

Válter Kenji Ishida

Processo PENAL

na medida certa

PARA CONCURSOS

2^a Edição
revista, atualizada
e ampliada

2024

 **EDITORA**
*Jus*PODIVM
www.editorajuspodivm.com.br

8

PROVA

8.1 TEORIA GERAL DA PROVA. CONCEITO

A expressão **prova** vem do latim *probatio* e é o conjunto de atos praticados pelas partes, pelo juiz (CPP, arts. 156, 2ª parte; 209 e 234) e por terceiros (p. ex., perícias), destinado a levar ao magistrado a **convicção** acerca da existência ou inexistência de um fato, da falsidade ou veracidade de uma afirmação (é destinada ao juiz, pois é ele quem irá julgar). Nesse sentido, é entendida como “meio de prova. E estes “meios de prova” é que serão abaixo estudados (exame de corpo de delito, interrogatório etc.). Prova pode ser ainda entendida como o “ato de provar” e ainda o próprio resultado (p. ex. a prova da inocência do réu) (Nucci, *Manual de processo penal e execução penal*, p. 351). Assim, posso dizer que a busca e apreensão é um meio de prova; posso afirmar que vou provar o alegado; e ainda a prova produzida nos autos (como resultado) não foi suficiente para gerar o decreto condenatório. A prova como resultado pode ser extraída do art. 155 do CPP que menciona que o juiz formará sua convicção pela livre apreciação da prova (isto é, a prova como resultado, como objeto da apreciação pelo magistrado. Apreciando a redação do art. 155, bem se verifica que o legislador tencionou diferenciar **prova** de **elementos informativos**. Prova nesse sentido é aquela produzida em contraditório judicial. Já elementos informativos são aqueles colhidos durante a investigação, na maioria dos casos, na fase do inquérito policial. Como foi dito, a **prova** compreende os elementos produzidos pelas partes ou pelo próprio juiz, visando estabelecer, dentro do processo, a existência de certos fatos. Provar significa fazer conhecer aos outros uma *verdade* conhecida pela própria pessoa.

8.2 OBJETIVO (ESCOPO) DA PROVA

Formação da **convicção** do juiz acerca dos elementos essenciais para o deslinde da causa, ou simplesmente tornar aquele fato conhecido para o juiz, convencendo-o da sua existência.

8.3 OBJETO

Objeto material da prova é todo fato a ser examinado. Compreendem-se os fatos **principais** e os **secundários**, que reclamem uma apreciação judicial e exijam uma comprovação. Em matéria processual, principalmente no campo probatório, tem um sentido bastante amplo, pois abrange os diversos acontecimentos do mundo exterior, alcançando desde coisas, lugares, pessoas e documentos. O fato principal se liga na reconstrução histórica do fato tido como criminoso. Esse é o **objeto da prova: o fato típico, antijurídico e culpável (conceito analítico predominante de crime)**. Busca-se na prova aquilo que é pertinente. No processo penal, na maioria dos casos, vigora o princípio da *verdade real*, atualmente relativizado para uma verdadeira *possível*. Assim, na prática, uma aproximação com a verdade, ou uma verdade viável. Alerta Badaró (*Processo penal, 4ª edição*, p. 399) que o verdadeiro objeto da prova não é o fato, mas a “existência do fato”. **Fonte de prova.** Fonte é a origem da prova, ou seja, tudo aquilo que possa fornecer indicações úteis. **Meio de prova.** Tudo aquilo que possa servir como instrumento para a comprovação de determinado fato. Exemplo: a prova testemunhal é um meio de prova. Por meio dele, pode-se conseguir chegar à autoria do fato criminoso. O CPP especifica alguns meios de prova (v.g. a prova testemunhal) e permite a realização de outros meios não previstos (inominadas).

8.3.1 Fatos que independem de prova

Existem fatos que por determinado motivo dispensam a prova.

a) Fatos **axiomáticos** (axioma = premissa evidente por si mesma) ou **intuitivos**: são os fatos evidentes; nada mais são do que a certeza que se tem do conhecimento sobre algo. Ex.: encontro de cadáver putrefato torna desnecessária a prova da morte¹ (mas exige a solução da *causa mortis*).

1. Este exemplo é parcialmente correto. O cadáver putrefato somente admitira um exame externo quando não se vincular a uma infração penal (art. 162, parágrafo único, do CPP). Mas normalmente um cadáver putrefato é localizado em local ermo (p. ex., uma mata), tudo indicando homicídio praticado. Nesse caso, a perícia é exigida (art. 162, *caput*, do CPP).

b) Fatos **notórios** (art. 374, I, do CPC de 2015): são aqueles fatos cujo conhecimento faz parte da cultura de uma sociedade. São fatos públicos. São os casos da **verdade sabida**. O notório não precisa de prova. Não se precisa provar que o dia 7 de setembro é o dia da Independência do Brasil.

c) **Presunções legais** (art. 374, IV, do CPC de 2015). Presunções são conclusões sobre um fato tiradas através de outro fato. São criações da “verdade”. As presunções podem ser comuns quando incidem sobre aquilo que ordinariamente acontece e são legais quando decorrem do texto legal. A consequência da presunção é a veracidade de determinado fato, dispensando a prova nesse sentido. As presunções nitidamente pertencem à prova no processo. O exemplo mais fácil para compreensão da presunção é a revelia. Dispõe o art. 344 do Código de Processo Civil de 2015 que “se o réu não contestar a ação, será considerado revel e presumir-se-ão verdadeiras as alegações de fato formulado pelo autor”. Fato provado: o réu não contestou. Presunção (absoluta): os fatos alegados pelo autor são verdadeiros. Justificativa para a presunção: economia processual: o que ordinariamente acontece não necessita ser provado. É presumida a sua veracidade. Assim, o fato presumido não precisa ser provado porque tanto na forma absoluta como relativa é inicialmente tido como verdadeiro.

Podem ser: absolutas (*juris et jure*) ou relativas (*juris tantum*). Por exemplo: a vulnerabilidade (presunção de violência) da vítima não maior de 14 anos é absoluta (Súmula 593 e Tema 918, ambos do STJ – O crime de estupro de vulnerável se configura com a conjunção carnal ou prática de ato libidinoso com menor de 14 anos, sendo irrelevante eventual consentimento da vítima para a prática do ato, sua experiência sexual anterior ou existência de relacionamento amoroso com o agente) A presunção da inimputabilidade do menor de 18 anos é, contudo, absoluta. Principalmente, com o advento do § 5º, do art. 217-A, do CP, mencionando a existência do crime independentemente do consentimento da vítima. Também é exemplo de presunção os crimes de perigo abstrato em que se presume o perigo de forma absoluta e o crime de perigo concreto em que a presunção se dá de forma relativa, havendo necessidade de demonstração do perigo. Ganha corpo no processo civil e penal a relativização da presunção. Com efeito, não se pode conceber uma regra absoluta, já que é sabido que existem casos em que incidem a presunção, mas como regra de justiça, não pode ser aplicada ao caso em concreto. Outrossim, a presunção relativa é aquela que admite prova em contrário. No direito de família, existe presunção de paternidade para aquele que se recusa a fazer o exame de DNA. Todavia, tal presunção admite prova em contrário.

Presunção da inocência e presunção de veracidade do fato. Não se confundem os dois conceitos. A presunção de veracidade do fato no processo penal implica em se admitir verdadeiro determinado fato que pode (presunção relativa) ou não (presunção absoluta) ser contrariado. Já na presunção da inocência, não se admite inicialmente como verdadeiro o fato da inocência do réu. Não se trata de matéria de prova no processo penal. Ao contrário, existe “um *fumus boni iuris*” da culpabilidade do acusado. Só que essa conclusão, de regra, só pode ser admitida e explicitada após o trânsito em julgado da sentença condenatória. Antes desta, há uma preocupação com a dignidade do acusado, preservando-se à medida do possível, seu *status libertatis*. A presunção da inocência não é um meio de prova no processo penal, mas uma garantia do acusado. Melhor seria denominá-la de princípio da preservação da dignidade humana.

d) **Fatos inúteis:** são os fatos verdadeiros ou não, que não influenciam na solução da causa, na apuração da verdade real. Assim, se o juiz ouve duas testemunhas de defesa que comprovam o bom comportamento do réu, desnecessária a oitiva de mais duas, porque estas se mostram *inúteis*.

8.3.2 Fatos que dependem de prova

Todos os fatos, com exceção das hipóteses acima narradas, dependem de prova, inclusive os incontroversos (ao contrário do processo civil, em que os fatos incontroversos não necessitam de prova). Fatos incontroversos são aqueles aceitos pelas partes. Exemplo: a confissão do réu. Todavia, exige-se que o fato:

- a) seja **admissível** (permitido por lei ou costumes judiciários).
- b) seja **pertinente** ou fundado (que tenha relação com o processo, ou seja, que não seja uma prova inútil).
- c) seja **concludente** (visa fixar uma questão controvertida e possibilitar a conclusão).
- d) seja de **possível** realização. Deve o juiz verificar se existe probabilidade de realizar a prova.

Fases da prova: (1) *investigação* (principalmente através do inquérito policial); (2) *propositura* (requerimento das partes); (3) *admissão* (deferimento); (4) *produção* (com exceção das provas pré-constituídas, as provas devem ser produzidas através do contraditório); (5) *valoração* (o juiz não pode ignorar, deve valorar, isto é, verificar se é insuficiente ou não) (Badaró, ob. cit., p. 401).

8.3.3 Prova do direito (a lei)

Não necessita ser provada a lei federal (*juria novit curia*), porém, devem ser provados o direito municipal, estadual, alienígena ou consuetudinário (art. 376 do CPC). Ainda, deve ser provado o regulamento ou a portaria (o texto há de ser juntado aos autos). Essa regra feita no passado, precisa ser repensada, pois o magistrado hoje com a Internet possui acesso a quase todas as leis: estaduais, municipais e até estrangeiras. São poucos os textos de lei inacessíveis.

8.3.4 Prova proibida

Como acima se mencionou, busca o processo penal, a verdade real. Porém é de se salientar que essa busca não é absoluta porque encontra limitação no ordenamento jurídico. Assim, não se admite no processo penal, a prova proibida. Esta é toda aquela vedada pelo direito, a qual deve ser refutada do ordenamento jurídico. De uma forma geral, prova proibida é a prova ilegal, que extrapola os limites desse mesmo ordenamento jurídico.

8.3.4.1 Provas ilícitas

São aquelas cuja ofensa ao direito pode se verificar no instante em que a prova é colhida, havendo **violação** ao direito **material**. Esse direito material normalmente se refere a um tipo penal, mas pode se referir aos costumes (exemplo: segredo obtido em confessorário), aos princípios gerais de direito, à boa fé (usar gravador disfarçado) e à moral (p. ex. delatar o outro criminoso). Com efeito, a Carta Magna, em seu art. 5º, estabelece um sistema de garantias da intimidade da pessoa que repercute sobremaneira sobre a coleta de provas no processo penal. Assim, do ponto de vista do direito material, a prova ilícita será colhida com desrespeito a normas e princípios constitucionais. Assim, as provas obtidas mediante tortura ou maus-tratos (art. 5º, III, da CF).

8.3.4.2 Teoria dos frutos da árvore envenenada

Origem no Brasil. A falta de disciplina das interceptações telefônicas levava a necessidade de uma lei específica, já que o art. 5º, XII, da Constituição Federal não seria autoaplicável. O STF, diante da anterior falta de regulamentação da interceptação telefônica, afirmava da necessidade de regulamentação (HC 69.912-0-RS). Havia o art. 57, inciso II, alínea “e”, do Código Brasileiro de Telecomunicações (Lei nº 4.117/62). Mas sempre houve entendimento de que esse artigo não fora recepcionado pela Constituição Federal e ainda haveria necessidade de uma lei específica que mencionasse o procedimento

de autorização judicial para interceptação telefônica (STF, HC nº 22.588, Rel. Maurício Correa, Tribunal Pleno, j. 12/06/1.996, DJ 04-08-2.000. Nessa lacuna regulamentar, vigorava a regra do direito americano dos “frutos da árvore envenenada” (*fruits of the poisonous tree*), que implicava na nulidade da prova obtida (HC 69.912-0). Assim, dentro da matéria prova ilícita por derivação, não se pode extrair uma prova (fruto) de um local onde existe irregularidade (árvore).

8.3.4.3 A prova ilícita por derivação

“§ 1º São também inadmissíveis as provas **derivadas** das ilícitas...” (negrito nosso)

Como acima foi dito, a **teoria dos frutos da árvore envenenada influenciou** a prova ilícita por derivação. Esta se constitui em prova lícita, mas obtida através de prova ilícita. A hipótese é de uma pessoa que é torturada e acaba confessando o crime (prova ilícita), bem como indica a localização da substância entorpecente (busca e apreensão da mesma). Esta última, aparentemente lícita, se torna **contaminada**, em razão de sua origem ilícita. Anteriormente se utilizava como fundamento legal o art. 573, § 1º, do CPP, que prevê que a nulidade de um ato causa a nulidade do outro que dependa do mesmo (Fernando Capez, *Legislação penal especial*, p. 74). Mas atualmente, o art. 157, § 1º, do CPP é expresso ao não admitir a prova ilícita por derivação. Assim, a prova mesmo sendo obtida por meio lícito, mas originada de meio ilícito, também deve ser considerada, por extensão, ilícita, salvo quando não evidenciado o nexo de causalidade entre umas e outras, ou quando as derivadas puderem ser obtidas por uma fonte independente das primeiras.

Diferenciação da prova ilícita e da prova ilícita por derivação. Na prova ilícita, já há uma relação de imediatividade com a prova obtida. Exemplo: ordenar mediante constrangimento que o réu realize o teste do “bafômetro”. Rotula-se como prova ilícita. Já na prova ilícita, **há uma aparente licitude na prova** (exemplo: apreensão de drogas no veículo), mas há nexo com prova ilícita (descoberta da informação através de “grampo” clandestino).

Consequência da inadmissibilidade da prova ilícita e da prova ilícita por derivação. Contaminado todo acervo probatório, atinge-se a materialidade e a autoria. Nesse caso, é hipótese de não recebimento da denúncia, em face do art. 395, III, do CPP ou absolvição na fase de sentença, nos termos do art. 386, VII, do CPP (STJ, REsp 1.577.751/RJ, Rel. Min. Nefi Cordeiro, j. 07/06/2017).

Admissibilidade das provas ilícitas por derivação (art. 157, §§ 1º e 2º, do CPP). A lei processual admitiu a prova nesse caso quando não evidenciado o nexo de causalidade ou quando puder ser obtida por uma fonte independente. Isso significa o seguinte: o direito processual penal brasileiro não mais admite a prova ilícita por derivação. Contudo, elencou duas exceções.

A legislação se inspirou no direito norte-americano, fruto da jurisprudência daquele país: (1) permissão da fonte independente; (2) permissão da descoberta inevitável; (3) teoria da contaminação expurgada:

1. Permissão da fonte independente (*independent source*).

“... salvo quando não evidenciado o nexo de causalidade entre umas e outras...” (art. 157, § 1º do CPP). Ocorre quando inicialmente se vincula a prova obtida com a prova ilícita inicial, mas depois se verifica que a conexão com a prova anterior não existia. Realmente, pode-se criticar essa conceituação, afirmando sua desnecessidade: se a prova é lícita, não havendo nexo com a anterior prova ilícita, não seria exceção e sim regra de admissão da prova. Ocorre que no início, haveria um indício de vinculação com a conduta ilícita (*fumus boni iuris*) que merece uma análise mais acurada pelo julgador para legitimá-la. Posteriormente esse indício de vinculação desaparece. O exemplo é de pessoa presa ilegalmente e que se consegue coletar digitais comprovando sua participação no roubo. Há prova ilícita por derivação. Em um segundo julgamento, utilizam-se digitais obtidas do FBI só que de um acervo mais antigo. Essa prova é admitida em decorrência de sua independência com a prova ilícita anterior (Andrey Borges de Mendonça, *Nova reforma do código de processo penal*, p. 174). Está mencionada no art. 157, § 1º. No Brasil, a fonte independente foi admitida em caso de busca e apreensão considerada viciada pelo juízo de primeiro grau (conduta inicial ilícita) e fotografiação do interior da empresa (supostamente prova ilícita por derivação em razão do nexo). Entendeu-se que não havia porque se admitir a prova ilícita por derivação no caso de fotografias tiradas do lado de fora da empresa. As fotos tiradas no interior foram consideradas ilícitas. Mas as fotos tiradas do lado de fora foram admitidas. Nesse último caso, existiria um relacionamento inicial com a prova ilícita (ou ilegítima), mas não se evidenciou o nexo de causalidade, sendo, portanto, tratada como fonte independente (TRF5, ACR 6345/RN 0004873-77.2006.4.05.8400, 8-4-2010).

Teoria da contaminação expurgada ou conexão atenuada. Ocorre quando um ato posterior totalmente independente retira a ilicitude. É exemplo o caso *Wong Sun v. U.S.* Nesse caso, tratou-se de tráfico de drogas em que A foi preso ilegalmente, sendo que A afirmou ter adquirido a droga de B. B

foi também detido ilegalmente pela polícia. B acusou C de ser o vendedor. Todos foram soltos, mas C voltou espontaneamente à Polícia e confessou a sua participação. A prova para B foi considerada ilícita, mas quanto a C foi admitida porque a “contaminação fora expurgada” (Denílson Pacheco, *Direito processual penal: teoria, crítica e práxis*, p. 820 apud Andrey Borges de Mendonça, *Nova reforma do código de processo penal*, p. 177).

2. Permissão da descoberta inevitável (*inevitable discovery*).

“§ 2º Considera-se²... aquela que por si só seguindo os trâmites típicos e de praxe próprios da investigação ou instrução criminal, seria capaz de conduzir ao fato objeto da prova”.

Nesse caso, deve-se demonstrar que a prova seria produzida de qualquer forma. O exemplo seria do caso *Nix v. Willian*, em que o corpo da vítima foi localizado em razão da declaração obtida ilegalmente pelo acusado. Essa seria a prova ilícita por derivação. Todavia, apurou-se que cerca de 200 voluntários estavam trabalhando na localização e fatalmente iriam localizar o corpo. A Suprema Corte americana admitiu essa prova (Denílson Pacheco, *Direito processual penal: teoria, crítica e práxis*, p. 820 apud Andrey Borges de Mendonça, *Nova reforma do código de processo penal*, p. 175). A jurisprudência brasileira traz outro exemplo: o extrato ou documento de transferência foi obtido por herdeiro da vítima (sobrinho) através do fornecimento pela própria instituição bancária, sem autorização judicial. Todavia, a obtenção pelo sobrinho ocorreria de qualquer forma, mediante conhecimento e acesso em inventário em que se habilitaria, tratando-se da chamada *descoberta inevitável* (STJ, HC 52.995). Assim, a descoberta inevitável não deixa de ser uma análise do julgador diante de uma prova ilícita que pode passar a ser lícita. Assim, nesse mesmo raciocínio, a utilização de raio-X para verificação de cápsula de cocaína dentro do aparelho digestivo do indiciado. Isso porque tal cápsula haveria de ser posteriormente expelida do corpo (STJ, HC 149.146/SP, Rel. Ministro OG FERNANDES, SEXTA TURMA, julgado em 05/04/2011, DJe 19/04/2011).

Menção errada de “fonte independente” no art. 157, § 2º, do CPP. O CPP faz uma conceituação errada de “fonte independente”, pois esta é a que não é decorrente da prova ilícita e não aquela que por si só seria capaz de conduzir ao fato objeto da prova (§ 2º do art. 157). Este último conceito é da “descoberta inevitável”. As exceções são reproduções do direito norte-americano,

2. Deixou-se de mencionar “fonte independente” do § 2º do art. 157 do CPP, pois o conceito é claramente da descoberta inevitável.

essencialmente calcado em decisões jurisprudenciais e com um maior requinte nas investigações. Pouca ou nenhuma conexão ou aplicabilidade possui com o direito processual penal brasileiro.

Quanto à admissibilidade da conexão atuada, é de se admitir a sua semelhança com a fonte independente. Todavia, é de se convir que o CPP adotou uma posição restritiva da admissão da prova ilícita por derivação. Por conseguinte, só devem ser admitidas as exceções explicitamente trazidas ao CPP: a fonte independente e a descoberta inevitável. Na jurisprudência, existe ainda uma certa tolerância à prova ilícita por derivação, mas gradativamente cresce sua inadmissibilidade no STJ e no STF.

A teoria da contaminação do julgado

Impedimento do juiz, desembargador ou ministro. Dispõe o § 5º do art. 157, do CPP que o juiz que conhecer da prova declarada inadmissível, não poderá proferir a sentença ou acórdão.

Histórico. Dispositivo anterior semelhante, mas vetado, já constava do Projeto de Lei nº 4.205/01 que deu origem à Lei n. 11.690/08: art. 157, § 4º: “O juiz que conhecer do conteúdo da prova declarada inadmissível não poderá proferir a sentença ou acórdão” (Renato Brasileiro de Lima, *Pacote Anticrime...*, p. 247). Na verdade, tal dispositivo acabou sendo vedado em razão da celeridade e simplicidade processual, em prejuízo das garantias processuais de ser julgado por um juiz imparcial (Cunha e Pinto, *Código de processo penal...*, p. 157). O Congresso Nacional, todavia, acabou reinserindo tal dispositivo no Pacote que acabou sancionado pela Presidência da República.

Teoria da descontaminação do julgado. Evidentemente tencionou o legislador afastar o magistrado que admitiu tal prova, mas esta foi declarada inadmissível pelas instâncias superiores. Isso porque sua **imparcialidade** ou **isenção** estaria prejudicada. Seria então uma contaminação da prova e uma contaminação por extensão do julgador. Apesar de liminarmente ter sua eficácia contida em duas decisões do STF, é necessário o enfrentamento de seus conceitos.

“Prova declarada inadmissível”.

Prova inadmissível é a inaceitável, aquela que não pode ser aceita como espécie de prova legítima no processo penal para gerar uma sentença condenatória. Assim, “Em algumas circunstâncias, reage o ordenamento jurídico à imperfeição do ato processual, destinando-lhe a ausência de eficácia. Trata-se de sanção à irregularidade, que o legislador impõe...” (Cintra, Grinover e Dinamarco, *Teoria geral do processo*, p. 366). Assim, a decisão baseada na prova não é admissível. Resta definir a extensão da prova inadmissível.

Princípio da legalidade. O argumento aqui utilizado para declarar a norma inconstitucional foi sua “vagueza” ou imprecisão. Assim, nas palavras do então Presidente do STF, no plantão: “que significa “conhecer do conteúdo da prova declarada inadmissível”? Significa apenas travar contato com a prova ou pressupõe que o juiz necessariamente tenha emitido algum juízo de valor sobre o material probatório? Como se materializaria a demonstração desse “conhecimento”? O juiz, após “conhecer” do conteúdo da prova, ainda poderá proferir decisões interlocutórias e presidir a instrução, ficando impedido apenas para a sentença, ou ficará impedido desde logo? A ausência de clareza do preceito é também capaz de gerar situações inusitadas. Imagine-se o juiz que, ao proferir a sentença, se depare com uma prova ilícita e a declare como tal. Nesse caso, ele interrompe a prolação da sentença e, em seguida, remete os autos ao juiz que o substituirá?” (página 26). E um dos requisitos do princípio da legalidade seria essa necessidade de clareza.

Princípio do juiz natural. Essa imprecisão, fere-se o princípio do juiz natural, ao impossibilitar a definição clara do “juiz certo”.

8.3.4.4 Intercepção telefônica

Interceptar significa intrometer, ou seja, colocar-se entre duas pessoas. A expressão também pode ser entendida como o ato de captar a comunicação telefônica alheia (Renato Brasileiro de Lima, ob. cit., p. 748). Assim, tecnicamente, o trabalho da polícia de acompanhar e gravar a conversa entre o delinquente e a vítima é intercepção e se subordina à Lei nº 9.296/96.

(1) **Intercepção telefônica:** consiste na captação de comunicação por terceiro, **sem** o conhecimento de nenhum dos comunicadores. Essa é a intercepção em sentido estrito que exige autorização pelo juízo. Isso decorre da simples interpretação literal do art. 1º, da Lei nº 9.296/1996: “A intercepção de comunicações telefônicas, de qualquer natureza, para prova em investigação criminal e em instrução processual penal, observará o disposto nesta Lei e dependerá de ordem do juiz competente da ação principal, sob sigilo de justiça. Parágrafo único. O disposto nesta Lei aplica-se à intercepção do fluxo de comunicações em sistemas de informática e telemática.” Em outras palavras, de início, toda intercepção de ligação telefônica exige autorização do juiz competente, sob pena de se constituir em uma **prova ilícita**³. A *ratio*

3. Assim, é ilícita a intercepção telefônica feita pelo genitor em conversa do advogado com a genitora, sem o conhecimento destes. A questão tratou de um processo em que o advogado era acusado da prática do crime de tráfico de influência (art. 322, do CP) e argumentava que

dessa vedação de interceptação direta, necessitando da autorização do juiz foi explicitada pelo então Min. Cesar Peluzo: “A reprovabilidade jurídica da interceptação vem do seu sentido radical de intromissão que, operada sem anuência dos seus interlocutores, excludente de antijuridicidade, nem autorização judicial na forma da lei, rompe o sigilo da situação comunicativa, considerada como **proprium** dos respectivos sujeitos...” (STF, RE 583.937/RJ, Rel. Ministro CEZAR PELUSO, j. 19/11/2009).

Quebra de sigilo telemático. Telemático significa qualquer sistema que transmite dados pela rede (internet), seja em formato de texto, imagem ou som. A existência de matriz nos EUA não impede que a filial no Brasil seja obrigada a fornecer conversas entre professores e alunas, sendo os primeiros acusados de assédio sexual. Não existe necessidade de existência de tratado de cooperação internacional, já que a filial é pessoa jurídica de direito público interno. Necessidade do Facebook e Instagram encaminharem mensagens existentes na nuvem (STJ, RMS nº 66392 – RS, Rel. João Otávio de Noronha, j. 22/08/2.022). Ressalte-se a existência de Ação Declaratória de Constitucionalidade nº 51 no STF. Existe apenas a suspensão dos valores depositados, sendo que o voto do Relator Gilmar Mendes foi favorável à requisição direta.

Prova pericial em conversa de *WhatsApp*. Mesmo havendo a regra da intimidade e preservação das correspondências e conversações, a necessidade de autorização judicial só recai sobre as conversas telefônicas e não sobre outras informações contidas no aparelho celular. Dessa forma, não há necessidade da autorização judicial para verificar as chamadas realizadas no aparelho celular (STJ, Habeas Corpus nº 66.368/PA, Rel. Min. Gilson Dipp) e também para transcrição em laudo pericial das conversas realizadas via *WhatsApp* (TRF3, Apelação Criminal Nº 0011947-59.2009.4.03.6000/MS), tendo a rel. Eliana Marcelo mencionado nesse último julgamento, o seguinte: “A consulta das últimas mensagens de texto recebidas em seu celular não representa quebra de sigilo telefônico, pois não houve acesso às conversas telefônicas realizadas, mas sim simples verificação de registro gravado no próprio aparelho.” Mas, é necessário fazer uma ressalva. Não há necessidade de autorização judicial se existe apreensão de celular, podendo ser analisado o conteúdo do *WhatsApp*. Sobre isso, o Tema 977 do STF, que se discute a licitude da prova produzida durante o inquérito policial relativa ao acesso, sem autorização judicial, a registros e informações contidos em aparelho de telefone celular, relacionados à conduta delitiva e hábeis a identificar o agente do crime. Diferentemente, ocorre

tal interceptação exigiria autorização judicial (STJ, HC nº 161.053/SP, 5ª T., Rel. Min. Jorge Mussi, j. 27/11/2012, DJe 03/12/2012).

que se existe interesse para que o responsável legal pelo *WhatsApp* informe sobre o conteúdo de conversa de pessoa investigada. Nesse caso, o art. 15, § 3º, da Lei nº 12.965, de 23/04/2014 é explícito em exigir autorização judicial. O problema incide no caso de desobediência a essa ordem. Com efeito, o § 4º do art. 15 da referida lei prevê sanções, em que deverão ser considerados a natureza e a gravidade da infração, os danos de eventual vantagem auferida pelo infrator, as circunstâncias agravantes, os antecedentes e a reincidência. Nada fala a lei sobre qual espécie, sendo que na prática jurídica penal, observam-se multas, prisão administrativa do responsável legal e bloqueio por prazo determinado do *WhatsApp*. Assim, em 19/07/2017, houve ordem de bloqueio pela juíza da vara das execuções criminais do Rio de Janeiro pela desobediência do Facebook em desviar o teor das conversas antes de serem criptografadas. Isso se refere a uma investigação na Comarca de Duque de Caxias. Futuramente, doutrina e jurisprudência deverão aclarar a matéria, sendo possível uma nova legislação que discipline as sanções possíveis. Mais recentemente, o STJ estabeleceu critérios para essa fixação da multa: (1) valor máximo de R\$ 50 mil, em atendimento ao princípio da proporcionalidade; (2) aplicação das *astreintes*, do CPC ao processo penal, em razão da teoria dos poderes implícitos (STJ, REsp 1568445/PR, Rel. Min. Rogerio Schietti Cruz, j. 24/06/2.020, DJe 20/08/2.020); (3) a determinação judicial de obrigação de fazer, sob pena de multa, seguida depois do bloqueio de bens e realização de constrições patrimoniais (RECURSO ESPECIAL Nº 1.568.445/PR, Voto Vencedor do Min. Ribeiro Dantas).

(2) Captação telefônica e o art. 41, da Lei de Abuso de Autoridade (Lei n. 13.869/19). A captação telefônica consiste na gravação da conversa telefônica por terceiro com o conhecimento de um dos interlocutores.

Caso prático. Delegacia antissequestro grava conversa entre a vítima que teria que pagar o preço para o resgate e o sequestrador.

Situação antes da Lei de Abuso de Autoridade. A questão é se definir se tal escuta estaria também citada no próprio art. 1º, da Lei nº 9.296/1996, ou seja, exigiria autorização pelo juiz para a escuta. Assim, existem duas correntes.

1ª corrente: a escuta telefônica está incluída no art. 1º da referida lei e por extensão, exige autorização judicial. Nesse sentido: Damásio de Jesus, *Interceptação de comunicações telefônicas*, RT 735, pág. 458-473, *apud* Renato Brasileiro de Lima, *ob. cit.*, p. 749, nota de rodapé 304.

2ª corrente: não existe necessidade da autorização judicial, porquanto a escuta não é abarcada pelo art. 1º da referida lei. Nesse sentido, o próprio STF, no HC nº 74.678/SP, Rel. Min. Moreira Alves, j. 10/06/97. **O STJ também**

admitiu a captação telefônica feita por terceiro, com conhecimento da vítima no caso de crimes sexuais (AgInt no REsp 1712718/AC, Rel. Ministro FELIX FISCHER, QUINTA TURMA, julgado em 24/04/2018, DJe 30/04/2018 (caso de captação da mãe para proteger a filha vítima); AgRg no AREsp 754861/PR, Rel. Ministro SEBASTIÃO REIS JÚNIOR, SEXTA TURMA, julgado em 04/02/2016, DJe 23/02/2016).

Nossa opinião. Em nosso entender, aliás, ambas as situações (gravação clandestina ou ambiental e interceptação consentida por um dos interlocutores) são irregulamentáveis porque fora do âmbito do inciso XII do art. 5º da Constituição e sua ilicitude, bem como a da prova dela decorrente, dependerá do confronto do direito à intimidade (se existente), com a justa causa para a gravação ou a interceptação...”. Prepondera essa segunda corrente, dispensando a autorização judicial da escuta telefônica (STJ, HC nº 161.053/SP, Rel. Min. Jorge Mussi, j. 21/11/2012).

(3) **Gravação telefônica:** é a realizada por um dos interlocutores. É válida desde que haja justa causa. Ressalve-se apenas que se a intimidade for atingida de **maneira grave**, a prova será tida como ilícita (Fernando Capez, ob. cit., p. 79). Assim, declarou-se nula a gravação feita pelos policiais com conversa com o indiciado, em sede de prisão em flagrante, prevalecendo o direito a não autoincriminação (STJ, HC 244977/SC, Rel. Min. Sebastião Reis Júnior, j. 25/09/2012, DJe 09/10/2012).

1ª observação. É tida como válida, desde haja justa causa para esta. Haveria justa causa na conduta de provar sua inocência.

2ª observação. Fora dos dois casos: prova da inocência e quando a pessoa que grava é vítima de crime, há divergência sobre sua aceitação. 1ª corrente: não há justa causa se houver outro motivo, aplicando-se uma interpretação restritiva. Assim, já entendeu que se o objetivo é incriminar outra pessoa, a prova seria ilícita: STJ, 5ª Turma, HC 57.961/SP, Rel. Min. Felix Fischer, DJe 12.11.2007. 2ª corrente: existe também justa causa fora das duas situações acima mencionadas, desde que exista proporcionalidade.

Regras para a interceptação telefônica:

(a) ordem do juiz **competente** para a ação principal.; (b) **indícios razoáveis de autoria e participação e materialidade:** trata-se apenas de um juízo de probabilidade (*fumus boni iuris*), aplicando-se o princípio do *in dubio pro societate*.; (c) **infração punida com crime de reclusão;** (d) **que não exista outro meio:** ou ainda se o meio for extremamente difícil; (e) **que não se relacione a procedimento extrapenal,** como o de família.

Legitimidade. Pode ser de ofício, a requerimento da autoridade policial ou Ministério Público. O STF no HC 96.986, j. 15.05.2012 admitiu a interceptação feita pela Polícia Militar. A decretação pelo juiz *sponte propria* previsto no art. 3º da Lei nº 9.296/96 viola o sistema acusatório e existe a ADI 3.450 em andamento.

Interceptação telefônica pelo MP. É regulamentada pela Resolução nº 36, do CNMP, de 06/04/2023 e foi considerada constitucional pelo STF na ADIN 5315, Rel. Min. Roberto Barroso. A Adepol/Brasil questionava a atuação do MP com o sistema Guardiã frente à possível atribuição exclusiva da Polícia Judiciária.

Prazo. O prazo é de 15 dias, renovável por igual período. O STJ entendeu que a lei não obriga a renovação por uma única vez, podendo haver outra prorrogação desde que demonstrada a necessidade (HC 133.037-GO, Rel. Min. Celso Limongi (Desembargador convocado do TJ-SP), julgado em 2-3-2010).

Fundamentação per relationem para a prorrogação da interceptação telefônica. Fundamentação *per relationem* significa aquela baseada em remissão ou referência a outra. Ao invés de escrever toda uma fundamentação, o juiz se refere a uma decisão anterior. Não configura inexistência de motivação (STF, AI 738982 AgR, Relator Min. Joaquim Barbosa, Segunda Turma, julgado em 29/05/2012), sendo válida.

Contestação pela Defesa da interceptação. Realizada a interceptação policial em sede de investigação, o direito a contraditar essa prova somente é admitido em juízo (contraditório diferido) (STJ, REsp nº 268.891/RJ, Rel. Min. Rogerio Schietti Cruz, 6ª T., j. 27/02/2.018, DJe 20/03/2.018). Daí a existência de questões debatidas pela Defesa como a necessidade de transcrição e o acesso ao inteiro teor dos conteúdos.

Transcrição. Não há necessidade da transcrição por perito oficial, em razão da ausência de previsão legal na Lei nº 9.296/1996. A obrigação do magistrado é a garantia de acesso às mídias. **Degração total.** Também se dispensa a identificação dos interlocutores e a degração total.

Captação ambiental de sinais eletromagnéticos, ópticos ou acústicos (art. 8º-A, da Lei nº 9.296/1996). Antes da Lei de Abuso de Autoridade e do Pacote Anticrime, a captação ambiental dispensava de autorização judicial. O Pacote Anticrime realizou duas alterações: (1) Introduziu o art. 8-A à Lei nº 9.296/96; (2) Introduziu infração penal correlacionada. Art. 8-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...*” Tipo penal do art. 10-A da Lei

nº 9.2.96/96. “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. - § 1º Não há crime se a captação é realizada por um dos interlocutores.”

Conceito de captação ambiental. Captação significa, em sentido estrito, a gravação com o conhecimento de um dos interlocutores. Já a captação ambiental é aquela não telefônica, diferenciando da captação domiciliar, sendo esta a que ocorre em ambiente exclusivo. A ambiental é aquela em que ocorre em local público ou privado, utilizando-se de filmagem, incluindo a captação de imagens e de sons ou de gravação apenas de áudio. Portanto esse tipo de captação possui como escopo (direto ou indireto) a “captação” de conversa sem a utilização do telefone, excluindo o regime do art. 5º, XII, da CF (Renato Brasileiro de Lima, *Pacote anticrime...*, p. 439). A captação na lição de Avena (*Processo penal*, p. 550), possui um caráter residual, abrangendo o registro que não se utilize de linha telefônica. Os sinais eletromagnéticos são os gravados em fitas ou em banda magnética e os sinais óticos abrangem as imagens e os acústicos os sons (Fábio Ianni Goldfinger, *Leis penais comentadas*, p. 1.028).

Regime jurídico da captação ambiental. Apesar da nova disciplina feita pelo Pacote Anticrime sobre a Lei nº 9.296/1996, muitas **dúvidas** ainda pairam sobre a sua disciplina. Em razão disso, a referência será sempre o inc. X do art. 5º, da Constituição da República que inclui a inviolabilidade da intimidade, vida privada, honra e imagem das pessoas.

Pacote Anticrime. A alteração da lei ao dispor sobre a captação ambiental inclui a interceptação ambiental (feita por terceiro sem o conhecimento de um dos interlocutores), a captação ambiental em sentido estrito (feita por terceiro com o conhecimento de um dos interlocutores) e a gravação ambiental (feita por um dos interlocutores sem o conhecimento do outro). Os instrumentos podem ser por meio de escutas, microfones, câmeras ocultas, monitoramento à distância etc. (Renato Brasileiro de Lima, *ob. cit.*, p. 440).

Utilidade da captação ambiental lato sensu. Denominada de vigilância eletrônica, permite a instalação de aparelhos de gravação de som e imagem em ambiente fechado, incluindo residências, locais de trabalho, presídios etc.) ou aberto, como ruas, praças, jardins, com o escopo não apenas de gravar conversações (sinais acústicos) como filmar condutas (sinais óticos), como um homicídio culposo ou doloso (Masson e Marçal, *Crime organizado...*, p. 310).

Modalidades de captação ambiental:

(1) **Interceptação ambiental:** é a captação no próprio ambiente realizada por um **terceiro**, sem conhecimento dos comunicadores. Nesse caso, a comunicação não se dá por meio do telefone. Exigiria autoridade judicial.

(2) **Escuta ambiental:** é a captação não telefônica feita por um terceiro, mas com o consentimento de um dos interlocutores. Não se aplica a regra da escuta telefônica, esta permitida pelos tribunais superiores. No caso da captação ambiental, esta necessidade de autorização judicial da escuta depende de fatores que poderiam ser explicitados na Lei nº 9.296/96, mas não foram. A primeira regra é o grau de privacidade no momento da captação ambiental. Atualmente, todas as situações são “filmadas” via celular. Vamos supor que um irmão filme sua irmã sendo ofendida por uma terceira pessoa. A irmã sabe da filmagem e o agente criminoso não. A validade dependeria dessa intimidade. Feita essa filmagem em ambiente público, haveria essa dispensa. Se feito em ambiente íntimo, como na residência da vítima, haveria essa invalidação. O que fez o art. 10-A da Lei nº 9.296 é indicar que, dependendo da situação, haverá necessidade da autorização judicial no caso de interceptação e de escuta, e dispensando no caso de gravação. É bom ressaltar que o STJ na captação telefônica, sempre admitiu como lícita: “Ademais, a jurisprudência da Suprema Corte já decidiu que a gravação telefônica feita por terceiro, que intercepta conversa de duas outras pessoas, sem o conhecimento destas, difere daquela feita por um dos interlocutores sem a ciência do outro – ou até mesmo por terceiro, com a conveniência de um deles –, sendo tão só a primeira considerada como prova ilícita” (AgRg no AREsp 754861/PR, Rel. Ministro SEBASTIÃO REIS JÚNIOR, SEXTA TURMA, julgado em 04/02/2016, DJe 23/02/2016).

(3) **Gravação ambiental:** é a captação no ambiente de comunicação realizada por **um** dos comunicadores, como feita por câmaras, celulares etc. Aplica-se a mesma regra da **gravação telefônica** e as observações supra feitas. Muito em voga em casos envolvendo a operação Lava Jato. É conhecida também como gravação clandestina e foi admitida como lícita pelos tribunais superiores. Vide nesse sentido: STF: “É lícita a prova consistente em gravação ambiental realizada por um dos interlocutores, ainda que sem o conhecimento do outro. Precedente do STF decidido em repercussão geral (STF, RE 583.937/RJ, Rel. Ministro CEZAR PELUSO, j. 19/11/2009). Também já se admitiu a gravação feita por um dos interlocutores, para utilizá-la como colaboração premiada (STJ, RHC 102808/RJ, Rel. Min. Joel Ilan Paciornik, 5ª T., j. 06/08/2019, DJe 15/08/2019). Dessa forma, a gravação feita por um dos interlocutores é válida mesmo depois da edição do Pacote Anticrime (STJ, HC nº 512.290/RJ, Rel. Rogerio Schietti Cruz, j. 18/08/2020).

Gravação feita pela polícia com o investigado. Se é lícita a gravação feita clandestinamente por uma das partes, esta licitude não ocorre se for feita pela Polícia. Assim, no momento da abordagem ou já na Delegacia de Polícia,

realiza-se a gravação informal feita pelo investigado, admitindo o crime. Esta prova é ilícita se não existir advertido do seu direito ao silêncio (STF, HC 80.949, Informativos 248 e 250 e ainda STJ, RHC nº 119.040/ES, Rel. Min. Sebastião Reis Júnior, j. 03/02/2.020). Se a limitação ou ilicitude incide sobre uma espécie de confissão informal, a delação informal de crime de terceiro é válida (V. Avena, *Processo penal*, p. 554). Mas a questão é tortuosa no caso de perseguição pela polícia militar. Se flagrado um homicídio pelo agente criminoso através de câmera, esta não poderia ser utilizada como meio de prova? Cremos que sim.

Disciplina da gravação. De regra, a gravação pode ser feita por qualquer pessoa, sendo válida na esfera processual penal, desde que não implique em indevida falta de privacidade e não existir justa causa para tal gravação.

Necessidade ou não da autorização judicial do juiz competente no caso de comunicação ambiental, interceptação e escuta ambientais. A CF tratou explicitamente da autorização judicial das comunicações telefônicas em seu art. 5º, XII. Mas nada falou nesse inciso sobre a captação ambiental. Ficou então a cargo do inc. X do mesmo artigo da Constituição. Porém, este não mencionou sobre a necessidade ou não da autorização judicial (Masson e Marçal, *Crime organizado*, p. 314). No caso de gravação ambiental, não se exige autorização, mas a sua admissibilidade como prova dependerá da análise casuística, com os seguintes parâmetros: (1) meio de defesa; (2) investida criminosa; (3) inexistência de obrigação de manter sigilo; (4) não restar caracterizada a violação de sigilo (Vinícius Marçal e Cleber Masson, *Crime organizado*, 2ª ed., São Paulo, Método, 2016, p. 211-212, *apud* Renato Brasileiro de Lima, *Pacote Anticrime...*, p. 441, nota de rodapé 514). Masson e Marçal entendem que exista necessidade tão somente na interceptação ambiental, já que a lei torna atípica se a captação é feita por um dos interlocutores (art. 10-A, § 1º, da Lei nº 9.296/1996). Todavia, evidente que a menção do referido § 1º é sobre a gravação. O próprio STF limita à própria gravação como possível de dispensa da autorização judicial: “Tem-se entendido que a prova colhida em circunstâncias que tais, só é inválida se obtidas por pessoas alheias ao colóquio, o que não é a hipótese, dado que o próprio secretário teve a iniciativa de **gravar a sua própria** conversa” (RExt 212.0818, Rel. Min. Octavio Gallotti, 1ª Turma, DJ 27.03.198). O tema, em matéria de nulidades, não deixará de ser polêmico e provavelmente alvo de impugnação pela Defesa. Devem a interceptação e a captação serem objeto de autorização pelo juiz ou apenas a interceptação?

Tipo de interceptação ou captação ambiental que deve ser objeto de autorização judicial. Toda interceptação, captação, apreensão de celular e

visualização do seu conteúdo, divulgação de interceptação pela polícia, juiz ou membro do MP gera **dano** à privacidade e intimidade do investigado ou de pessoa relacionada à investigação. A questão é de se aferir o grau de invasão da intimidade e da forma de invasão em relação à investigação que justifique a necessidade de autorização judicial.

Locais públicos ou acessíveis ao público. Em quase todas as investigações policiais, onde a autoria é desconhecida, a primeira diligência é a busca de imagens de “câmeras de segurança”. A questão é se analisar a necessidade de autorização judicial para esse tipo de filmagem ser válido na esfera processual penal. Não nos parece que a filmagem de ambientes públicos (ruas, avenidas, praças) ou de ambientes privados abertos (cinemas, shoppings centers etc.) exijam tal autorização, porquanto se destinam à segurança pública e não tencionam à invasão da privacidade em locais íntimos, exclusivo para as pessoas. Isso não quer dizer que exista a invasão da privacidade e intimidade da pessoa em logradouro público. O agente criminoso pode estar na via pública com sua “amante” e isso causaria um dano à sua imagem. Mas a invasão da privacidade seria menor que a captação de imagem dentro do seu quarto na sua residência, até pelo fato do art. 5º, inc. XI, da CF tratar “asilo inviolável do indivíduo” (Masson e Marçal, *Crime organizado*, p. 316). Em outras palavras, frente ao disposto no art. 8º-A da Lei de Interceptação, deve o juiz realizar esse “filtro” de situações que de forma exagerada, violam a intimidade e privacidade do investigado, que geraria essa necessidade de autorização judicial.

Local público com necessidade de garantia da intimidade (Masson e Marçal, *Crime organizado*, p. 318). Conforme ressaltado acima, na maioria dos casos, não se necessita a autorização do juiz para interceptação, captação e gravação ambiental, pois é quase impossível o resguardo da intimidade. Porém em determinados casos, a invasão pode ser tamanha, que a captação só poderia ser feita mediante autorização judicial. É o caso de Suzane Richthofen. Este havia concordado em dar uma entrevista para o programa “Fantástico”. Nesse caso, haveria uma captação com conhecimento do repórter e da ré. Ocorre que em determinado momento, o repórter passou a gravar a conversa entre a ré e seu advogado. Ocorre que mesmo estando na rua, existiu uma verdadeira interceptação ambiental não permitida sem autorização judicial, porquanto existe o direito ao sigilo (art. 207, do CPP) da conversa entre o réu e seu advogado (STJ, HC nº 59.967/SP, 6ª T., Rel. Min. Nilson Naves, DJU 25.09.2006, p. 316).

Gravação por câmera de vídeo ou gravação de som. Existe tanto em ambiente fechado (residência, empresa etc.) como nas vias públicas. A questão

ainda polêmica e muito utilizada pela polícia é a seguinte: é válida tal prova? Analisando em seara trabalhista, decidiu o TST que “O monitoramento do ambiente laboral por sistema de segurança, através de câmeras, à exceção de locais que invadam a intimidade ou privacidade do trabalhador (banheiros e vestiários) é amplamente aceito pela jurisprudência, não havendo necessidade do consentimento do empregado (TST, AIRR nº 710420155070010, Relatora Dora Maria da Costa, j. 30/10/2018). Assim, entendemos que a gravação por câmera de vídeo pode ser aceita como prova legítima no processo penal, tanto em ambiente público ou privado, desde que não exista invasão excessivamente constrangedora, como a filmagem de banheiro. A regra do art. 8º-A, da Lei nº 9.296/1996 somente é exigível na captação ambiental (e ainda na interceptação ambiental), quando v.g., vai-se instalar gravador em ambiente privado. Sobre o tema, o STJ, no AREsp 1482317, Rel. Min. João Otávio de Noronha, decisão monocrática de 30/05/2019, ao analisar a invasão de privacidade e intimidade, sem autorização judicial, não conheceu do recurso especial, mencionando que “Com efeito, a gravação ambiental realizada pela vítima do delito ou até mesmo por terceiros visando sua tutela constitui legítimo exercício de suas liberdades públicas, não logrando êxito a invocação, pelo autor do crime, de seu direito à privacidade e intimidade para invalidar imagens de vídeo que registram o momento do flagrante.”

Interceptação de som. Recentemente os pais inseriram na mochila do filho autista, um gravador, sem o seu conhecimento e da professora. Nessa interceptação ambiental foi possível captar frases fortes da professora, caracterizando até violação psíquica. Inicialmente, poder-se-ia discutir a licitude de tal interceptação feita por terceiros sem o conhecimentos dos envolvidos. Em primeiro lugar, tal interceptação se assemelha à gravação feita por um dos interlocutores frente à total incapacidade do filho. É como se os pais gravassem em nome do filho, tal conversa, o que legitimaria essa interceptação de acordo com o art. 10-A, § 1º, da Lei 9.296/96. Em segundo lugar, trata-se de uma conduta amparada pela legítima defesa de terceiro diante de um possível delito cometido pela professora. Crime próprio do art. 10-A. A vedação estaria limitada aos órgãos de investigação como a Polícia Judiciária e o Ministério Público. Os particulares não cometeriam tal delito. Porém ficaria a cargo da Autoridade Judiciária admitir ou não como legítima tal prova.

Interceptação, captação e gravação ambientais feitas por particular. Não existe *strictu sensu* autorização judicial para particular. Dessa forma, não existe para nós vedação. Ocorre que, caberá ao magistrado competente, aceitar essa prova, de acordo com o grau de invasão da intimidade.

Requisitos para a autorização judicial sobre a captação ambiental

Repetindo o dispositivo acerca da interceptação telefônica, dispõe o art. 8º-A, da Lei nº 9.296/1996 sobre a captação ambiental autorizado pelo magistrado nas seguintes hipóteses: 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. A menção a pena máxima superior a 4 (quatro) anos se refere aos ilícitos penais de maior potencial ofensivo.

Princípio da subsidiariedade (art. 8º-A, I). Mencionando que exista necessidade da comprovação da necessidade da captação e que não exista outro meio, a lei fala no princípio da **subsidiariedade**, vedando-se, portanto, a interceptação ambiental pré-delitual. Mas o ônus da prova do não cabimento da interceptação caberá à defesa (STF, HC nº 113.597/SP, Rel. Ricardo Lewandowski) (Masson e Marçal, *Crime organizado*, p. 324-325).

Requerimento da autoridade policial ou do Ministério Público. O § 1º dispõe que “O requerimento deverá descrever circunstanciadamente o local e a forma de instalação do dispositivo de captação ambiental.” Não haverá, portanto, necessidade de mostrar onde e como se instalará o dispositivo, para não o tornar ineficaz (Enunciado nº 38, do MPSP). Não cabe a atuação de ofício do magistrado (Masson e Marçal, *Crime organizado*, p. 324). A vítima não possui legitimidade, mas pode informar ao MP ou à autoridade policial, que procederá ao requerimento.

Pedido verbal. É possível a teor do art. 4º, § 1º em sua combinação com o art. 8º-A, § 5º), desde que posteriormente seja reduzido a termo. Mas supor que em diligência, constata-se a necessidade de interceptação ambiental em determinado domicílio, momento o qual, o policial poderá requerer ao magistrado p. ex. via WhatsApp ou por meio de ligação telefônica, e depois de deferida a interceptação, coloca-la por escrito em autos apartados, apensados aos autos do inquérito policial (Masson e Marçal, *Crime organizado*, p. 326). O prazo para apreciação pelo magistrado é de 24 horas (art. 4º, § 2º em sua combinação com o art. 8º-A, § 5º).

Operação policial ou no período noturno. O § 2º foi vetado pela Presidência da República. Referido parágrafo previa que “A instalação do dispositivo de captação ambiental poderá ser realizada, quando necessária, por meio de operação policial disfarçada ou no período noturno, exceto na casa, nos termos do inciso XI do caput do art. 5º da Constituição Federal.” O veto tem seu fundamento. Só se justifica a interceptação ambiental

especificamente na “casa” do agente criminoso, incluindo sua residência, seu escritório, consultório, onde realmente trata dos seus negócios ilícitos. Com a inutilidade da interceptação telefônica em razão do uso do “WhatsApp”, a interceptação ambiental pode se revelar extremamente útil para a investigação criminal. Ressalte-se que houve derrubada do veto pelo Congresso Nacional.

Período noturno. Apesar do veto do § 2º, o STF, no Inq. 2.424, Rel. Min. Cezar Peluso, Plenário, *DJe* -055 de 25.03.210, reconheceu a validade da instalação de interceptação ambiental em escritório de advocacia, com base no princípio da proporcionalidade: a medida não poderia ser realizada com publicidade, sob pena de frustração se realizada de dia, com apresentação do mandado judicial (Masson e Marçal, *Crime organizado*, p. 316-317). O veto consoante acima mencionado foi derrubado pelo § 2º do art. 8º-A. Dessa forma, a instalação pode ser feita à noite, exceto se for na “casa”, em razão da sua inviolabilidade.

Prazo para a interceptação ou captação ambiental (§ 3º). A captação ambiental não poderá exceder o prazo de 15 (quinze) dias.

Prorrogação. É possível a prorrogação, mas esta não é automática. Deve existir uma decisão judicial inicial e posteriores, deferindo as prorrogações. Assim, a interceptação é renovável por decisão judicial, se comprovada a indispensabilidade do meio de prova e quando presente atividade criminal permanente, habitual ou continuada. Não existe, portanto, limite para a prorrogação. O segundo requisito exige uma interpretação mais ampla. O legislador ao invés de dizer “crime” permanente, habitual ou continuado”, preferiu dizer atividade. Para o MPSP, em seu Enunciado nº 39 essa atividade não estaria vinculada aos conceitos de crime permanente, habitual e continuado. Para Renato Brasileiro de Lima, haveria essa relação com a menção ao crime permanente e ao crime continuado. Quanto à atividade habitual, segundo o autor não haveria referência ao crime habitual, mas sim “uma sequência de atos típicos que demonstrem um estilo de vida do autor” (*Pacote anticrime...*, p. 451). Na verdade, a leitura que se deva fazer é a seguinte: a “ratio” da prorrogação da captação ambiental ocorre quando a atividade criminal não cessa após os 15 (quinze) dias. Assim, se houver uma autorização judicial para a prática de apenas um roubo, os quinze dias seriam suficientes. Mas ocorrem situações em que a atividade (e não conduta típica do crime) criminosa se estende, o que faz lembrar associação criminosa ou organização criminosa (sem que estes tipos penais sejam necessários para nova autorização). Então, o **conceito geral** seria de atividade criminosa que não cessa, que se estende ao longo do tempo. E conjuntamente, poderiam ser exemplificados as hipóteses

de crime permanente (tráfico de drogas), crime habitual (casa de prostituição) ou continuidade delitiva (associação dedicada a furtos de caixas eletrônicos).

Degração. Se for possível, a conversa ou filmagem será transcrita (art. 6º, § 1º c.c. art. 8º-A, § 5º), podendo ser realizada pelos próprios policiais. Dessa forma, as conversas mencionadas na denúncia do MP devem estar transcritas (Masson e Marçal, *Crime organizado*, p. 327), tratando-se de garantia da ampla defesa e do contraditório em relação aos réus abrangidos pelas conversações.

Matéria de defesa. O § 4º do art. 8º-A da Lei nº 9.296/1996 foi vetado pela Presidência da República e possuía a seguinte redação: “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.” O veto se justifica pela limitação da licitude da conduta, retirando p. ex. a gravação feita por câmeras de segurança. Já era notório que a gravação feita em defesa do próprio interlocutor era válida. Salienta-se que houve derrubada do veto.

Aplicação subsidiária das regras de interceptação telefônica e telemática (§ 5º). Prevê o § 5º que: “Aplicam-se subsidiariamente à captação ambiental as regras previstas na legislação específica para a interceptação telefônica e telemática.”

8.3.4.5 Provas ilegítimas

São aquelas que são produzidas com a violação à norma processual. São introduzidas no processo, infringindo as normas de direito processual. É a hipótese mais comum: o ato é produzido, mas em desacordo com o que prevê o dispositivo processual penal. Portanto, a ilícita provém do direito material e a ilegítima origina-se do direito processual.

8.3.5 Inviolabilidade do advogado

Introdução. A Lei nº 11.767, de 7 de agosto de 2008, alterou o inciso II do art. 7º da Lei nº 8.906, de 4 de julho de 1994 (Estatuto da OAB), ao dispor sobre o direito à inviolabilidade do local e dos instrumentos de trabalho do advogado, bem como de sua correspondência. No tema de prova ilícita, é importante o art. 7º, II, que dispõe sobre “*a inviolabilidade de seu escritório ou local de trabalho, bem como de seus instrumentos de trabalho, de sua correspondência escrita, eletrônica, telefônica e telemática, desde que relativas ao exercício da advocacia*”.