes Júnior (2020, p. 630) que “prova ilícita é aquela que viola direito material ou constitucional no momento da sua coleta, anterior ou concomitante ao processo, mas sempre de forma exterior”¹⁹, como, em geral, violações da intimidade, privacidade ou dignidade. Ainda, destaca o autor que a distinção entre prova ilícita ou ilegítima (violação processual) perdeu sentido à luz da redação do art. 157, que as consagrou em uma única categoria (LOPES JÚNIOR, 2020, p. 628-630).

No mesmo sentido, ensina Eugenio Pacelli (2011, p. 183) que a vedação das provas ilícitas se destina, por um lado, à proteção do direito à intimidade, à privacidade, à imagem, à inviolabilidade do domicílio, normalmente os mais atingidos durante as diligências investigatórias. Por outro, se presta à tutela da qualidade da prova a ser valorada, impedindo a hesitação em aproveitar provas advindas de métodos inidôneos.

Ou seja, sua existência funciona em torno dos direitos reconhecidos aos indivíduos pelo ordenamento, independentemente do processo, e a vedação legal de sua produção, inserida pelo art. 5º, LVI, da CF, consagra a busca por um processo ético, que busca impedir o convencimento do juiz ao arrepio da lei (NUCCI, 2020, p. 689).

Complementa Nereu José Giacomolli (2016, p. 604) que a ilicitude probatória, além de contaminar demais provas, influencia o convencimento do julgador, e, sendo inadmissíveis²⁰, devem ser desentranhadas, inutilizadas e posteriormente destruídas, por não se prestarem a outros processos e não servirem como notícia de crime. Embora o limite constitucional se limite à prescrição de inadmissibilidade da prova ilícita, o alcance da disposição deve ir além da admissibilidade, abrangendo todos os momentos processuais relativos à prova, como a produção e valoração judicial, em qualquer grau do procedimento, justamente para se evitar interpretações contrárias à vedação (AVOLIO, 2010, p. 114)

Nesse mote, a jurisprudência dos Tribunais Superiores tem dois momentos distintos e opostos quanto à licitude da gravação clandestina e sua admissibilidade. Em um primeiro

¹⁹ Luiz Francisco Torquato Avolio (2010, p. 50) define que “a prova ilícita pressupõe violação no momento da colheita da prova, anterior, concomitantemente ao processo, mas sempre externamente a este.”

²⁰ **Martins e Pierobom** (2022, p. 16) notam que a doutrina e jurisprudência brasileiras não fazem, usualmente, distinção entre “proibição de produção de prova” e “proibição de valoração da prova”, tratando, apenas, de “inadmissibilidade da prova ilícita”.

momento, as cortes de vértice se inclinaram à proscrição ou inadmissibilidade da prova obtida de forma ilícita, por violar contraditório e privacidade (MORAES, 2022, p. 86), cuja decisão pioneira se deu em sede do julgamento do RE n.º 85.439/RJ, em 1977, pela Suprema Corte. Consignou-se que a gravação de conversa de forma sub-reptícia, ainda que demonstrasse confissão criminal, violava o silêncio, a intimidade e a moralidade dos meios probatórios (ÁVILA; MARTINS, 2022, p. 17). Na mesma linha julgou a Suprema Corte no HC n.º 69.818, de 1992, relatado pelo Min. Sepúlveda Pertence, e o Superior Tribunal de Justiça, na APn originária n.º 479/RJ, de 2007, relatada pelo Min. Félix Fischer.

Em um segundo momento, as cortes superiores guinaram rumo à admissibilidade ampla com finco na aplicação do princípio da proporcionalidade, por entender que a imprestabilidade das gravações clandestinas produzidas por particulares conduzia a situações intoleráveis de injustiça. A superação da orientação jurisprudencial anterior teve marco inicial no julgamento do RE n.º 402.035/SP, de 2004, em que se consignou que a gravação sub-reptícia nada tem de ilícita, principalmente quando destinada à documentação (ÁVILA; MARTINS, 2022, p. 15-17). Os julgamentos, portanto, validavam o uso das gravações clandestinas como meio de prova, muitas vezes à revelia da existência de justificativas

Pode-se citar diversos julgados que contribuíram para sistematizar a jurisprudência das cortes superiores, ora aludindo ao princípio da proporcionalidade e à harmonia de normas no sistema jurídico nacional, admitindo o detrimento de alguns direitos – como a intimidade – em prol de valores julgados mais importantes concretamente, ora por não considerar a prova obtida pela gravação clandestina (e somente a gravação) como violação à intimidade e seus corolários, vez que divulgação da comunicação por partícipe seria mera disposição de coisa própria, considerando o responsável pela captação como testemunha dos fatos.²¹

Contudo, foi em 2009, no julgamento do RE n.º 583.937/RJ, de relatoria do Min. Cezar Peluso, que o Supremo Tribunal Federal passou a admitir, quase irrestritamente, à exceção de expressa vedação legal, a admissibilidade de toda e qualquer gravação clandestina, afastando os julgados em contrário, nos quais se exigia, no mínimo, a presença de justa causa. Ampliou-se a utilização da gravação ambiental sem controles à acusação (MORAES, 2022, p. 89; FURTADO; SILVA, 2022, p.17).

²¹ A exemplo, colhem-se os seguintes julgados do **Superior Tribunal de Justiça**: APn 693 PA; HC n.º 4.654/RS; AgRg no AREsp n.º 135384/RS; RMS n.º 49.277/SP; HC n.º 33.110/SP; REsp n.º 214.089/SP; HC n.º 84.203/RS e RE n.º 402.717; STJ - RMS 49277-SP, HC 309516-SP, AgRg no REsp 1205036-MS, HC 292858-ES; e do **Supremo Tribunal Federal**: HC n.º 91613/MG e RE n.º 402717/PR.

No referido *leading case*, a Suprema Corte reconheceu a repercussão geral da matéria, inclusive, para embasar condenações, formando o tema 237, com a seguinte tese: "É lícita a prova consistente em gravação ambiental realizada por um dos interlocutores sem conhecimento do outro".

Sob a égide do julgado paradigma, firmou-se o mantra: "É válida a utilização da gravação ambiental realizada por um dos interlocutores do diálogo como meio de prova no processo penal, independentemente de prévia autorização judicial" (exemplo colhido do RHC n.º 59.542/PE, de 2018).

Como exceção à admissão da gravação clandestina fora das hipóteses em que não há sigilo legal, os Tribunais Superiores são firmes em reputar ilícitas as provas obtidas com participação prévia da autoridade policial ou orientação do Ministério Público sem autorização judicial (tratar-se-ia de escuta ambiental), por óbvia indução cognitiva e contaminação processual, evocando, novamente, a lógica das "*exclusionary rules*" (RHC n.º 150343/GO, de 2022).

De todo modo, a consolidação desse entendimento já era alvo de fortes críticas por seu potencial supressivo. Ao contrário desse otimismo judicial, Gilmar Mendes (2020, p. 629-632) expõe haver um descompasso visível entre a defesa constitucional e infraconstitucional do direito à intimidade e os avanços tecnológicos, de modo que não sealaria mais em insuficiência da legislação, mas de ineficiência de um modelo regulatório fundado nas garantias tradicionais relativas à comunicação. Para os autores, a abertura dada Suprema Corte no caso paradigmático de repercussão geral, aliada ao dinamismo científico e tecnológico, eleva o risco de comprimir direitos.

Todavia, a promulgação do Pacote Anticrime não apenas encerrou a omissão legislativa, como também, na contramão dos tribunais, definiu que a gravação ambiental clandestina decorre em provas ilícitas. Ao inserir o trecho "em matéria de defesa" no § 4º do art.8º-A da lei de interceptações, entende-se, primariamente, que a nova lei restringiu o uso dessas provas à defesa, portanto, em princípio, inadmissíveis à acusação.

À época, o Presidente da República, Jair Messias Bolsonaro, vetou parcialmente a redação do Pacote, opondo-se, dentre outros dispositivos, à limitação da gravação ambiental clandestina à defesa, vez que contrariava tanto o interesse social e público quanto a jurisprudência consolidada e violava os princípios da lealdade, da boa-fé objetiva e da cooperação entre os sujeitos processuais, representando um retrocesso legislativo no combate ao crime (BRASIL, 2019). O Congresso Nacional, contudo, derrubou o veto e manteve a

redação original da Lei n.º 13.964, que, até o momento, suscita divergências de entendimento e fomenta planejamentos de modificação legal.

Sem embargo, mesmo após a vigência da Lei Anticrime, as Cortes Superiores reiteraram a licitude dos meios de prova obtidos por gravação ambiental clandestina, sem alterações no tema n.º 237, como visto no RHC n.º 127.477/PB, de 2021, relatado pelo Min. Sebastião Reis Júnior, e no HC n.º 512.290/RJ, de 2020, relatado pelo Min. Rogério Schietti.

Do exposto, conclui-se que a imprecisão conferida à redação do § 4º do art. 8º-A ocasiona indeterminação jurídica e divergências de aplicação prática, pois embora o uso da captação ambiental seja incompatível com o contraditório pleno e tenha alto potencial de supressão da intimidade ou vida privada, a complexidade de casos concretos pode exigir do aplicador do direito uma postura diversa daquela que, em uma interpretação restritiva, foi prevista pela Lei Anticrime, ao reafirmar ilícita a prova obtida pela gravação clandestina. Antes de se avaliar a necessidade de relativização da ilicitude, contudo, é importante compreender quais afetações e implicações o uso da captação ambiental perfazem no direito à intimidade.

3. Tutela constitucional da intimidade ou vida privada

Como visto, as ingerências na vida privada sempre constituíram um dilema prático na vida civil e motivaram legislações esporádicas ao longo da história. Da menor possibilidade de quebra da expectativa de um segredo confessado até as interferências do Estado na intimidade, em nome da segurança pública, o direito foi palco de transformações paulatinas para a garantia da privacidade, impactada de forma extraordinária pelo avanço tecnológico na vida íntima.

Conforme ensina Ricardo Sidi Machado da Silva (2014, p. 21), historicamente, já no século XIX, a expectativa de intimidade surgiu junto à classe burguesa, com a expansão dos núcleos urbanos, cujo desenvolvimento viabilizou condições sociais e econômicas de se resguardar a privacidade como direito.

O direito à privacidade – ou vida privada – e o direito à intimidade, sem maior distinção técnica, são reconhecidos no plano internacional e tutelados, há muito, nos principais tratados

de direitos humanos dos quais o Brasil é signatário, a exemplo da DUDH, em seu art. 12²², bem como na CADH, em seu art. 11²³, além CEDH, no art. 8º²⁴ (SILVA, 2014, p. 24).

Segundo Carina Villela de Andrade Monteiro (2007, p. 6), tais previsões impõem limites à produção probatória, balizam a proteção à vida privada e, ao serem recepcionadas pela CF, culminaram em um substrato principiológico assentado na dignidade da pessoa humana, integrando categoria personalíssima, enquanto afirmações positivas classificadas como direitos – e não como garantias –, vez que não consagram instrumentos processuais adequados à tutela.

Tércio Sampaio Ferraz conceitua a intimidade como uma prerrogativa mantida pelo indivíduo perante os demais – e o Estado – de ser deixado em paz. Trata-se, pois, de um mecanismo de defesa da personalidade humana contra a intromissão alheia, residente na exclusividade psicológica do indivíduo, que comporta a solidão, o segredo e sua própria autonomia (FERRAZ, 1993, p. 443-444).

Todavia, o desenvolvimento tecnológico transformou a intimidade para além de seu conteúdo negativo e estático (a solidão) face às invasões indevidas na esfera individual. Sendo, hoje, um “direito ativo e dinâmico de manutenção do controle sobre o fluxo das informações respeitantes a cada um” e expressamente consagrado como limitação à liberdade de comunicação social no art. 5º, X, da CF²⁵. Em outras palavras, um mandamento cultural dinâmico, aberto e flexível que possibilita adequação conforme as variações de tempo e espaço, sujeito à fácil obsolescência, devendo ser reinterpretado à luz de cada inovação técnica (BRANCO; MENDES, 2020, p. 285-287; GRECO FILHO, 2015, p. 5).

Já Paulo José da Costa Júnior (1995, p. 30) considera que o direito à vida privada seria uma proteção individual contra ingerências ilegítimas, enquanto a intimidade tutelaria a vida privada contra a divulgação não autorizada daquilo acessado de forma lícita. Entoa Gilmar Mendes (2020, p. 285), afirmando que a vida privada cobriria um vasto campo, cuja delimitação

²² Artigo 12: “Ninguém será sujeito à interferência na sua vida privada, na sua família, no seu lar ou na sua correspondência, nem a ataque à sua honra e reputação. Todo ser humano tem direito à proteção da lei contra tais interferências ou ataques”.

²³ Art. 11, 2. “Ninguém pode ser objeto de ingerências arbitrárias ou abusivas em sua vida privada, na de sua família, em seu domicílio ou em sua correspondência, nem de ofensas ilegais à sua honra ou reputação”.

²⁴ Art. 8.º: “não pode haver ingerência da autoridade pública no exercício deste direito senão quando esta ingerência estiver prevista na lei e constituir uma providência que, numa sociedade democrática, seja necessária para a segurança nacional, para a segurança pública, para o bem-estar econômico do país, a defesa da ordem e a prevenção das infrações penais, a proteção da saúde ou da moral, ou a proteção dos direitos e das liberdades de terceiros”.

²⁵ Como pontua Dutra Leite (2020, p. 18), há controvérsia quanto às comunicações ambientais serem diretamente tuteladas pelo inciso XII ou X do art. 5º da Constituição. Conquanto o dispositivo de previsão legal não seja essencial à análise, dada a relação de proximidade entre os direitos tutelados, optou-se nesta monografia, conforme doutrina majoritária, por adotar a segunda vertente, delegando-se a tutela do inciso XII às comunicações telefônicas.

material é sujeita a interferências emocionais. Ou seja, um preceito abrangente orientado ao controle próprio de informações sobre si e não ser foco da observação alheia, enquanto a intimidade diria respeito à exposição, guardando relação com o direito à imagem.

Embora intimidade e vida privada fossem conceitos separados outrora, ainda que substancialmente similares, apresentam, hoje, relação de nexos, sendo tal distinção irrelevante (BRANCO; MENDES, 2020, p. 285-286; PACELLI, 2017, p. 184). Portanto, constituem, de forma mais assertiva, um conceito único, porém bifásico. Para Alessandro Hirata (2021, não p.), os termos “vida privada” e “intimidade” nada mais são do que uma menção específica a determinada amplitude do desenvolvimento da proteção da privacidade, como propõe a chamada teoria dos círculos concêntricos, segundo a qual a necessidade de limitação da liberdade individual no plano social de interações geraria a sua tutela jurídica. Assim, a intensidade dessa tutela jurídica seria inversamente proporcional à sociabilidade de comportamentos, compondo uma esfera. Ou seja, quanto mais interno dentro das esferas estiver o comportamento, mais intensa deverá ser a proteção jurídica. É nesse âmbito de subdivisões de proteção da esfera íntima individual perante invasão de sua vida particular que reside a proteção contra interferências eletrônicas ou pessoais.

Portanto, o núcleo protetivo que impulsionou as normas proibitivas, incriminadoras e reguladoras apresentadas anteriormente manteve-se como o direito à intimidade (GRECO FILHO, 2015, p. 5). Como afirma Márcio Arantes (2011, p. 241), as comunicações entre presentes teriam proteção constitucional implícita, extraída de direitos como a liberdade, não autoincriminação, intimidade e vida privada, além da inviolabilidade domiciliar, afinal, o domicílio busca preservar direitos conjugados, tais quais propriedade, liberdade, segurança e intimidade, pois são espaços físicos destinados ao desfrute de privacidade (BRANCO; MENDES, 2020, p. 299).

Ricardo Sidi (2014, p. 16-19) adverte, ainda, que derivam da proteção à intimidade e privacidade (art. 5º, XII, CF) tanto o sigilo das comunicações (art. 5º, XII, CF) quanto a inviolabilidade domiciliar, pois embora o sigilo das comunicações seja corolário da garantia de expressão de pensamento, demonstra como aspecto tradicional a proteção à privacidade (BRANCO; MENDES, 2020, p. 296).

Percebe-se, pois, que a proteção das comunicações ambientais se vincula à proteção da intimidade, que, por seu turno, está diretamente articulada com outros direitos fundamentais explícitos e implícitos, como o direito à inviolabilidade domiciliar, imagem, segredo, sigilo das comunicações e mesmo a voz. Portanto, considerando que os efeitos da tutela constitucional

são essencialmente os mesmos, optou-se por utilizar os termos intimidade e privacidade em sentido genérico e amplo, a fim de abarcar todas essas manifestações da esfera privada.

3.1. Captação ambiental e violação de direitos fundamentais

Como observam Evandro Piza Duarte e Thales Cassiano Silva (2020, p. 21), a experiência judicial demonstra um elemento latente e reincidente na realidade jurídica: a convivência das instituições, sobretudo a magistratura, com padrões reduzidos de garantias processuais relativo às práticas de investigação criminal (maior reduto da prova ilícita). Assim, haveria, no Brasil, uma interpretação constitucional leniente em relação ao alcance do poder policial para invadir a esfera privada, presente em dispositivos legais e práticas judiciais ausentes de mecanismos de fiscalização e transparência, “potencializando a existência de ‘penas sem processo’ e ‘processos penais como punição’”.

Comuns às práticas policiais, as captações ambientais constituem técnicas investigativas especiais caracterizadas como meio dissimulado de obtenção de prova. Sobre o tema, destaca Diogo Malan, citando Manuel Monteiro Guedes Valente (2011, p. 532-535, apud MALAN, 2016, p. 221): “os métodos ocultos de investigação consistem em gama heterogênea de institutos, abarcando as interceptações de comunicações telefônicas e telemáticas; [...] interceptação ambiental domiciliar de conversas entre pessoas presentes etc.”.

E acrescenta Maria João Escudeiro, também conforme as lições de Manuel Valente²⁶ (2011, p. 480, apud ESCUDEIRO, 2016, p. 108), que não se admite e é mesmo francamente reprovável e censurável que as autoridades judiciárias recorram a meios ocultos de obtenção de prova por violar a boa-fé, que é um princípio do Estado de Direito e apresenta-se como garante das expectativas e da confiança dos cidadãos face à atividade policial.

Nas lições de José Frederico Marques (1997, p. 440-444), o ordenamento jurídico deve repudiar provas que impliquem violação a proteção e à garantia do indivíduo, bem como a adoção de medidas que “lançassem mão de meios condenáveis e iníquos de investigação e prova”, condenando “procedimentos desleais”, como a captação clandestina, o emprego de microfones escondidos e o registro de conversas íntimas em aparelhos eletrônicos.

Nessa linha, resta evidente que as ingerências na comunicação alheia, pela intromissão, apreensão ou, pior, divulgação do conteúdo, autorizadas judicialmente ou não, são

²⁶ Valente, Manuel Monteiro Guedes, *Do Ministério Público e da Polícia – Prevenção Criminal e Ação Penal como Execução de uma Política Criminal do Ser Humano*. Tese de Doutoramento apresentada à Universidade Católica Portuguesa, Lisboa, 2011.

potencialmente danosas à intimidade, motivo pelo qual sua admissão como elemento de prova é permitida apenas em hipóteses excepcionais, como diante de necessidade persecutória, previamente autorizada pela autoridade judicial, ou em casos em que há justa causa.

Os efeitos negativos não se confinam apenas na intimidade estrita ou garantias fundamentais próximas ou derivadas (imagem e silêncio, por exemplo). No âmbito das captações ambientais, assim como das telefônicas, a sensibilidade da informação colhida de forma maliciosa pode afrontar garantias outras, como a integridade física, a vida e o bem-estar. Cite-se, a exemplo, o uso da técnica como forma de ameaça, chantagem, coação ou extorsão, exemplos bem observáveis no campo político. Fala-se, ainda, nos impactos psicológicos e na saúde mental, pois ainda que não divulgada, mesmo a menor possibilidade de captação secreta, por meio de aparelhos ocultos, tem potencial de levar à paranoia ou frequente ansiedade de se estar monitorado. A vigilância repercute no comportamento, fazendo com o que o indivíduo possa adotar uma postura de autocensura, medo e conformidade.

De todo modo, a realização da captação ambiental mediante a monitoração de conversas por sondas ou outros aparelhos que triangulem uma comunicação em tempo real nos espaços privados, no qual há expectativa de sigilo, atingem a intimidade de formas diferentes.

Para alguns, a violação da intimidade existiria já na quebra de expectativa imanente de privacidade, confiança e boa-fé dos interlocutores, que compartilham a comunicação sem esperar ingerências alheias. Afinal, a proteção das comunicações exprime forte aspecto do direito à privacidade ou intimidade, portanto a quebra de sua confidencialidade significa frustrar o direito do emissor de escolher o destinatário do conteúdo da sua comunicação (BRANCO; MENDES, 2020, p. 39).

Para parte da doutrina, contudo, somente na divulgação dessas informações, sobretudo se sensíveis ou confidenciais, que haveria violação à intimidade. Nesse caso, ensinam Pellegrini, Magalhães e Scarance (2011, p. 188-190), ao equiparar a tutela do inc. XII ao X do art. 5º da CF, que a gravação clandestina, tanto virtual quanto entre presentes, não viola as garantias comunicacionais, pois não se enquadra na interceptação, envolvendo o fator de terceiro, e nem envolve o sigilo das comunicações, assegurado pelos referidos textos. Desse modo, em condições normais, a gravação em si, quando destinada a documentar a conversa, não configura ilícito, mesmo à revelia da ciência do outro interlocutor. A divulgação da gravação ocorrida, contudo, pode caracterizar outra afronta à intimidade, qual seja a violação do segredo.

Seguindo o raciocínio, Luiz Torquato Avolio (2010, p. 128), distinguindo o direito ao segredo e o direito à reserva como faces da intimidade, admite irrestritamente a prova obtida

pela gravação clandestina, vez que qualquer pessoa pode gravar conversa própria. A proibição e consequente violação de intimidade, em sua segunda face, qual seja o direito à reserva, ocorreria na divulgação. E complementa: “enquanto o direito ao segredo ou confidencialidade (*‘segretezza’*) está em impedir a atividade de terceiro a desvendar particularidades da privacidade alheia”, a reserva surge em prol da defesa contra notícias particulares legitimamente conhecidas pelo divulgador. Ou seja, a intimidade pode ser violada mesmo sem o rompimento de segredo, quando o destinatário divulga aquilo que lhe foi confiado (AVOLIO, 2010, p. 270)

No mesmo sentido apresentado, Eugenio Pacelli (2015, p. 184) afirma que não há ilicitude na gravação da conversa empreendida pelo partícipe, pois o conteúdo lhe foi confiado pelo outro interlocutor; a disponibilização, contudo, pode incorrer na afetação a direitos de terceiros. É, portanto, o conteúdo então revelado que poderá afetar a intimidade dos interlocutores (em quaisquer situações) no caso das gravações. Isso porque a interceptação clandestina e a escuta pessoal feitas por terceiros já são, elas mesmas, ilícitas.

Com opinião pouco diversa, Paulo Ivan da Silva (2001, p. 4) alega que a interceptação, a escuta e a gravação ambientais certamente atingem a intimidade, mas a violação delas resultante não se dá por igual, considerando a bipolaridade desse direito. Assim, no primeiro momento, à proteção dirige-se à invasão de terceiros na esfera privativa, portanto atinente à interceptação ambiental. No segundo momento, de divulgação do fato íntimo alcançado legitimamente, a repulsa do ordenamento jurídico é menos severa, e a proteção se volta contra a escuta e a gravação clandestina (embora a doutrina majoritária insira a escuta no perfil de interceptação). Assim o seria porque, naquela violação, a lei pode flexibilizar a ilicitude da conduta ante a presença justa causa, já na última, necessita-se de autorização judicial, sob o risco de se incorrer em crime.

De outro modo, Jacqueline e Gianluca (2019, p. 9-10) asseveram que a notificação e consentimento afastam questionamentos de ilegalidade e interferência na intimidade dos interlocutores gravados, por disporem de direito próprio ao concordarem com o registro, mesmo quando o conteúdo óptico (imagens) ou sonoros (áudio) seja de teor íntimo, desde que a divulgação permaneça vinculada aos fins acordados. Assim, dissentindo do entendimento dos autores apresentados, frisam que a notificação e o consentimento são critérios imprescindíveis para configurar disposição própria. Portanto, na ausência de tais requisitos, a própria gravação sub-reptícia viola gravemente a intimidade e a vida privada, especialmente quando utilizada para obter informações que os interlocutores afetados buscam manter sobre controle quanto à

sua publicidade. Quanto mais sensíveis as informações obtidas, maior a invasão à privacidade concretizada pela interceptação ambiental.

Contudo, como expõe Carina Villela (2007, p. 7), nem toda informação interessa à tutela constitucional, vez que muitos dados conhecidos e divulgados não avançam propriamente sobre a privacidade individual por não se relacionarem à identidade, autonomia e à intimidade.

A invasão na intimidade pressupõe o conhecimento de informação retraída aos demais por seu titular, portanto, a apropriação, difusão ou utilização indevida de dados pessoais não-sensíveis (pertencentes ao domínio público e suscetíveis de apropriação pública, como o nome, estado civil e a profissão), mesmo que obtidos de forma sub-reptícia, raramente violam a vida privada. O problema residiria nos dados pessoais sensíveis, vinculados substancialmente à esfera íntima das pessoas, como a origem racial, saúde, genética, ideologia e orientação sexual), que, por conseguinte, merecem maior proteção. Portanto, a informação será mais sensível quanto maior potencial tiver de causar dano a um indivíduo em razão de sua divulgação ou uso (MONTEIRO, 2007, p. 8).

Vladimir Aras e Antônio Suxberger (2021, p. 5) ratificam o entendimento, afirmando que a promulgação do denominado Marco Civil da Internet (Lei n.º 12.965, de 2014) e da Lei Geral de Proteção de Dados (Lei n.º 13.709, de 2018) estabeleceu que eventos ou diálogos transcorridos em ambientes privados, telefônicos ou por demais meios de comunicação não podem ser propalados senão mediante consentimento dos participantes ou autorização judicial.

Fato é que, independentemente da divulgação, como ensina Leonardo Marcondes (2020, não p.), tanto a interceptação telefônica quanto a interceptação entre presentes, como meios persecutórios, tocam ou restringem direitos e garantias fundamentais dos investigados. E destaca que a interceptação entre presentes possui maior grau de intromissão na privacidade por ocorrer às ocultas, atingindo o direito de estar só, a inexistência de autoincriminação, o direito ao silêncio e a inviolabilidade domiciliar.

Isso porque a captação ambiental, por efeito semântico da clandestinidade, exige a dissimulação. Portanto, a técnica é empregada por meios escondidos, geralmente consistentes em apetrechos guardados em bolsos, embora, não raro, se exija invasão domiciliar para instalação dos denominados grampos, escondidos abaixo de móveis, veículos e objetos da pessoa a qual se pretende gravar.

Nas lições de Manuel Valente²⁷ (2015, p. 2, *apud* MACHADO, 2020, não p), como meios ocultos, a captação ambiental emprega métodos operacionalizados pelas polícias que

²⁷ VALENTE, Manuel Monteiro Guedes. *Meios Ocultos de Investigação. Contributo Mínimo para uma Reflexão Maior*, 2015. Boletim do Instituto Brasileiro de Ciências Criminais, São Paulo, ano 23, n. 74, p. 2-3, set. /2015.

constituem uma “intrusão nos tempos e espaços operativos humanos de ação, interação e comunicação entre e das pessoas visadas em concreto com o meio investigativo”, muitas vezes terceiros, sem o conhecimento ou percepção da invasão. Assim, desavisados, produzem prova contra si próprios, ausentes de autodeterminação e autorresponsabilidade consciente.

Concorda com essa visão Alexandre de Moraes (2022, p. 86-87), segundo o qual as gravações clandestinas afrontam o art. 5º, X, da CF, sendo ilícitas por se caracterizarem pelo desconhecimento por parte de qualquer dos interlocutores, vez que feitas “de modo escondido, fraudulento com ferimento a intimidade e vida privada, direitos fundamentais constitucionalmente reconhecidos e protegidos.

Nessa toada, por previsão expressa do dispositivo legal inserido pela Lei Anticrime, que prevê a captação ambiental de sinais ópticos e visuais, é visível também o potencial atentatório ao direito de imagem, consagrado de forma autônoma no art. 5º, X, da CF, embora resguarde íntima relação com a intimidade tutelada no mesmo inciso. Pois como ensina Domingos Franciulli Netto (2004, p. 7-10), o direito à própria imagem é expressão do direito à intimidade, ligada à ideia do “*right of privacy*” (direito à privacidade), do direito anglo-americano, e protegido pelos tribunais como ofensa à honra e à privacidade.

É o que afirmam, também, Ávila e Pierobom (2022, p. 21), para os quais, em termos constitucionais, a captação ambiental clandestina, ou sem consentimento, envolve a consideração da imagem e da palavra falada, para além do perfil tradicional da privacidade. Quanto ao segundo aspecto, sustentam, à luz da doutrina de José Canotilho e Vital Moreira²⁸ (2007, p. 467, *apud* ÁVILA; MARTINS, 2022, p. 21), a existência de um direito à voz, sendo expressão do “direito à autenticidade”, que garante o rigor da reprodução das palavras, sem manipulações, e o “direito ao auditório”, ou seja, a decidir o círculo de pessoas a quem é transmitida a imagem e a palavra”.

Além disso, a jurisprudência dos Tribunais²⁹ conforma o direito ao silêncio (art. 5º, LXIII, da CF) como último fator de intimidade aviltado pelas captações ambientais, como nos afamados casos de interrogatórios policiais sub-reptícios. Sendo, portanto, outro limite à admissibilidade da gravação clandestina, desde que não executada exclusivamente por particulares ou pela mídia (AVOLIO, 2010, p. 263). Afinal, de acordo com Márcia Cáceres

²⁸ CANOTILHO, José Joaquim Gomes; MOREIRA, Vital. *Constituição da República Portuguesa Anotada*. Volume I. 4ª ed., Coimbra: Ed. Coimbra, 2007.

²⁹ A exemplo, veja-se acórdão proferido em sede do HC n.º 80.949/RJ, de relatoria do ministro Sepúlveda Pertence, no qual se definiu que a gravação de conversa informal mantida entre o indiciado e a autoridade policial, de molde a “arrancar do outro confissão ou situação comprometedora, visando a apresentar esses elementos para o Ministério Público com objetivo de obter vantagens mais favoráveis em acordo de cooperação”, não pode como ser admitida como prova válida por ofender também a garantia expressa ao silêncio.

Yokoyama (2007, p. 51), o direito de silenciar está relacionado a outras garantias constitucionais e é manifestação da intimidade por representar a escolha de revelar os pensamentos e retrair-se em si próprio de acordo com sua consciência.

Além da violação da intimidade e demais direitos apresentados, pode-se falar, ainda, em consequências que extrapolam aquelas ínsitas à clandestinidade. Ao analisar o tema sob a perspectiva das interceptações telefônicas e a vinculação à intimidade e vida privada, Flávio Augusto de Moreira e Gonçalves (2017, p. 39) aponta que apesar de o artigo 8º da Lei 9.296/96 prever o sigilo de operações tanto “*ex ante*” como “*ex post*”, observa-se a ampla publicidade e a banalização midiática das interceptações, que acabam por suprimir a presunção de inocência, acompanhada da ausência de punibilidade à quebra do sigilo, prevista no art. 10 da mesma lei³⁰. Pelos argumentos expostos e a proximidade conceitual e procedimental, depreende-se que o fenômeno é também visível no caso das captações ambientais, como ocorrido por mais de uma vez na Operação Lava-Jato.³¹

3.2. Gravidade imanente de captações ambientais

Como visto, todas as formas de captação ambiental são inseridas no rol dos métodos ocultos de investigação. Sobre esses meios, Friedrich Dencker³² (1998, p. 486-490, *apud* MALAN, 2016, pg. 10) sublinha três aspectos principais que as caracterizam: a amplitude, o segredo e a ausência de “âmbitos-tabu”. O primeiro diz respeito à vastidão de técnicas e de pessoas possivelmente afetadas por elas, como terceiros incluídos no círculo de convívio do investigado³³; a segunda, ao caráter dissimulado e sub-reptício, não oponíveis ao investigado e seu defensor por serem medidas cautelares processadas sem contraditório; a última, ao efeito de supressão das regras tradicionais de proibição probatória que regem o processo penal democrático, como os direitos fundamentais do investigado.

Concorda Márcio Arantes (2011, p. 175), para quem a própria ontologia da atividade de interceptação das comunicações é uma violação de direitos fundamentais da pessoa humana,

³⁰ Considerações complementares são expostas por Diogo Malan (2016, p. 11), dado que a captação, como meio oculto de prova, é técnica comumente empregada pelas polícias, que, no plano da estratégia, se valem de ações policiais de “forte caráter midiático e simbólico”. Tais ações tendem a utilizar métodos não convencionais, ter denominações exóticas e acompanhamento em tempo real pela mídia, além de serem sucedidas de divulgação imediata e ampla pela imprensa, que expõe, inclusive, as provas obtidas, violando a intimidade dos investigados e terceiros.

³¹ A exemplo, a divulgação de áudio feita pelo empresário Joesley Batista, que gravou, clandestinamente, cerca de 40 minutos de diálogo presencial com o ex-presidente Michel Temer, ao qual revelou plano de conter investigações da Operação Lava-Jato (ALESSI, G.; BORGES, R., 2017, não p.).

³² DENCKER, Friedrich. *Criminalidad organizada y procedimiento penal*, In: Nueva Doctrina Penal, Buenos Aires, n. B 1998.

³³ Vide capítulo 3.3.

pois o emprego de artifícios insidiosos é o caráter sobressalente. Isso porque, diversamente de outros meios de investigação de prova, a exemplo da busca e apreensão, a interceptação se opera por atos traiçoeiros fundados na surpresa e desconhecimento do investigado, que não tem o controle contextual sobre o desenvolvimento das operações. Em outras palavras, tais métodos, pela ocultação do procedimento técnico-operacional e a frequente ilicitude probatória que decorre da adulteração ou perda das fontes materiais, têm sua constitucionalidade material impugnada à luz da garantia do devido processo legal (MALAN, 2016, pg. 10, 11).

Contudo, as implicações descritas são distintas conforme as técnicas manejadas. Essa desigualdade é patente na comparação entre as captações virtuais e presenciais. No caso ambiental, por ser medida intrusiva e invasiva com intento de registrar uma “fotografia sonora” do ilícito, opera-se uma “ingerência de singular transcendência”, que intensifica a restrição à intimidade e demais direitos fundamentais. É por isso que, se comparada às interceptações de comunicações em geral, como telefônicas, atinge, em maior grau, direitos fundamentais (ARANTES FILHO, 2011, p. 177).

Manuel da Costa Andrade³⁴ (2008, p. 108-109, *apud* ARANTES FILHO, 2011, p. 178) aponta que as gravações entre presentes são mais gravosas e invasivas que as telefônicas porque frustram a expectativa mais consistente de confidencialidade e segredo e não “oferecem as mesmas possibilidades e estímulos de autotutela”. Nas comunicações telefônicas, existe o conhecimento prévio dos interlocutores a respeito do controle e domínio pelas operadoras de telefonia, assim como dos provedores de rede no caso telemático. Por isso, as expectativas de reserva e privacidade são mais baixas do que as comunicações “cara a cara”, em um ambiente “que fundadamente se presume asséptico e imune a intromissões”. A interceptação da comunicação presencial surpreende o indivíduo durante o pleno exercício da liberdade de se comunicar, no qual é maior a exposição de sua intimidade.

Convém destacar o manifesto do autor³⁵ (2008, p. 207, *apud* ARANTES FILHO, p. 178):

Uma coisa é escuta; outra é a escuta de pessoas cara a cara. Como é que se metem microfones ocultos legitimamente na casa das pessoas a título escutas? É que há uma diferença fundamental: quando falamos ao telefone atiramos com a palavra, não sabemos para onde. Corremos um pouco por risco próprio, isto é, temos que ter

³⁴ ANDRADE, Manuel da Costa. Métodos ocultos de investigação (*Plädoyer* para uma teoria geral). In: COLÓQUIO EM HOMENAGEM AO INSTITUTO BRASILEIRO DE CIÊNCIAS CRIMINAIS, 2007, Coimbra. *Justiça Penal Portuguesa e brasileira: tendências e reforma*. 1ª ed. São Paulo: IBCCRIM, 2008.

³⁵ ANDRADE, Manuel da Costa. Das escutas telefônicas. In: COSTA, José de Faria; SILVA, Marco Antonio Marques da. *Direito penal especial, processo penal e direitos fundamentais: visão luso-brasileira*. São Paulo: Quartier Latin, 2006.

cuidado. A palavra que proferimos ao telefone é como a pedra que atiramos, sabe-se lá onde vai cair, temos que ter cuidado.

Ou seja, na comunicação entre presentes, fatores como a escolha do local e a proximidade física, por propiciarem um contato pessoal que permite empregar toda a “dimensão física humana”, não limitado ao contato de voz, como no caso telefônico, ou escrito, como telemático, favorecem a maior exposição de informações íntimas dos interlocutores (ARANTES FILHO, 2011, p. 178).

No mesmíssimo sentido, aduzem Jacqueline e Gianluca (2020, p. 16) que a gravidade das captações varia quanto ao objeto e o meio operacional. Nas comunicações telefônicas, a conversa é protraída por aparelhos, atingindo apenas parte das atividades comunicativas. Não há intermédio nas conversas presenciais, de forma que se capta substancialmente e amplamente a comunicação antes, depois e após o que se pretende gravar, abrangendo aspectos orais, visuais e eletromagnéticos, o que enriquece as informações obtidas – e aumenta a exposição.

Quanto ao meio operacional, em muitas das vezes as interceptações e escutas ambientais exigem o ingresso prévio e furtivo de agentes policiais no local para instalar equipamentos, o que não ocorre no caso telefônico, bastando o auxílio direto das empresas de telefonia. Nesse contexto, a interceptação ambiental mostra-se uma medida investigativa mais invasiva e que exige cuidados regulatórios específicos (ABREU; SMANIO, 2020, p. 16).

Ou seja, considerando a reserva de conduta que o controle das linhas virtuais incute nos interlocutores e o funcionamento característico da comunicação por meios telefônicos ou telemáticos, a instilação do diálogo ou manipulação da situação é muito mais provável e viável nas comunicações presenciais.

Ademais, é possível delimitar início, meio e fim da comunicação tanto em aparelhos celulares quanto pelos canais de conversa via internet, nos quais cada interlocutor tem controle do canal de conversa. Mantém-se, então, uma autenticidade mínima do que foi conversado, vez que quase sempre será possível solicitar o histórico da comunicação às empresas provedoras para verificar ingerências ou manipulações de contexto. Essa possibilidade é útil, inclusive, à produção de contraprovas pela pessoa gravada.

Portanto, embora também seja possível figurar como agente provocador nas comunicações virtuais, o fator presencial gera expectativa de um ambiente livre de vigilância

externa, o que proporciona ao interlocutor maior facilidade para compartilhar informações potencialmente sigilosas ou mesmo ilícitas.³⁶

Especificamente quanto às gravações clandestinas, que ocorrem sem o crivo das autoridades investigativas e judiciárias, a realização de embustes para registrar o interlocutor, induzindo a dinâmica das conversações na esperança de uma confissão criminosa, pode configurar evidente flagrante preparado por existência de agente provocador, levando à atipicidade da conduta por se tratar de crime impossível, a teor do art. 17 do CP.

Nesse sentido, Sidney Duran Gonzalez (2019, não p.) menciona que a prova produzida em ambiente sem qualquer tipo de controle inspira maiores cuidados e deve passar por maior rigor analítico, pois circunstâncias pessoais podem interferir na produção probatória. O interlocutor gravado pode ser vítima de possível induzimento ou falsa imputação de crime, sobretudo nos casos em que há oposição ou inimizade prévia de quem a produz. Nesses casos, além da perícia posterior no material, a prova obtida deve ser depurada pelo crivo moral e ético – razões da produção e interesse na apresentação do fato –, sem desatar do rigor jurídico, para que se possa avaliar as condições subjetivas antecedentes a captação, evitando validar provas inidôneas obtidas com a intenção de causar dano a adversário, em benefício daquele que, em última análise, montou as circunstâncias.

O tema, portanto, pode ser tratado no campo da imoralidade probatória. Para Avolio (2010, p. 290-296), por vezes, as teses judiciais de confronto entre direitos materiais e a defesa das liberdades assumem tendências generalizantes, se esquivando de uma análise concreta da preponderância de interesses. Exemplo disso seria a quase inexistência de barreiras de admissibilidade no processo civil³⁷, que se mostra receptivo às inovações tecnológicas no art. 332, ao admitir toda forma de gravação ambiental isenta da influência de terceiros, o que é inimaginável no processo penal, que deve filtrar moralmente ou cotejar os valores jurídicos em jogo. Portanto, não basta que a prova seja lícita, como também deve ser moral, ou moralmente legítima, tal a insegurança de veracidade com que podem ser produzidas, como a gravação unilateral de conversa em que o interlocutor dirige perguntas capciosas para lograr respostas

³⁶ Denunciado pela Procuradoria-Geral da República após as investidas do empresário Joesley Batista, os procuradores do ex-presidente Michel Temer ventilaram os seguintes argumentos em sua defesa: “a utilização de um agente provocador configura um meio enganoso de obtenção de prova por desprezar a dignidade da pessoa humana e a sua capacidade de determinação, de vontade e de avaliação das circunstâncias. A incitação à revelação de fatos, mediante atuação de agente provocador portando gravador escondido, ainda mais quando orientado por autoridades, se mostra, de forma estreme de dúvidas, como meio enganoso de obtenção de provas e, por isso mesmo, indigno de fé, na medida em que contrasta com a garantia do devido processo legal.” (BRASÍLIA, 2017, p. 69).

³⁷ Por ser (o processo civil) eminentemente dialético, Avolio (2010, p. 293) indica ser reprovável q as partes falem com o dever da verdade e ajam com deslealdade, empregando artifícios fraudulentos que maculam a dignidade do Estado.

induzidas. A prova produzida extrajudicialmente deve exigir do juiz o padrão de moral de veracidade, lealdade e boa fé no tratamento das partes, sob o enfoque ético da prova, e não apenas de sua utilidade.

O fenômeno se manifesta de forma intensa na seara política³⁸ e eleitoral, nas quais há, inegavelmente, interesses transparentes que influenciam direta ou indiretamente a conduta dos interlocutores. Tanto assim o é que a jurisdição eleitoral é, atualmente, resoluta no sentido de reputar ilícita a prova obtida por gravação ambiental realizada por opositor político, vez que o uso de meio espúrios e desleais não se daria em busca de defesa própria, mas por fatores corruptivos, vulgarizantes ou mesmo incriminadores da pessoa gravada.³⁹

3.3. Autenticidade material e repercussão em terceiros

Aspecto importante das gravações é apresentado por Alexandre de Moraes (2022, p. 87) como fator de inadmissibilidade probatória: a possibilidade de manipulações por meios eletrônicos e computadorizados sofisticados, pelos quais se podem suprimir trechos, efetuar montagens textuais, visuais ou vocais e alterar completamente o sentido de conversas inseridas na gravação.

Na técnica ambiental, por conta de sua própria dinâmica (dissimulada e não limitada ao diálogo protraído em um meio específico mediado) e das interações humanas (desenvolvidas repentina e espontaneamente), é evidente que não se pode exigir da legislação um meio de antecipação das possíveis artimanhas que circundam as gravações clandestinas. Logo, no plano da produção probatória, a avaliação judicial das condições subjetivas prévias mostra-se como única alternativa viável de se evitar a convalidação de provas inidôneas por induzimento.

³⁸ Em 2014, a possibilidade de seleção, adulteração e descontextualização de material gravado clandestinamente pelo delator Durval Barbosa contra o ex-governador José Roberto Arruda ganhou destaque na operação conhecida como caixa de pandora (FURQUIM; TEIXEIRA, 2020, não p.).

³⁹ Conforme Leandro Manzano (MANZANO, 2019, não p.) os pleitos eleitorais são marcados pela provocação de situações que configuram ilícitos eleitorais em desfavor de opositores. O TSE, contudo, seguindo o entendimento de repercussão geral emanado pelo tema 237, reputava lícita a prova obtida por gravação ambiental feita por opositores políticos. O entendimento foi modificado no julgamento do RO nº 1904-61, dada a forma ardilosa de produção probatória, por induzimento à prática de ilícito eleitoral, configurando flagrante premeditado. Contudo, a própria Corte logo flexibilizou o próprio entendimento. Pondera Guilherme Barcelos (BARCELOS, 2022, não p.) que, apesar de ser um tema tormentoso na Justiça Eleitoral, o TSE, a partir de 2021, modificou seu entendimento, consagrando a leitura restritiva imposta pelo § 4º do art. 8º-A da lei de interceptações, ressaltando ilicitude probatória decorrente das gravações clandestinas pela prevalência do direito à intimidade, sob o risco de incentivar a prática em “cenário de disputa acirrada”, como o eleitoral.

No plano da autenticidade, a gravação unilateral, porque é produzida pelo particular sem qualquer forma de controle ou auxílio judicial⁴⁰, pode apresentar problemas de ordem técnica quanto à conservação, extração e disponibilização da prova.

De qualquer forma, aplicam-se as regras da cadeia de custódia ao registro e manejo processual do que foi captado ambientalmente, seja por interceptação ou gravação unilateral, como determinam o art. 158-A do CPP⁴¹ e a exigência de integridade do material, prevista no próprio § 4º do art. 8º-A da lei de interceptações. Muito embora no caso das gravações a obrigação de preservação da integridade já inicie prejudicada, sendo impossível conhecer a origem da produção e a manutenção do material até a entrega às autoridades.

Trata-se de regra posterior ao fato, importante para a prevenção de futuras alterações físicas maliciosas ou mesmo ilegais das fitas de armazenamento, mas que não evita que a prova seja, legalmente, manipulada contextualmente e recortada de forma enviesada, alterando o teor da comunicação. Francisco de Assis Machado Cardoso (2006, p. 2) destaca que, para contornar essa questão no caso das captações telefônicas, embora sejam argumentos extensíveis às ambientais, alguns autores sustentavam a necessidade de transcrição integral das gravações como requisito essencial à consideração como prova, pois a parcialidade não representaria a realidade do que foi revelado e a integralidade constitui o corpo do delito, exigindo perícia, portanto não poderia ser censurada ou recortada, sob o risco de nulidade.

Não se deve confundir, contudo, integridade com integralidade. A primeira é expressamente prevista na lei de interceptações, a segunda, contudo, não existe em lei e já não impediria a apresentação inicial de gravação informal (CARDOSO, 2006, p. 2). Os tribunais já se posicionaram, inclusive, sobre a inexigibilidade de degravação integral por conta da longa duração das conversas e complexidade dos fatos investigados (HC n.º 278.794).

Em caso de modificação substancial e contextual da prova por meio de filtros e manipulações pela autoridade policial e o Ministério Público, pode-se aplicar o que Aury Lopes Júnior (2020, p. 657-658) apresenta como princípio da “mesmidade”, adaptado como a exigência da desconfiança probatória e a garantia de que o material valorado é integralmente o que foi colhido. A desconfiança consistiria na exigência de que, para ter valor probatório,

⁴⁰ O Superior Tribunal de Justiça considerou lícita a prova obtida por gravação unilateral feita através de aparelho emprestado pela autoridade policial no julgamento do REsp n.º 1.689.365, embora o precedente deva ser visto com significativa reserva. O fornecimento de aparelho e capacitação do interlocutor pelas autoridades que compõem o aparato estatal demonstra, por si só, a expressiva possibilidade de orientação de condutas e diálogos. Nesse caso, se as autoridades têm prazo para conceder o aparelho e conhecimento prévio da possível ocorrência, a situação deve ser tratada sob a lógica das interceptações ambientais, com a devida autorização judicial.

⁴¹ “Art. 158-A. Considera-se cadeia de custódia o conjunto de todos os procedimentos utilizados para manter e documentar a história cronológica do vestígio coletado em locais ou em vítimas de crimes, para rastrear sua posse e manuseio a partir de seu reconhecimento até o descarte.”

imagens e áudios devem, da coleta à produção em juízo, ser submetidas a um procedimento de correspondência entre o que a parte alega e o que foi realmente apresentado.

Ademais, como destaca Cardoso (2006, p.2-3), exigir a degravação integral das comunicações obtidas violaria não somente a intimidade do acusado, com fatos não relativos àqueles investigados, mas também de outros, com fatos pertencentes à esfera íntima de demais interlocutores e terceiros, que, muitas vezes, são citados nas conversas. Nem mesmo se poderia justificar a necessidade da transcrição integral ventilando-se a possibilidade de alteração do sentido das conversas por recortes em pequenos trechos ou frases isoladas.

Pergunta-se, nesse caso: se os fatos relativos a demais interlocutores demonstrarem envolvimento no ilícito que justificou o deferimento da medida, ou a gravação clandestina apresente ilícito cometido por pessoa alheia à conversa, pode a prova ser usada contra terceiros? A questão é desenvolvida no âmbito da ilicitude por derivação e do encontro fortuito, ou “serendipidade”, isto é, quando a prova do ilícito é obtida a partir da investigação de outro delito.

Destaca Aury Lopes Júnior (2020, p. 618-623) que embora os tribunais tenham aplicado o princípio da “serendipidade” sem delimitar cabimento e alcance, o desvio causal da prova, ou encontro fortuito, exige análise crítica que se atente à vinculação causal da prova como forma de evitar investigações genéricas ou puramente inquisitórias. Atos que sacrificam direitos fundamentais, como a captação ambiental, devem ser vinculados e limitados. Portanto, a prova encontrada acidentalmente somente serviria como elemento indiciário de uma nova investigação, como notícia-crime, para obter prova autônoma.

Acrescenta Giacomolli (2016, p. 209) que os encontros fortuitos não se confundem com a contaminação pela ilicitude, ou prova ilícita derivada, ou reação em cadeia, consagrada pela “*fruits of the poisonous tree doctrine*”⁴². No primeiro caso, trata-se de resultado direto, enquanto no segundo, o resultado é secundário, isto é, se a medida que instigou a captação ambiental era, por si só, ilícita, indiretamente o será, também, a prova fortuitamente encontrada, para todas as finalidades, sob pena de utilização de meios ilegais como *starter* persecutório.

3.4. Expectativa de intimidade e dever de sigilo nos espaços públicos e privados

⁴² A chamada “Teoria da Árvore dos Frutos Envenenados” define que a ilicitude originária de uma a prova contamina as demais provas decorrentes e, a partir dos atos subsequentes, o próprio processo penal (NUCCI, 2020, p. 624).

De acordo com Marcio Arantes Filho (2011, p. 170), no plano das captações ambientais, a doutrina, ao investigar sujeitos passivos, reconhece a existência de determinados limites subjetivos às interceptações. Considera-se como limitação passiva das comunicações entre presentes aquelas protraídas em âmbito profissional e familiar.

Ambos os aspectos repercutem mais intensamente no fenômeno probatório, visto que o sigilo profissional possui proteção autônoma especial e infraconstitucional, relativas ao valor social da relação profissional, decorrendo no interesse dos próprios clientes e profissionais em reservar as informações trocadas. O segundo aspecto, relativo à vida familiar, é dotado de maior liberdade e emotividade, e os fatos ali compartilhados somente interessariam àqueles que compõem o núcleo familiar. E não se pense, porém, que somente disporiam dessas comunicações os próprios familiares, visto que “é possível ao Estado inserir pessoas no círculo de relacionamento de investigados, para, como interlocutores, procederem à colheita de informação relevante para a persecução penal, agindo como agentes encobertos” (ARANTES FILHO, 2011, p. 170).

Destaca o autor, ainda, que embora a legislação e nem a jurisprudência disponham expressamente sobre a inadmissibilidade das provas advindas da captação ambiental nesses locais, a proteção das comunicações proferidas nesses ambientes é consagrada constitucionalmente, pois sua violação implicaria maior grau de exposição da intimidade e privacidade (ARANTES FILHO, 2011, p. 157-160).

Em total concordância, Jacqueline e Gianluca (2019, p. 10) determinam que nos locais privados, como um domicílio, seja ele familiar ou profissional, os interesses relacionados à inviolabilidade do domicílio, protegidos no art. 5º, XI, da Constituição Federal, estão especialmente presentes. Isso torna a invasão decorrente da captação ambiental realizada nesses espaços especialmente mais gravosa por acarretar intromissão em relações domésticas, familiares e relativas ao desenvolvimento individual. O mesmo aconteceria em domicílios profissionais, sobretudo se resguardados pela proteção do sigilo.

Boa parte da doutrina concorda que, em espaços privados, a captação ambiental sem autorização judicial constitui invasão de privacidade e violação domiciliar, sendo, portanto, prova ilícita por derrogar o segredo e o direito de reserva, além da inviolabilidade domiciliar, com ressalvas ao procedimento dentro dos parâmetros legais autorizados pela lei de organizações criminosas (NUCCI, 2020, p. 629) e outras formas de relativização da ilicitude probatória.

No entanto, a questão é completamente diversa quando se dá pela ótica dos espaços públicos. Destaca Renato Brasileiro de Lima (2020, p. 851) que a interceptação ambiental,

como meio de obtenção de prova cuja licitude é discutível, viola a intimidade no que se refere ao direito de reserva – ou não divulgação de fatos da vida íntima. Para o autor, o dever legal de sigilo determina a violação da intimidade pela captação ambiental. Havendo dever legal de sigilo profissional, a captação ambiental constitui invasão de privacidade. Contudo, se a comunicação for colhida em local público, ainda que o teor do que foi comunicado se revista de sigilo, não há que se falar em violação à intimidade, afinal, não haveria expectativa de privacidade em locais abertos a multidões.

Segundo Paulo Ivan da Silva Santos (2001, p. 7), retomando a teoria das esferas apresentada no capítulo 3, a esfera privada do indivíduo não é homogênea, havendo parâmetros de restrição da intimidade à medida que o número de pessoas na relação pessoal aumenta ou diminui. Assim, fala-se em esfera da vida privada em sentido estrito, na qual se inserem os fatos restritos a um grupo de pessoas; esfera da intimidade, na qual só há episódios conhecidos às pessoas de confiança; e esfera do segredo, onde estão os fatos mais íntimos e restritos. No entanto, os acontecimentos públicos estariam completamente fora dessa realidade, portanto conhecíveis pela coletividade em geral e excluídos da tutela da intimidade.

Em total consonância com o exposto, entende Avolio (2010, p. 271) que não há objeção contra a validade da captação ambiental, por sons ou imagens, em locais públicos, cujo tratamento judicial, mesmo nos casos de flagrante esperado, deve ser o mesmo dos testemunhos ou das fotografias, sob o ponto de vista da autenticidade, cuja tecnologia já permite auferir. A filmagem de um crime cometido em via pública demonstra que inexistente direito ao segredo, pois quem se expõe ao público não espera privacidade ou reserva.

Ou seja, independentemente da presença de justa causa, não estão protegidos pela intimidade os eventos públicos, os não munidos de segredo e os que não quebram a expectativa de confiança, pois são alheios à tutela da privacidade, sendo consideradas lícitas as provas obtidas nessas circunstâncias por não aviltar direito algum.

Em sentido contrário, Jacqueline e Gianluca (2019, p. 11) advertem que a gerência dos espaços públicos ainda é incipiente no Brasil, principalmente por conta da falta de previsão expressa no texto constitucional e de uma cultura jurídica pouco sensível ao tema. Ressaltam, ainda, que apesar da renúncia ao domínio exclusivo de algumas informações pessoais, ao se ingressar no domínio público, as informações compartilhadas são efêmeras e retidas temporariamente na memória de um coletivo reduzido. No entanto, quando um meio permanente registra o ocorrido, aumentam-se os riscos de violação da intimidade: “desde exposição a um número inesperado de pessoas até a agregação de dados e extração de análises

de comportamento que podem ser usados contra o próprio indivíduo, em estratégias comerciais ou mesmo políticas”.

Ademais, o próprio anteprojeto do Pacote Anticrime, na tentativa de criar o §6º no artigo 21-A da lei de interceptações telefônicas⁴³, trabalhava com a noção ultrapassada de inexistência de privacidade em espaços públicos, na contramão da autodeterminação informacional trabalhada internacionalmente, que abarca os ambientes públicos, e conferindo ampla discricionariedade à autoridade policial (ABREU; SMANIO, 2019, p. 24).

4. As gravações clandestina e a relativização da ilicitude probatória

Com os apontamentos feitos ao longo da presente monografia, constata-se um acirrado debate doutrinário sobre a admissibilidade ampla ou vedação absoluta da prova obtida por gravações clandestinas. A vigência de regras inseridas pelo Pacote Anticrime revigorou questão que, por mais de uma década, esteve inalterada pela jurisprudência dos Tribunais Superiores, cujo entendimento vinculante considerou lícitas as provas oriundas de gravações unilaterais, inclusive para fins acusatórios e condenatórios.

Recapitulando o 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.”⁴⁴

Portanto, ao se interpretar de forma literal o § 4º do art. 8º-A da lei de interceptações telefônicas, alvo de críticas doutrinárias e normativas, e confrontá-lo com o liame decisório firmado pelos tribunais superiores, questiona-se se a prova obtida pela gravação clandestina, reputada ilícita em sua origem, pode ser utilizada pela acusação, em prejuízo do interlocutor gravado, em alguma hipótese.

Apesar de não ser novidade temática, vez que as captações ambientais já foram manejadas como propulsores investigativos e fator condenatório em casos políticos, a controvérsia ganhou ainda mais força em 2022, após um médico obstetra ser filmado por enfermeiras enquanto abusava sexualmente de uma paciente em trabalho de parto.

Com a repercussão nacional do caso, mais de um Projeto de Lei foi apresentado como forma de se contornar a dita indeterminação jurídica criada pelo Pacote Anticrime ao tratar das gravações unilaterais – a extensão do termo “defesa” e o alcance da vedação. Dentre eles,

⁴³ § 6º A captação ambiental de sinais ópticos em locais abertos ao público não depende de previa autorização judicial. ”.

⁴⁴ Grifo meu.

destaca-se o PL n.º 2.471/22, cuja justificativa se vincula diretamente ao caso e constitui o cerne da presente monografia. Sem embargo, a análise do caso e pertinência do projeto reclama a avaliação dos posicionamentos doutrinários diversos que o tema sempre suscitou.

Por um lado, contesta-se a constitucionalidade do dispositivo supracitado, que, na contramão da jurisprudência consolidada em sede de repercussão geral, desequilibrou a relação processual em matéria probatória e ocasionou retrocessos no combate ao crime, violando uma série de princípios processuais. Por outro, defende-se que a ilicitude probatória decorrente das gravações unilaterais é medida impositiva como corolário lógico da vedação constitucional. Portanto, a legitimação da ilicitude somente se daria em casos excepcionais, sob o prisma da flexibilização de regras em prol de interesses jurídicos concretamente mais relevantes ou adequados à tutela satisfatória, sendo essa análise casuística, dado o grau de periculosidade que desvios de regras probatórias ensejam.

Um denominador, portanto, parece ser comum a grande parte dos autores: o caráter não absoluto das garantias fundamentais, que podem ser relativizadas situacionalmente. Isso tem especial relevância no caso das gravações clandestinas, vez que a proteção da intimidade, como garantia que é, é a raiz da controvérsia.

Embora não haja consenso quanto à eficácia real ou sobre os efeitos que a ponderação concreta acarreta ao sistema processual penal, a possibilidade de relativização de garantias fundamentais é basicamente unânime na doutrina, pois a estabilidade e o funcionamento das prerrogativas estatais exigem equilíbrio entre garantias constitucionais individuais e as tutelas coletivas.

Por isso se concebe a existência de limites implícitos a tais garantias, que, não sendo absolutas, devem coexistir com outros valores igualmente derogáveis em concreto, tendo como base a reserva de lei e de jurisdição, mas, também, a aplicação da proporcionalidade (ARANTES FILHO, 2011, p. 120).

Não se trata de ponderar uma importância ontológica entre as garantias constitucionais, mas, justamente pela inexistência de hierarquia, assegurar harmonia funcional entre elas na situação concreta, sendo tarefa do intérprete compreender o sentido e o alcance da norma e, por meio do juízo de ponderação, fazer prevalecer o de maior relevância (NUCCI, 2019, p. 946).

No âmbito das gravações clandestinas, a maioria dos autores reconhece a existência de situações de justificação que comportam restrição aos direitos à intimidade e correlatos. A solução desse impasse das ingerências na vida privada tem esteio na verificação dos requisitos necessários à medida, como a legalidade e legitimidade da destinação, mas também na aplicação do princípio da proporcionalidade, procedendo à avaliação da justa causa para gravar,

sob o risco de se abandonar a preciosa garantia da intimidade. (GONÇALVES, 2017, p. 63; ÁVILA; MARTINS, 2020, p. 8).

4.1. Justa causa e princípio da proporcionalidade

De fato, ao se considerar que não apenas a divulgação, mas a própria produção da gravação clandestina tem potencial lesivo às garantias fundamentais, dada a dissimulação e imoralidade que reveste o método, deve se reputar o uso processual como ilícito e vedado às partes por força de disposição constitucional explícita.

No entanto, a vedação constitucional categórica não convenceu a doutrina e nem a jurisprudência, que, por uma corrente ou outra, sempre tenderam à flexibilidade de regras de admissibilidade probatória. Isso porque regras rígidas e absolutas, na pretensão absurda de conter uma razão universalizante, não encontram mais abrigo no ordenamento jurídico moderno, pois prescindiriam da ponderação concreta que exige a realidade (LOPES JÚNIOR, 2020, p. 632).

A complexidade de casos confronta garantias protetivas (inclusa a vedação de provas ilegais, ilegítimas ou ilícitas) em benefício da decisão mais justa às partes, razão pela qual se pode entender que o uso da prova obtida por gravação clandestina não se limitará à defesa da pessoa gravada, seja por uma amplificação interpretativa da regra, seja pela presença de causas justificantes, por meio da aplicação do princípio da proporcionalidade.

A teoria da proporcionalidade, também chamada de razoabilidade, é concebida por uma vasta gama de autores como critério de maior presença na flexibilização da regra probatória, sendo instrumento útil para contornar, ainda que caso a caso, o imbróglio criado pela redação do art.8º-A, merecendo, pois, maiores considerações.

É por meio da proporcionalidade que a prova ilícita, tendo em vista a relevância do interesse a ser preservado, poderá ser admitida em casos excepcionais e graves, quando a obtenção e a valoração dessa prova forem único meio possível e razoável de proteção a outros valores fundamentais, evitando resultados repugnantes ou injustos (LOPES JÚNIOR, 2020, p. 632).

A proporcionalidade, ou balanceamento da preponderância de interesses, consiste em uma construção doutrinária e jurisprudencial que se manifesta em outros princípios processuais, embora sua aplicação seja casuística, permitindo a escolha entre valores constitucionalmente relevantes em confronto no caso concreto.

A ideia de reação à agressão sofrida remonta ao início do pensamento jurídico ocidental e ganhou corpo conceitual na doutrina administrativista, dotada de um sentido técnico de limitação do poder estatal à satisfação contida de seus interesses em benefício daqueles que foram sub-rogados; por isso sua aplicação demandaria exigibilidade e adequação. Esse raciocínio indica que a proporcionalidade tem um modo correto de ser aplicado, pois o procedimento, acompanhado de garantias como devido processo legal e o direito ao contraditório, é um instrumento de realização das funções estatais que permite a ponderação em face de fatos e hipóteses (AVOLIO, 2010, p. 66-70).

A teoria, contudo, apresenta riscos consideráveis e pode indicar um retrocesso em matéria de proteção a garantias fundamentais, na medida em que o conceito de proporcionalidade é indeterminado e permite manipulações pelo aplicador, reduzindo-o ao binômio do interesse público contra o privado para justificar restrições arbitrárias a direitos e até condenações em prol do interesse público ou “*pro societate*” (LOPES JÚNIOR, 2020, p. 633). Os juízes, ao ponderarem em concreto, podem se orientar somente com base nas circunstâncias particulares e perderem as dimensões do que se julga no plano geral. A controvérsia reside justamente na escolha de quais interesses e valores podem, eventualmente, ser confrontados. (AVOLIO, 2010, p. 79), pois a mera indicação de proporcionalidade geraria ineficácia da prova, que, sendo um não-ato, as reconduziria à categoria da inexistência (FERNANDES; FILHO; GRINOVER, 2011, p. 69-70).

Não se trata de simples distinção de categorias individuais ou coletivas, afinal, o processo penal deve ser visto sobre enfoque da liberdade, vez que o dogma da busca pela verdade contraposto a direitos fundamentais restou superado. Por ser um instrumento importante para manutenção de valores conflitantes, sua aplicação deve, exclusivamente, evitar resultados desproporcionais, inusitados e repugnantes, daí a necessidade de critérios de aplicação, definindo os valores em jogo, a ordem das prioridades, o meio a ser empregado e o fim a ser obtido (AVOLIO, 2010, p. 79-80).

Embora o processo penal tenha espaço probatório amplo em razão da relevância dos interesses de seu conteúdo, isso não significa admissibilidade de todo meio de prova. Ainda que não houvesse vedação expressa quanto ao meio, a hermenêutica exige indagação acerca dos resultados da prova ilícita configurarem ou não violação de direitos, e, se configurarem, se poderiam ter sido autorizados (PACELLI, 2015, pg. 183).

Uma hipótese excepcional, contudo, adquire inequívoca simpatia pela doutrina: a proporcionalidade como fator apto a convalidar a prova ilícita em benefício do acusado. Assim, cunhou-se a proporcionalidade “*pro reo*”, pela qual a prova ilicitamente colhida será

processualmente legítima sempre que o direito sacrificado para obtê-la confrontar o direito e a liberdade de um inocente. Como requisito, exige-se a presença de causas de justificação legais de antijuricidade ou de culpabilidade, a exemplo de quem viola a intimidade alheia para provar sua inocência ou não poderia agir de modo diverso (LOPES JUNIOR, 2020, p. 635). A liberdade do réu, em cotejo à intimidade de terceiro, por exemplo, possui maior peso e significância no quadro das liberdades públicas, por isso a proporcionalidade é um fator objetivo de aproveitamento da prova ilícita em favor da defesa, dado que a inadmissibilidade da prova ilícita também seria garantia individual, não podendo ser utilizada contra quem é o seu primitivo e originário titular (AVOLIO, 2010, p. 178; PACELLI, 2015, p. 195; GOMES FILHO, 1997, p. 105-106).

Para Eugenio Pacelli (2015, p. 183), as causas justificativas de conduta, ou excludentes de ilicitude (art. 23 do CP), são hipóteses de legitimação autônomas internalizadas pelo próprio legislador, portanto externas à proporcionalidade, que é critério hermenêutico de escolha da norma adequada, e não de ponderação entre bens e valores. Assim, ante tais motivações, a inviolabilidade do direito alheio não significará ilicitude da prova obtida pela ação, devendo ser regularmente introduzida e valorada no processo penal. Outro fator autônomo de afastamento da ilicitude seria a ocorrência de flagrante delito, pois o direito, com algumas exceções, não se destinaria à autoviolações, permitindo ações atentatórias contra bens e valores reconhecidos pelo próprio ordenamento.

É o que ocorre nas gravações ambientais clandestinas, nas quais particulares flagram cometimento do crime durante a sua realização, principalmente quando o delito é praticado em lugares públicos ou de acesso ao público. A gravação acidental ou proposital de um crime deve ser tranquilamente admitida no processo, inclusive para a acusação, porque obtidas durante a prática do delito, situação em que os seus autores jamais poderão alegar violação a quaisquer de seus direitos (PACELLI, 2015, p. 183).

No entanto, a presença de justa causa, para Régis Munari e Marco Antônio Marques (2020, p. 18), seria apenas a primeira exigência de relativização, sendo aplicada ao processo penal por analogia à exceção prevista no art. 153 do CP⁴⁵. Por justa causa, entende-se a existência do consentimento prévio do interessado para utilizar a gravação na defesa judicial do remetente, destinatário ou terceiro, desde que autorizado pelas partes, além do estado de necessidade, legítima defesa ou estrito cumprimento do dever legal. O segundo requisito imprescindível exige que captação realizada cuide diretamente de interesse daquele que a

⁴⁵ “Art. 153 - Divulgar alguém, **sem justa causa**, conteúdo de documento particular ou de correspondência confidencial, de que é destinatário ou detentor, e cuja divulgação possa produzir dano a outrem” (Grifo meu).

realizou. Manifestando-se em favor de terceiro, fora das hipóteses do art. 23 do CP, a prova da gravação clandestina será indiscutivelmente ilícita por violação ao princípio da intimidade.

De todo modo, incorporando a justa causa, a doutrina e a jurisprudência pátrias reconhecem que os registros de gravação clandestina são permitidos em favor da defesa no curso do processo e nos casos de investida criminosa, como prova contrária ao suposto ofensor, desde que não se afigurem moralmente ilegítimas⁴⁶ e não violem o direito à reserva (AVOLIO, 2010, p. 193). Os critérios para perquirir a validade da prova obtida nessas circunstâncias seriam os mesmos de afastamento da tipicidade do crime de violação do segredo profissional (art. 154, CP⁴⁷): o consentimento do interessado; a faculdade de comunicação de crime de ação pública; o dever de testemunho em juízo; a defesa de direito ou interesse legítimo e, por fim, comprovação de crime ou sua autoria (AVOLIO, 2010, p. 261-266).

A discussão quanto à licitude das gravações produzidas por particulares se concentra nessa conjuntura. Se o Estado não pode operar métodos ardilosos ou imorais como meios de obtenção de prova, não poderia, também, retirar dos cidadãos o legítimo direito de se autodefenderem de violações, ainda que por métodos insidiosos, desde que devidamente escorados por justificativas legais. Dessa forma, a justa causa deve enfatizar que a ponderação da proporcionalidade não rivaliza o interesse público na eficácia investigativa e os interesses da pessoa investigada, mas, sim, contrapõe os direitos do interlocutor gravado aos bens jurídicos violados por sua conduta ilícita, considerando o resultado pretendido com a legitimação da prova obtida nessas circunstâncias (ÁVILA; MARTINS, 2020, p. 22).

Portanto, a justa causa como fator de validação concreta da prova ilícita não provoca a estranheza da doutrina, tampouco da jurisprudência, que a recepcionou em inúmeros julgados. Por outro lado, a proporcionalidade não direcionada à defesa do acusado tem seus percalços, vez que a fixação de critérios minimamente objetivos para aproveitamento da prova ilícita se mostra quase impossível em razão da própria sistemática da proibição constitucional. Se a vedação da ilicitude se destina ao controle da atividade investigativa do Estado, estabelecer critério fixo e objetivo de aplicação da proporcionalidade – diferentemente de consagrá-la no texto legal – já estimularia a prática da ilegalidade, pois se saberia, de antemão, como aproveitá-la processualmente (PACELLI, 2015, p. 197).

⁴⁶ Conforme Avolio (2010, p. 298-299), não se pode invocar a proporcionalidade para convalidar a prova moralmente ilegítima, pois são absolutamente inadmissíveis em razão de sua natureza capciosa ser extrínseca ao direito, logo, inapta a competir com qualquer valor jurídico.

⁴⁷ “Art. 154 - Revelar alguém, sem justa causa, segredo, de que tem ciência em razão de função, ministério, ofício ou profissão, e cuja revelação possa produzir dano a outrem”.

Régis Munari e Marco Antonio (2020, p. 6-10), no entanto, entendem ser impraticável a legitimação de provas ilícitas com amparo na aplicação do princípio da proporcionalidade. Isso em razão da dificuldade de se prever uma hipótese de justificação que conjugue os três vetores essenciais da proporcionalidade para amparar uma condenação criminal: a adequação ou idoneidade da restrição a determinado direito para atingir determinado fim; a necessidade do meio utilizado para consecução do objetivo; a proporcionalidade em sentido estrito, que impõe a observação de qual conflito merece prevalecer.

Os autores (2020, p. 10-11) discordam, ainda, que é a proporcionalidade o fundamento de admissibilidade da prova ilícita em favor do acusado, por entenderem que a justificação não reside apenas na proporcionalidade *pro reo*, mas, sobretudo, na garantia da presunção de inocência (art. 5.º, LVII⁴⁸, da CF).⁴⁹

Ainda assim, para muitos autores, o juízo de proporcionalidade demonstra uma racionalidade subjacente às tradicionais estruturas dogmáticas do direito, havendo forte consenso a respeito de seu uso para validar provas que, do ponto de vista da tipicidade, formalmente violam direitos, mas que materialmente, à luz dos valores do ordenamento jurídico, estão legitimadas pela proteção de outros interesses mais relevantes em colisão no caso concreto (ÁVILA; MARTINS, 2022, p. 15-25). Para Charles Martins e Thiago de Ávila (2022, p. 25), a ideia de graus de relevância concreta é acentuada nos confrontos de direito à intimidade, à imagem e à voz, vez que não se inserem no “núcleo duro dos direitos da personalidade”, como a vida e a integridade, razão pela qual os primeiros sempre têm valor inferior na ponderação face aos últimos.

Além da ponderação de direitos fundamentais inerentes às pessoas da relação levada a juízo, Pacelli (2015, p. 198) descreve um perfil alternativo de aplicação da proporcionalidade, direcionado à eficácia das funções basilares do Estado e à função protetiva de bens jurídicos e direitos individuais, coletivos e difusos pelo direito penal. O cabimento do juízo de proporcionalidade exige tanto a identificação da tensão de princípios quanto a elaboração critérios de escolha que não sacrifique integralmente direitos. Em outras palavras, a proporcionalidade não pode comprometer a função investigatória e punitiva estatal.

⁴⁸ “Art. 5º [...] LVII — ninguém será considerado culpado até o trânsito em julgado de sentença penal condenatória” (BRASIL, 1988).

⁴⁹ Como expõe Gilmar Mendes (2021, p. 605-606), é a ampla defesa, como corolário do devido processo legal, que autoriza a produção de provas ilícitas *pro reo*, garantindo um substrato ético ao processo. O fundamento é similar ao das “*exclusionary rules*”: a garantia da inadmissibilidade das provas obtidas de forma ilícita é direcionada, em princípio, à acusação (Estado), que detém o ônus da prova. A regra, como corolário do devido processo legal, tem efeito dissuasório da atividade persecutória das autoridades públicas por considerar o Estado o sujeito passivo do direito fundamental à não produção da prova obtida por meios ilícitos.

Significa, para o autor (2015, p. 197), que embora as regras de produção probatória se dirijam prioritariamente aos agentes estatais, dado que a prerrogativa de produção da prova é do Estado, não há razão para que não se responsabilize um possível criminoso por vedação à prova ilícita. As considerações relativas ao juízo de proporcionalidade tecidas ao Estado aplicar-se-iam aos particulares, caso fossem orientados por agentes públicos ou produzissem a prova ilícita na busca pela condenação de outrem a qualquer custo.

A lógica apresenta similaridade com as “*exclusionary rules*” norte-americanas⁵⁰, cujo funcionamento também tem por fundamento a proporcionalidade para aceitação de prova inicialmente inadmissível, e mais, em favor da acusação (PACELLI, 2015, p. 197). Assim, quando não houver prática de ilegalidade pelos agentes produtores da prova (contrariando aplicação finalística da vedação constitucional da prova ilícita), Pacelli (2015, p. 197) entende ser possível o uso da proporcionalidade para legitimar a prova ilícita, tanto para defesa quanto para acusação.

Contudo, é importante notar que, se, por um lado, a possibilidade de utilização da prova favorável ao acusado é uníssona na doutrina, por outro, essa aplicação da proporcionalidade em prol do interesse público na efetivação de suas atividades, ou proporcionalidade “*pro societate*”, é explicitamente rejeitada pela maioria dos doutrinadores.

O uso acusatório da prova ilícita obtida clandestinamente por meios insidiosos para condenar o acusado, sob a prevalência do interesse público na persecução, não encontra respaldo nem na doutrina e nem na jurisprudência, dado o propósito de rejeição a injustiças que reveste à admissão de provas ilícitas. Afinal, ainda que seja parte no processo, espera-se do Ministério Público imparcialidade, cujo ônus probatório não significará a busca pela condenação a qualquer custo.

Essa admissibilidade em favor do Estado somente seria possível em situações extremas, sob pena de conferir ao Estado legitimidade ampla e irrestrita para violar direitos fundamentais circunscritos no art. 5º, X e LVI, da CF, em prol do combate à criminalidade e a busca pela verdade real (LIMA, 2020, p. 706-708), mas nem a verdade real e nem o direito à prova por parte da acusação são oponíveis às liberdades públicas fundamentais (AVOLIO, 2010, p. 192). Afinal, se a utilização de provas ilícitas pela defesa deve ser excepcional, o uso

⁵⁰ As “*exclusionary rules*” deduzem a inadmissibilidade da evidência coletada ilegalmente por confrontarem a proteção à intimidade, sob a defesa da dignidade e desenvolvimento da personalidade humana. Contudo, a regra de exclusão é limitada à atividade estatal no âmbito criminal, sendo inaplicáveis aos particulares ou, no campo cível, a todos (AVOLIO, 2011, p. 71-77).

em favor da sociedade deve ser explicitamente contido, sob o risco de autorizar o exercício policial de práticas ilegais para obtenção de prova (GOMES FILHO, 1997, p. 105-107)

Como pontua Danieli Santana (2020, p. 43) ao analisar a proporcionalidade “*pro societate*”: não se pode institucionalizar a violação de direitos fundamentais, que constituem a base de um Estado democrático, em nome da efetividade do direito penal, da segurança pública ou de uma pretensa defesa social, para que não se crie, precipitadamente, conceitos criminais baseados na urgência de julgamento de delitos de alta reprovação social. A inadmissibilidade da prova ilícita, dirigida especificamente ao Estado, não simboliza, portanto, a impunidade de um possível criminoso, mas que seu julgamento deverá ocorrer dentro dos parâmetros do devido processo legal.

4.2. (In)constitucionalidade do § 4º do art. 8º-A da Lei n.º 9.296/96

Com os apontamentos feitos no capítulo anterior, constata-se a necessidade de limites materiais ao uso das captações ambientais em razão da intangibilidade do núcleo essencial do direito à intimidade. O critério de admissibilidade, muito mais do que o local de registro, é a proporcionalidade do grau de invasão à esfera individual em face da legítima expectativa de privacidade em cada situação (RIBEIRO, 2020, p. 79). Ou seja, o juízo de ponderação demanda atenção, ao máximo, a critérios objetivos, dado o potencial de uso do método para suprimir direitos fundamentais em nome de princípios vagos, como o interesse público. A proporcionalidade, portanto, é um princípio a ser usado em concreto, cuja aplicação casuística não significará admissibilidade de toda e qualquer prova à acusação.

Para Eduardo Cabette e Francisco Sannini (2023, não p.), ao limitar o uso de provas obtidas por gravações clandestinas apenas à defesa, como último recurso para demonstrar inocência ou injustiça decisória, o § 4º do art. 8º-A da lei de interceptações, por demonstrar “infeliz previsão”, não apenas é incongruente como também inconstitucional. A uma, porque a iniciativa própria para defesa de direitos é hipótese balizada pelo princípio da legalidade (art. 5º, II, da CF), portanto, a gravação clandestina, se destinada à defesa pessoal, não seria tratada no âmbito da Lei n.º 9.296/96. A duas, porque a limitação do uso probatório ofenderia a paridade de armas e a comunhão das provas, segundo as quais as partes produzem as provas que entendem pertinentes, mas, uma vez juntadas ao processo, são de uso geral. Afinal, a legalidade da prova não poderia ser avaliada sob o prisma de quem dela se beneficia. Por fim, a norma violaria também a proporcionalidade e, sobretudo, a supremacia do interesse público

no correto esclarecimento da notícia-crime. Todas essas violações, portanto, seriam ofensas constitucionais ao princípio do devido processo legal.

César Dário da Silva (SILVA, 2022, não p.), considerando que nem o uso e nem a divulgação de conteúdo das captações ambientais violam a intimidade por não constituírem infração penal, acrescenta outra problemática à redação legal: a existência de duas normas conflitantes na lei de interceptações. Isto é, a lei permanece autorizando o aproveitamento da prova obtida por meio da gravação telefônica, que, assim como a ambiental, se afigura como espécie da gravação clandestina. Assim, por mais contrária à jurisprudência pacífica, não se trata de inconstitucionalidade da norma, que deve ser interpretada lógico-sistematicamente, na integralidade da lei, permitindo o emprego processual tanto à defesa quanto pela acusação, desde que demonstrada justa causa e integridade.

Na esteira dos mesmos argumentos, o Ministério Público do Estado do Paraná (2022, p. 3-26), ao se manifestar em procedimento administrativo destinado a julgar o controle de constitucionalidade dos dispositivos incluídos pelo Pacote Anticrime na lei de interceptações telefônicas, apontou vias de contorno da imprecisão técnica da norma, principalmente hermenêuticas. Assim, precipuamente, não se trataria de inconstitucionalidade do artigo, que não vedaria absolutamente as provas obtidas por gravações clandestinas. Nesse caso, defende o Parquet, com base nos precedentes e no contínuo tratamento do tema pelas Cortes Superiores, se tratar de norma esclarecedora, ou aclaratória, no intento do legislador de reafirmar, expressamente, que a defesa pode, assim como a acusação, fazer uso da prova.

Essa interpretação explicativa seria a única possível, do contrário, o artigo da lei seria desprovido de lógica e sentido, e mais, absolutamente inconstitucional, por afronta ao dever de tutela jurídica, proporcionalidade e devido processo legal. Isso porque o Estado, ao assumir o monopólio do adequado poder punitivo, tem um “claro compromisso de realizar a persecução penal, materializada por meio do dever investigatório”, sendo esse o núcleo consubstanciado no devido processo legal (CURITIBA, 2022, p. 9-11).

O Ministério Público (CURITIBA, 2022, p. 9-11) entendeu os argumentos de quebra de paridade de armas sob a ótica da busca pela verdade dos fatos e o interesse social. Ressalta, assim, que a produção de meio de prova exclusiva da defesa, ponto central da ilegitimidade da lei, seria a afronta mais visível ao devido processo legal, pois a igualdade entre partes é característica do processo penal democrático e a atividade jurisdicional é necessariamente voltada à descoberta – ainda que aproximada – da verdade. A norma, ao proibir a produção da prova por meio de gravação clandestina obstaculizaria a apuração da verdade, mediante a “imposição de barreira estritamente artificial à persecução penal.”

No mais, como argumento subsidiário (CURITIBA, 2022, p. 9-11), o órgão acusatório destacou que se pode proceder a uma interpretação constitucional do dispositivo contestado, legitimando o uso acusatório da prova obtida por gravações clandestinas por meio da presença de causas justificantes, como aceito de forma uníssona pela doutrina.

Vladimir Aras e Antonio Suxberger (2021, p. 13), também críticos à indeterminação criada pela redação da regra, embora por outros argumentos, destacam não se tratar de norma inconstitucional ou esclarecedora, propondo interpretá-la como autêntica regra de exclusão, aludindo às “*exclusionary rules*” norte-americanas. Ou seja, a norma destinada à contenção do poder estatal, conformando-o ao devido processo legal probatório, sem óbices à atividade particular de produção de provas, seja de interesse do suspeito ou da vítima de crime. Compreender a norma nesses termos traz duas vantagens: limita a atuação do Estado quanto às escutas ambientais sem crivo judicial, mas não desprotege vítimas de crimes, que podem gravar ilícitos perpetrados contra si.

Afinal, a palavra “defesa” é polissêmica e não diz respeito apenas à refutação de acusações penais. Incorpora também, pelo menos, a defesa dos direitos e interesses das vítimas de infrações penais e pessoas vulneráveis, em geral. Deve-se lembrar, ainda, que captações ambientais têm inúmeros usos para quem as capta, para além do campo penal⁵¹, de modo que uma interpretação restritiva do dispositivo não se sustenta, justamente por sua desproporcionalidade (ARAS; SUXBERGER, 2021, p. 13-14).

Portanto, para os autores (2021, p. 14-25), a redação atual do artigo, se mantida, só permitiria uma única interpretação compatível com a Constituição Federal e tratados de direitos humanos: a prévia interferência relevante do Estado como critério de inadmissibilidade. Ou seja, pela exegese legislativa, dirige-se à leitura do § 4º como regra probatória, e não como uma vedação absoluta da gravação unilateral. Se fosse intenção do legislador impedir o uso acusatório de qualquer gravação unilateral, deveria ter redigido parágrafo da seguinte forma: “captação ambiental feita por um dos interlocutores poderá ser utilizada, para a defesa, quando demonstrada a integridade da gravação’. Não foi isto o que se quis, porém. E, por outra, tampouco foi isto que se fez” (ARAS; SUXBERGER, 2021, p. 13-14).

O argumento hermenêutico encontra ressonância em parte da doutrina, embora não se destine à ampla admissibilidade da prova ilícita à acusação. Isto é, a interpretação do § 4º, apesar de restritiva, não pode ser feita de forma isolada e deve levar em conta a integralidade do próprio

⁵¹ Afinal, o uso da gravação clandestina não se restringiria à matéria criminal, vez que a prova da captação ambiental serve a ações de trabalho, divórcio, guarda, tutela de direitos humanos e proteção contra a própria máquina pública (ARAS; SUXBERGER, 2021, p. 14).

artigo 8º-A da lei de interceptações telefônicas, que condiciona a captação ambiental à reserva de jurisdição.

É o que destacam Charles Martins e Thiago Pierobom (2022, p. 25), para os quais a interpretação não se restringe à análise isolada de uma fatia da norma (restrita ao referido parágrafo), mas à integridade da solução à luz sistemática do ordenamento jurídico, esforçando-se em compreender os sentidos do texto normativo e sua finalidade, elegendo o caminho que coincidirá com os valores que o legislador consagra com maior afincio: a ética e a justiça ideal. Afinal, o direito só pode ser substancialmente visualizado de forma lógica e sistemática, por meio da interpretação “que parte do todo para a parte e da parte para o todo, como em um ciclo.” (PRUDÊNCIO; SIMÕES, 2013, p. 22).

Para Charles e Thiago (2022, p. 19-23), assim como Aras e Suxberger, um dos meios de concretização da hermenêutica lógico-sistemática do dispositivo consiste em inserir na compreensão da locução “em matéria de defesa” a legítima defesa de direitos fundamentais da vítima de crimes, tal qual uma proporcionalidade “*pro victma*”. Ou seja, tanto a defesa daquele que é injustamente acusado da prática de um crime quanto a legítima defesa probatória da vítima de investidas criminosas, designadamente aquelas graves ou altamente censuráveis. Acrescenta-se à interpretação teleológica, ainda, o “estado de necessidade probatória”, abarcando hipóteses em que a gravação unilateral se destina a comprovar que o interlocutor não é partícipe do crime, o qual não delatou às autoridades por fundamentado receio de represálias (ÁVILA; MARTINS, 2022, p. 20-22).

Embora o interesse comunitário na eficiência da administração da justiça penal ou civil não seja, por si só, fator de relativização das garantias fundamentais, há, em certos contextos, receio legítimo das vítimas em denunciar delitos às autoridades públicas. Nesse caso, abarcar a autodefesa significa impedir a revitimização institucional e assegurar a credibilidade do depoimento, colaborando com o sucesso da persecução penal. Somente eventual interpretação excludente 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” (ÁVILA; MARTINS, 2022, p. 30).

Em todo caso, seja em razão da amplitude semântica do termo “matéria de defesa”, seja por uma interpretação integralizada da captação ambiental com base em outros dispositivos da lei de interceptações, permitindo extrair a intenção do legislador em não restringir o uso da técnica ao máximo, não se observa inata desconformidade constitucional do parágrafo. Trata-

se de controvérsia interpretativa incidente sobre regra feita com “falta de cuidado legístico” na formulação da Lei n.º 13.964/19 (ARAS; SUXBERGER, 2021, p. 24).

A controvérsia da redação legal, no que se refere à total inadmissibilidade das captações ambientais após a Lei Anticrime, cinge na convergência da doutrina no sentido de flexibilizar a ilicitude probatória na presença de justa causa ou, com menor concordância, pela ponderação de interesses jurídicos concretamente superiores. Por outro lado, a noção de total admissibilidade das provas advindas da gravação clandestina à matéria de acusação é rechaçada, sendo alvo de significativos apontamentos críticos pela doutrina.

Régis Munari e Marco Antonio (2020, p. 17-22) defendem que as provas obtidas por gravações clandestinas devem ser legitimadas apenas por vetores objetivos, aplicados restritamente e em casos determinados, quando conjugada a existência de justa causa e a utilização em favor do próprio interlocutor. Demais disso, seria um equívoco admitir o reconhecimento da licitude das gravações clandestinas de maneira geral e irrestrita à acusação, como fizeram os Tribunais Superiores a partir do julgamento do RE n.º 583.937/RJ, banalizando o método e, sobretudo, ignorando a necessidade de que o tema fosse regulamentado, como as cortes já haviam se manifestado.

A intimidade, óbice constitucional a ser observado em cada caso, não é um limite genérico e intransponível, mas condiciona a validade da prova obtida por meio da gravação clandestina (AVOLIO, 2010, p. 264-268). Validar o uso desregrado da prova ilícita à acusação ocasiona uma gama de arbitrariedade e, o que é mais grave, nega tanto o direito à intimidade como limite à produção probatória quanto a previsão constitucional de vedação da ilicitude probatória (FURTADO; SILVA, 2021, p. 17). Por isso é prudente a manutenção da interpretação restritiva sob o prisma da proporcionalidade, condicionando a flexibilização da regra probatória em favor do interlocutor que realizou a gravação ao exercício de direito de defesa, ou da apresentação de justa causa (ABREU; SMANIO, 2019, p. 22).

Avolio (2010, p. 264-268) exalta a necessidade de se distinguir a prova que favorece a acusação e a prova que embasa a defesa, pois os valores em confronto com a intimidade são diversos, como o direito à prova e à ampla defesa. No confronto de interesses em jogo, o direito à liberdade ou à defesa sempre prevalecerá. No entanto, sob o ponto de vista da acusação, jamais o direito à prova ou o interesse social na punição de delitos prepondera sobre a intimidade, de modo a admitir, por vetores objetivos de proporcionalidade, a prova ilícita *pro societate*.

O direito à prova pela acusação, como sugerem alguns autores, não é oponível às liberdades individuais, como a intimidade e sigilo, por decorrência jurídica, moral e lógica. Admitir a oponibilidade do direito à prova às liberdades públicas, de maneira geral, criaria

precedentes perigosos para a liberdade e a dignidade da pessoa humana, pois não mais seria possível estabelecer qualquer vedação probatória. Toda prova, ainda que atentatória contra a Constituição, seria utilizável em nome do direito à prova em busca da verdade real. (AVOLIO, 2010, p. 264-268).

Nesse sentido, Simone Prudêncio e Pedro Simões (2013, p. 18) destacam que para as provas obtidas por meios ilícitos serem utilizadas contra o réu é necessário que a razão de ser da vedação constitucional permaneça intacta, além de ser imprescindível que sua aceitação não se afigure como aquiescência judicial, permitindo ou incentivando abusos de poder por parte das autoridades públicas, sob o risco de “criar precedentes para que a inquisição penal possa, de forma recorrente, ser lugar-comum de expedientes antijurídicos.”

Do mesmo modo, não se poderia conjecturar o uso acusatório de provas ilícitas com base na paridade de armas por diversas razões. Como destaca Renato Stanzola Vieira (2013, p. 185-186), “por ser norma-princípio de direito fundamental, a paridade de armas tem suporte fático amplo, e é só após o sopesamento e as justificativas que acompanham eventuais intromissões em cada caso concreto que se descobre seu conceito”. Logo, se o tratamento não paritário não demonstrar fundamentação constitucional adequada, a paridade de armas não é promovida, pelo contrário, é violada.

O Estado, por meio do Ministério Público, busca legitimar a prova ilícita para fins condenatórios em prol societário. Diferentemente do acusado, a acusação, originalmente incumbida do ônus probatório, lança mão de incontáveis meios privilegiados para produção de provas⁵². Portanto, a corrente ampliativa da legitimação da prova ilícita à acusação, de modo irrestrito, se sustenta no mero interesse da efetividade do poder punitivo, sem a devida observação de direitos e garantias fundamentais, razão pela qual não encontra fundamentos plausíveis para contornar as violações que ocasionaria, sendo, portanto, inconstitucional (SANTANA, 2021, p. 44).

Em outras palavras, a relação entre defesa e acusação é, pelas prerrogativas processuais conferidas pelo ordenamento, além do tratamento judicial rotineiramente observado, desequilibrada. Nesse caso, invocar a paridade de armas em nome da proporcionalidade para ampliar o acesso da acusação à prova ilícita é contestar a necessidade de limites probatórios ao órgão acusatório, que goza de privilégios processuais e um peso institucional. A regra contida no § 4º do art. 8º-A da lei de interceptações, com a devida vênia à tese de natureza aclaratória,

⁵² É dos órgãos oficiais atuantes na investigação criminal e na instrução processual a legitimidade ativa para requisitar escutas e interceptações ambientais, prerrogativa essa impensável à defesa, que, em situação hipotética, poderia se valer do método em investigações defensivas, por exemplo.

reforça a existência desse desequilíbrio e consagrar a proporcionalidade *pro reo* para compensá-lo, por mais que sua redação admita interpretações extensivas de defesa.

Como afirma Ivan Navarro Zonta (2023, p. 77-88), a dualidade entre acusação e defesa traz em si a noção de que os dois polos da relação são notadamente diferentes na medida em possuem objetivos contrários e mutuamente excludentes. No campo probatório, essa diferença é acentuada, pois os incentivos atuantes sobre as partes implicam posturas contrárias perante as provas, notadamente daquelas que derivam do emprego de métodos ocultos de investigação.

Acusação e defesa estão legitimadas a agir de forma diferente com relação a determinada prova. A atividade investigativa conduzida pelos órgãos de persecução criminal está subordinada ao princípio da legalidade, não havendo espaço para preferências ou escolhas de regras processuais que disciplinam meios de investigação e produção de provas alheias aos parâmetros existentes. Já o agir do investigado é orientado, principalmente, pelo princípio da defesa, logo, sua atividade não é taxativamente disciplinada e delimitada pela lei processual, excetuando práticas criminosas ou atentatórias contra a administração da justiça (ZONTA, 2023, p. 70-88).

Essa questão pode ser direcionada a partir dos objetivos insculpidos no processo penal: a busca da verdade e a garantia de um resultado jurídico válido convergente aos princípios do ordenamento. O anseio em alcançar a verdade real distorce o processo legal e o transforma em um instrumento de arbítrio e autoritarismo penal, pois definir o conceito de verdade é tarefa impossível e sua vinculação ao processo é conformada por critérios ideológico-políticos. Já na concepção do processo como garantia de proteção contra o poder estatal, a verdade não representa fatos acontecidos e não tem conteúdo ontológico (ZONTA, 2023, p. 77-88).

Admitir a transformação do paradigma do processo como instrumento de busca pela verdade real em ferramenta de garantia dos direitos de defesa do acusado implica reconhecer formas significativamente diversas dos agentes processuais se relacionarem com as provas. Sua função, portanto, é “conferir provimento jurisdicional legítimo, sujeito a controles democráticos e limites do poder punitivo, respeitoso aos direitos fundamentais da pessoa acusada” (ZONTA, 2023, p. 88).

No mesmo sentido, Gustavo Badaró (2018, p. 3-16) ensina que há modelos variados de barreiras legais à atividade probatória em cada ordenamento, com níveis e perspectivas epistemológicas distintos e fatores que justificam a imposição de situações de inadmissibilidade. Assim, o direito à prova não implica o “direito à admissão de todas as provas” requeridas pelas partes, pois a busca pela verdade, além de não ser o único objetivo processual, é confrontada e inibida pelos direitos do acusado.

A verdade pode ser condição necessária à leitura do processo como mecanismo de legitimidade da punição estatal, mas não é suficiente para a formação de uma decisão justa, que exige, cumulativamente, o correto juízo fático, um correto juízo de direito, pela interpretação acertada da lei e aplicação da norma aos fatos, e o respeito a garantias e direitos fundamentais, com estrita observância ao rito legal. Em suma, uma decisão justa necessita do bom exercício de atividades epistêmica e hermenêutica, desenvolvidas sob a ótica do devido processo legal (BADARÓ, 2018, p. 4).

A ampla admissibilidade de provas obtidas por gravações unilaterais não incrementa a eficácia da justiça criminal, que deve buscar, no princípio da ponderação dos interesses em conflito, um denominador comum entre as partes processuais e a coletividade. Embora seja necessário acompanhar as mudanças culturais e sociais, “todas as partes merecem ampla segurança jurídica, não devendo viver na linha da insegurança de uma lei onde tudo se aceita, sem respeitar os limites constitucionais” (LUCENA, 2016, p. 67-68).

Como bem pontuam Alice Kok e Nicole Dentes (2021, não p.) ao analisar a dita controvérsia da redação normativa inserida pelo Pacote Anticrime, a forma procedimental, corolário do devido processo legal, é o sustentáculo do processo criminal por assegurar ao investigado ciência e participação na ação que pode culminar em sua condenação. A imposição constitucional da observância do devido processo legal é reforçada com a percepção de que os sujeitos processuais têm forças desproporcionais no direito penal.

O processo criminal não é regido pela cooperação entre sujeitos, como no âmbito do direito privado, mas, sim, pela contraposição desnivelada entre eles, calcada na ideia de um Estado acusador e um sujeito acusado, exposto ao risco sancionatório (DENTES; KOK, 2021, não p.). Exige-se, portanto, o estrito dever de observância aos requisitos processuais legais pela acusação, que deve sempre guiar o pedido condenatório pelos parâmetros legais.

Convalidar a legitimação da prova obtida por esses meios sem a ponderação casuística, ampliando seu uso de forma desregrada, incorre no enorme risco de o Estado se utilizar de um particular para obter de forma sub-reptícia a confissão da prática de algum crime. A subversão completa desse cenário restritivo ocasionaria evidente retrocesso em matéria de garantias individuais que parametrizam a persecução penal (ZONTA, 2023, p. 80-84). Contudo, modificações pontuais no controverso dispositivo legal, para o estabelecimento de novos parâmetros expressos de admissibilidade, podem ser admitidas, se adequadas aos sistemas constitucionais de garantias fundamentais, inclusive tanto o direito à intimidade quanto o direito a um processo criminal livre de provas ilícitas.

4.3. Advento do Projeto de Lei n.º 2.471/2022

No dia 11 de julho de 2022, um médico anesthesiologista foi preso e autuado em flagrante por suspeita de ter violentado sexualmente uma paciente no centro cirúrgico do Hospital da Mulher Heloneida Studart (HMHS), no município de São João do Meriti, localizado na região da Baixada Fluminense.

Conforme as investigações, o delito ocorreu por cerca de 10 minutos, enquanto a paciente estava sedada para procedimento de cesárea, cujo registro só foi possível porque uma equipe de enfermeiras da unidade de saúde, desconfiada da quantidade de sedativo aplicada pelo anestesista em outros dois partos, decidiu filmar a conduta do profissional. Assim, ocultaram um telefone celular em um armário com portas de vidro, posicionando a câmera para gravar todo o procedimento, de modo que foi possível observar o médico introduzindo seu órgão genital na boca da paciente inconsciente durante o trabalho de parto (FREIRE, LEITÃO, VIEIRA, 2022, não p.).

Findadas as investigações, o Ministério Público, por meio da 2ª Promotoria de Justiça Criminal de São João de Meriti, solicitou o sigilo do processo para resguardar a intimidade da vítima e denunciou o médico pelo crime de estupro de vulnerável cometido contra mulher grávida em trabalho de parto, impossibilitada de oferecer resistência em razão da sedação ministrada, e com violação do dever inerente à profissão médica. Na denúncia, o órgão acusatório requereu a fixação de indenização em favor da vítima a título de danos morais.⁵³

Além da vítima do caso em questão, suspeita-se que outras cinco mulheres também foram abusadas pelo mesmo médico, que dopava as vítimas apenas para satisfazer sua lascívia, haja vista a desnecessidade da sedação.

O episódio repulsivo repercutiu nacionalmente, insuflando inúmeros questionamentos jurídicos acerca da licitude da prova produzida pelas enfermeiras, que, suspeitando da conduta do médico, decidiram, por conta própria, dissimularem aparelho de filmagem para registrar o delito. Dentre as questões suscitadas, destaca-se a possibilidade de o Ministério Público ter acusado o médico com base nessa prova, dada a limitação do uso da captação ambiental feita por particulares à matéria de defesa, conforme redação do § 4º do art. 8º-A da lei de interceptações telefônicas.

Na esteira das questões levantadas, o senador Marcos do Val, do Podemos/ES, propôs alterações pontuais no § 4º por meio do Projeto de Lei n.º 2.471/22, que, expressamente

⁵³ Não foi possível obter cópia integral da denúncia em razão do sigilo dos autos do processo.

vinculado ao caso acima, visa a alterar o referido parágrafo para permitir o uso de gravações clandestinas feitas pelo interlocutor ou terceiros sem o conhecimento da autoridade policial ou do Ministério Público, desde que em favor da vítima de estupro, criança, idosa ou vulnerável. Nos exatos termos do PL (BRASIL, 2022, p. 2):

Art. 8º-A. [...]

§ 4º A captação ambiental feita sem o prévio conhecimento da autoridade policial ou do Ministério Público, desde que demonstrada a sua integridade, poderá ser utilizada:

I – quando feita por um dos interlocutores, em matéria de defesa;

*II – quando feita por um dos interlocutores ou por terceiros, em favor da vítima de estupro ou da vítima criança, idosa ou vulnerável.*⁵⁴

Como justificativa, a proposta ressalta a extrema dificuldade de comprovação de crimes de natureza sexual, cometidos às ocultas, ou contra vulneráveis, que, não raro, têm medo ou relutam em narrar a ocorrência às autoridades. Alega-se, ainda, que a tutela do direito à intimidade não se presta a acobertar investidas criminosas, principalmente contra vítimas indefesas. Portanto, situações de isolamento ou vulnerabilidade das vítimas reclamam um tratamento diferenciado e excepcional, que se confirma como exceção à restrição probatória inserida na lei de interceptações.

A pertinência ou adequação da proposta legislativa ao sistema normativo perpassa os argumentos expostos, que podem ser observados na análise jurídica do caso que motivou a sua existência, visto que a prova foi considerada válida e fundou a acusação do profissional. Ao examinar a conjuntura jurídica da situação narrada, os possíveis desdobramentos conclamam a justa causa como fator de legitimação da prova inicialmente ilícita e a ponderação de valores conflitantes, quais sejam a intimidade do profissional criminoso e a integridade física e psicológica da vítima; nesse caso, vulnerável.

É essa, também, a conclusão de Illana Martins Luz, Maria Jamile José e Maíra Beauchamp Saolim (2022, não p.), que analisaram a admissibilidade da prova obtida por gravação clandestina pela lente da violência íntima, à luz do próprio caso. As autoras ponderaram que não se questiona o enquadramento da situação no rol das escutas ou interceptações ambientais. No caso em tela, as enfermeiras responsáveis pela gravação, embora não fossem a vítima da investida criminosa, não estavam na posição de terceiros alheios à

⁵⁴ Grifo meu.

situação, mas, sim, na posição de garante, conforme preconiza o § 2º, ‘a’, do art. 13 do CP⁵⁵, visto que a paciente estava – desnecessariamente – sedada e em absoluta incapacidade de se defender (logo, em extrema vulnerabilidade).

Portanto, a atitude das enfermeiras, investidas do poder-dever de cuidado, proteção e vigilância conferido pelo próprio Código Penal, se ajustaria perfeitamente ao âmbito das gravações clandestinas e ocorreria com presumida autorização da interlocutora na defesa de seus interesses ou direitos (hipótese similar já foi validada pelo Supremo Tribunal Federal após a vigência da Lei Anticrime no julgamento do HC n.º 578.058/SP (JOSÉ; LUZ; SAOLIM, 2022, não p.).

Em outras palavras, há sub-rogação das enfermeiras como interlocutoras, pois o dever protetivo transfere – diante da total impossibilidade de defesa – o direito de captar a ocorrência como substitutas da vítima, não se tratando, portanto, de interceptação ambiental, mas de verdadeira gravação, por mais que clandestina (JOSÉ; LUZ; SAOLIM, 2022, não p.). Ainda que não estivesse presente a obrigação protetiva, o terceiro que gravasse a ocorrência sem o crivo judicial, perfazendo interceptação clandestina, agiria sob hipótese de legítima defesa de terceiro⁵⁶ (fator de legitimação da prova ilícita), em regime de urgência, justificando, também, a relativização da necessária reserva de jurisdição, dada a impossibilidade temporal de se obter autorização judicial nas circunstâncias relatadas.

Tampouco poderia se aventar a absurda tese de flagrante preparado ou obtenção da prova de forma capciosa, dissimulada ou imoral, dada a inexistência de instigação, por parte das enfermeiras, à prática do ato. Nesse caso, tratar-se-ia, no máximo, de simples e regular flagrante esperado. Argumenta-se, ainda, que o hospital pertence à rede estadual de saúde e se destina ao acesso público e coletivo. A expectativa de privacidade do profissional no ambiente cirúrgico, que conta com a presença de outros profissionais, além da paciente, seria, no mínimo, rarefeita. Como destacam as autoras (2022, não p.), se infere do Código de Ética Médica, no art. 73⁵⁷, que a expectativa de privacidade nos procedimentos médicos é prerrogativa do paciente, não do médico. É o paciente, portanto, o próprio detentor do sigilo médico a ser resguardado, dispondo daquilo que for relacionado à sua condição de saúde, não havendo

⁵⁵ “Art. 13 - [...] § 2º [...]. O dever de agir incumbe a quem: a) tenha por lei obrigação de cuidado, proteção ou vigilância;”

⁵⁶ “Art. 25 - Entende-se em legítima defesa quem, usando moderadamente dos meios necessários, repele injusta agressão, atual ou iminente, a direito seu **ou de outrem**.” (Grifo meu);

⁵⁷ “Art. 73 - Revelar fato de que tenha conhecimento em virtude do exercício de sua profissão, salvo por motivo justo, dever legal ou consentimento, por escrito, do paciente.”

violação ao segredo médico ou à intimidade do profissional a gravação de consultas ou procedimentos médicos pelo paciente ou seu representante legal.

Se a presença de justa causa afastaria, por si só, a tese de ilicitude probatória, no campo da proporcionalidade, não seria razoável conceber a expectativa de intimidade como fator de inadmissibilidade das provas obtidas por gravações ambientais no caso de investidas criminosas contra vulneráveis. São crimes cometidos, muitas vezes, de forma velada e sem resistência, não contemplando uma vasta gama de meios probatórios. A depender de um conjunto de circunstâncias do caso concreto, a divulgação de fatos relacionados a determinada pessoa poderá ser tida como admissível, considerando a finalidade a ser alcançada com a exposição, sendo essa a compreensão mais adequada da regra disposta no § 4º.

Logo, na ocorrência de crime de natureza sexual, cuja previsão visa à proteção de ordem física e emocional (integridade física e psicológica e liberdade e dignidade sexual [BITTENCOURT, 2020, p. 990-1005]), o juízo de ponderação não poderia resultar diferente. Veja-se que o próprio preceito secundário do tipo (punido com pena máxima de quinze anos)⁵⁸ é um norte objetivo à ponderação, pois ultrapassa o patamar de pena insculpido como requisito para o deferimento da captação ambiental como técnica investigativa, qual seja, quatro anos.

Salienta-se, contudo, que as possibilidades jurídicas enunciadas acima, até então, são casuísticas, ou seja, derivam da ponderação em concreto, pois tanto a aplicação da proporcionalidade quanto a sua consagração no texto legal demanda cuidados para não se institucionalizar a admissão de toda e qualquer prova, contrariando a própria sistemática de vedação de provas ilícitas e imorais e incentivando o exercício de métodos ilegais para obtê-las, delegando aos direitos fundamentais um papel irrelevante. Essa exortação é importante porque, no ano de 2022, mais de um Projeto de Lei foi proposto após o caso criminoso, reprisando outras propostas similares de anos anteriores, como os PL n.º 1503/21, de autoria do senador Randolfe Rodrigues, e o PL n.º 1500/21, de iniciativa do deputado federal Áureo Ribeiro.⁵⁹

⁵⁸ “Art. 217-A. Ter conjunção carnal ou praticar outro ato libidinoso com menor de 14 (catorze) anos: **Pena - reclusão, de 8 (oito) a 15 (quinze) anos.** § 1º: Incorre na mesma pena quem pratica as ações descritas no caput com alguém que, por enfermidade ou deficiência mental, não tem o necessário discernimento para a prática do ato, **ou que, por qualquer outra causa, não pode oferecer resistência.**” (Grifo meu);

⁵⁹ A proposta de alteração (BRASIL, 2021) aparenta similaridade ao PL n.º 2.471/22 por prever o uso da gravação clandestina em matéria de acusação se feito por vítima de crime, sem, contudo, estabelecer a ressalva da vulnerabilidade. À primeira vista, observa-se nada mais do que o agir sob excludente de ilicitude, no entanto, questiona-se se toda investida criminosa, em abstrato, poderia autorizar a mitigação da intimidade, dispensando o juízo de ponderação concreta. Partindo do pressuposto de que nem todo delito tem gravidade similar, o que é observável pela reação do ordenamento e pelas penas cominadas, prever a licitude de um método comprovadamente derogatório de garantias fundamentais em prol da punição de qualquer crime definiria, de antemão, a intimidade como preceito de pouca relevância. Pelo raciocínio inverso, a punição de crimes de

O deputado federal Capitão Alberto Neto, do Partido Liberal/AM, propôs o PL n.º 2.419/22 (BRASIL, 2022), que remonta às exatas razões do veto presidencial descrito no capítulo 2.5 e alude à suposta inconstitucionalidade do § 4º com base em princípios esparsos para permitir o uso da gravação clandestina em matéria de acusação. O PL, portanto, ignora o potencial deletério das captações ambientais, quanto mais clandestinas, na tentativa de conferir ao Ministério Público a possibilidade de usar a prova ilícita sem a necessária filtragem concreta de admissibilidade, o que pode acarretar consequências severas a direitos fundamentais.

Em contrapartida, a alteração pretendida pelo Projeto de Lei n.º 2.471 não se mostra absolutamente perniciosa ou, ao menos, não demonstra óbices substantivos à proteção do direito à intimidade ou à vida privada, pois não se destina à admissibilidade irrestrita da prova obtida pela gravação unilateral em favor do papel punitivo. Ao incluir a vulnerabilidade junto ao uso defensivo como fator de admissibilidade, o PL busca consagrar a proporcionalidade no texto legal. A lógica é: se é possível conceber a permissão defensiva como decorrência lógica da ampla defesa para lhe atribuir relevância prévia e superior à vedação da prova ilícita, igualmente é possível o fazer com a vulnerabilidade, que, sendo absoluta ou relativa, é enfoque de proteção especial pelo ordenamento jurídico brasileiro, evidente na criação de tipos penais específicos, qualificadoras, circunstâncias legais e estatutos normativos inteiros dedicados à proteção singular.

O conceito de vulnerabilidade é observável tanto como um estado de condições físicas ou psicológicas em situações concretas quanto como uma condição, individual ou coletiva, a qual o direito atribui caráter quase congênito. No primeiro caso, indica circunstâncias de fragilidade frente a possíveis investidas criminosas, das quais as vítimas, por suas condições pessoais, não podem se defender, a exemplo da falta temporária ou permanente de discernimento e a capacidade de resistência da vítima de crime sexual (BITTENCOURT, 2019, p. 1038).

No segundo caso, trata-se de noção primária de vulnerabilidade, relacionada à maior suscetibilidade de violação de direitos face à ineficácia da simples proclamação de igualdade em subverter a realidade de subalternização e injustiça que acomete pessoas de determinados grupos ou com características específicas. Indicaria, assim, aqueles que, em razão de circunstâncias sociais, étnicas, econômicas, culturais ou pessoais não podem exercer plenamente seus direitos no sistema de justiça. A vertente é resultado de um movimento de

gravidade elevada poderia autorizar outros meios insidiosos, como a coação física e psicológica. Ademais, deve-se lembrar que a captação ambiental, como método investigativo, depende de autorização judicial, e, como meio probatório, é medida excepcional, não sendo essa a realidade de toda situação potencialmente criminosas.

ampliação de quantidade de direitos no século XX, realçando direitos das mulheres, crianças, idosos, pessoas com deficiência e minorias étnicas. (BARRETO; COSTA, 2015, p. 5-8).

Essas definições, por mais que contidas, são projetadas pelo direito penal e processual penal por meio da instituição de estatutos e normas na tentativa de atender a elementos de natureza pessoal ou conjuntural para definir um estado de vulnerabilidade, conferindo à vítima direitos e garantias.

Nesse sentido, Daniela Carvalho Costa e Daniela Ramos Barreto (2015, p. 3-5) abordam a vulnerabilidade como fator fundante de normas criminais sob o viés da criminologia crítica, cunhando o termo “direito penal dos vulneráveis”. Embora em posição crítica ao fenômeno, reconhecem haver um quadro penal expansivo, ao qual a própria criminologia crítica, sob enfoque das vítimas, contribuiu, por enxergar o direito penal como forma de afirmar direitos, ampliando a atuação para incrementar a proteção de interesses de um grupo específico. A produção legal com base na vulnerabilidade seria fruto da mobilização de segmentos que buscam, no direito penal, afirmar suas especificidades, satisfação de necessidades e o reconhecimento de suas identidades face à discriminação por critérios raciais, sexistas ou por outros mecanismos complexos de exclusão.

No Brasil, pode se observar exemplos do fenômeno em diversas previsões normativas, esparsas ou conjuntas, dentre elas a Lei n.º 7716/89 (Lei do Racismo), a Lei n.º 10.741/2003 (Estatuto da Pessoa Idosa) e a Lei n.º 11.340/06 (Lei Maria da Penha), que define a violência doméstica de gênero e estabelece um tratamento processual penal diferenciado para os delitos cometidos neste contexto. Em resumo, busca-se no Direito Penal um freio ao desrespeito e à violação de direitos, com dispositivos normativos ou mesmo regras de natureza criminal que conferem defesa especial a pessoas em situação de vulnerabilidade (BARRETO; COSTA, 2015, p. 3-5).

É fato que essa proteção singular não desrespeita a igualdade e a isonomia, pelo contrário, reflete o respeito pela diferença entre sujeitos de direito, sendo a própria exigência da igualdade, que consiste em “tratar igualmente os iguais e desigualmente os desiguais, na proporção que se desigalam” (NUCCI, 2021, p. 79-80).

Ao analisar a admissibilidade de provas ilícitas nos crimes com vítimas infantojuvenis, Simone Prudêncio e Pedro Simões (2013, p. 17-19) discorrem que, não à toa, a própria Constituição Federal deu prevalência aos direitos de crianças e adolescentes, criando o dever de ação positiva para sua efetivação, inferindo, portanto, uma exceção própria à inadmissibilidade das provas ilícitas. Devido ao destaque constitucional, ao inadmitir a prova obtida ilicitamente em um caso de violência sexual contra criança, por exemplo, o Estado

perpetuaria transgressão dos deveres de proteção especial à vítima presumidamente e absolutamente vulnerável, portadoras de direitos de maior relevância abstrata em relação à intimidade do acusado.

Ou seja, os direitos relacionados à proteção especial de crianças e adolescentes, insculpidos no art. 227 da CF, sempre prevalecem sobre os direitos do acusado à intimidade e seus corolários, ainda que violados pela obtenção da prova. Do contrário, ao desconsiderar a diferença entre criança e adolescentes e os demais sujeitos de direito, tidos como portadores de condição especial – como pessoas em desenvolvimento (NUCCI, 2021, p. 79-80), permitir-se-ia verdadeira infraproteção (PRUDÊNCIO; SIMÕES, 2013, p. 19).

Os mesmos argumentos podem ser feitos quanto à proteção específica de pessoas idosas, presente tanto no dever coletivo de amparo à dignidade e bem-estar do art. 230 da Constituição Federal quanto, em âmbito infraconstitucional, no Estatuto da Pessoa Idosa. Nesse caso, a vulnerabilidade não se atrela mais ao desenvolvimento biopsicológico, mas à associação de fatores individuais e coletivos relacionados ao envelhecimento, que culminam em elevada predisposição a doenças ou morte (BARBOSA; FERNANDES; OLIVEIRA, 2019, p. 5-6).

A hipótese de maior enfoque de vulnerabilidade, contudo, é a violência sexual, expressão mais antiga de violência de gênero, empregada, sobretudo, contra vítimas mulheres e, em recorte mais específico, mulheres vulnerabilizadas, por idade, cor, etnia, condições financeiras e escolaridade. Afinal, do mesmo modo que os tipos de violência são distintos, também são as mulheres que as sofrem e o impacto dessas violências em cada uma delas (BUENO et. al., 2023, p. 42). Não à toa, a violência de gênero constitui a razão implícita do número alarmante de casos de agressões físicas, sexuais, psicológicas, morais e econômicas (patrimoniais) perpetrados em desfavor de mulheres, revelando a incontestável desigualdade de poder entre homens e mulheres, principalmente nas relações domésticas.

De acordo com o Anuário Brasileiro de Segurança Pública (2023, p. 136-139), os níveis de vitimização feminina por crimes violentos e não violentos atingiu patamares estarrecedores no ano de 2022. No anuário, revela-se que mulheres, por sua simples existência, não estão seguras em lugar algum, tampouco em suas residências, visto que são os parceiros íntimos – homens, sobretudo – os maiores responsáveis pela violência perpetrada.

Conforme o relatório “Visível e Invisível: a Vitimização de Mulheres no Brasil”, divulgado pelo Fórum Brasileiro de Segurança Pública em março de 2023, (BUENO et. al., 2023, p. 15-19), ao analisar a violência cometida por parceiros íntimos ao longo da vida, aferiu-se que 43% das mulheres vivenciou, ao longo da vida, ao menos uma forma de violência de gênero cometida por seu parceiro íntimo. Mais de 30% das mulheres brasileiras com 16 anos

ou mais experimentou violência física ou sexual provocada por parceiro íntimo ao longo da vida. Cerca de 25 % das mulheres afirmaram ter sofrido agressões físicas e mais de 20% foram forçadas a manter relações sexuais contra sua vontade. Se considerada a violência psicológica, como humilhações e insultos, tem-se o patamar de 43%.

Em suma, o crescimento significativo de todas as modalidades criminais cujas vítimas comumente são mulheres, tais quais o assédio e a importunação sexual, as agressões em contexto de violência doméstica, o estupro e os feminicídios, demonstra a existência de um denominador comum: a vulnerabilidade em todos os espaços e relações sociais.

A vinculação fática que justificou a proposição do PL, portanto, tão somente reforça a importância do esforço em investir todos os recursos materiais, jurídicos – não somente criminais – e políticos, para garantia da proteção à dignidade sexual, assim como a integridade física e mental da mulher, como fatores de proteção especial no ordenamento jurídico brasileiro. Tem-se, a exemplo dessa necessidade, a promulgação da Lei n.º 11.340/06 (Lei Maria da Penha), destinada a coibir e prevenir a violência doméstica e familiar.

Como continuidade ao tratamento da violência contra a mulher iniciada pela lei supracitada, surgiu, em 2015, o feminicídio, como uma “ferramenta de política criminal reivindicada pelos movimentos feministas” caracterizada por qualificadora do tipo penal do homicídio (ABREU, 2021, p. 66). Como bem destaca Ana Cláudia da Silva Abreu, dentre as justificativas de sua existência, destacam-se o controle do homem sobre a vida e a morte da mulher, o sentimento de posse, a destruição da identidade feminina e a submissão a sofrimento ou tratamento degradante. Trata-se, portanto, da violência compreendida como parte final de uma violência agravada, motivada por circunstâncias fáticas que traduzem em uma maior vulnerabilidade da vítima, em razão da sua condição de sexo feminino (ABREU, 2021, p. 99-100).

Assim, lentamente, a palavra vulnerabilidade conquista espaço nas ordenações brasileiras. A lente do legislador voltou seu foco para uma perspectiva compensatória da vulnerabilidade, tida como situação enfraquecedora dos sujeitos de direitos, desequilibrando, de antemão, toda relação jurídica. A vulnerabilidade, contudo, não é o fundamento mor das regras de proteção do sujeito mais fraco, mas, sim, a “noção instrumental que guia a aplicação de normas protetivas e compensatórias, na busca pelo fundamento da igualdade e justiça equitativa (MARQUES; MIRAGEM, 2014, p. 120)”.

5. Conclusão

Por muito tempo, o ordenamento jurídico nacional, na dificuldade de acompanhar a velocidade das transformações sociais e os avanços tecnológicos, reservou à captação da comunicação entre pessoas presentes um verdadeiro vácuo normativo. A Lei n.º 13.964/19, ou Pacote Anticrime, reverteu o cenário de simples nominação da técnica por estabelecer um novo regime regulatório do tema na Lei n.º 9.296/96, que apenas dispunha das interceptações telefônicas. Assim, sob a nomenclatura de captação ambiental, a tardia regulação nacional passou a prever a captação de sinais de comunicação presencial como um gênero de técnicas investigativas caracterizadas pela dissimulação. Trata-se, portanto, de um gênero de meios ocultos de obtenção de provas, dos quais são espécies a interceptação e a escuta, dependentes de autorização judicial para triangulação da comunicação, e a gravação unilateral, feita clandestinamente e alvo de maiores controvérsias judiciais.

Observou-se que a dinâmica das captações ambientais se traduz em uma operação caracterizada pelo emprego de mecanismos insidiosos, sub-reptícios ou traiçoeiros, que demonstram maior reprovabilidade da técnica em comparação às captações telefônicas e telemáticas. O uso desses artifícios repercute negativamente no âmbito probatório, pois configura afronta a garantias fundamentais de maneiras distintas conforme o meio e o contexto de obtenção em nome do direito à prova, destacando-se violações ao direito à intimidade, núcleo essencial do direito à privacidade, e garantias correlatas, como a imagem, a voz, o silêncio e a inviolabilidade das comunicações, todos em estreita conexão à previsão constitucional de inadmissibilidade de provas ilícitas.

Atento à inobservância dos preceitos constitucionais e à contrariedade do método ao disposto em normas procedimentais, o legislador, ao regular o procedimento da captação ambiental na Lei Anticrime, também estabeleceu regras de admissibilidade probatória no § 4º do art. 8º-A da lei de interceptações, limitando o uso da prova obtida por gravações clandestinas à matéria de defesa, consagrando a proporcionalidade *pro reo* no texto legal.

A simplicidade do texto normativo ocasionou críticas constitucionais e controvérsias hermenêuticas a respeito do dispositivo, que, por restringir a legitimação da prova reputada ilícita a uma só parte da relação processual, contrariou a jurisprudência pacífica dos Tribunais Superiores, responsáveis por consolidar, sob regime de repercussão geral, a ampla admissibilidade das provas obtidas por gravações clandestinas, validando o uso acusatório e condenatório sem barreiras substanciais. As críticas residem, ainda, na suposta violação de uma série de princípios: a paridade de armas, cooperação processual, comunhão de provas e, em última análise, o devido processo legal, criando desnecessários entraves à efetividade das

investigações criminais e a própria incumbência do Estado em prestar adequada proteção a bens jurídicos.

Viu-se, contudo, que, dada a expressão de horizontalidade e convivência das garantias fundamentais, há unanimidade doutrinária quanto à flexibilização da ilicitude probatória por meio de uma interpretação harmônica das liberdades constitucionais, desde que a conduta seja arrazoada por causas legais de justificação, a exemplo da presença de excludentes de ilicitude. Admite-se, também, a aplicação da proporcionalidade na restrição dos fundamentos constitucionais das comunicações entre pessoas presentes: tanto no nível legislativo-abstrato, pela consagração em textos legais, quanto no nível de aplicação concreta das normas que a prevejam. Não é o caso, portanto, de se invocar o princípio contra ou a favor do acusado, mas verificar em cada caso, em cada situação concreta, se a restrição ao direito do réu é necessária, adequada e justificável face ao valor a ser protegido.

Não deixa de configurar adoção do princípio da proporcionalidade a admissibilidade da prova ilícita em favor do acusado, pois os valores a serem protegidos demonstram, por seu posicionamento constitucional, importância imanente: a presunção de inocência e a ampla defesa.

Por outro lado, a aplicação da proporcionalidade, por seu potencial discricionário e arbitrário, deve ser parametrizada por vetores objetivos, sob o risco de depreciar garantias fundamentais. Não seria razoável possibilitar a admissão de provas obtidas por gravações ambientais clandestinas em nome do simples interesse social e comunitário no combate à criminalidade, na efetividade do poder punitivo, no direito à prova pelos órgãos de acusação ou na pretensa busca pela verdade dos fatos; paradigma, há muito, superado.

Embora as garantias fundamentais não sejam limites constitucionais intransponíveis e a captação ambiental, como meio de oculto e típico de obtenção de provas, possa ser legitimamente investida na persecução criminal, a atividade estatal deve ser regida e conduzida pelos estritos parâmetros da legalidade. A gravação ambiental unilateral, contudo, não goza de confiabilidade mínima, e deve, em qualquer caso, ser vista com reservas.

Legitimar a subversão de garantias em nome de princípios invocados por fundamentos inidôneos, a exemplo da proporcionalidade *pro societate*, ocasiona derradeiro risco de derrogar a conquista do devido processo legal, pilar de um Estado democrático. É esse, portanto, o enfoque da análise de propostas legais destinadas a modificar a regra de admissibilidade restrita imposta pelo § 4º do art. 8º-A da lei de interceptações telefônicas.

Do exposto, o Projeto de Lei n.º 2.471/2022, ao contrário de outros projetos de mesmo objetivo, baseados em argumentos já rechaçados pelo Congresso Nacional ao manter a redação

do dispositivo contestado, não se destina à admissibilidade irrestrita da prova obtida pela gravação unilateral em favor do poder punitivo. Em verdade, busca consagrar a proporcionalidade na alternativa proposta para mitigar os supostos imbróglis interpretativos erigidos pela doutrina, confirmando a justa adequação de valores protegidos no ordenamento. A alteração estabelece, assim, um vetor minimamente objetivo de admissibilidade: a vulnerabilidade de vítimas, que, em sua dupla expressão, está calcada em muitos, senão todas as normas e estatutos de proteção especial no ordenamento jurídico nacional.

De todo modo, a proposição do PL não deve ser compreendida sob a ótica da inócua busca por soluções incriminadoras ou a insistência no agravamento dos métodos punitivos, que não seriam capazes de promover impactos significativos nas relações de gênero, ocasionando o efeito inverso: a reprodução de desigualdades e a revitimização (ABREU, 2021, 23-25), ou na tutela de outros interesses dignos de proteção especial. Tampouco se trata do mero ode ao interesse público na efetividade das investigações ou, pior, no rigor condenatório, pois seus efeitos seriam nefastos às garantias processuais de um Estado democrático.

A leitura da alteração proposta, portanto, deve consistir em um incremento de admissibilidade à regra processual probatória, para, em uma interpretação ampla de defesa, possibilitar maior proteção às vítimas vulneráveis. Nesse único desiderato, não se observa, em um primeiro momento, graves entraves aos princípios e garantias fundamentais analisados na presente monografia, quais sejam a vedação de provas ilícitas e o direito à intimidade ou à vida privada. Como visto, há unanimidade quanto ao uso processual da prova obtida por gravações clandestinas, reputadas ilícitas, nos casos em que há justa causa ou os valores, bens e interesses tutelados demonstrarem maior importância concreta, devendo a vulnerabilidade da vítima, e não a simples vitimização, ser compreendida nesse contexto de preponderância.

Há que se destacar, no entanto, que o Projeto de Lei analisado surgiu de forma célere, nos desdobramentos de um caso concreto, ainda que se destaque em meio a outras propostas similares. Muito embora não se observe óbices substantivos ao direito à intimidade ou à proibição de provas ilícitas, a proposta, ainda em tramitação inicial, demanda maturação, propiciando maior discussão a respeito de seus efeitos e a elaboração de critérios mais específicos, a exemplo dos possíveis crimes de sua incidência, pois mesmo a vulnerabilidade concreta pode ser invocada de forma arbitrária e, se usada de forma descuidada, pode acarretar o efeito inverso: facilitar as estruturas de poder. Isso para que não se incorra na hipótese contrária: prestigiar demasiado valor a meio insidioso de obtenção de prova. Afinal, como destaca Aury Lopes Júnior (2020, p. 45-49), as intervenções de urgência, se não atingem diretamente o direito, podem entregar o simples contributo de sua superficialidade.

6. Referências Bibliográficas

ABREU, Jacqueline de Souza; SMANIO, Gianluca Martins. Compatibilizando o uso de tecnologia em investigações com direitos fundamentais: o caso das interceptações ambientais. **Revista Brasileira de Direito Processual Penal**, Porto Alegre, vol. 5, n. 3, p. 1449-1482, set. /dez. 2019. Disponível em: <https://doi.org/10.22197/rbdpp.v5i3.262>. Acesso em 02 nov. 2023.

ABREU, Ana Claudia da Silva. **As vozes silenciadas nas denúncias de feminicídio no estado do Paraná (2015-2020):** contribuições para um olhar descolonial sobre a atuação do sistema de justiça criminal brasileiro. 2021. 367 p. Tese (Doutorado em Direito) - Setor de Ciências Jurídicas, Universidade Federal do Paraná, Curitiba, 2021.

ALESSI, G.; BORGES, R. Em áudio, dono da JBS contou a Temer seu plano para “segurar” investigação. **El País Brasil**, 19 mai. 2017. Disponível em: https://brasil.elpais.com/brasil/2017/05/18/politica/1495143431_030938.html. Acesso em: 28 out. 2023.

ARANTES FILHO, Marcio Geraldo Britto. **A interceptação de comunicação entre pessoas presentes como meio de investigação de prova no direito processual penal brasileiro**. 2011. 326 p. Dissertação (Mestrado em Direito Processual) - Faculdade de Direito, Universidade de São Paulo, São Paulo, 2011.

ARAS, Vladimir; SUXBERGER, Antonio. A admissibilidade de gravações unilaterais como prova: o § 4º do art. 8º-A da Lei 9.296/1996 como uma regra de direito probatório. **SciELO Preprints**, 2021. Disponível em: <https://preprints.scielo.org/index.php/scielo/preprint/view/2722/version/2876>. Acesso em 26 out. 2023.

ÁVILA, Thiago Pierobom de; MARTINS, Charles. 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**, Porto Alegre, v. 8, n. 2, p. 967-1005, mai./ago. 2022. Disponível em: <https://doi.org/10.22197/rbdpp.v8i2.696>. Acesso em 01 nov. 2023.

AVOLIO, Luiz Francisco Torquato. Provas Ilícitas: interceptações telefônicas, ambientais e gravações clandestinas. 4. ed. rev. e ampl. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2010.

BADARÓ, Gustavo. Editorial dossiê “Prova penal: fundamentos epistemológicos e jurídicos”. **Revista Brasileira de Direito Processual Penal**, Porto Alegre, vol. 4, n. 1, p. 43-80, jan. /abr. 2018. Disponível em: <https://doi.org/10.22197/rbdpp.v4i1.138>. Acesso em 01 nov. 2023.

BARBOSA, Keylla Talitha Fernandes; OLIVEIRA, Fabiana Maria Rodrigues Lopes de; FERNANDES, Maria das Graças Melo. Vulnerabilidade da pessoa idosa: análise conceitual. **Revista Brasileira de Enfermagem**, n. 72, p. 352-360, 2019. Disponível em: <http://dx.doi.org/10.1590/0034-7167-2018-0728>. Acesso em 26 out. 2023.

BARCELOS, Guilherme. O que é a gravação ambiental clandestina para fins eleitorais. **Revista Conjur**, 1 ago. 2022. Disponível em; <https://www.conjur.com.br/2022-ago-01/guilherme-barcelos-gravacao-ambiental-clandestina/>. Acesso em: 25 out. 2023.

BITENCOURT, Cezar R. **Código Penal comentado**. 10. ed. São Paulo: Saraiva Educação, 2019.

BRANCO, Paulo Gonet; MENDES, Gilmar Ferreira. **Curso de direito constitucional**. 15 ed. São Paulo: Editora Saraiva Educação, 2020.

BRASIL. Câmara dos Deputados. Projeto de Lei nº 1.500/2021. Autor: deputado federal Áureo Ribeiro. **Câmara dos Deputados**, Brasília, DF, 22 abr. 2021. Disponível em: https://www.camara.leg.br/proposicoesWeb/prop_mostrarintegra?codteor=1996577. Acesso em 03 out. 2023.

BRASIL. Câmara dos Deputados. Projeto de Lei nº 2.419/2022. Autor: deputado Capitão Alberto Neto. **Câmara dos Deputados**, Brasília, DF, 05 set. 2022. Disponível em: https://www.camara.leg.br/proposicoesWeb/prop_mostrarintegra?codteor=2206050. Acesso em 04 out. 2023.

BRASIL. Senado Federal. Projeto de Lei nº 2.471, de 2022. Autor: Senador Marcos do Val. **Senado Federal**, Brasília, DF, 14 set. 2022. Disponível em: https://legis.senado.leg.br/sdleg-getter/documento?dm=9198916&ts=1692736511120&disposition=inline&_gl=1*i5dq06*_ga*MjA0MDI0OTc4Mi4xNjc0NzU2NDU1*_ga_CW3ZH25XMK*MTY5OTk3NjQzMy4yMi4wLjE2OTk5NzY0MzMuMC4wLjA.. Acesso em 30 set. 2023.

BRASIL. Senado Federal. Projeto de Lei nº 1.503/2021. Autor: senador Randolfe Rodrigues. **Senado Federal**, Brasília, DF, 22 abr. 2021. Disponível em: <https://legis.senado.leg.br/sdleg-getter/documento?dm=8953748&ts=1692905636094&disposition=inline>. Acesso em 03 out. 2023.

BRASIL. Supremo Tribunal Federal (1. Turma). Habeas Corpus nº 80.949/RJ. Relator: Ministro Sepúlveda Pertence. **Diário da Justiça**, 14 dez. 2001. Disponível em: <https://jurisprudencia.stf.jus.br/pages/search/sjur100665/false>. Acesso em 20 out. 2023.

BRASIL. Superior Tribunal de Justiça (6. Turma). Recurso Ordinário em Habeas Corpus nº 127.477/PB. Relator: Ministro Sebastião Reis Júnior. **Diário de Justiça Eletrônico**, 16 ago. 2021. Disponível em: https://processo.stj.jus.br/SCON/GetInteiroTeorDoAcordao?num_registro=202001211883&dt_publicacao=16/08/2021. Acesso em 20 out. 2023.

BRASIL. Superior Tribunal de Justiça (6. Turma). Habeas Corpus nº 512.290/RJ. Relator: Ministro Rogerio Schietti Cruz. **Diário de Justiça Eletrônico**, 25 ago. 2020. Disponível em: https://processo.stj.jus.br/SCON/GetInteiroTeorDoAcordao?num_registro=201901510669&dt_publicacao=25/08/2020. Acesso em 12 out. 2023.

BRASIL. Superior Tribunal de Justiça (Decisão Monocrática). Recurso Ordinário em Habeas Corpus 150343/GO. Relator: Ministro Rogerio Schietti Cruz. **Diário de Justiça**

Eletrônico, 26 out. 2022. Disponível em: https://processo.stj.jus.br/processo/dj/documento/mediado/?tipo_documento=documento&componente=MON&sequencial=168110905&num_registro=202102175618&data=20221026. Acesso em 12 out. 2023.

BRASIL. Superior Tribunal de Justiça (6. Turma). Recurso Ordinário em Habeas Corpus nº 59.542/PE. Relator: Ministro Rogerio Schietti Cruz. **Diário de Justiça Eletrônico**, 14 nov. 2016. Disponível em: https://processo.stj.jus.br/SCON/GetInteiroTeorDoAcordao?num_registro=201501122714&dt_publicacao=14/11/2016. Acesso em 12 out. 2023.

BRASIL. Supremo Tribunal Federal (Tribunal Pleno). Recurso Extraordinário nº 583.937/RJ. Relator: Ministro Cezar Peluso. **Diário de Justiça Eletrônico**, 18 dez. 2009. Disponível em: <https://jurisprudencia.stf.jus.br/pages/search/repercussao-geral1282/false>. Acesso em 12 out. 2023.

BRASIL. Supremo Tribunal Federal (2. Turma). Agravo Regimental no Recurso Extraordinário n.º 402.035/SP. Relatora: Ministra Ellen Gracie. **Diário de Justiça**, 06 fev. 2004. Disponível em: <https://jurisprudencia.stf.jus.br/pages/search/sjur96643/false>. Acesso em 12 out. 2023.

BRASIL. Supremo Tribunal Federal (1. Turma). Habeas Corpus nº 69.818/SP. Relator: Ministro Sepúlveda Pertence. **Diário de Justiça**, 27 nov. 1992. Disponível em: <https://jurisprudencia.stf.jus.br/pages/search/sjur151701/false>. Acesso em 12 out. 2023.

BRASIL. Congresso Nacional. Veto Parcial n.º 56/19. Autor: Presidência da República. **Congresso Nacional**. Brasília, 24 dez. 2019. Disponível em: <https://legis.senado.leg.br/sdleg-getter/documento?dm=8060285&ts=1673870542174&disposition=inline>. Acesso em: 20 out. 2023.

BRASÍLIA. **Comissão de Constituição e Justiça e de Cidadania da Câmara dos Deputados**. Autor: Procuradoria Geral da República; Réu: Michel Miguel Elias Lulia Temer. Brasília, 05 jul. 2017.

BUENO, Samira, et. al. **Visível e invisível: a vitimização de mulheres no Brasil. 4ª Edição**. São Paulo: Fórum Brasileiro de Segurança Pública; Datafolha, 2023.

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: 26 out. 2023.

CABETTE, Eduardo; SANNINI, Francisco. Captação ambiental clandestina e sua legalidade como meio de obter prova. **Revista Consultor Jurídico**, São Paulo, 16 jan. 2022. Disponível em: <https://www.conjur.com.br/2023-jan-16/sannini-cabette-legalidade-captacao-ambiental-clandestina/>. Acesso em: 03 nov. 2023

CARDOSO, Francisco de Assis Machado. Interceptação Telefônica: Aspectos Controvertidos. **Revista do Ministério Público**, Rio de Janeiro, n. 24, p. 119-125, 2006.

COSTA, Daniela Carvalho Almeida da; BARRETO, Daniela Ramos Lima. Direito penal dos vulneráveis: uma análise crítica da busca do reconhecimento por meio do direito penal. **Revista de Criminologias e Políticas Criminais**, Minas Gerais, v. 1, n. 2, p. 57-83, jul./dez. 2015.

COSTA JÚNIOR, Paulo José da. O direito de estar só: tutela penal da intimidade. São Paulo: **Revista dos Tribunais**, 1995.

DENTES, Nicole Mizrahi; KOK, Alice. A captação ambiental como meio de prova. **Antun Advogados Associados**, São Paulo, 05 out. 2021. Disponível em: <https://www.antun.com.br/a-captacao-ambiental-como-meio-de-prova-uma-analise-da-derrubada-do-veto-presencial-ao-art-7o-da-lei-13-964-2019-pacote-anticrime-e-a-necessidade-de-revisitacao-do-tema-pela-jurisprudencia/>. Acesso em: 04 nov. 2023.

DEZEM, Guilherme Madeira. **Curso de processo penal**. 2. ed. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2016.

DUARTE, Evandro Piza; SILVA, Thales Cassiano. A interpretação da prova ilícita como garantia processual penal na Suprema Corte dos Estados Unidos, de Weeks (1914) a Hering (2013): breves apontamentos sobre a convergência axiológica, ou não, com a prova ilícita no Brasil. **Revista de Direito Brasileira**, Florianópolis, vol. 27, n. 10, p. 216-240, set./dez. 2020.

FERNANDES, Antonio Scarance; FILHO, Antonio Magalhães Gomes; GRINOVER, Ada Pellegrini. **As nulidades no processo penal**. 12. ed. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2011.

FERRAZ JÚNIOR, T. S. **Sigilo de dados**: o direito à privacidade e os limites à função fiscalizadora do Estado. *Revista da Faculdade de Direito, Universidade de São Paulo*, [S. l.], v. 88, p. 439-459, 1993. Disponível em: <https://www.revistas.usp.br/rfdusp/article/view/67231>. Acesso em: 09 nov. 2023.

FÓRUM BRASILEIRO DE SEGURANÇA PÚBLICA (FBSP). **17º Anuário Brasileiro de Segurança Pública**. São Paulo: Fórum Brasileiro de Segurança Pública, 2023. Disponível em: <https://forumseguranca.org.br/wp-content/uploads/2023/07/anuario-2023.pdf>. Acesso em 07 nov. 2023.

FREIRE, Felipe; LEITÃO, Leslie; VIEIRA, Danilo. Funcionárias de hospital desconfiaram de anestesista e trocaram sala de parto para fazer o flagrante de estupro. **G1**, Rio de Janeiro, 11 jul. 2022. Disponível em: <<<https://g1.globo.com/rj/rio-de-janeiro/noticia/2022/07/11/video-mostra-momento-em-que-anestesista-estupra-gravida-durante-o-parto.ghtml>. Acesso em: 01 nov. 2023

FREIRE, Felipe; LEITÃO, Leslie; VIEIRA, Danilo. Equipe que desconfiou de anestesista e flagrou estupro também entregou amostra da sedação à polícia. **G1**, Rio de Janeiro, 11 jul. 2022. Disponível em: <https://g1.globo.com/rj/rio-de-janeiro/noticia/2022/07/11/equipe-que-desconfiou-de-anestesista-e-armou-flagrante-de-estupro-tambem-entregou-amostra-da-sedacao-a-policia.ghtml>. Acesso em: 01 nov. 2023.

FURQUIM, Gabriella; TEIXEIRA, Isadora. Caixa de Pandora: STJ nega nova perícia em equipamentos de Durval Barbosa. **Metrópoles**, 22 set. 2020.

GIACOMOLLI, Nereu J. **O Devido Processo Penal**. 3 ed. São Paulo: Grupo GEN, 2016. E-book. ISBN 9788597008845. Disponível em: <https://integrada.minhabiblioteca.com.br/#/books/9788597008845/>. Acesso em: 30 out. 2023.

GOMES FILHO, Antônio Magalhães. **Direito à prova no processo penal**. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1997.

GONÇALEZ, Sidney Duran. Os aspectos subjetivos e objetivos da gravação unilateral clandestina. **Migalhas**, 30 out. 2019. Disponível em: <https://www.migalhas.com.br/depeso/314033/os-aspectos-subjetivos-e-objetivos-da-gravacao-unilateral-clandestina>. Acesso em: 31 out. 2023.

GONÇALVES, Flávio Augusto de Moreira e. **As interceptações telefônicas e o direito fundamental à intimidade**. 2017. 84 p. Monografia (Bacharelado em Direito) - Universidade Federal do Rio de Janeiro, Rio de Janeiro, 2017.

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: 26 out. 2023.

HIRATA, Alessandro. **Direito à privacidade**. Tomo de Direito Administrativo e Constitucional, 1 ed., abr. 2017. Disponível em: <https://enciclopediajuridica.pucsp.br/verbete/71/edicao-1/direito-a-privacidade>. Acesso em: 04 out. 2023.

JOSÉ, Maria Jamile; LUZ, Ilana Martins; SALOMI, Máira Beauchamp. É lícita a gravação ambiental feita por terceiros em casos de violência íntima? **Revista Consultor Jurídico**, São Paulo, 16 jul. 2022. Disponível em: <https://www.conjur.com.br/2022-jul-16/opinioao-gravacao-terceiros-casos-violencia-intima/>. Acesso em: 01 nov. 2023.

LEITE, Manuella Suita Dutra. **Da interceptação ambiental como medida limitadora do direito à privacidade**: Uma análise a partir da regulamentação trazida pela Lei nº 13.964/2019. 2020. 66 p. Monografia (Bacharelado em Direito) - Centro de Ciências Jurídicas e Econômicas, Universidade Federal do Rio de Janeiro, Rio de Janeiro, 2020.

LIMA, Renato Brasileiro de. **Manual de processo penal**. 8. ed. Salvador: Editora JusPodivm, 2020.

LOPES JÚNIOR, Aury. **Direito processual penal**. 17. ed. São Paulo: Saraiva Educação, 2020.

LOPES JÚNIOR, Aury. **Fundamentos do Processo Penal**. 6. ed. São Paulo: Saraiva Educação, 2020.

LUCENA, Natália Vidal de. **Da valoração das gravações produzidas por particulares como meio de prova no processo penal**. 2016. 110 p. Dissertação (Mestrado Científico em Direito) - Faculdade de Direito, Universidade de Coimbra, Coimbra, 2016.

MACHADO, Leonardo Marcondes. (In)constitucionalidade das interceptações na Lei de Organizações Criminosas. **Revista Consultor Jurídico**, São Paulo, 14 mar. 2017. Disponível em: https://www.conjur.com.br/2020-out-06/academia-policia-captacao-ambiental-pacote-anticrime-disciplina-legal#_ftn5. Acesso em: 20 out. 2023.

MACHADO, Leonardo Marcondes. Captação ambiental e “pacote anticrime”: a nova disciplina legal. **Revista Consultor Jurídico**, São Paulo, 6 out. 2020. Disponível em: https://www.conjur.com.br/2020-out-06/academia-policia-captacao-ambiental-pacote-anticrime-disciplina-legal#_ftn5. Acesso em: 20 out. 2023.

MAGALHÃES, Marionilde Dias Brepohl de. A lógica da suspeição: sobre os aparelhos repressivos à época da ditadura militar no Brasil. **SciELO**, 1997. Disponível em: <<<https://www.scielo.br/j/rbh/a/jhG4q3jQsNw7ytcH53C4X6j/>. Acesso em: 28 out. 2023.

MALAN, Diogo. Notas sobre a investigação e prova da criminalidade econômico-financeira organizada. **Revista Brasileira de Direito Processual Penal**, vol. 2, n. 1, p. 213-238, 2016. Disponível em: <http://dx.doi.org/10.22197/rbdpp.v2i1.22>. Acesso em 02 nov. 2023.

MANZANO, Leandro. Gravação ambiental como meio de prova para configuração de ilícito eleitoral – evolução jurisprudencial. **Portal CT**, 12 ago. 2019. Disponível em: <https://clebertoledo.com.br/politica/leandro-manzano-gravacao-ambiental-como-meio-de-prova-para-configuracao-de-ilicito-eleitoral-evolucao-jurisprudencial/>. Acesso em: 25 out. 2023.

MARQUES, Cláudia Lima; MIRAGEM, Bruno. **O Novo Direito Privado e a Proteção dos Vulneráveis**. 2. ed. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2014.

MARQUES, José Frederico. **Elementos de direito processual penal**. Campinas, São Paulo: Bookseller, 1997.

MINISTÉRIO PÚBLICO DO ESTADO DO PARANÁ. Subprocuradoria-geral de justiça para assuntos jurídicos. Procedimento Administrativo de Controle da Constitucionalidade. **Autos n. MPPR-0046.21.078332-3**. Curitiba, 08 de dezembro de 2022.

MONTEIRO, Carina Villela de Andrade. Direito à privacidade *versus* direito à informação: Considerações sobre a possibilidade de órgãos públicos fornecerem a terceiros informações pessoais de agentes públicos. **Revista de Informação Legislativa**, Brasília, ano 44, n. 173, p. 27-40, jan./mar. 2007.

MORAES, Alexandre de. **Direito Constitucional**. São Paulo: Grupo GEN, 2022. E-book. ISBN 9786559771868. Disponível em: <https://integrada.minhabiblioteca.com.br/#/books/9786559771868/>. Acesso em: 28 out. 2023.

NETTO, Domingos Franciulli. A Proteção ao Direito à Imagem e a Constituição Federal, 2004. **Informativo Jurídico da Biblioteca Ministro Oscar Saraiva**, v. 16, n. 1, p. 1-74, Jan./Jul. 2004. Disponível em: <https://www.stj.jus.br/publicacaoainstitucional/index.php/informativo/article/view/442/400>. Acesso em: 27 out. 2023.

NOGUEIRA, Rafael Fecury; TEIXEIRA, Carla Noura. A tutela do sigilo das comunicações e sua restrição no Brasil: análise comparada com os modelos francês e norteamericano. **Cadernos do Programa de Pós-Graduação em Direito PPGDir./UFRGS**, Porto Alegre, vol. 15, n. 2, p. 232-262, 2020.

NUCCI, Guilherme de Souza. **Código de Processo Penal Comentado**. 19. ed. Rio de Janeiro: Forense, 2020.

NUCCI, Guilherme de Souza. **Estatuto da Criança e do Adolescente - Comentado**. 5. ed. Rio de Janeiro: Forense, 2021. Disponível em: <https://integrada.minhabiblioteca.com.br/#/books/9788530992798/>. Acesso em: 29 out. 2023.

PACELLI, Eugênio. **Curso de Processo Penal**. 21. ed. São Paulo: Atlas, 2017.

PRUDÊNCIO, Simone Silva; SIMÕES, Pedro Alves. Admissibilidade das provas obtidas por meios ilícitos *pro societate* no processo penal: especial proteção aos direitos infanto-juvenis e princípio da proibição à infraproteção. **Revista da Faculdade de Direito da UFMG**, Belo Horizonte, n. 62, p. 629-655, jan./jun. 2013.

RIBEIRO, Pedro Melo Pouchain. A regulamentação da captação ambiental e o núcleo intangível da vida privada. In: MINISTÉRIO PÚBLICO FEDERAL. 2. Câmara de Coordenação e Revisão. **Inovações da Lei nº 13.964, de 24 de dezembro de 2019**. vol. 7. Brasília: MPF, 2020. p. 68-94.

SANTANA, Danieli Lisinski. **Provas ilícitas e possíveis exceções de admissibilidade**. 2021. 55 p. Monografia (Bacharelado em Direito) - Faculdade de Direito, Centro Universitário Curitiba, Curitiba, 2021.

SANTOS, Pedro Ivan da Silva. As Provas Obtidas com Violação da Intimidade e sua Utilização no Processo Penal. **Revista Jus Navigandi**, Teresina, ano 6, n. 51, out. 2001. Disponível em: <https://jus.com.br/artigos/2110>. Acesso em 04 nov. 2023.

SILVA, César Dario Mariano da. A gravação ambiental ainda é prova lícita? **Revista Consultor Jurídico**, São Paulo, 04 jan. 2022. Disponível em: https://www.conjur.com.br/2022-jan-04/cesar-dario-gravacao-ambiental-ainda-prova-licita/#_ftn6. Acesso em: 03 nov. 2023

SILVA, Marco Antonio Marques da; FURTADO, Régis Munari. O direito a intimidade como limite à admissibilidade das gravações clandestinas: reflexões acerca da posição do Supremo Tribunal Federal. **Revista de Direito Brasileira**, Florianópolis, v. 26, n. 10, p. 365-386, mai./ago. 2020.

SILVA, Philipe Benoni Melo e. *Fishing Expedition*: A pesca predatória por provas por parte dos órgãos de investigação. São Paulo, **JOTA**, 20 jan. 2017. Disponível em: <https://www.jota.info/opiniao-e-analise/artigos/fishing-expedition-20012017>).

SILVA, Ricardo Sidi Machado da. **A interceptação das comunicações telemáticas no processo penal**. 2014. 266 p. Dissertação (Mestrado em Direito) - Faculdade de Direito, Universidade de São Paulo, São Paulo, 2014.

SULLIVAN, Francis C. *Wiretapping and Eavesdropping: A Review of the Current Law*. **Hastings Law Journal**, vol. 18, issue 1, p. 59-87, nov. 1966. Disponível em: https://repository.uchastings.edu/hastings_law_journal/vol18/iss1/4. Acesso em 15 out. 2023.

VIEIRA, Renato Stanzola. **Paridade de armas no processo penal**: do conceito à aplicação no direito processual penal brasileiro. 2013. 313 p. Dissertação (Mestrado em Direito) - Faculdade de Direito, Universidade de São Paulo, 2013.

YOKOYAMA, Márcia Cáceres Dias. **O direito ao silêncio no interrogatório**. 2007. 165 p. Dissertação (Mestrado em Direito) - Pontifícia Universidade Católica de São Paulo, 2007.

ZENI, Ferdinand J. Jr. *Wiretapping - The Right of Privacy versus the Public Interest*. **Journal of Criminal Law and Criminology**, vol. 40, issue 4, p. 476-483, 1949. Disponível em: <https://scholarlycommons.law.northwestern.edu/jclc/vol40/iss4/5/>. Acesso em 15 out. 2023.

ZONTA, Ivan Navarro. Atividade probatória no processo penal: um contraponto entre a atuação da acusação e da defesa. LUCCHESI, Guilherme Brenner (coord.). **A prova no processo penal**. Florianópolis: Emais Editora, 2023. 388 p. 2023, p. 77-89.