



ESCOLA DA MAGISTRATURA DO ESTADO DO RIO DE JANEIRO

A POSSIBILIDADE DE USO DA GRAVAÇÃO AMBIENTAL CLANDESTINA EM
LOCAIS PRIVADOS COMO PROVA LÍCITA NO PROCESSO PENAL

Claudio Rocha Paulino Filho

Rio de Janeiro
2023

CLAUDIO ROCHA PAULINO FILHO

A POSSIBILIDADE DE USO DA GRAVAÇÃO AMBIENTAL CLANDESTINA EM LOCAIS
PRIVADOS COMO PROVA LÍCITA NO PROCESSO PENAL

Monografia apresentada como exigência para
conclusão de Curso de Pós-graduação *Lato Sensu* da
Escola da Magistratura do Estado do Rio de Janeiro.

Orientadora:

Prof^a Gisela França da Costa

Coorientadora:

Prof^a Mônica Cavaliere Fetzner Areal

Rio de Janeiro
2023

CLAUDIO ROCHA PAULINO FILHO

A POSSIBILIDADE DE USO DA GRAVAÇÃO AMBIENTAL CLANDESTINA EM LOCAIS
PRIVADOS COMO PROVA LÍCITA NO PROCESSO PENAL

Monografia apresentada como exigência de
conclusão de Curso da Pós-Graduação *Lato Sensu*
da Escola da Magistratura do Estado do Rio de
Janeiro.

Aprovada em ____ de _____ de 2023. Grau atribuído: _____

BANCA EXAMINADORA

Presidente: Claudio Brandão de Oliveira - Escola da Magistratura do Estado do Rio de Janeiro-
EMERJ.

Convidada: Prof.^a Flavia Sanna Leal Meirelles - Escola da Magistratura do Estado do Rio de Janeiro-
EMERJ.

Orientadora: Prof.^a Gisela França da Costa - Escola da Magistratura do Estado do Rio de Janeiro
– EMERJ.

A ESCOLA DA MAGISTRATURA DO ESTADO DO RIO DE JANEIRO – EMERJ – NÃO APROVA NEM REPROVA AS OPINIÕES EMITIDAS NESTE TRABALHO, QUE SÃO DE RESPONSABILIDADE EXCLUSIVA DO(A) AUTOR(A).

A Deus, por me permitir sonhar.
Aos meus pais pelo apoio constante.

AGRADECIMENTOS

A Deus, minha fortaleza e abrigo, Deus além das circunstâncias e que me permite andar sobre as águas.

À professora e orientadora Gisela França da Costa, por compartilhar o conhecimento com distinta sabedoria e leveza.

À professora e coorientadora Mônica Cavalieri Fetzner Areal, por todo o incentivo e trabalho depositado em cada página, por ser uma pessoa tão querida e apaixonante.

À Escola de Magistratura do Estado do Rio de Janeiro, por proporcionar amadurecimento profissional sem igual, que não só me torna uma estudante melhor como também reflete na forma de analisar o mundo adiante.

À minha madrinha Vera, pelo amor, apoio e dedicação infalíveis.

Aos meus irmãos e irmãs em Cristo, por todas as orações.

Aos meus amigos, pela amizade e compreensão.

A todos que contribuíram para a concretização desse sonho.

“Os planos do diligente seguramente resultam em vantagem, mas todo precipitado seguramente se encaminha para a carência”.

Provérbios 21:5

SÍNTESE

O presente trabalho discorre se é possível o uso de gravações ambientais clandestinas em locais privados para fins da acusação. A partir da análise do conceito de provas lícitas e ilícitas, expõe-se o tratamento dessas dentro do ordenamento jurídico pátrio, notadamente na Constituição Federal e na jurisprudência, em que se demonstra a necessidade de seguir os princípios constitucionais, que resguardam os direitos daqueles que são acusados, haja vista estar em vigor o regime do Estado Democrático de Direito. Nesse diapasão, e diante da alteração legislativa que permitiu as gravações ambientais clandestinas para fins de defesa, indaga-se o termo “para fins de defesa” poderia ser aplicado em favor da vítima de crime e se com isso a vítima deveria possuir um protagonismo no Processo Penal que a habilitasse a usar essas provas para acusação. Sendo assim, destacar-se-á a importância do Direito Processual Penal como garantia de todo cidadão e limitador do poder estatal no que se refere ao uso dessas gravações como prova.

PALAVRAS-CHAVE: Direito Processual Penal. Gravação clandestina. Provas lícitas.

SUMÁRIO

INTRODUÇÃO	9
1. PROVA: A COMPREENSÃO DO USO DA GRAVAÇÃO AMBIENTAL CLANDESTINA COMO PROVA LÍCITA.....	12
1.1. CONCEITO DE PROVAS.....	12
1.2 GRAVAÇÃO AMBIENTAL: CONCEITO E POSIÇÃO JURISPRUDENCIAL.....	14
1.3 PROVAS ILÍCITAS SEGUNDO O ORDENAMENTO JURÍDICO BRASILEIRO	16
1.3.1 Correntes que explicam a admissibilidade das provas ilícitas.....	18
1.3.2 Teorias que discorrem sobre a prova ilícita por derivação	22
1.4 ADMISSIBILIDADE DAS GRAVAÇÕES AMBIENTAIS CLANDESTINAS PARA FINS DE DEFESA DENTRO DA JURISPRUDÊNCIA.....	24
1.5 MUDANÇAS TRAZIDAS PELO PACOTE ANTICRIME CONSIDERANDO LÍCITA A GRAVAÇÃO AMBIENTAL CLANDESTINA PARA FINS DE DEFESA	28
2. PRINCÍPIOS CONSTITUCIONAIS: A ANÁLISE ANTE O USO DAS GRAVAÇÕES AMBIENTAIS CLANDESTINAS	31
2.1 PRINCÍPIO DA PRESUNÇÃO DE INOCÊNCIA	31
2.1.1 O direito de não autoincriminação no uso das gravações ambientais clandestinas.....	34
2.2 PRINCÍPIO DO <i>IN DUBIO PRO REO</i>	36
2.3 PRINCÍPIO DO <i>FAVOR REI</i>	39
2.4 PRINCÍPIO DA PROPORCIONALIDADE	42
2.5 PRINCÍPIO DO CONTRADITÓRIO	43
2.6 PRINCÍPIO DA AMPLA DEFESA.....	49
3. O USO DAS GRAVAÇÕES CLANDESTINAS COMO MATÉRIA DE ACUSAÇÃO.....	54
3.1. ESTADO DEMOCRÁTICO DE DIREITO: O MODELO VIGENTE.....	54
3.2. GRAVAÇÃO AMBIENTAL REALIZADA PELA VÍTIMA DE CRIME:PARA UMA ANÁLISE DA VITIMOLOGIA	58
3.3. PERMISSÃO DA JURISPRUDÊNCIA DO SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA EM SE UTILIZAR AS GRAVAÇÕES EM FAVOR DA VÍTIMA	62
3.4. LEGALIDADE DA GRAVAÇÃO CLANDESTINA PARA FINS DE ACUSAÇÃO.....	66
3.5. DIREITO PROCESSUAL PENAL COMO GARANTIA DO CIDADÃO	70
CONCLUSÃO	75
REFERÊNCIA	78

INTRODUÇÃO

A possibilidade do uso de gravações ambientais clandestinas em locais privados é um assunto controverso, visto que, ao mesmo tempo que a encaram como prova lícita, dependendo das circunstâncias, ela pode vir a se tornar ilícita. E essa pesquisa traz tais questionamentos de forma a contribuir para o desenvolvimento científico jurídico e debate nessa temática.

Neste sentido, almeja-se – em foco – analisar se as provas produzidas com o uso de gravações clandestinas em locais privados podem ser utilizadas como provas lícitas para fins de acusação. Assim, a temática central gira em torno da permissão (ou não) do uso de gravações clandestinas como prova lícita, isto é, se os direitos constitucionalmente garantidos estariam sendo violados com esse uso, na hipótese de se valer deste tipo de gravação para efeitos de acusação

Consoante o ordenamento jurídico brasileiro, provas são todos os elementos materiais trazido pelas partes dentro de um processo ou colhido através da investigação realizada pelos órgãos oficiais com o intuito de corroborar fatos alegados que venham à tona. Todavia, sua colheita se constrói por meios de regramentos que devem ser seguidos para a sua validade, objetos essenciais deste trabalho, o qual investiga a execução dessas premissas dentro do sistema jurídico brasileiro. Dessa forma, debruçam-se os olhares críticos desta obra sob as práticas de controvérsias à obediência a esses regramentos, perante um apontamento para a discricionariedade na aceitação destes elementos de alto valor processual, o que tem a capacidade de influenciar diretamente na sua validade, fato que atrapalha a comprovação investigativa para fins de conclusão.

Ademais, destaque-se que – para a consideração da gravação ambiental clandestina como meio de prova (ora ilícita ora lícita) – esta pesquisa, realiza a análise da doutrina e da jurisprudência, tanto antes da entrada em vigor do parágrafo 4º do artigo 8º-A da Lei n. 9296/96, quanto depois da sua vigência. Diante disso, debate-se a previsão de estudo da autorização legal para uso das gravações ambientais clandestinas como fins de defesa, sem que se desconsidere a possibilidade de interpretação gramatical do dispositivo que conduz a hipótese que as vítimas de um crime possuem direito fundamental à sua defesa ao realizar tais gravações ambientais em locais privados para fins de matéria de acusação.

Como estratégia discursiva que visa a esclarecer a problemática apresentada, a obra que se demonstra nessas linhas discute a respeito do seu uso dentro do prisma constitucional. Nessa toada, é importante mencionar que a pesquisa correlaciona o respeito aos princípios oriundo da Constituição da República de 1988 que preservam a intimidade e privacidade do indivíduo, além da proteção – de

mesma espécie – que garante que o indivíduo não pode produzir provas contra si de forma a elucidar a licitude da gravação ambiental clandestina usada pela acusação enquanto meio de prova e, sobretudo, quando se tratar do único meio de prova disponível. Almeja-se, assim, verificar quais os direitos garantidos constitucionalmente que inviabilizam o uso de gravações ambientais clandestinas em locais privados para acusar alguém, por expressa violação a estes direitos, bem como analisar se o devido processo legal seria respeitado se – em situações excepcionais – fosse permitido se valer destas gravações clandestinas.

No primeiro capítulo desta pesquisa, pretende-se abordar a utilização das gravações ambientais como meio de provas com o surgimento do entendimento da doutrina e jurisprudência de que este tipo de prova, outrora ilícita, poderia atualmente ser utilizada para fins de defesa e, paralelamente, identificar como ocorreu essa transposição de um entendimento para outro até chegar à expressa legislação com o Pacote Anticrime, o qual autorizou expressamente o uso destas gravações para fins de defesa.

O segundo capítulo dispõe-se a perquirir se o uso de gravações clandestinas viola os princípios garantidos não só na Constituição da República Federativa do Brasil de 1988, como também na legislação infraconstitucional. Para isso, analisar-se-ão quais são esses princípios e como eles são importantes para o devido processo legal. Ainda neste capítulo, por fim, abordar-se-á a possibilidade de o agente criminoso se beneficiar de direitos constitucionalmente previstos como escudo para a prática de ilícitos, além de se discorrer sobre a importância dos direitos contidos na Constituição como forma de proteção a toda sociedade para se evitar um processo penal temerário.

Com tais premissas expostas, o terceiro capítulo reconhece quais são os meios de prova permitidos no Estado Democrático de Direito, ao discorrer inicialmente sobre o significado atual de Estado Democrático de Direito e analisar a viabilidade, em alguma medida, da utilização de gravação clandestina para vítimas de crimes, considerando o seu pretense protagonismo à luz da vitimologia. Ainda dentro deste módulo de exposição, abranger-se-á também uma reflexão sobre a flexibilização (ou não) da gravação realizada pela vítima de crime com vista aos critérios que questionam a legalidade. Em termos mais específicos, ao findar este capítulo, questiona-se a legalidade da gravação clandestina em locais privado para fins de acusação.

A pesquisa será desenvolvida de forma bibliográfica com o levantamento de referências teóricas já analisadas, e publicadas por meios escritos e eletrônicos, como livros, artigos científicos, páginas de *web sites*. É um tema com pouca abordagem teórica, na medida em que não se encontra muita bibliografia tratando sobre o tema. Por isso, a abordagem do objeto desta pesquisa jurídica será

necessariamente exploratória em que através da busca de bibliografia especializada busca-se encontrar respostas aos questionamentos aqui apresentados.

Adota-se uma metodologia qualitativa quanto à abordagem, pois que visa à análise dos argumentos que serão levantados com base nas informações obtidas durante a pesquisa. Dessa forma, quanto aos objetivos da pesquisa, pode se inferir que serão de análise e investigação, com base na exploração que irá se fazer sobre o as gravações ambientais clandestinas, o uso delas como meio de prova lícitos e os princípios constitucionais aplicáveis nesta questão.

1. PROVA: A COMPREENSÃO DO USO DA GRAVAÇÃO AMBIENTAL CLANDESTINA COMO PROVA LÍCITA

Não se pode começar a discorrer a respeito de como foi possível o uso da gravação ambiental clandestina como meio de prova, sem entender o significado de prova e de gravação ambiental clandestina no âmbito do processo penal. Importante, também, a compreensão da mudança de entendimento do Supremo Tribunal Federal, com relação a licitude ou não dessas gravações e a inovação contida da lei de interceptações telefônicas que pacificou o uso de gravações clandestinas por um lado, mas por outro campo permaneceu obscuro no que concerne à hipótese que se pretende analisar.

1.1. CONCEITO DE PROVAS

A princípio insta informar que o significado de prova é amplo e polissêmico, por isso é enfatizado o significado dela para o direito processo penal, visto que é o campo de estudo que está sendo abordado por ocasião deste trabalho.

De forma perfunctória, prova pode ser conceituada como o elemento material que serve para provar determinado fato, e dentro do processo penal, pode ser aquilo que pode permitir ou não a condenação de um cidadão que porventura esteja sendo acusado de uma determinada infração penal.

Prova pode ser entendida, também, como o direito¹ de todo cidadão, de usar os meios necessários para se comprovar determinado fato. Tem-se a prova como um verdadeiro direito concebido a todo cidadão. Mas, assim como todos os direitos possuem limites para serem exercidos não seria diferente no que tange ao direito à prova.

Guilherme de Souza Nucci² em sua obra destaca que o vocábulo prova tem como significado o fato supostamente verdadeiro que leva a presunção de que outro fato também seja verídico. Nesse sentido gera uma discussão: prova seria um elemento material ou um fato? O fato em si, está muito ligado a abstração, o que pode estar veiculado com algumas situações,

¹ TAKAYANAGI, Fabiano Yuji. *Críticas às exceções legais às provas ilícitas por derivação no processo penal brasileiro e análise de jurisprudência após a reforma da lei 11.690/08*. Dissertação de mestrado – Universidade de São Paulo, São Paulo, 2014, p. 132. Disponível em: <https://www.teses.usp.br/teses/disponiveis/2/2137/tde-13022015-134439/es.php>. Acesso em: 6 dez de 2022.

² NUCCI, Guilherme de Souza, *Curso de Direito Processual Penal*. 15. ed. Rio de Janeiro: Forense, 2018, p. 505-506.

acontecimentos retratados por pessoas que presenciaram determinada cena, que vão servir como elementos comprobatórios de versões expostas pelos participantes do processo penal.

Já o elemento material que está ligado mais à concretude, visa a explicitar no plano fático demonstrações externas de que o que está sendo alegado realmente aconteceu, levando a uma certeza dos fatos relatados. Esse elemento material pode ser visto como a gravação ambiental clandestina, objeto deste estudo, como também através de documentos, perícias etc.

O doutrinador Rodolfo Kronenberg Hartmann³ escreve em sua obra que o verbete prova pode ser entendido como um meio que se permite convencer alguém sobre algo. Esse alguém, consoante a sua explanação, seria o próprio magistrado, no entanto, seguindo por esse prisma, pode-se dizer que todos os atores que participam desde a fase embrionária do processo penal estariam aí incluídos. Começando pelos policiais que investigam os delitos e usam as provas para analisar se há indícios mínimos de concretudes dos fatos que embasam uma investigação, chegando até aos juízes, como destinatários da prova, para se convencerem ou não do que foi trazido nos autos.

Algo que é confirmado por Guilherme de Souza Nucci⁴ ao destacar que a finalidade da prova é convencer o juiz a verdade de um fato litigioso. Não que acreditem de forma absoluta que a verdade será atingida pela simples presença e análise das provas, mas de forma razoável tais provas precisam ser aptas para se chegarem a uma verdade atingível.

Explicitando os termos até aqui delineados pelos autores, a respeito do vocábulo prova, tem-se que eles se correlacionam. A prova é um fato supostamente verdadeiro, que se traduz num meio que pode se concretizar se materializando num elemento material que demonstrará faticamente a veracidade do que está sendo alegado.

É um processo de reconstrução aproximativa de um determinado fato histórico, como destaca Aury Lopes Jr.⁵. Além disso, o autor, destaca que o processo penal e a prova nele aceitas poderiam ser definidas como modos de construção do convencimento do julgador. E a prova tem esse objetivo, e através de um retorno ao passado é recontado uma história ou uma versão dentro do processo, em que é verificado quem tem razão e após devida fundamentação a decisão é tomada baseada nas provas colhidas. Assim, a prova configura a um só tempo digressão e reconstrução.

³ HARTMANN, Rodolfo Kronenberg, *Curso Completo do Novo Processo Civil*. 7. ed. Niterói: Impetus, 2021, p. 328-329.

⁴ NUCCI, *op. cit.*, p.512.

⁵ LOPES, JR. Aury. *Direito Processual Penal*. 18 ed. São Paulo: Saraiva Educação, 2021, p. 385-387.

Nessa reconstrução de fatos históricos para se chegar a uma determinada verdade pode-se utilizar diversos meios para atingir esse objetivo, um desses meios é a gravação ambiental que pode ser considerado como elemento material ou um meio de prova que irá provar um determinado fato, que dentro do processo penal irá inocentar ou acusar uma pessoa.

Mas qual é a definição da gravação ambiental? E como era encarada pela jurisprudência a respeito da sua admissibilidade ou não dentro do processo penal? É o que será analisado a seguir.

1.2 GRAVAÇÃO AMBIENTAL: CONCEITO E POSIÇÃO JURISPRUDENCIAL

A gravação ambiental ou captação ambiental, conforme é citado pela Lei de Interceptação telefônica, é o registro de comunicação entre pessoas ⁶, realizada por um dos participantes da conversa, podendo ter ou não a ciência dos demais participantes.

Já a clandestinidade, é aquilo que é realizado sem a ciência dos demais, ao apagar das luzes, de forma sorrateira e escondida, e nessa situação a gravação ambiental é feita por uma pessoa que participa de uma conversa em que os demais não sabem que estão sendo gravados.

Deve-se atentar a esse conceito, pois a gravação ambiental pode-se confundir com outras terminologias, tais como escuta ambiental e interceptação ambiental. Enquanto na escuta a captação de sons e imagens é realizada por um terceiro não participante da comunicação, sendo que um dos participantes têm a ciência de que a conversa está sendo registrada, na gravação há a participação de um dos interlocutores na captação ambiental, sem a ciência dos demais. E no caso da interceptação ambiental, ocorre a captação de sons e imagens, mas as pessoas objetos dessa captação não tem nenhuma ciência que está sendo interceptada.

E sobre este tema, havia uma discussão a respeito da utilização dessas provas em processos, se elas eram lícitas ou ilícitas. O Supremo Tribunal Federal, já no RE n. 583837- RJ⁷, confirmou na jurisprudência a admissibilidade das gravações ambientais realizadas pela defesa, por anular um processo, no qual o magistrado indeferiu esse tipo de provas, considerando-as como ilícitas.

⁶ BARCELOS, Guilherme. *O que é gravação clandestina para fins eleitorais*. Disponível em: [⁷ BRASIL. Supremo Tribunal Federal. *RE n. 583937*. Relator: Ministro Cezar Peluso. Disponível em: <https://www.jusbrasil.com.br/jurisprudencia/stf/311629995/inteiro-teor-311630005>. Acesso em: 4 set. 2022.](https://abradep.org/midias/o-que-e-a-gravacao-ambiental-clandestina-para-fins-eleitorais/#:~:text=Grava%C3%A7%C3%B5e%20ambientais%20s%C3%A3o%20aquelas%20consistentes,e%20de%0forma%20sub-rept%C3%ADcia.> .Acesso em: 01 out. 2022.</p>
</div>
<div data-bbox=)

Além dessa decisão que foi prolatada em 2009, percebe-se algumas anteriores que destacavam a utilização das gravações clandestinas como exercício de defesa⁸ e deveriam por isso serem consideradas lícitas. Não é que o Supremo Tribunal Federal tinha dado irrestrito autorização do uso lícito das gravações clandestinas, mas que as validava dentro de um contexto em que a pessoa que estivesse sendo acusada de algum crime, poderia se defender com o uso desse artifício para conseguir obter a sua inocência.

Há aqueles, doutrinadores, que dizem que esses artifícios violam princípios constitucionais basilares como o da intimidade, visto que permite que uma pessoa viole esse princípio ao gravar uma conversa com outro interlocutor com o objetivo de produção de provas para o seu uso em determinado processo. No entanto, o próprio Superior Tribunal de Justiça encampa a posição do Supremo Tribunal Federal quanto a esse tema.

O Superior Tribunal de Justiça⁹, concordando com o Supremo Tribunal Federal, assentiu que as provas resultantes de gravações realizadas por um dos interlocutores não ensejam por si só a ilicitude das provas, ainda mais quando esta prova for corroborada por outros fatos constantes no processo que levam o convencimento do magistrado acerca da veracidade do fato demonstrado na captação ambiental.

A utilização pelo Superior Tribunal de Justiça da argumentação que deveria considerar a gravação ambiental clandestina como lícita, em especial se outras provas juntadas no processo a corroborassem, pode levar ao entendimento de que a licitude das gravações aqui referidas ficaria sob condição suspensiva e não teriam vida própria ou autonomia. Isso não ocorre! A vertente argumentativa do STJ possibilita o entendimento de que as gravações ambientais clandestinas, para uso da defesa, são lícitas, mas se existirem mais provas que junto ao contexto probatório ajudem a demonstrar determinado fato, irá ocorrer um reforço adicional da veracidade das provas.

Apesar deste entendimento jurisprudencial de considerar válidas as gravações ambientais clandestinas, diversos doutrinadores a consideraram ilícitas, visto que na visão deles tais provas violavam princípios constitucionais que acabam tornando a captação ambiental realizada nesses moldes imprestável.

Digno de nota observar que o Superior Tribunal de Justiça, apesar de seguir o entendimento do Supremo Tribunal Federal a respeito da licitude das gravações ambientais clandestinas para uso

⁸ BRASIL. Supremo Tribunal Federal. *AL n. 503617*. Relator: Ministro Carlos Velloso. Disponível em:<<https://www.jusbrasil.com.br/jurisprudencia/stf/14796046>>. Acesso em: 8 set. 2022.

⁹ BRASIL. Superior Tribunal de Justiça. *HC n. 45224*. Relator: Ministro Nefi Cordeiro. Disponível em:<<https://www.jusbrasil.com.br/jurisprudencia/stj/863660308/inteiro-teor-863660464>>. Acesso em: 8 out. 2022.

da defesa, em algumas circunstâncias, também encara como sendo lícita tais provas para uso da acusação. Por exemplo, numa decisão a respeito da validade da captação ambiental clandestina para uso de acusação, sem autorização judicial, num caso de colaboração premiada, o Superior Tribunal de Justiça assentiu a licitude dessa prova.¹⁰ Especificamente sobre este caso, o STJ afastou a ilegalidade da prova obtida pelo colaborador, até mesmo pela previsão legal de se utilizar tal meio probatório, consoante o artigo 3º, inciso II da Lei n. 12.850/2013¹¹.

Essa questão da licitude ou ilicitude de uma prova precisa ser analisada dentro do prisma constitucional e do que é ou não permitido dentro do ordenamento jurídico nacional. Por isso far-se-á necessário a análise do conceito de provas ilícitas para depois proceder a verificação de como as gravações ambientais clandestinas são enquadradas nessa questão.

1.3 PROVAS ILÍCITAS SEGUNDO O ORDENAMENTO JURÍDICO BRASILEIRO

Licitude significa aquilo que é permitido pelo ordenamento jurídico, logo o contrário é tudo aquilo que destoa dele. Sendo assim, entende-se que a ilicitude é tudo aquilo contrário a lei, englobada pelas normas constitucionais, e infraconstitucionais. A partir deste ponto, torna-se fácil discriminar as provas ilícitas.

Antes, é necessário salientar quais são as regras que existem dentro de um Estado Democrático de Direito, pois sem elas a convivência entre a sociedade tenderia a ser caótica ou desordenada em que cada um faria suas regras e, justamente, dentro da seara do processo penal, aqui discutida, cada parte iria ao seu bel prazer considerar o que é lícito ou ilícito.

Pois bem, tendo isso sido salientado, cabe a explicação do significado de provas ilícitas. Para Aury Lopes Jr¹² provas ilícitas são aquelas que violam regra de direito material ou a Constituição no momento de sua coleta, este mesmo entendimento é compartilhado por Eugênio Pacelli¹³. Já Rodolfo Kronenberg Hartmann¹⁴ diz que provas ilícitas são aquelas produzidas em

¹⁰ BRASIL. Superior Tribunal de Justiça. *HC n. 512290*. Relator: Ministro Rogério Schietti Cruz. Disponível em: <<https://www.jusbrasil.com.br/jurisprudencia/stj/919802421/inteiro-teor-919802431>>. Acesso em: 8 out .2022.

¹¹ BRASIL. *Lei n. 12.850/2013*. Disponível em: <https://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_ato2011-2014/2013/lei/112850.htm>. Acesso em: 29 jan. 2023.

¹² LOPES, JR, *op. cit.*, p.444.

¹³ PACELLI, Eugenio. *Curso de Processo Penal 22*. ed. rev. e amp.atual. São Paulo: Atlas, 2018, p.378.

¹⁴ HARTMANN, *op. cit.*, p.330.

desconformidade com normas constitucionais ou infraconstitucionais e usa como base para sua explicação, o artigo 157¹⁵ do Código de Processo Penal.

Este artigo destaca que é vedado o uso das provas produzidas de forma ilícita dentro do processo penal. Algo que reforça a previsão constitucional, no rol dos direitos fundamentais, em que a Constituição de 1988, em seu artigo 5º, inc. LVI¹⁶ ressalta que é inadmissível no processo, quer na seara penal, quer na administrativa ou na cível, aquela prova que é obtida por meios ilícitos.

Aury Lopes Jr,¹⁷ destaca que são ilícitas as provas que violam normas constitucionais ou legais demonstrando que esse é o tratamento que o legislador deu a esse conceito. No entanto, destaca a distinção que a doutrina faz entre a prova ilegal, ilegítima e ilícita, sendo a primeira considerada o gênero e as seguintes, espécies. Segundo o autor, a diferenciação entre prova ilegítima e ilícita se dá da seguinte maneira:

[...] prova ilegítima: quando ocorre a violação de uma regra de direito processual penal no momento da sua produção em juízo, no processo. A proibição tem natureza exclusivamente processual, quando for imposta em função de interesses atinentes à lógica e à finalidade do processo(...) prova ilícita: é aquela que viola regra de direito material ou a Constituição no momento da sua coleta, anterior ou concomitante ao processo, mas sempre exterior a este [...]¹⁸

Percebe-se que é analisado de forma pormenorizada por Aury o significado do vocábulo provas ilegais, para que se inclua tudo o que está envolvido numa eventual ilicitude se porventura a produção das provas não estiver alinhada com os ditames padronizados tanto material como formalmente. Outra diferenciação dos termos prova ilícita e ilegítima, dentro do gênero de prova ilegal, segundo Antônio Magalhães Gomes Filho ¹⁹ é percebido no momento que se constata a ilegalidade desta prova dentro do processo.

Esta classificação demonstra-se peculiar, visto que analisa o momento da obtenção desta prova. Se a violação ocorre na fase da produção dessas provas, dá-se o nome de provas ilegítimas, já se a transgressão ocorre no momento de sua obtenção, configura-se provas ilícitas, ou seja, viciada desde a sua origem e ocorrendo o previsto legalmente, que é o seu desentranhamento dos autos.

¹⁵ BRASIL. *Código de Processo Penal*. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/decretolei/del3689.htm. Acesso em: 06 set. 2022.

¹⁶ BRASIL. *Constituição da República Federativa do Brasil*. Disponível em: < http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/constituicao.htm>. Acesso em: 06 set. 2022.

¹⁷ LOPES, JR., *op. cit.*, p. 444.

¹⁸ *Ibid.*

¹⁹ GOMES FILHO, Antonio Magalhães; BADARÓ, Gustavo Henrique Righi Ivahy. *Prova e sucedâneo de prova no processo penal brasileiro*. v.6, São Paulo: Revista dos Tribunais, 2015, p. 190-191.

Já Paulo Rangel²⁰, inclui uma terceira classificação ao conceito das provas ilegais, o da irregularidade, ou seja, o descumprimento de formalidades legais exigidas. E mantém como espécies do gênero provas ilegais, as provas ilícitas, que ofendem o direito material, e as provas ilegítimas, que ofendem o direito processual.

Entende-se uma redundância ao incluir essa terceira classificação, somente aplicável em âmbito doutrinário, pois se sabe que qualquer irregularidade dentro do processo penal, no que se refere à produção de provas, irá macular o processo em si. Essa macha no processo se dá, porque ele é composto por normas procedimentais que se baseiam em regras formais, ou seja, as formalidades legais exigidas.

A despeito desta classificação, que alguns autores adotam, nota-se que ela não foi adotada pelo legislador, de maneira que o adequado é considerar o termo prova ilícita como qualquer descompasso com as normas postas, sejam elas qual forem.

Sendo assim é importante mencionar que a gravação ambiental clandestina, como meio de prova, para ser admitida dentro do processo penal, precisa estar em harmonia com os procedimentos estabelecidos de maneira formal pela legislação e com a base principiológica que destaca o conteúdo material, das leis, que estas devem respeitar.

Entretanto, percebe-se que apesar da restrição de se utilizar de provas obtidas por meios ilícitos dentro do processo, e da determinação delas estarem em harmonia com o que é permitido nas normas regularmente previstas, é admitido o uso de provas ilícitas em determinadas hipóteses. Diversas teorias, algumas incorporadas no ordenamento jurídico brasileiro, explicam esta questão e dentro deste prisma, será analisado as correntes doutrinárias que admitem as provas ilícitas dentro do processo, logo em seguida, as teorias que foram adotadas no Código Processo Penal para admiti-las e como elas se correlacionam com a admissibilidade das gravações ambientais clandestinas, como provas ilícitas, dentro do processo penal.

1.3.1 Correntes que explicam a admissibilidade das provas ilícitas

Algo importante a ser salientado é que a admissibilidade das provas ilícitas dentro do processo penal não é contraditória, mesmo com a previsão da sua inadmissibilidade, considerando esta como garantia constitucional que se encontra no rol dos direitos e garantias individuais previstos na Constituição da República Federativa do Brasil de 1988. A flexibilização demonstrada através das

²⁰ RANGEL, Paulo. *Direito Processual Penal*. 27. ed. São Paulo: Atlas, 2019, p.213.

correntes que será explicitada, apenas confirma que nenhum direito é absoluto e quem determinadas hipóteses e com devidas justificativas, o referido direito e/ou garantia pode ser restringido.

Tais exceções estão abrangidas pelas seguintes correntes, adotadas por Aury Lopes Jr.: admissibilidade processual da prova ilícita, inadmissibilidade absoluta, admissibilidade da prova ilícita em nome do princípio da proporcionalidade e a admissibilidade da prova ilícita a partir da proporcionalidade *pro reo*.²¹

Para a corrente da admissibilidade processual da prova ilícita²², não interessava a violação do direito material na obtenção dessa prova, mas sim a sua admissibilidade processual. Se formalmente a prova está em conformidade legal, não há óbice a sua aceitação, desconsiderando qualquer vício material inerente ao seu conteúdo. Aury Lopes Jr., apesar de mencioná-la em sua obra, destaca que essa é uma corrente minoritária e não tem respaldo na jurisprudência brasileira.

De fato, a adoção dessa corrente, causa distopias na adoção das provas, causando um formalismo exacerbado e desconsiderando a origem maculada da prova. Sendo assim, essa origem, relacionada ao seu conteúdo material, tem o condão de viciar a prova, deixando o processo e o seu desenrolar defeituoso. Em contrapartida dessa corrente a próxima a ser analisada é radical, no sentido que impõe uma visão literal, inadmitindo totalmente as provas obtidas por meio ilícito.²³

É uma corrente que encontra amparo na jurisprudência do STF, que destaca essa visão como salvaguarda ou garantia do cidadão contra o uso de ações abusivas do Estado contra o cidadão. Nota-se como isso foi explicado numa decisão em sede de Recurso Extraordinário:

[...]A absoluta invalidade da prova ilícita infirma-lhe, de modo radical, a eficácia demonstrativa dos fatos e eventos cuja realidade material ela pretende evidenciar. Trata-se de conseqüência que deriva, necessariamente, da garantia constitucional que tutela a situação jurídica dos acusados em juízo penal e que exclui, de modo peremptório, a possibilidade de uso, em sede processual, da prova -de qualquer prova - cuja ilicitude venha a ser reconhecida pelo Poder Judiciário. A prova ilícita é prova inidônea. Mais do que isso, prova ilícita é prova imprestável. Não se reveste, por essa explícita razão, de qualquer aptidão jurídico-material. [...] ²⁴

Para esta corrente supracitada, se é prova ilícita: torna-se imprestável! Nesse sentido proíbe-se o seu uso no processo, sob pena inclusive de nulificar todo o processo. Mas nesse caso, forma-se outra distopia, pois se em casos complexos, eventualmente, uma prova produzida sem qualquer amparo na legalidade, mas que prova a inocência de determinado acusado, poderá ser rejeitada de

²¹ LOPES JR., *op. cit.*, p. 445-449.

²² *Ibid.*, p. 445.

²³ *Ibid.*, p. 446.

²⁴ BRASIL. Supremo Tribunal Federal. *RE. n. 251445/GO*. Relator: Ministro Celso de Mello. Disponível em: <<https://www.jusbrasil.com.br/jurisprudencia/stf/14825705>>. Acesso em: 20 out. 2022.

plano e causar uma injustiça, materialmente falando, pois não haveria outras provas produzidas por meios lícitos a fim de inocentar esse réu.

Menciona-se aqui justamente na figura das provas diabólicas²⁵, aquelas em que são difíceis de serem produzidas, dentro do contexto em que o acusado afirma estar com a verdade, mas não consegue provar este fato. Nesse caso, a vedação absoluta das provas ilícitas seria prejudicial dentro do processo penal como por exemplo, os crimes praticados em âmbito doméstico em que dificilmente teriam testemunhas.

Então, qual seria a solução? Surge-se como opção a terceira corrente, que é a admissibilidade da prova ilícita em nome do princípio da proporcionalidade ou da razoabilidade²⁶. Nessa corrente, o vetor essencial para admissibilidade ou não das provas ilícitas, é a proporcionalidade.

Com base nesse princípio, as provas ilícitas seriam admitidas em casos excepcionais e graves e iriam flexibilizar a garantia constitucional da inadmissão das provas ilícitas. Sabe-se que os direitos e garantias fundamentais visam proteger o cidadão, de maneira que se pode raciocinar que a luz desta corrente, que se a flexibilização desta regra não prejudicar o cidadão, como titular de tais direitos, pode-se utilizar da proporcionalidade para admitir tais provas ilícitas que venham colaborar com a inocência do indivíduo que está sendo processado.

Entretanto, é necessário um certo cuidado na aplicação desse princípio, pois a proporcionalidade é um conceito que de acordo com Aury Lopes Jr.²⁷, pode ser manipulado ao alvedrio de quem tenha o poder dentro da seara do processo penal para decidir ou contribuir de forma significativa para o destino processual de quem está sujeito ao poder punitivo estatal.

E por fim, tem-se também, no que se refere a corrente que admite a prova ilícita, a da admissibilidade da prova ilícita a partir da proporcionalidade *pro reo*²⁸. Nessa corrente, valoriza outros princípios basilares do processo penal, entre eles, o do *in dubio pro reo*, que destaca o modo de agir do magistrado quando está diante de situações em que a certeza não se mostra de forma suficientemente concreta para condenar o acusado.

No processo penal, antes de querer condenar por simples prazer de condenar, o magistrado precisa seguir regras e princípios. E nesse diapasão, é destaque que a Constituição da República Federativa do Brasil de 1988 prima pela proteção dos inocentes, então ao invés de deixar a aplicação

²⁵ HARTMANN, *op. cit.*, p. 333.

²⁶ LOPES JR., *op. cit.*, p. 446.

²⁷ *Ibid.*, p. 447.

²⁸ *Ibid.*, p. 449.

do princípio da proporcionalidade na admissibilidade das provas ilícitas ao alvedrio do magistrado, limita-se o seu uso, vedando a aplicação desse princípio de uma forma que a flexibilização irá prejudicar o acusado.

Há quem sustente que baseado no princípio da proporcionalidade aplicado dentro da prova ilícita *pro reo* não é propriamente uma prova ilícita.²⁹ É destacado que há uma ponderação entre princípios ou valores dentro do caso concreto para se definir se a prova apresentada processualmente, seria ilícita ou não.

Essa ponderação existiria entre um direito fundamental e o direito à prova da inocência. Sendo assim, após o sopesamento dos valores envolvidos admitir-se-ia tal prova como sendo lícita e não como ilícita. Neste caso, não se teria a dita exceção descrita pela doutrina aqui mencionada.

Mas esse entendimento encontra um outro problema: não se pondera regras, pondera-se princípios. E a disposição constitucional que proíbe de forma categórica o uso processual das provas admitidas por meio ilícito, devendo ser elas desentranhadas, é uma regra e não princípio. Como regra estabelecida, é para ser cumprida e não ponderada.

Sendo assim, é aplicado nesta questão do princípio da proporcionalidade *pro reo* na admissão das provas ilícitas uma das causas excludentes da ilicitude descritas no artigo 23, inciso II do Código Penal Brasileiro.³⁰ É aplicada a legítima defesa, pois ninguém é obrigado a suportar ataques injustos a um interesse próprio ou alheio sem agir³¹, o que por sua vez dá legalidade e legitimidade àquele que se utiliza das gravações ambientais clandestinas para provar a sua inocência.

Enfim, destaca-se que essas correntes ajudam a entender a admissibilidade ou não das provas ilícitas no processo penal dentro da proteção dos direitos que o Estado deve conferir aos acusados, e demonstra que em determinados casos nem seria hipótese de exceção à admissão das provas ilícitas dentro do processo, mas o caso de verdadeiras provas lícitas que possuem aparência de ilícitas.

Nesse sentido, levanta-se a seguinte questão: se a eventual inadmissibilidade das provas ilícitas contamina aquelas que surgirem em decorrências dessas, isso considerando que tais provas irão prejudicar o réu, devem elas serem admitidas como provas lícitas ou ilícitas? E quais são as teorias que explicam a admissão das provas ilícitas por derivação?

²⁹ TAKAYANAGI, *op. cit.*, p. 135.

³⁰ BRASIL. *Código Penal*. Disponível em https://www.planalto.gov.br/ccivil_03/decreto-lei/Del2848compilado.htm. Acesso em: 5 dez. 2022.

³¹ MARTINELLI, João Paulo; BEM, Leonardo Schmitt de. *Direito Penal-Lições Fundamentais*. Parte Geral. 5. ed. Belo Horizonte: D'Plácido, 2021, p. 729.

Por isso, abordar-se-á no próximo tópico esses aspectos para entender dentro do contexto principal se na consideração de uma gravação ambiental clandestina, pode-se invalidar todas as provas obtidas por meio dela, considerando a hipótese de ser ilícita tal gravação.

1.3.2 Teorias que discorrem sobre a prova ilícita por derivação

O Código de Processo Penal nos parágrafos do artigo 157³² destaca as teorias adotadas pelo legislador. São elas, a teoria da fonte independente e a da descoberta inevitável. Essas teorias objetivam se desvincular da produção viciada da prova original, demonstrando que não há mácula nessas provas derivadas, ou seja, seria a mesma coisa que dizer que na descoberta de fatos oriundos de prova produzida por gravação ambiental clandestina, eventualmente declarada ilícita, podem, dentro dessas teorias, serem consideradas válidas e lícitas para fins de uso dentro do processo penal.

No que se refere à fonte independente como uma prova ilícita por derivação³³, é aquela considerada lícita, mesmo oriunda de uma prova maculada pelo vício da ilicitude, mas que através de um raciocínio hipotético faria a análise se a mesma prova poderia ser obtida por uma fonte independente. Ao contrário da lógica do fruto da árvore envenenada, na qual seus frutos seriam imprestáveis por si só, não sendo admitidos dentro do processo, abrir-se-ia esta exceção: se se utilizar essa prova derivada que pudesse ser obtida de maneira independente.

Sobre essa classificação, Válder Kenji Ishida³⁴ critica pelo fato de não ser necessariamente uma exceção da prova ilícita por derivação, pois se a prova encontrada inicialmente se vincula com a prova colhida considerada ilícita e depois descobrem que a prova derivada não tinha conexão com a prova anterior é em regra uma situação legítima de admissão de prova, e não uma exceção.

Nesse sentido, Eugênio Pacelli³⁵ destaca que essa teoria se baseia na prova descoberta que não possui nenhuma relação com os fatos que acabaram produzindo a prova ilícita produzindo de fato uma fonte independente.

Até mesmo Gustavo Henrique Righi Ivahy Badaró³⁶ descreve a prova ilícita por derivação, como sendo verdadeiramente uma prova lícita, que foi adquirida através de elementos ou informações de uma prova ilícita. Sendo assim, apesar de aquela possuir uma ligação inicial com a

³² BRASIL, *op. cit.*, nota 12.

³³ LOPES JR., *op. cit.*, p. 450-453.

³⁴ ISHIDA, Válder Kenji, *Processual Penal*. 8.ed. Rio de Janeiro: Jus Podivm, 2020, p.298.

³⁵ PACELLI, *op.cit.*, p.374.

³⁶ BADARÓ, Gustavo H. R. Ivahy. *Direito processual penal* - Tomo I. Rio de Janeiro: Elsevier, 2008, p. 289-290.

ilicitude da prova não a contamina, podendo ser utilizada pelos atores processuais sem descumprimento de normas materiais ou processuais.

Já a teoria da descoberta inevitável, de forma similar a teoria anterior, realiza-se o raciocínio hipotético, segundo Aury Lopes Jr. “que seguindo os trâmites típicos de praxe, próprios da investigação ou instrução criminal, seria capaz de conduzir ao fato objeto de prova [...]”³⁷

Precisa ser demonstrado “que essa prova seria produzida de qualquer forma[...]”³⁸, conforme destaca Válder Kenji Ishida. Nessa teoria, há uma antecipação da descoberta dos fatos em que a outrora ilicitude da prova não a contamina, visto que ela seria conseguida de qualquer maneira por outros meios.

Acrescentando a essa teoria, Eugênio Pachelli menciona que:

[...]Na descoberta inevitável admite-se a prova, ainda que presente eventual relação de causalidade ou de dependência entre as provas (a ilícita e a descoberta), exatamente em razão de se tratar de meios de prova rotineiramente adotados em determinadas investigações. Com isso evita-se a contaminação da totalidade das provas que sejam subsequentes à ilícita. [...]³⁹

Ou seja, o autor destaca que na teoria da descoberta inevitável a prova encontrada pela inevitabilidade, esteja ou não conectada com a prova ilícita será considerada lícita pois ela já seria encontrada por outros meios.

Por fim, analisa-se que essas correntes nos ajudam a entender uma certa flexibilidade no uso e na admissão das provas derivadas das ilícitas, pois elas já seriam conseguidas por outros meios ou que seriam independentes. Não se trata aqui de uma mitigação ou redução da proibição das provas ilícitas no processo penal, pois as provas obtidas por meios não autorizados legalmente devem ser descartadas conforme diz a Constituição.

E esse descarte deve ser feito mediante o desentranhamento dessas provas, de forma que não influenciem o julgamento do magistrado. Para o cumprimento da regra do descarte, os atores processuais precisam prestar atenção, desde o princípio da juntada das provas, com relação a sua validade, até para não haver perda de tempo, dinheiro e um desgaste desnecessário daqueles que serão influenciados pela juntadas das provas ilícitas.

Mas se mesmo com toda a cautela necessária, tais provas vierem até a fase do julgamento, dentro do processo, cabe ao juiz que tem o dever de assegurar o Estado Democrático de Direito,

³⁷ LOPES JR., *op. cit.*, p. 453.

³⁸ ISHIDA, *op. cit.*, p. 299.

³⁹ PACHELLI, *op. cit.*, p. 373.

muitas vezes agindo de forma contra majoritária, excluí-las do processo. Quando o magistrado age de tal maneira, ele cumpre o seu dever de manter a proteção dos direitos que o Estado deve conferir aos acusados.

E mesmo na hipótese na dúvida da aplicação ou não dessas teorias que constituem às exceções das provas ilícitas por derivação, existem princípios constitucionais, tais como o da presunção da inocência e o *in dubio pro reo* que devem prevalecer nesses casos.⁴⁰ Ou seja é necessário aplicar tais princípios mesmo se tais provas adquiridas para o processo estiverem sob a dúvida do manto das provas derivadas das ilícitas, e apesar de serem aparentemente lícitas devem ser consideradas ilícitas.

Sendo assim, tendo abordado essas teorias e as analisando dentro do contexto de uma gravação ambiental clandestina, não se pode invalidar todas as provas obtidas por meio das provas derivadas das ilícitas, se forem obtidas através da descoberta inevitável ou de uma fonte independente.

Verifica-se até aqui a permissão da lei do uso de provas derivadas das ilícitas, em determinados casos. Passar-se-á a análise de como as gravações clandestinas, que eram consideradas provas ilícitas, foram consideradas admissíveis, para fins de defesa, para a jurisprudência no decorrer dos anos.

1.4 ADMISSIBILIDADE DAS GRAVAÇÕES AMBIENTAIS CLANDESTINAS PARA FINS DE DEFESA DENTRO DA JURISPRUDÊNCIA

Inicialmente, deve-se ressaltar que as gravações ambientais clandestinas não eram previstas na legislação nacional. A lei fazia menção à interceptação e escuta telefônica, estabelecendo requisitos como a autorização judicial para que se pudesse utilizar de tais instrumentos como provas dentro do processo penal. Entretanto, esse requisito não se fazia presente no caso de gravações ambientais clandestinas, devido a própria ausência de previsão legal sobre o assunto.

Mesmo não estando previstas pela legislação, diferentemente da interceptação telefônica, as gravações poderiam ser consideradas vedadas quanto ao seu uso, dentro do processo penal, tendo em vista a proibição no artigo 5º, inciso X da Constituição da República Federativa do Brasil de

⁴⁰TAKAYANAGI, *op. cit.*, p. 163.

1988⁴¹ destaca que a intimidade e a vida privada das pessoas são invioláveis, e de certa forma a clandestinidade dessas gravações é algo que invade a esfera do privado.

A despeito deste entendimento exarado, a jurisprudência do STJ passou a considerar essas gravações como lícitas, mesmo sendo realizadas sem o conhecimento de um dos interlocutores, como aptas a serem usadas como prova defensiva. Fixando, inclusive, a tese de que a gravação realizada por um dos interlocutores não ensejaria ilicitude de prova.⁴²

O que é questionável é se essa licitude existiria tanto na gravação em local público quanto no local privado. Torna-se evidente que se a gravação ocorre em local público, não há que se falar em violação de princípios constitucionais. A dúvida ficaria nos lugares privados, em que a intimidade das pessoas precisa ser observada.

Pelo visto, a jurisprudência entendeu que estava garantida a licitude das gravações realizadas nas circunstâncias aqui levantadas. Mas é certo que a licitude não estava garantida em todas as hipóteses, a dos lugares privados, o que se estivesse, correria o risco de ser inconstitucional, violando frontalmente os princípios basilares contidos na Constituição da República Federativa do Brasil de 1988 que devem ser observados no caso das gravações clandestinas e que será abordado no capítulo segundo deste trabalho.

O Superior Tribunal de Justiça e o Supremo Tribunal Federal entendem que a utilização da gravação clandestina em locais privados para fins da defesa trata-se de um exercício de defesa, no qual o indivíduo usa desse artifício com o intuito de provar determinados fatos caso haja negativa a respeito deles em algum momento. E ainda mais, a Corte Suprema assevera que se não houver causa específica para sigilo ou reserva de conversação a prova nem sequer poderia ser considerada ilícita.⁴³

Causa específica para sigilo pode-se mencionar a relação profissional entre o advogado e o cliente, que é protegido pela lei federal⁴⁴, ou seja, mesmo se ocorresse uma gravação clandestina para comprovar algum ilícito, ela não poderia ser considerada lícita para fins de prova penal e deveria ser imediatamente descartada. No entanto, mesmo nessa hipótese, se fosse a única forma de se provar determinado fato e que dependesse a condenação ou absolvição de alguém, essa regra seria mitigada e essa prova seria considerada válida mesmo sendo originariamente ilícita.

⁴¹ BRASIL, *op. cit.*, nota 13.

⁴² BRASIL. Superior Tribunal de Justiça. *HC. n. 309516/SP*. Relator: Ministro Felix Fischer. Disponível em: <<https://www.jusbrasil.com.br/jurisprudencia/stf/14825705>>. Acesso em: 10 nov. 2022.

⁴³ *Ibid.*

⁴⁴ BRASIL. *Lei n. 8.906 de 1994*. Disponível em: [https://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/18906.htm#:~:text=LEI%20N%C2%BA%208.906%2C%20DE%204%20DE%20JULHO%20DE%201994.&text=Disp%C3%B5e%20sobre%20o%20Estatuto%20da,Advogados%20do%20Brasil%20\(OAB\).&text=II%20%20as%20atividades%20de%20consultoria,em%20qualquer%20inst%C3%A2ncia%20ou%20tribunal](https://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/18906.htm#:~:text=LEI%20N%C2%BA%208.906%2C%20DE%204%20DE%20JULHO%20DE%201994.&text=Disp%C3%B5e%20sobre%20o%20Estatuto%20da,Advogados%20do%20Brasil%20(OAB).&text=II%20%20as%20atividades%20de%20consultoria,em%20qualquer%20inst%C3%A2ncia%20ou%20tribunal) >. Acesso em: 6 dez de 2022

Da mesma forma isso ocorre com o psicólogo. Muitas vezes este profissional fica ciente de situações absurdas que ocorrem no seio da sociedade através do seu trabalho via paciente. O seu Código de Ética⁴⁵ prevê que o sigilo é obrigatório, sujeito, inclusive, à punição⁴⁶ em caso de violação. No entanto, prevê que em situações que se coloquem a vida de terceiros em risco, esse sigilo profissional poderá ser quebrado, sem a respectiva penalidade.

Isto pode acontecer mesmo se a vida de terceiros não estiver em perigo, mas em situações em que determinada pessoa, réu de um processo penal, não tenha como provar determinado fato, e o único que sabe a verdade e que poderia garantir a sua absolvição seria este profissional. Nestes casos o sigilo também poderá ser quebrado e esta prova não é considerada ilícita, visto que se trata de uma legítima forma de defesa, constituindo por assim dizer, o exercício da legítima defesa.

Pode-se dizer que é um exercício de defesa diferenciado, pois os requisitos intrínsecos dessa causa que exclui a ilicitude teriam outro tipo de olhar. João Paulo Martinelle e Leonardo Schmitt de Bem⁴⁷ destacam quais são os requisitos legais da legítima defesa da seguinte maneira: a agressão injusta, que seja atual ou iminente, que envolva direito próprio e alheio e haja proporcionalidade na repulsa.

Entende-se por agressão injusta, aquela agressão direcionada a um indivíduo com objetivo de atingir a sua integridade física e que praticada por uma conduta humana.⁴⁸ Quando alguém está sendo acusado de um determinado crime, em que pleiteia inocência não há uma agressão física a essa pessoa, por isso poder-se-ia alegar que não se aplica a legítima defesa nesses casos, que seria produzido uma gravação clandestina ambiental fora dos parâmetros legais.

Ao passar a analisar o verbete agressão⁴⁹ percebe-se que o vocábulo não se refere somente às agressões físicas, mas também às agressões morais. Não há dúvida que uma acusação a respeito de um crime atinja a moral de uma pessoa, por isso conforme as Cortes Superiores entendem, seria sim possível o uso da legítima defesa, no caso das gravações clandestinas.

Apesar de em tese, esse exercício, não cumprir de forma categorial os demais requisitos da legítima defesa, como a agressão atual e iminente⁵⁰, porque o acusado poderá estar se defendendo de uma acusação antiga, ele se amolda no último requisito, o da proporcionalidade. Nesse requisito, é

⁴⁵ CONSELHO FEDERAL DE PSICOLOGIA. *Código de ética profissional do psicólogo*. Disponível em: <<https://site.cfp.org.br/legislacao/codigo-de-etica/>>. Acesso em: 6 dez. 2022.

⁴⁶ *Ibid.*, p.16.

⁴⁷ MARTINELLI; DE BEM, *op. cit.*, p. 730,731.

⁴⁸ *Ibid.*

⁴⁹ DICIONÁRIO ON LINE DE PORTUGUÊS. *Agressão*. Disponível em: <<https://www.dicio.com.br/agressao/>>. Acesso em: 06 dez. 2022.

⁵⁰ MARTINELLI; BEM, *op. cit.*, p. 730.

necessário que a ação daquele que está sofrendo injusta agressão seja moderada e adequada sendo importante, inclusive, respeitar os limites éticos sociais.⁵¹

No respeito a tais limites pode-se afirmar que estariam sendo respeitados se a legítima defesa, na produção de provas, através da gravação ambiental clandestina, estivesse sendo usada para provar a um fato que poderia impedir um cidadão inocente de ser condenado. Não seria eticamente válido afirmar que a falta do perfeito encaixe dos requisitos da legítima defesa, consoante o artigo 23, inciso II do Código Penal Brasileiro,⁵² no uso das gravações para a defesa, impediria a sua alegação e o conseqüente uso.

Porque a sua possível proibição ocasionaria, distorções dentro do sistema penal, da mesma forma quando foi mencionado a possibilidade de quebra das causas legais de sigilo, tanto do advogado quanto do psicólogo, que constituem juntas situações excepcionais em que o uso de gravações ambientais clandestinas poderá ser usado para fins da defesa.

Essas exceções, no que se referem ao sigilo das profissões, não se incluem nas chamadas teorias das provas ilícitas por derivação, as que consideram as provas oriundas das ilícitas, lícitas. Embora aquelas exceções sejam diferentes destas, muito se assemelham, pois as provas obtidas diante de uma aparente ilicitude, que é a quebra do dever legal de sigilo, têm-se como justificativa o uso da legítima defesa, e por isso apesar de serem ilícitas por sua natureza, há uma causa excludente de ilicitude prevista que garante a validade das provas obtidas por este.

Após esta consideração breve de algumas causas específicas de sigilo, entende-se que a jurisprudência, no âmbito das gravações ambientais clandestinas em locais privados, considerava-as ilícitas, caso elas fossem realizadas em situações que houvesse o dever de sigilo imposto por lei, e que não houvesse nenhuma causa excludente daquele sigilo.

É razoável pensar que a jurisprudência acertou nesse ponto, pois se utilizando de princípios constitucionais para a admissibilidade das gravações ambientais clandestinas como prova, para a defesa, seria lícito e permissível usar esses tipos de provas, mesmo que viciadas desde que pudessem provar a inocência do réu. Como ampliação a esse raciocínio pode-se citar o primado do processo penal é a busca da verdade real fornecendo uma proteção jurídica garantista para o cidadão, tendo em vista os princípios constitucionais que dão ao réu uma presunção e tratamento como inocentes.

Algo inusitado que tem relação com o tema desta pesquisa, é que a jurisprudência dos Tribunais superiores tem admitido o uso de gravações ambientais clandestinas para uso da acusação!

⁵¹ *Ibid.*, p. 733.

⁵² BRASIL, *op. cit.*, nota 26.

Tem-se usado até mesmo para iniciar inquéritos e persecução criminal. Essa questão de forma específica será abordada com maiores detalhes no capítulo terceiro deste trabalho, em que será delineado se o uso em tais circunstâncias, admitido pelo STJ, seria válido e legítimo.⁵³

Ver-se-á a seguir que o pacote anticrime positivou o que era permitido na jurisprudência e na doutrina quanto à permissão do uso das gravações ambientais clandestinas para a defesa, não mencionado nada quanto à acusação, trazendo uma segurança quanto a esse tema.

1.5 MUDANÇAS TRAZIDAS PELO PACOTE ANTICRIME CONSIDERANDO LÍCITA A GRAVAÇÃO AMBIENTAL CLANDESTINA PARA FINS DE DEFESA

A Lei n. 9.296 de 1996 tratava, inicialmente, como objeto a interceptação telefônica e a escuta telefônica, as demais situações, como a gravação ambiental clandestina, estavam fora da previsão dessa legislação. E por este fato a jurisprudência precisava dizer qual seria o melhor direito nessas situações, o que foi realizado pelo legislador positivar algo que estava sendo amplamente aceito pela jurisprudência.

Essa positivação ocorreu com a mudança do cenário político no Brasil que motivou a introdução do chamado pacote anticrime, a Lei n. 13.964 de 2019, que trouxe diversas alterações da legislação penal e processual penal, o que incluiu a introdução da captação ambiental, também chamada de gravação ambiental, na lei que trata das interceptações telefônicas.

A introdução foi do artigo 8º-A, parágrafo 4º da Lei n. 9.296 de 1996 que prevê o seguinte texto:

[...] Para investigação ou instrução criminal, poderá ser autorizada pelo juiz, a requerimento da autoridade policial ou do Ministério Público, a captação ambiental de sinais eletromagnéticos, ópticos ou acústicos, quando:(...) § 4º A captação ambiental feita por um dos interlocutores sem o prévio conhecimento da autoridade policial ou do Ministério Público poderá ser utilizada, em matéria de defesa, quando demonstrada a integridade da gravação. [...]⁵⁴

Neste artigo o legislador deixa claro a possibilidade de ser utilizada a gravação ambiental dentro da investigação criminal ou durante o processo criminal, desde que fosse autorizado pelo juiz,

⁵³ O Superior Tribunal de Justiça tem admitido em algumas decisões que as gravações clandestinas ambientais possam ser utilizadas de forma lícita pelas vítimas de determinados ilícitos, a despeito inclusive da legislação que admitiu o uso, mas somente para os casos de defesa de quem está sendo acusado. BRASIL. Superior Tribunal de Justiça. *RHC. n. 34733/MG*. Relator: Ministro Jorge Mussi. Disponível em: <<https://www.jusbrasil.com.br/jurisprudencia/stj/25236536/relatorio-e-voto-25236538>>. Acesso em: 6 dez. 2022.

⁵⁴ BRASIL. *Lei n. 9.296 de 1996*. Disponível em: <

após o requerimento do delgado ou do Ministério Público. Até aqui, a orientação prevista é similar à dada para a interceptação e escuta telefônica e/ou ambiental, que para ser utilizado este tipo de prova é necessário autorização judicial.

A novidade sobre este assunto se encontra justamente no parágrafo 4º, da Lei n. 9.296 de 1996, que autoriza legalmente um dos interlocutores usarem a gravação ambiental em matéria de defesa. O que era autorizado pela jurisprudência foi nesse parágrafo positivado. A gravação ambiental clandestina foi autorizada quando o réu tivesse só essa forma de provar a sua versão dos fatos.

No entanto, esta novidade foi vetada pelo presidente Jair Bolsonaro que usou a seguinte justificativa para vetar esse parágrafo do projeto de lei:

[...] A propositura legislativa, ao limitar o uso da prova obtida mediante a captação ambiental apenas pela defesa, contraria o interesse público uma vez que uma prova não deve ser considerada lícita ou ilícita unicamente em razão da parte que beneficiará, sob pena de ofensa ao princípio da lealdade, da boa-fé objetiva e da cooperação entre os sujeitos processuais, além de se representar um retrocesso legislativo no combate ao crime. Ademais, o dispositivo vai de encontro à jurisprudência do Supremo Tribunal Federal, que admite utilização como prova da infração criminal a captação ambiental feita por um dos interlocutores, sem o prévio conhecimento da autoridade policial ou do Ministério Público, quando demonstrada a integridade da gravação. [...] ⁵⁵

O presidente se utilizou da justificativa que a permissão do uso da gravação ambiental clandestina somente pela defesa contraria o interesse público e viola os princípios da lealdade, da boa-fé e da cooperação entre os sujeitos processuais. Percebe-se que não foi utilizada uma justificativa plausível, pois o uso dessa gravação clandestina para a defesa, possibilitaria a parte ré a se defender de forma legítima pelo instituto conhecido como legítima defesa, uma excludente de ilicitude.

E não haveria um retrocesso legislativo no combate ao crime, pois o parágrafo que foi vetado, inicialmente pelo presidente, prevê o requisito da integridade, ou seja, esta gravação ambiental clandestina para ser considerada lícita para o uso da defesa, precisaria ser íntegra. Sabe-se que muitas gravações são distorcidas ou até mesmo manipuladas, com isso esse requisito torna-se uma garantia a mais de que o uso dessas provas é legítimo e não se desvirtua ao combate criminal.

Quanto a justificativa do veto que o dispositivo vai ao encontro da jurisprudência do Supremo, mostra-se no mínimo contraditória, visto que como se veta algo e se utiliza uma

⁵⁵BRASIL. Presidência da República Federativa do Brasil. *Mensagem n° 726*, de 24 de dezembro de 2019. Disponível em: <https://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_Ato2_019-2022/2019/Msg/VEP/VEP-726.htm>. Acesso em: 1 nov. 2022.

justificativa para dizer que o dispositivo vetado é semelhante à jurisprudência pacificada? Parece que ocorreu algum erro de comunicação ou uma falha no entendimento do dispositivo ora vetado.

O veto, por sua vez, não permaneceu por muito tempo, pois o Congresso Nacional ao se reunir para considerar os vetos da Lei n. 13.964/2019, derrubou esse veto do presidente e foi promulgado o parágrafo 4º, do artigo 8º-A da Lei n. 9296/1996.⁵⁶

Sendo assim, o dispositivo passou a vigorar, e o que era somente uma jurisprudência passou a ser uma lei escrita, dando mais força a possibilidade das gravações ambientais clandestinas.

Por fim, o entendimento a respeito do conceito de gravação ambiental clandestina e o posicionamento na jurisprudência e na doutrina a respeito da sua admissibilidade e da definição do que seria ou não prova ilícita, ajuda no entendimento do porquê é permitido o seu uso nos casos da defesa para o réu. A análise das teorias que aceitam as provas ilícitas por derivação é algo que nos leva a entender o caminho tomado pelos doutrinadores para descartar qualquer ilicitude de tais provas derivadas.

Ademais, a mudança trazida pelo pacote anticrime, no ano de 2019, consolidou algo que já era firmado na jurisprudência, que é o uso legítimo e lícito das gravações ambientais clandestinas como uma forma de legítima defesa do réu. No que se refere a isto, precisa-se analisar se tal permissão viola os princípios constitucionais previstos. Nesse sentido, no próximo capítulo serão abordados quais são os princípios que podem se chocar com o direito de se utilizar das gravações ambientais clandestinas, e aqueles que podem ser usados para fundamentar a sua utilização, não só no que se refere ao uso das gravações como direito de defesa, mas também com direito da acusação.

⁵⁶ BRASIL. *Lei n. 13.964*, de 2019. Disponível em [https://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_Ato2019-2022/2019/Lei/L13964 .htm#promulgacao.>](https://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_Ato2019-2022/2019/Lei/L13964.htm#promulgacao.>). Acesso em: 20 nov. 2022

2. PRINCÍPIOS CONSTITUCIONAIS: A ANÁLISE ANTE O USO DAS GRAVAÇÕES AMBIENTAIS CLANDESTINAS

A grande questão a ser enfrentada neste capítulo será o quão importante são os princípios constitucionais dentro do tema gravação ambiental clandestina. Focar-se-á nos princípios da presunção de inocência, do *in dubio pro reo*, do *favor rei*, da proporcionalidade, do contraditório, da ampla defesa. E dentro destes, far-se-á correlações dos princípios destacados, com os direitos garantidos na Constituição da República Federativa do Brasil de 1988.

Os direitos que serão vistos são aqueles relacionados com a privacidade e intimidade do cidadão, incluindo também o direito de não se autoincriminar. Analisar-se-á até que ponto as gravações ambientais clandestinas, mesmo as que foram permitidas pelo legislador, em 2019, violam aqueles princípios e se no caso das gravações usadas com fins de acusação, permitidas em alguns casos pela jurisprudência das Cortes Superiores, estariam desconsiderando as garantias constitucionais.

Iniciar-se-á pelo princípio da presunção de inocência analisando-o dentro das gravações ambientais clandestinas correlacionando-o àqueles direitos anteriormente mencionados.

2.1 PRINCÍPIO DA PRESUNÇÃO DE INOCÊNCIA

Inicialmente, cabe salientar que o princípio da presunção de inocência está consagrado no texto constitucional. Está previsto no artigo 5º, inciso LVII⁵⁷, o qual é nomeado pelo autor Aury Lopes Jr⁵⁸ de princípio reitor do processo penal. Nesta nomeação, entende-se o quão importante esse princípio é para o processo penal, o qual rege na mais alta plenitude, tendo em vista que todo cidadão deve ser considerado inocente até que o processo penal devidamente instruindo, com respeito aos princípios basilares do Estado Democrático de Direito, prove o contrário.

Tem-se a discussão doutrinária se o texto constitucional previu ou não este princípio, pois ele não diz expressamente que todo cidadão será considerado inocente até o trânsito em julgado, mas sim “que o cidadão não será considerado culpado até o trânsito em julgado de sentença penal condenatória”⁵⁹ Considera-se esta questão irrelevante para os fins do direito processual penal, porque

⁵⁷ BRASIL, *op. cit.*, nota 13.

⁵⁸ LOPES JR., *op. cit.*, p. 412.

⁵⁹ BRASIL, *op. cit.*, nota 13.

se uma determinada pessoa não pode ser considerada culpada, o que ela é? Quase inocente? Quase culpada?

De forma que se adota que o cidadão até ser declarado culpado, através de sentença que não caiba mais recurso, é considerado sim, inocente. Algo que fica mais explícito na Convenção Americana de Direitos Humanos⁶⁰, em seu artigo 8º que destaca que todo aquele que está sendo acusado por um delito tem o direito que seja presumido a sua inocência até que o juiz decida formalmente a sua culpa, respeitando todas as normas processuais durante o referido processo.⁶¹ E no estudo deste princípio devem ser entendidos as suas diferentes dimensões, que são: norma de tratamento, norma probatória e norma de julgamento.⁶²

A respeito da norma de tratamento⁶³, refere-se a um dever do Estado no tratamento aos acusados de terem cometido um crime. O Estado atua desde a fase embrionária do processo penal, também chamada de fase pré-processual, durante a investigação, até o processo propriamente dito, com o oferecimento da denúncia pelo membro do Ministério Público.

Eugênio Pacelli⁶⁴ considera esta norma como um meio limitador do próprio Estado, de forma que durante o processo, como um todo, o acusado não pode sofrer restrições baseado simplesmente na possibilidade de condenação. Isto, na verdade, seria o equivalente a tratar o investigado ou acusado como se fosse culpado e não como inocente.

Já a norma probatória significa uma proteção para o acusado, na medida em que a carga probatória é do acusador, ou seja, daquele que tem a atribuição de oferecer a denúncia ao juízo, o Ministério Público. Diferentemente de outros ramos do Direito, no Processo Penal, a inversão do ônus probatório não é permitida. Ademais, meras suspeitas ou elementos informativos do inquérito não podem ser considerado provas no real sentido da palavra, aptos a conduzir uma possível condenação.

Corroborar-se a este entendimento, o posicionamento de Eugênio Pacelli⁶⁵, que entende que a norma probatória impõe ao acusador a incumbência de provar a existência do fato e da autoria. Considera-se este entendimento razoável, tendo em vista que se o tratamento do acusado deve ser da

⁶⁰ CONVENÇÃO AMERICANA DE DIREITOS HUMANOS. *Pacto de São José*. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/decreto/d0678.htm> Acesso em: 22 dez. 2022.

⁶¹ LOPES JR., *op. cit.*, p. 104-105.

⁶² *Ibid.*, p.107-109.

⁶³ *Ibid.*, p.107.

⁶⁴ PACELLI, *op. cit.*, p.344-345.

⁶⁵ *Ibid.*

presunção da inocência, nada mais lógico de que inexistir a obrigação do réu de provar algo relacionado a sua suposta culpa dentro do que está lhe sendo imputado.

Por fim, a norma de julgamento, segundo Aury Lopes Jr.⁶⁶, é direcionada para o juízo, aquele que vai receber as provas e julgá-las decidindo por fim qual será o status do cidadão acusado. Nessa norma, a presunção de inocência atua no sentido de que se não houver provas suficientes que o convençam de forma coesa e forte, o magistrado deverá inocentar o acusado.

As normas de tratamento, probatória e de julgamento estão intrinsecamente ligadas ao princípio da presunção de inocência e devem ser bússola quanto ao tratamento que se faz ao acusado dentro do processo penal. Mas como este princípio está interligado nas gravações ambientais clandestinas?

Estas são meios de obtenção de prova dentro do processo penal, que terão a função de demonstrar de forma fática se aconteceu ou não determinado fato que lesionou um bem jurídico tutelado pela norma penal. E ao respeitar aquele princípio, torna-se possível usar as gravações ambientais clandestinas com o intuito de comprovar que determinado acusado é inocente, pois se o indivíduo é considerado inocente até o trânsito e julgado da sentença condenatória, deve-se permitir qualquer tipo de prova, mesmo aquelas que podem ser consideradas ilícitas para absolver o réu.

Isto de forma alguma é uma redundância, considerando o fato que a Lei n. 9.296/1996⁶⁷ do artigo 8º-A, parágrafo 4º, trouxe a permissão do uso dessas gravações para uso da defesa, mas é uma confirmação prática do espírito do texto constitucional que traz expresso o princípio da presunção de inocência. Entretanto, esse entendimento não deve ser observado quando se fala sobre o uso dessas gravações com o escopo da acusação.

Observa-se que o princípio ora aqui explicitado, é o reitor do processo penal, sendo uma garantia essencial a ser obedecida dentro do Estado Democrático de Direito. Sendo reitor, ou guia ele deve orientar como o processo deve ser conduzido. De forma que uma prova adquirida através de uma gravação ambiental clandestina e sem autorização judicial, usada para fins de acusação poderá ter o condão de macular o processo democrático e por consequência o texto constitucional.

Esta mácula se origina pelo fato de que tal prova, além de não ter amparo no arcabouço legislativo processual penal, interpretando de forma restrita a norma, seria permitido que se valorasse uma prova ilícita de forma prejudicial ao acusado. Nesse caso, estaria sendo uma valoração contrária ao espírito deste princípio e os seus três vetores.

⁶⁶ LOPES JR., *op. cit.*, p. 109.

⁶⁷ BRASIL, *op. cit.*, nota 52.

Tratar-se-ia o acusado como culpado por considerar uma gravação ambiental clandestina para acusá-lo, como tendo força probante superior, contrária a própria lei que dispõe sobre o assunto. Iria ser permitido, por assim dizer uma legitimidade das provas ilícitas para a acusação, subvertendo os princípios que guiam o processo penal. E por fim, feriria o terceiro vetor da presunção da inocência, pois nele exige-se do julgador que atinja de forma suficiente o *standard probatório* para condenar alguém⁶⁸.

Este *standard probatório* segundo José Italo Santos Prestes⁶⁹ seria o parâmetro que a justiça iria se utilizar para decidir se condena ou não uma pessoa e o grau de confiança que o magistrado teria ao emitir uma decisão de um processo que está sob o seu julgamento. E que grau de confiança o juiz poderia ter em usar uma gravação ambiental clandestina para condenar alguém, caso ela fosse produzida sem observância dos preceitos legais? De maneira que, se o juiz considerasse a gravação como válida, estaria desconsiderando o princípio da presunção de inocência, porque ele é um princípio garantia, que visa preservar a condição de inocência do cidadão fornecendo para ele uma proteção contra o arbítrio estatal, permitindo uma condenação com um grau de confiança forte amparado por provas produzidas por meios legitimamente aceitos pela legislação.

De toda sorte se o juiz considerasse a gravação como válida o direito constitucional de não se autoincriminar estaria sendo violado. Agora, como esse direito se relaciona ao princípio da presunção de inocência? É um princípio também? Nos parágrafos seguintes será analisado estas questões e se entenderá se o uso das gravações ambientais clandestinas estaria violando esse princípio e/ou direito.

2.1.1 O direito de não autoincriminação no uso das gravações ambientais clandestinas

Ninguém é obrigado a produzir provas contra si mesmo: essa é a definição que o autor Luiz Flávio Gomes⁷⁰ traz sobre esse princípio. Também conhecido como *Nemo tenetur se detegere*

⁶⁸ LOPES JR., *op. cit.*, p. 109.

⁶⁹ PRESTES, Jose Italo Santos. Valoração Das Provas: O Standard Probatório no Direito Processual Penal Brasileiro Contemporâneo. *Conteúdo Jurídico*, Brasília-DF:11mar2022, Disponível em: <https://conteudojuridico.com.br/consulta/artigos/58139/valorao-das-provas-ostandard-probatario-no-direito-processual-penal-brasileiro-contemporaneo>. Acesso em: 22 dez 2022.

⁷⁰ GOMES, Luiz Flávio. *Princípio da não auto-incriminação: significado, conteúdo, base jurídica e âmbito de incidência*. Disponível em: <https://lfg.jusbrasil.com.br/noticias/2066298/principio-da-nao-auto-incriminacao-significado-conteudo-base-juridica-e-ambito-de-incidencia#:~:text=Significado%3A%20%20privil%C3%A9gio%20ou%20princ%C3%ADpio,nem%20o%20acusado%2C%20nem%20a> Acesso em: 22 dez. 2022.

significa que ninguém pode ser obrigado a produzir algo que não queira. Tem por base jurídica o artigo 5º, inciso LXII da Constituição da República do Brasil de 1988⁷¹.

Esse direito, também considerado como princípio por muitos doutrinadores, está na gênese do princípio da presunção de inocência, pois se é verdade que qualquer pessoa é inocente até que se prove o contrário dentro das regras estipuladas dentro do processo penal, é verdade que ela não pode ser compelida a se autoincriminar pois deve receber o tratamento como inocente fosse.

Dessa forma, mesmo sendo algo involuntário produzido pela parte acusadora no processo, se ocorresse uma gravação ambiental clandestina que produzisse uma prova de que determinada pessoa estivesse cometendo algum crime, será que poderia validar esta gravação? Pergunta intrigante, mas com resposta esclarecedora, pois se seguir o espírito dos princípios não seria permitido o uso destas gravações.

Porque a própria gravação foi obtida fora das normas legais, e de forma involuntária. Não que qualquer tipo de prova obtida de forma involuntária ocasionaria a violação do direito de não autoincriminar, pois em determinados casos se houvesse autorização judicial, por exemplo, esse direito poderia ser mitigado, e a prova seria considerada válida para uso dentro do processo.

Entretanto, no caso das gravações ambientais clandestinas para o uso da acusação, entende-se até aqui, que seria ilegal o seu uso pois violaria o direito de não se autoincriminar, constituindo um atropelo pelas regras processuais democráticas. E se o princípio da presunção de inocência possui três vertentes que são condutores da aplicação deste princípio, o direito de não autoincriminar, por sua vez, possui cinco dimensões, que retratam de forma ampliativa como se deve aplicar este direito.

Segundo Luiz Flávio Gomes⁷² essas cinco dimensões do direito de não se autoincriminar são: o direito ao silêncio, o de não colaborar com a instrução processual ou inquérito criminal, o de não declarar contra si mesmo, o de não confessar e o de não falar a verdade. São dimensões que não podem de forma alguma serem tratadas de maneira restritiva, mas de forma ampliativa que garanta de fato os direitos dos cidadãos contra uma possível opressão estatal na busca probatória para solucionar os julgamentos.

Por isso, analisa-se como seria considerada, lícita uma gravação ambiental clandestina para fins da acusação, se na origem a pessoa que conseguiu esta prova violou o direito ao silêncio do indivíduo? Por isso, se o cidadão tem o direito de não confessar e de não falar a verdade, ao

⁷¹ BRASIL, *op. cit.*, nota 13.

⁷² GOMES, *op. cit.*

usar o artifício da dita gravação, o direito de não autoincriminar estaria sendo violado e por consequência o princípio da presunção de inocência.

Tendo em vista que um dos vetores do princípio da presunção de inocência é a norma de julgamento, no qual o juiz precisa adquirir provas robustas produzidas segundo as normas admitidas legalmente para poder condenar, aceitar as gravações ambientais clandestinas que violaram o direito de autoincriminar, maculariam o julgamento. Pois o julgamento precisa seguir o devido processo legal, que significa seguir as normas postas e as principiológicas, e seria contraproducente aceitar uma prova com base na supressão do direito de ficar calado, de não confessar e de não declarar a si mesmo.

É como se o Estado estivesse chancelando a ilicitude para condenar um acusado, não importando a maneira que aquela prova fora produzida, e por causa disso desconsiderando o tratamento de inocente que se deve dar aos que estão submetidos ao processo penal.

Enfim, percebe-se como o princípio da presunção de inocência está relacionado com a regra de não autoincriminação. Porque se essa no processo penal configura-se no tratamento do acusado como inocente, não poderia, em tese, aceitar qualquer prova que fosse baseada numa violação do silêncio, que é garantido por aquela regra de não autoincriminação, uma vez que essa violação não é daquelas que são permitidas em mitigação de tal regra.

E a gravação ambiental clandestina para fins de acusação, como meio de prova, é adquirida de forma involuntária, o que viola a autodeterminação do silêncio do indivíduo, que em hipóteses não autorizadas pela legislação deveria ser vedada por infringir o princípio aqui ora considerado.

Além da presunção de inocência outro princípio se destaca nesse tema das gravações ambientais clandestinas considerando a sua utilização ou não para fins de acusação. É o *in dubio pro reo*, que é um dos princípios em destaques no processo penal, o qual será analisado no próximo subtítulo, como ele se relaciona com as gravações ambientais clandestinas, e se a permissão de tais gravações para fins acusatórias violaria este princípio.

2.2 PRINCÍPIO DO *IN DUBIO PRO REO*

O princípio do *in dubio pro reo* é um dos princípios que para Aury Lopes Jr.⁷³ configuram uma manifestação do princípio da presunção de inocência e uma escolha política do legislador brasileiro que preferiu politicamente absolver o responsável de um determinado crime do que condenar alguém que seja realmente inocente. Sendo esta manifestação, o *in dubio pro reo* atua como

⁷³ LOPES JR., *op. cit.*, p. 400.

regra probatória⁷⁴, visto que para o juiz condenar alguém precisa ter uma convicção que supere a dúvida além do que seja razoável.

Derivado da presunção de inocência, que é previsto no texto constitucional, o legislador no Código de Processo Penal, previu em seu artigo 386, inciso VII⁷⁵, que se não houvesse prova suficiente para a condenação deveria absolver o acusado, consagrando o princípio que na dúvida deve-se favorecer o réu.

Sim, este é o principal entendimento do *in dubio pro reo*. Ele favorece o acusado no sentido que lhe dá o benefício da dúvida quando o suporte probatório é ineficiente para garantir uma condenação baseada em provas robustas. E é justamente na questão probatória que este princípio se diferencia da presunção de inocência.

Flávio Mirza⁷⁶ destaca que a presunção de inocência possui caráter mais geral, amplo e abrangente, por assim dizer, já o *in dubio pro reo* é um pouco mais restrito, vinculando-se de forma mais específico às peculiaridades do caso concreto. Ou seja, o *in dubio pro reo* está relacionado à questão probatória dentro do processo penal.

Se as provas não são suficientemente consistentes, a ponto de embasar uma condenação, a dúvida atuaria como um socorro ao réu. Nessa questão deve-se analisar qual é o valor dado às provas obtidas através das gravações ambientais clandestinas? Analisando sobre o prisma da presunção de inocência e da vedação à autoincriminação, essa prova deveria ser descartada, pois é ilícita desde a sua origem. Tendo em vista que, não há previsão legal que conceda licitude a tal tipo de prova adquirida por esses meios.

Nesse caso, considerado que o teor da prova obtida pelas gravações, se for com o intuito de acusar, não tem robustez, por isso a prova torna-se frágil numa possibilidade de condenação. Sendo assim, ela careceria de vitalidade necessária dentro do processo e num determinado aspecto comparativo, se não houvesse mais provas, além das gravações, que sustentassem a condenação, a dúvida deveria prevalecer e o réu por consequência seria absolvido.

A respeito dessa necessidade da prova robusta Aury Lopes Jr. escreve:

[...] Somente havendo prova robusta, forte, altamente confiável, de indiscutível qualidade epistêmica, que se traduza em um alto grau de verossimilhança, de probabilidade(ou

⁷⁴ *Ibid.*

⁷⁵ BRASIL, *op. cit.*, nota 12.

⁷⁶ MIRZA, Flávio. Processo justo: o ônus da prova à luz dos princípios da presunção de inocência e do *in dubio pro reo*. *Revista eletrônica de direito processual* 5.5 (2010). Disponível em:< file:///C:/Users/Acer/Downloads/23103-74569-1-PB.pdf>. Acesso em:26 dez. 2022.

certeza, para quem admite essa categoria na perspectiva processual), que supere toda e qualquer dúvida fundada sobre questões relevantes do caso penal, é que autoriza uma sentença penal condenatória, pois é apta a superar a barreira do “acima da dúvida razoável” e conseguir dar conta do nível de exigência da garantia da presunção de inocência. [...]”⁷⁷

A prova robusta para sentenciar é primordial no sistema processual brasileiro para que não ocorra condenações temerárias. Mas essa questão do que seja ou não prova robusta, é algo que levanta uma certa discricionariedade do magistrado. Pois o que pode ser considerado suficiente e forte para um juiz, pode não ser considerado para o outro. Então, nos resta o questionamento acerca de qual seria o parâmetro para garantir uma maior segurança jurídica nestas situações?

A suficiência probatória é algo questionado até mesmo por Aury Lopes Jr⁷⁸. em sua obra, visto que para se considerar uma condenação segura é imprescindível minimizar um possível erro judiciário. Sabe-se que o sistema judiciário não é imune a erros, que por causa disso pode condenar um cara inocente. Por sua vez a criação de critérios objetivos seria contraproducente, justamente pelos casos concretos serem distintos e cada um merecer uma análise individual.

É neste aspecto que entraria o subjetivismo do juiz na hora de avaliar o caso concreto para decidir, em especial quando se procura uma dúvida além do razoável para sustentar uma condenação. O magistrado precisa-se sentir seguro para condenar, afinal é a liberdade de um indivíduo que poderá ser privada. Sendo assim, se ele constatar que dentre as provas do processo para condenar, uma delas são fruto de uma gravação ambiental clandestina, considerando a fragilidade desta prova, o juiz deverá se outras provas suprem essa dúvida.

Caso as provas restantes do processo não superem a dúvida obtida pela prova adquirida de tais gravações, a orientação legislativa é de inocentar, prestigiando esse princípio da dúvida e da presunção de inocência que está intrinsecamente ligado a este. Esta orientação demonstra uma preocupação com a possibilidade de falibilidade humana, que poderia vir a acusar condenações injustas caso o suporte probatório não tenha se demonstrado verdadeiramente robusto.

Outro princípio muito similar ao da presunção de inocência é o princípio do *favor rei*, que será analisado a seguir como ele se encaixa dentro do processo penal, sendo importante essa análise para se verificar em que sentido ele pode ser aplicado nesse tema das gravações ambientais clandestinas.

⁷⁷ LOPES JR., *op. cit.*, p. 403.

⁷⁸ *Ibid.*, p. 401

2.3 PRINCÍPIO DO *FAVOR REI*

Este princípio é considerado como um dos mais importantes dentro do processo penal, decorrendo a partir deste, vários princípios, como por exemplo, o anterior que fora analisado. No entanto, não é o que preconiza Guilherme de Souza Nucci⁷⁹ que salienta que o princípio do *favor rei* é consequência da presunção de inocência.

A despeito de qual princípio se originou do outro ou vice e versa, há que se observar o seu real significado. Laryssa Saraiva Queiroz⁸⁰ destaca que o *favor rei* decorre de uma diretriz do Estado Democrático de Direito e que se consubstancia de uma forma de tratamento que se deve dar ao acusado. Nesse ponto, apesar de parecer similar ao da presunção de inocência, distancia-se.

Enquanto na presunção de inocência dentro dos três vetores salientados que devem ser seguidos, como norma de tratamento, probatória e de julgamento, dando ênfase ao primeiro, no *favor rei* o tratamento que se deve dar ao acusado não se baseia simplesmente na suposta inocência, mas sim no direito à liberdade. Tanto é assim, que o outro nome conhecido deste princípio é do *favor libertatis*.

Nesse sentido, Flávio Monteiro de Bastos⁸¹ define o princípio *favor rei* como um conjunto de benefícios que o cidadão faz jus durante o processo no qual a sua liberdade é priorizada em contrapartida do direito de punir do Estado. Por esse prisma, entende-se que este princípio é de fato gênero, no qual o da presunção de inocência seria espécie. Pois dentre os benefícios elencados pela norma processual penal este, está incluído.

Com isso, entende-se que a liberdade do acusado, sob a égide, do *favor rei*, deve preponderar em detrimento da sua reclusão ou detenção. Assim sendo, é preservado um dos grandes vetores do Estado Democrático de Direito, quais sejam, o direito à intimidade, à privacidade e por fim, à liberdade do cidadão. Sabe-se que o Estado possui um grande aparato estatal que muitas vezes destoa do que o cidadão que está sofrendo por um processo possa enfrentar.

E dentro dessa questão é imperioso a existência de tais garantias constitucionais que visam preservar não só a liberdade do cidadão, mas os consequentes lógicos desta liberdade. Pois ninguém

⁷⁹ NUCCI, Guilherme de Souza, *Curso de Processual Penal Comentado*. 19.ed. Rio de Janeiro: Forense, 2020. p.28/29.

⁸⁰ QUEIROZ, Laryssa Saraiva. O princípio do favor rei no ordenamento jurídico brasileiro. *Revista Jurídica da Escola Superior do Ministério Público de São Paulo*, v. 5, p. 99-116, 2014 Disponível em:<file:///C:/Users/Acer/Downloads/137-Texto%20do%20Artigo-597-1-10-20141119.pdf> Acesso em: 4 jan. 2023.

⁸¹ BARROS, Flávio Monteiro de. *Qual a diferença entre o princípio do "favor rei" e o princípio do "in dubio pro reo"?*1 vídeo de 11 min e 30 ss. Publicado pelo CursoFMB. Disponível em:https://www.youtube.com/watch?v=aeVW t52 dR-c. Acesso em: 4 jan.2023.

consegue ser plenamente livre se não tiver seus direitos íntimos assegurados e preservados, com a pena se tornarem apenas garantias e direitos pró-forma sem aplicação prática no mundo real.

E nessa toada, privilegia-se a liberdade do cidadão, torna-se destaque a dúvida, que de novo lembra o da presunção de inocência. Nesse, a dúvida serve quando há insuficiência probatória incapaz de produzir material robusto com o finco de garantir uma condenação segura, nesta hipótese prevalece a dúvida. E como Flávio Monteiro de Bastos⁸² destaca, o princípio da presunção de inocência é um princípio probatório, em regra, e não hermenêutico.

Por isso, se pode afirmar que na presença de dúvida, no âmbito probatório, deve-se favorecer o réu em respeito ao princípio do *in dubio pro reo*. Já no *favor libertatis* a dúvida é noutro sentido.

Laryssa Saraiva Queiroz⁸³ salienta que é no sentido das interpretações das normas que a dúvida vai interferir. Se dentro daquelas hipóteses em um determinado caso existirem duas ou mais normas que se aplicam no mesmo caso concreto, deverá prevalecer a norma que seja mais favorável ao réu ou o acusado. E nisso é que há uma relação com o princípio da presunção de inocência, pois se o acusado é presumidamente inocente e há duas normas aplicáveis em seu caso, deverá favorecer a que mais lhe beneficia.

O próprio Código de Processo Penal em seu artigo 615, parágrafo 1º⁸⁴ destaca a prevalência deste princípio ao mencionar que na ocorrência de empate em um julgamento colegiado de recurso, deverá prevalecer a decisão mais favorável ao réu. Mostra-se que o legislador encampou este princípio como norte do processo penal, devendo ser seguido e aplicado pelos magistrados.

Mas qual é a correlação deste princípio com as gravações ambientais clandestinas? Percebe-se que diferentemente do princípio analisado anteriormente, no qual fora salientado que não se pode utilizar prova ilícita, tal qual aquela não permitida pela legislação, como apta a condenar alguém, esse entendimento no caso do *favor rei* não pode ser aplicado, porque são princípios com espíritos diferentes.

O *favor rei* como norma hermenêutica, tem-se que se deve favorecer o réu quando há interpretações que cabem no mesmo caso concreto. Essa questão do mesmo caso concreto é importante frisar, pois este princípio não funciona como salvaguarda de toda e qualquer norma que possivelmente caiba em várias situações. Pois se há uma concretude necessária dentro de determinada situação, quanto a norma a ser aplicada, não há divergências postas, e é ela que deve ser aplicada mesmo se for desfavorável ao acusado.

⁸² *Ibid.*

⁸³ QUEIROZ, *op. cit.*

⁸⁴ BRASIL, *op. cit.*, nota 12.

Ao analisar este princípio com a questão central abordada, parece à primeira vista, não ter nenhuma relação. Em especial com o conhecimento de que o *favor rei* é um princípio hermenêutico, que se relaciona com a interpretação da norma e não propriamente com as provas que devem ser ou não aceitas dentro do processo penal. Por isso, precisa-se analisar as normas que tratam deste assunto, para aí identificar qual é a relevância prática deste princípio nesta questão.

A norma que trata das gravações ambientais clandestinas está na Lei n. 9.296/1996 do artigo 8º-A, parágrafo 4º,⁸⁵ e aparentemente traz um entendimento consolidado que somente a pessoa que está sendo acusada poderia se utilizar deste artifício para provar a sua inocência. No parágrafo mencionado traz o verbete “em matéria de defesa”, e consoante o que a doutrina e a jurisprudência já apregoavam fica nítido entender que é o entendimento correto.

Nesse caso, o *favor rei* nem teria muita aplicação, pois a própria norma já dá uma autorização para que seja realizado uma gravação ambiental clandestina em matéria de defesa para se provar a inocência. Pois a norma já é favorável ao acusado. E ao contrário? Pode-se entender o uso da gravação ambiental clandestina em matéria de defesa, quando se está do lado da acusação?

Na interpretação do princípio ora aqui estudado percebe-se uma premissa básica: Este princípio é exclusivo para o acusado dentro do processo penal, como bem salientou o professor Flávio Monteiro de Barros⁸⁶ e funciona como um basilar dentro do Estado Democrático de Direito em favor daquele que está desfavorecido dentro de uma acusação. É de fato um favor, um favorecimento no qual o Estado concede a parte ré na dubiedade de interpretações de mais de uma norma aplicável no mesmo caso concreto.

Se o *favor rei* é exclusivo para a parte que está se defendendo de uma acusação, não seria aplicável no caso do uso das gravações ambientais clandestinas para fins de acusação. Reitera-se que o seu uso é para situações de defesa criminal e não como artifício da vítima de algum crime para comprovar as suas alegações.

Outro princípio a ser considerado nessa questão das gravações ambientais clandestinas é o princípio da proporcionalidade dentro do processo penal. Ele foi abordado no capítulo 1.3.1 no tópico das correntes que explicam admissibilidade das provas ilícita, por uma vertente das teorias que admitem as gravações clandestinas, em especial no que se refere à parte defensiva, porém será analisado no próximo tópico a origem deste princípio no ordenamento jurídico brasileiro, o seu

⁸⁵ BRASIL, *op. cit.*, nota 52

⁸⁶ BARROS, *op. cit.*

significado e como se pode aplicá-lo dentro deste tema das gravações ambientais clandestinas para fins acusatórios.

2.4 PRINCÍPIO DA PROPORCIONALIDADE

O vocábulo proporcionalidade remete aquilo que é razoável, que é dentro de uma determinada medida. Um princípio de que apesar não se encontrar previsto de forma taxativa na Constituição, é considerado pela doutrina como sendo um princípio implícito, consoante a explicação de Thiago André Pierobom de Ávila⁸⁷ tendo em vista que ele é reconhecido em diversos ramos do direito.

A proporcionalidade encontra-se em destaque no Código de Processo Penal, pois no artigo 156, inciso I, ⁸⁸ faculta ao magistrado a possibilidade de produzir provas de ofício, aquelas consideradas urgentes, mesmo antes de ter iniciado a persecução penal propriamente dita, sempre levando em conta a proporcionalidade da medida. Mas não só, o artigo menciona a adequação e a necessidade que se relaciona de maneira intrínseca com a proporcionalidade.

Não é sem sentido que Thiago André Pierobom de Ávila⁸⁹ admite que é crescente na doutrina o uso da proporcionalidade para ponderar princípios no caso concreto e decidir o que deverá ser feito. E essa ponderação relaciona-se com os três atributos mencionados no parágrafo anterior, quais sejam: proporcionalidade, necessidade e adequação, que são necessários ao avaliar qual norma deve prevalecer quando há a colisão.

E isso se torna cada mais importante quando o assunto gira em torno do processo penal. Nele apresenta-se a incumbência do Estado de punir eventuais infratores com o intuito de trazer a harmonia para a sociedade. Mas é inegável que o Estado possui uma força demasiadamente grande em detrimento da população que está sujeita às leis, tornando-se, portanto, até mesmo desproporcional, se for realizado uma estrita comparação.

Com isso os princípios constitucionais, tais como o da intimidade e o da privacidade, que resguardam em certa medida a dignidade do cidadão preservando os direitos da personalidade devem ser considerados na ponderação entre se permitir ou não o uso das gravações ambientais clandestinas

⁸⁷ ÁVILA, Thiago André Pierobom de. *Provas ilícitas e proporcionalidade: uma análise da colisão entre os princípios da proteção penal eficiente e da inadmissibilidade das provas obtidas por meio ilícito*. 2006. 295 f. Dissertação (Mestrado em Direito)-Universidade de Brasília, Brasília, 2006. Disponível em: <https://repositorio.unb.br/bitstream/10482/3103/1/Disserta%20c3%a7%20%20THIAGO%20ANDR%c3%89%20PIEROBOM%20DE%20%20ILA-%20Provas%20il%20c3%aditas.pdf>. Acesso em: 25 jan. 2023.

⁸⁸ BRASIL, *op. cit.*, nota 12.

⁸⁹ ÁVILA, *op. cit.*, p. 7.

para fins da acusação em locais privados. Não há dúvidas, quanto ao seu uso para fins defensivos, pois a doutrina e a jurisprudência já as admitiam, mesmo antes da alteração do pacote anticrime.

Conforme já delineado no tópico, anteriormente supra, a proporcionalidade dentro de tais gravações foram usadas para ponderar se a inadmissibilidade das provas ilícitas prevista constitucional e infraconstitucional deveria prevalecer em face de se provar através de provas ilícitas a inocência de alguém. Analisa-se que diante das provas difíceis de serem produzidas não se pode admitir que um cidadão seja levado condenado criminalmente só porque há uma norma que impede o uso de provas ilícitas.

Nessa situação os princípios da intimidade e o da privacidade poderiam ser flexibilizados porque a sua não observância não constituiria prejuízo significativo ao direito de outrem, haja vista que estaria sendo protegido o direito de alguém que está sendo processado a usar desta prova com o objetivo de provar a sua inocência privilegiando a busca pela verdade real.

Mas para fins acusatórios, esse raciocínio é difícil de subsistir, pois não é proporcional quebrar uma norma que veda explicitamente o uso de provas ilícitas e considerar o uso destas para defender as vítimas de um determinado delito, quebrando a ordem constitucional. Consistiria no vale tudo para punir, visto que o Estado além do seu aparato monstruoso que detêm para acusar e processar alguém, poderia usar de provas ilegítimas para sancionar um processo punitivo.

Por isso que a ponderação realizada, dentro da proporcionalidade, ainda mais no ramo de Direito Processual penal, é ainda mais complexa⁹⁰ pois o Estado precisa proteger as pessoas da irracionalidade punitiva que pode colocar em risco a liberdade delas, ao mesmo tempo que precisa cuidar dos cidadãos que são vítimas de algum crime. É uma tarefa nada fácil que o Estado tem para cumprir.

Percebe-se que a proporcionalidade não estaria sendo aplicada se fosse permitido o uso das gravações ambientais clandestinas para fins de acusação. No entanto, precisa-se analisar em que sentido esse tema se relaciona com o princípio do contraditório. Assim sendo, será abordado a seguir o princípio do contraditório e como ele deve ser aplicado na seara do processo penal e dentro da questão das gravações ambientais clandestinas.

2.5 PRINCÍPIO DO CONTRADITÓRIO

A busca pela verdade dentro do processo penal passa por uma reconstrução histórica, com afincos de reviver o que se passou e verificar com isso quais partes estão com a verdade ou não. Nessa

⁹⁰ ÁVILA, *op. cit.*, p. 65,66.

questão é que entra o contraditório, pois no processo penal, como já sabido, é ônus do Ministério Público provar que o réu cometeu determinado fato. E com isso trazer as provas que irão corroborar determinado fato, conduzindo assim uma possível condenação do cidadão acusado.

Acontece que o processo não funciona somente com a participação do Ministério Público, há a obrigatoria ingerência da parte que sofre a acusação. O artigo 5º, inciso LV da Constituição da República Federativa do Brasil ⁹¹ nos informa que “[...] aos litigantes, em processo judicial ou administrativo, e aos acusados em geral são assegurados o contraditório e ampla defesa, com os meios e recursos a ela inerentes”. Percebe-se neste artigo que os princípios mencionados nele funcionam como garantia aos acusados em geral, assim como os recursos a tais princípios que lhe são inerentes.

Por isso é necessário o contraditório, que segundo Aury Lopes Jr. ⁹² é um método de confrontação da verdade, funcionando como um ato imprescindível para um mínimo de configuração acusatória no processo penal. É a dialética, o direito de audiência e o direito de ser ouvido pelo magistrado que está julgando, que o réu tem direito. Afinal de contas essa oportunidade de se utilizar da fala é essencial para contradizer com provas as alegações trazidas à baila pelo Ministério Público

Esse direito que a parte tem de contradizer a outra dentro do processo penal representa bem o sistema acusatório que é adotado pelo sistema processual brasileiro, e que foi reforçado pelas últimas modificações advindas do pacote anticrime. Nele salienta-se que as partes processuais devem ter seus papéis definidos como se fossem uma engrenagem para que tudo ocorra dentro de um equilíbrio que se espera dentro de um Estado Democrático de Direito que respeita os direitos constitucionais.

Conforme destaca Rafael Khalil Coltro ⁹³, o sistema acusatório possui como principal característica a existência de clara distinção e separação entre as atividades acusatórias e jurisdicionais, em que se tem por destaque o respeito aos direitos e garantias fundamentais e a imparcialidade do julgador. Sendo importante uma dessas garantias, justamente o direito de contradizer quando, por assim dizer, é atacado com acusações, sendo verdadeiras ou não.

E considerando o processo penal como um jogo, uma garantia essencial é a imparcialidade do julgador, que como juiz nesse campo, deverá garantir a oportunidade de fala⁹⁴, que faz parte do

⁹¹ BRASIL, *op. cit.*, nota 13.

⁹² LOPES JR., *op. cit.*, p. 110,111.

⁹³ COLTRO, Rafael Khalil. Sistemas Processuais Penais: Uma análise Crítica do Sistema Brasileiro. *Revista Eletrônica de Direito Processual – REDP*. Rio de Janeiro. v.23, n.1, p. 1188-1207, jan-abr.2022. Disponível em: <file:///C:/Users/Acer/Downloads/58538-227920-1-PB.pdf> Acesso em: 4 jan. 2023.

⁹⁴ LOPES JR., *op. cit.*, p. 110,111.

contraditório, para demonstrar que não está sendo parcial dentro do processo o que possibilitará a outra parte de produzir provas negando ou justificando atos que lhe foram imputados. Aury Lopes Jr.⁹⁵ também destaca que uma visão atual do significado do contraditório estaria englobado o direito das partes de debater perante o juiz.

Isso denota-se que se garante as partes uma ampla participação perante o processo, garantindo o direito do debate, da oportunidade da fala e de responder qualquer imputação que seja feita por uma das partes. E quando se fala em qualquer imputação, é qualquer mesmo! Estar ciente ou informado de todos os atos desenvolvidos no processo é essencial para a plena garantia deste direito previsto na Constituição da República de 1988.

E esse direito-garantia tem dois polos que precisam ser respeitados, o da informação e o da reação.⁹⁶ Para participar de uma forma plena e eficaz de modo que uma das partes possa ter a possibilidade de influenciar no julgamento do magistrado, é imprescindível a informação adequada e correta do que está ocorrendo dentro do processo penal, a fim de que se possa agir adequadamente.

De maneira que, entre as partes não pode haver segredo, senão o próprio direito ao contraditório não será exercido de forma eficaz e plena e sim de forma deficitária. E caso seja exercido de forma deficiente, traria prejuízos imensuráveis para o acusado que já entra em desvantagem desde o início do processo penal, na etapa pré-processual da investigação policial e coleta de dados.

Guilherme de Souza Nucci⁹⁷ ao explicar o princípio do contraditório dentro da seara processual penal, diz que ele é necessário porque precisa haver “um perfeito equilíbrio na relação estabelecida pela pretensão punitiva do Estado em confronto com o direito à liberdade, e à manutenção do estado de inocência do acusado”. Esse equilíbrio mencionado pelo autor, é importante pois conforme mencionado no parágrafo anterior o acusado já entra no processo já em desvantagem, sendo necessário garantir a efetividade do contraditório.

Nesse sentido, trazendo uma orientação da lógica processual civil, encontra-se no artigo 9º e no artigo 10 do Código Processual Civil de 2015 o seguinte:

[...] Art. 9º Não se proferirá decisão contra uma das partes sem que ela seja previamente ouvida. (...) art. 10. O juiz não pode decidir, em grau algum de jurisdição, com base em

⁹⁵ *Ibid.*, p. 420,421.

⁹⁶ *Ibid.*

⁹⁷ NUCCI, *op. cit.*, p.68-72.

fundamento a respeito do qual não se tenha dado às partes oportunidade de se manifestar, ainda que se trate de matéria sobre a qual deva decidir de ofício. [...] ⁹⁸

Com essa instrução, que se pode aplicar na seara processual penal, entende-se que o magistrado precisa garantir um contraditório substancial, que de fato garanta às partes o direito à informação, como bem destaca Renato Brasileiro de Lima⁹⁹ ao mencionar que este direito é um consectário lógico do contraditório. E essa informação garantida ao réu não deve ser uma mera formalidade, mas deve ser tal qual que possibilite ao seu defensor a real situação de que o acusado está passando dentro do processo.

Entretanto, apesar do processo penal estar sob a égide do sistema acusatório, que prevê garantias ao cidadão que é processado pelo Estado, e possibilita que a divisão de funções entre os integrantes do processo, esse direito à informação é mitigado. Ele é fracionado, não na fase processual propriamente dita, mas dentro da fase inquisitorial ou pré-processual. Essa mitigação, por sua vez, decorre do fato do inquérito policial ter caráter eminentemente administrativo que visa a apuração de práticas delituosas e as circunstâncias em que ocorrera, conforme destacado por Paulo Rangel.¹⁰⁰

Se o princípio do contraditório prevê justamente a igualdade entre as partes para se produzir as provas em condições similares¹⁰¹ e em suas pretensões, no inquérito policial, isto não ocorre. Mas não ocorre de imediato, como deveria ser, mas ocorre de forma postergada, pois as provas colhidas pelos policiais, que formaram a convicção da autoridade policial para indiciar o investigado, poderá ser rebatida em momento próprio, caso o inquérito se transforme em ação penal.

Mesmo ciente do contraditório diferido dentro da fase do inquérito policial, é inegável o prejuízo que pode trazer para a parte que está sendo acusada. Este prejuízo tem a ver com a possível contaminação psicológica do magistrado que muitas vezes atua no inquérito policial, deferindo algumas medidas e participando desde o início na fase inquisitorial e possivelmente formando a sua convicção desde cedo.

Restando claro que não há uma igualdade cognitiva que garanta uma paridade de armas, na sua estrita definição, dentro do processo penal, levando em consideração a fase inquisitorial, há uma inevitável contaminação psicológica, a qual assevera Aury Lopes Jr¹⁰² na qual o magistrado ficará

⁹⁸ BRASIL. *Código de Processo Civil*. Disponível em https://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_ato2015-2018/2015/lei/113105.htm Acesso em: 11 jan. 2023.

⁹⁹ LIMA, Renato Brasileiro de. *Manual de Processo Penal*. 7. ed.rev.atual. e ampl. Salvador: JusPodivm, 2019, p. 54.

¹⁰⁰ RANGEL., *op. cit.*, p.18-19.

¹⁰¹ *Ibid.*

¹⁰² LOPES JR., *op. cit.*, p.422-423.

exposto de forma evidente. Por sua vez, este autor salienta que em matéria probatória o contraditório precisa ser observado nos quatro momentos de prova: na postulação, na admissão, na produção e na valoração.

Na postulação, nesse primeiro momento, Aury Lopes Jr.¹⁰³ destaca que o contraditório precisa estar presente quando o Ministério Público oferece a denúncia, acusando de modo formal o acusado de ter cometido determinado delito. Este se manifestará através da resposta escrita, na qual o acusado deverá fornecer ao magistrado, disponibilizando uma defesa prévia, com provas que contra-argumentam a denúncia ofertada pelo membro do Ministério Público.

No segundo momento que o contraditório deve ser observado de forma rigorosa é na admissão da prova¹⁰⁴, ou seja, quando o juiz verifica a legalidade desta forma e permite a sua introdução no processo, sendo apta para produzir efeitos de convencimento. O contraditório, neste caso, manifesta-se quando as partes podem impugnar a decisão que admite a prova. Isto se torna essencial, dentro do processo, porque as partes não devem pensar em defender somente seus interesses, mas devem se preocupar na legalidade do sistema para que não haja nenhum vício que macule o processo.

O terceiro momento, segundo Aury Lopes Jr., que o contraditório deve ser observado é a produção¹⁰⁵, também chamada de instrução processual. Nesse momento cabe salientar que as partes podem e devem participar de maneira ativa na produção da prova. Não é porque o ônus da prova de acusação seja do Ministério Público, que a defesa do acusado deva permanecer inerte. A inércia, sem dúvidas nenhuma, não contribuirá para uma defesa eficiente e não prestigiará o contraditório necessário para se faça necessário uma igualdade cognitiva no julgador.

E por fim, o quarto momento que o contraditório deve ser observado conforme destaca Aury Lopes Jr.¹⁰⁶ é na valoração que o magistrado fará na sentença das provas que foram trazidas para o processo. É imprescindível que a sentença do juiz considere todas as provas existentes no processo, quer tenham sido trazidas pela acusação, quer pela defesa, e que externar uma sentença fundamentada, possibilitando as razões e motivos que o levaram a tomar tal decisão, para que eventual recurso possa ser feito de forma adequada.

De fato, esses quatro momentos em que o contraditório deve ser observado, tem o condão de auxiliar o julgador com o intuito de minimizar os efeitos negativos oriundos da falta de igualdade

¹⁰³ *Ibid.*

¹⁰⁴ *Ibid.*

¹⁰⁵ *Ibid.*

¹⁰⁶ *Ibid.*

cognitiva existente dentro do processo penal. Não é à toa, que a sociedade vem caminhando para evitar tais efeitos nos julgamentos, aprovando a introdução do juiz de garantias no Código de Processo Penal Brasileiro. Esse juiz atuaria na fase inquisitorial, somente, deixando outro magistrado para julgar o processo quando a denúncia fosse ofertada pelo membro do Ministério Público.

Tendo em vista os benefícios dessa introdução no sistema processual brasileiro, espera-se que com o julgamento no Supremo Tribunal Federal das Ações Diretas de Inconstitucionalidades 6.298¹⁰⁷, 6.299¹⁰⁸, 6.300¹⁰⁹ e 6305¹¹⁰, caia a decisão monocrática do Ministro Luiz Fux que suspendeu os artigos 3º-A, 3º-B, 3º-C, 3º-D, 3ª-E, 3º-F, do Código de Processo Penal¹¹¹ e da alteração do juiz sentenciante que conheceu de prova declarada inadmissível 157, §5º, do Código de Processo Penal¹¹². Ao entrar em vigor os artigos do Código de Processo Penal que tratam do juiz de garantia, que atuará na fase inquisitorial, ter-se-á de fato a presença da alma do sistema acusatório no sistema processual brasileiro. Com isso, permitirá que o juiz julgue o indivíduo submetido ao processo penal sem as amarras psicológicas de uma possível contaminação dentro da fase na qual o contraditório não é garantido em sua plenitude ao acusado.

Por exemplo, se no inquérito policial umas das partes ensejar a sua abertura através de uma gravação ambiental clandestina, os policiais iniciarão as investigações com a maior probabilidade de concluírem em desfavor daquele que está sendo investigado. E isso poderá macular o início do processo penal, visto que, em regra, no atual sistema processual brasileiro, alguns policiais não permitem que a parte investigada, através de seu advogado, produza contraprova a seu favor.

E essa contraprova, seria essencial, pois evitaria até mesmo, os gastos desnecessários do dinheiro público para iniciar um processo, o qual lá na frente poderia ser anulado, ainda mais dentro da situação que a gravação ambiental clandestina fosse utilizada para fins de acusação. Pois o contraditório como garantia de todo acusado deve ser garantido, por estar previsto na Constituição da República Federativa do Brasil, de forma real e substancial.

Juntamente com o contraditório, está a ampla defesa, que apesar de alguns tratarem esses dois como um só, ver-se-á como são diferentes um do outro, mas não se dissociam entre si, sendo

¹⁰⁷ BRASIL. Supremo Tribunal Federal. *ADIN. n.6298*. Relator: Ministro Luiz Fux. Disponível em: <<https://portal.stf.jus.br/processos/detalhe.asp?incidente=584027414825705>>. Acesso em: 11 jan. 2023.

¹⁰⁸ BRASIL. Supremo Tribunal Federal. *ADIN. n.6299*. Relator: Ministro Luiz Fux. Disponível em: <<https://portal.stf.jus.br/processos/detalhe.asp?incidente=5840373>>. Acesso em: 11 jan. 2023.

¹⁰⁹ BRASIL. Supremo Tribunal Federal. *ADIN. n.6300*. Relator: Ministro Luiz Fux. Disponível em: <<https://portal.stf.jus.br/processos/detalhe.asp?incidente=5840552>>. Acesso em: 11 jan. 2023.

¹¹⁰ BRASIL. Supremo Tribunal Federal. *ADIN. n.6305*. Relator: Ministro Luiz Fux. Disponível em: <<https://portal.stf.jus.br/processos/detalhe.asp?incidente=5844852>>. Acesso em: 11 jan. 2023.

¹¹¹ BRASIL, *op. cit.*, nota 12.

¹¹² *Ibid.*

um complemento do outro. A partir do próximo tópico será analisado o princípio da ampla defesa e como ele deve ser garantido de forma efetiva na questão das gravações ambientais clandestinas para fins de acusação.

2.6 PRINCÍPIO DA AMPLA DEFESA

O princípio da ampla defesa encontra amparo constitucional no art. 5º., inciso LV da Constituição da República Federativa do Brasil de 1988¹¹³ no qual se demonstra que é garantido ao investigado e ao réu o direito de se valer de meios amplos para se defender, considerando que o Estado é constituído por órgãos fortes e preparados e que muitas vezes por isso, a relação jurídica processual pode dar-se forma desigual.¹¹⁴ Por esse mesmo motivo, a ampla defesa garante ao réu um tratamento justo, digno dos padrões existentes dentro do Estado Democrático de Direito.

Nesse sentido, Renato Brasileiro de Lima¹¹⁵ assevera que este princípio está ligado diretamente ao princípio do contraditório, porque o direito de defesa garante o contraditório e por ele se manifesta. Mas eles são diferentes, conforme destacado inicialmente. Acrescentando a isso, destaca-se o fato de que é possível a violação do contraditório sem que haja a violação direta do direito a ampla defesa.¹¹⁶ Esse mesmo autor, salienta que o contraditório diz respeito às partes dentro do processo, já o princípio da ampla defesa refere-se àquele que está sendo acusado.¹¹⁷

Outra diferença entre esses dois princípios é que enquanto no contraditório é necessário oportunizar as partes igualdade material e efetiva, na ampla defesa, não! Pois este princípio é direcionado ao réu, para que a ele possa ser garantida uma gama oportunidade de se defender de forma adequada e eficiente.

E essa defesa é dividida entre a defesa técnica e a autodefesa. Dentre essas duas facetas a que mais oportuniza ao réu uma defesa eficiente é a defesa técnica. Pois pelo fato dele não ter a capacidade postulatória e nem o conhecimento necessário para produzir as provas necessárias para convencer o magistrado, em regra, ele poderia ficar desprotegido diante da autodefesa.

Renato Brasileiro de Lima¹¹⁸ destaca que esta defesa é indisponível e irrenunciável, ou seja, o acusado não pode dispor de sua defesa técnica e nem sequer renunciá-la. Isso fica claro quando se

¹¹³ BRASIL, *op. cit.*, nota 13.

¹¹⁴ NUCCI, *op. cit.*, p. 68.

¹¹⁵ LIMA, *op. cit.*, p. 56.

¹¹⁶ *Ibid.*, p. 57

¹¹⁷ *Ibid.*

¹¹⁸ *Ibid.*

analisa o disposto no art. 261 do Código de Processo Penal¹¹⁹ em que destaca que ninguém será processado ou julgado sem o seu defensor, ficando claro a importância do advogado, que realiza seu mister com o seu trabalho técnico dentro do processo.

Além da presença de um defensor, para garantir uma defesa técnica, é essencial que seja um defensor legalmente habilitado e competente. Quando se menciona a habilitação do defensor, refere-se a sua regular habilitação dentro do órgão responsável para isso, ou seja, a Ordem dos Advogados do Brasil. E no que concerne à competência aduz ao defensor que saiba de todos os detalhes do caso, no qual esteja patrocinando, de uma forma diligente e efetiva e que tenha conhecimento técnico necessário para produzir uma defesa eficiente em prol de seu cliente.

Não basta apenas garantir a defesa técnica nomeando qualquer advogado ou defensor para que possa produzir uma defesa formal, mas a ampla defesa exige uma defesa realmente eficaz. Tanto é assim, que se por acaso a defesa não estiver cumprindo de forma eficiente o seu trabalho, e o magistrado notar que o réu está indefeso, ele poderá destituir o defensor técnico e oficiar a OAB para que designe outro defensor para ocupar a função que não foi desempenhada bem pelo advogado destituído.

A destituição do advogado nesses casos, está prevista nos casos que envolvem o Tribunal do Júri, consoante está previsto do Código de Processo Penal¹²⁰ em seu artigo 497, inciso V, no qual se o juiz considerar o réu indefeso poderá nomear um novo advogado para o réu. Demonstra-se que o juiz precisa estar atento e verificar se a defesa apresentada pelo defensor está sendo realizada de maneira profissional e eficiente. Também é um lembrete para o defensor que não pode apresentar qualquer tipo de defesa, mas sim aquela que tem o condão de garantir de forma satisfatória seus direitos, com pena de ser destituído.

E sobre isso, o Estatuto da Advocacia e Ordem dos Advogados do Brasil¹²¹ em seu artigo 34, inciso XXIV destaca que o advogado poderá ser punido caso cometa reiterados erros que evidenciam a sua inépcia profissional. É até razoável esse alerta para os advogados, pois os clientes, que não detêm todo o conhecimento jurídico pelo qual aos advogados estudaram merecem um defensor que atue com profissionalismo, zelo e dedicação, garantindo de forma ampla a defesa técnica do qual o réu merece.

Apesar da destituição, no caso do réu indefeso, está prevista na parte do Código de Processo Penal na parte que se refere ao Tribunal do Júri, não há óbice para a sua aplicação em todos os

¹¹⁹ BRASIL, *op. cit.*, nota 12.

¹²⁰ *Ibid.*

¹²¹ BRASIL, *op. cit.*, nota 40.

procedimentos dentro do processo penal. O profissional inepto, tem a capacidade de causar sérios danos à defesa do réu, devendo ser sim objeto de análise do magistrado. Justamente por isso a Súmula n. 523¹²² do Supremo Tribunal Federal aduz que a falta de defesa constitui nulidade absoluta, e a sua deficiência só anulará o processo se causar prejuízo para o réu.

Além disto, tem-se que a própria Constituição da República Federativa do Brasil¹²³ de 1988 destaca em seu artigo 133 que o advogado é indispensável para a administração da justiça. Neste artigo, demonstra-se de forma clara e evidente a importância que os advogados têm no Estado Democrático de Direito, garantindo uma defesa efetiva ao réu que esteja sendo processado, de forma que lhe seja concedido uma decisão dentro dos padrões constitucionais e legais.

E essa defesa efetiva concedida ao réu, pode ser exercitada por ele próprio. Nos casos em que ele é regularmente habilitado como advogado, poderá exercer a sua própria defesa técnica. Mas mesmo no caso de ele não ser defensor inscrito na OAB, ele tem a autodefesa. Que se traduz na possibilidade que o réu, mesmo sem os conhecimentos técnicos necessários para realizar a sua defesa, pode se defender pessoalmente perante o juiz.

Segundo Renato Brasileiro de Lima¹²⁴, a autodefesa manifesta-se no processo penal de três formas: como um direito de audiência, como direito de presença e a capacidade postulatória autônoma do acusado. Apesar dessas três manifestações do princípio da ampla defesa, no que se refere a autodefesa, deve-se lembrar do direito que cada cidadão tem de não autoincriminação. Comisso é necessário salientar que diferente da defesa técnica, a autodefesa é disponível, justamente pelo cidadão não ser obrigado a produzir provas contra si mesmo.

Sendo assim, nas diversas ocasiões em que o réu estaria em sua disposição para exercitar a sua autodefesa, ele poderá declinar e não fazer uso e deixar somente com a sua defesa técnica, caso essa seja a melhor estratégia de defesa. Mas caso ele desejar exercitá-la, ele poderá se manifestar, inicialmente, com o direito de audiência.

Nesse, refere-se à possibilidade do acusado de apresentar pessoalmente o juiz da causa a sua defesa¹²⁵, oportunidade que ocorre, geralmente, no interrogatório. Que deve ser realizado de forma espontânea e livre de qualquer forma de pressão.¹²⁶ Nele, o réu poderá esclarecer para o magistrado o que de fato aconteceu e ter a possibilidade de convencer o magistrado ao seu favor.

¹²² BRASIL. Supremo Tribunal Federal. *Súmula n. 523*. Disponível em: <https://portal.stf.jus.br/textos/verTexto.asp?servico=jurisprudenciaSumula&pagina=sumula_501_600>. Acesso em: 31 jan. 2023.

¹²³ BRASIL, *op. cit.*, nota 13.

¹²⁴ LIMA, *op. cit.*, p. 56-64.

¹²⁵ *Ibid.*, p. 62

¹²⁶ LOPES JR., *op. cit.*, p. 114.

Um outro direito que o réu tem dentro da autodefesa, é o direito de presença. É assegurado ao acusado a possibilidade de comparecer ou não aos atos de instrução e até mesmo em sua audiência e conforme destacado por Renato Brasileiro de Lima¹²⁷, este direito de presença é um direito, como a própria nomenclatura afere, e não um dever.

Justamente por ser um dever, se aplica neste caso os princípios da presunção de inocência e o do *in dubio pro reo*, explicados com maior ênfase, nos subtítulos 2.1 e 2.2, respectivamente, não devendo e não podendo a ausência do réu, nos diversos atos processuais, ser interpretado em seu desfavor. Ele deve ser tratado como inocente, independentemente se utiliza deste direito ou não. Um direito que, inclusive, ele poderá fazer uso comparecendo na audiência e decidindo a quem irá responder e se permanecerá em silêncio¹²⁸, sem que isso venha lhe prejudicar. A jurisprudência do Superior Tribunal de Justiça já decidiu que o silêncio parcial¹²⁹ do réu no interrogatório é uma expressão da ampla defesa conferida a ele.

Já a terceira manifestação da autodefesa, refere-se a capacidade postulatória autônoma do acusado que é a possibilidade do réu, mesmo sem ter a habilitação necessária na OAB, de agir com a capacidade postulatória. Um exemplo disto seria o que está disposto no artigo 577 do Código de Processo Penal¹³⁰, que permite ao réu, mesmo sem o seu defensor técnico impetrar recursos. Também uma outra hipótese seria a possibilidade de o réu impetrar habeas corpus, consoante o artigo 654 do Código de Processo Penal.¹³¹

Essas três manifestações da autodefesa juntamente com a defesa técnica são essenciais dentro do princípio da ampla defesa que deve ser garantido a todo acusado dentro do processo penal. Ainda mais se a base da acusação que lhe está sendo imputada se origina de uma gravação ambiental clandestina. Pois o processo penal precisa haver paridade de armas, uma igualdade substancial vista no princípio do contraditório.

Sabendo, portanto, que segundo o atual sistema persecutório, de certa forma, dá uma vantagem para o Estado em detrimento do acusado, a permissão da licitude das gravações ambientais clandestinas para fins de acusação atingiria o princípio do contraditório, e por consequência o da ampla defesa. Visto que a ampla defesa é um princípio voltando exclusivamente para o réu.

¹²⁷ LIMA, *op. cit.*, p.63.

¹²⁸ LOPES JR., *op. cit.*, p. 114.

¹²⁹ BRASIL. Superior Tribunal de Justiça. *HC. n. 646227/SP*. Relator: Ministro Antônio Saldanha Palheiro. Disponível em: <<https://www.jusbrasil.com.br/jurisprudencia/stj/1366043659>>. Acesso em: 16 jan. 2023.

¹³⁰ BRASIL, *op. cit.*, nota 12.

¹³¹ *Ibid.*

Sendo assim, é por este motivo, fazendo o raciocínio inverso, de que as gravações ambientais clandestinas, para fins da defesa, são consideradas uma expressão da ampla defesa. Aindamais agora que já é permitido o uso legal destas gravações, o que antes só era permitido via jurisprudência. Mas o contrário não encontra amparo principiológica para o seu uso. Estaria dando para o Estado acusador, ou até mesmo a vítima de um crime, a mesma igualdade ao réu, no que se refere à ampla defesa e se tornaria uma ampla acusação. Porém neste caso, não deve vigorar uma igualdade formal, mas sim a material, pois o acusado é a parte mais fraca nesta relação processual.

Sendo os princípios deste capítulo analisados em consonância com as gravações ambientais clandestinas como prova dentro do processo penal, será objeto de consideração no próximo capítulo se o uso destas gravações para fins de acusação está em harmonia com o que se espera de um Estado Democrático de Direito. Será analisado o que preconiza um Estado como este e se a gravação ambiental clandestina realizada pela vítima de crime estaria enquadrada nos moldes deste Estado e por fim, se o seu uso é legal e legítimo.

3. O USO DAS GRAVAÇÕES CLANDESTINAS COMO MATÉRIA DE ACUSAÇÃO

Neste capítulo passar-se-á à análise da temática central da monografia, se há possibilidade de usar as gravações ambientais clandestinas para uso da acusação de um determinado crime. Destaca-se que o uso destas gravações para fins de defesa está pacificado tanto na atual legislação, quanto na jurisprudência, como os capítulos anteriores demonstraram. O foco agora está no uso destas provas pela vítima de crime, e posteriormente pela acusação.

É inegável que esse uso traz uma incerteza jurídica latente nas relações processuais, tendo em vista que poderá violar alguns princípios basilares contidos na Constituição da República Federativa do Brasil de 1988. Apesar disso e considerando que os fatos sociais possuem o condão de criar o Direito, tipificando situações fáticas que antes não existiam no texto legal, é de se questionar o quanto os fatos sociais devem alterar as regras postas e os princípios essenciais para a segurança jurídica do sistema processual brasileiro.

Precisa-se ter limites para situações vistas na realidade se tornarem lei, e para analisar quais são esses limites, é necessário ir ao âmago da questão fazendo a análise de qual modelo de Estado Democrático de Direito é vigente na República Federativa do Brasil. É o que será analisado a seguir

3.1. ESTADO DEMOCRÁTICO DE DIREITO: O MODELO VIGENTE

Estado é uma forma de organização utilizada pelos cidadãos com o intuito de regular determinada sociedade. Alexandre de Moraes destaca que o Estado é uma “forma histórica de organização jurídica limitado a um determinado território e com população definida e dotada de soberania”¹³². Com essa soberania que o Estado possui possibilita o estabelecimento de regras para serem cumpridas pela população, que reside naquele território, e sem interferência de qualquer outro Estado que se encontre em outro território. Ou seja, o Estado é o Senhor das regras das quais são criadas para serem seguidas por quem está em seu território.

O conceito de “Estado” não é um conceito mundial uniforme, mas objetiva a indicação e a descrição de uma forma de ordenamento político surgido na Europa do Século XIII até fins do Séc. XVIII e inícios do Sec. XIX, tendo como estrutura e fundamento na história europeia e que depois se estendeu a todo o mundo civilizado.¹³³

¹³² MORAES, Alexandre de. *Direito Constitucional*. 36.ed. São Paulo: Atlas, 2020, p.2

¹³³ BOBBIO, Norberto; MATTEUCCI, Nicola; PASQUINO, Gianfranco. *Dicionário de Política*. 11.ed. São Paulo: UNB, 2004. Disponível em: < https://disciplinas.usp.br/pluginfile.php/2938561/mod_resource/content/1/BOBBIO.%20Dicion%C3%A1rio%20de%20pol%C3%ADtica..pdf > Disponível em: 9 fev. 2023.

Ele se consolida como uma forma de organização política, que dentro de seu território exerce prevalência sobre todas as outras organizações existentes num determinado território.

Desde os primórdios em que o Estado foi instituído, Ele se apresenta em vários formatos que evidenciam a forma de organização das pessoas que residem em determinado território no qual irá submetê-las às regras decodificadas. A República Federativa do Brasil constitui-se em Estado Democrático de Direito¹³⁴ conforme é destacado por Pedro Lenza, e com isso possui a junção de dois modelos de Estados, o de Direito e o Democrático. A análise que será realizada desses modelos firmará a posição se determinadas garantias podem ser flexibilizadas para permitir o uso ou não da gravação ambiental clandestina pela vítima.

Inicialmente será analisado o Estado de Direito e em seguida o Estado Democrático e depois a junção dos dois.

Conforme Alexandre de Moraes, o Estado de Direito apresenta como características a primazia da lei, a organização dos poderes do Estado (conferindo personalidade jurídica ao Estado e construindo uma relação jurídica com os cidadãos), a hierarquia das normas postas visando fornecer segurança jurídica ao ordenamento, a garantia dos direitos individuais, entre outras características na qual o autor destaca.¹³⁵

O Estado Democrático é contrário do Autocrático, pois nele permite a participação da população na condução do destino de país. Nesse sentido, há diversos modelos de Estado Democrático e diversas formas que a democracia se apresenta.

O Estado Democrático de Direito significa que o Estado é regido por normas democráticas, o que amplia as formas de participação na política, garantindo ao povo uma maior participação nas decisões do país, representando assim um maior engajamento social na produção das leis e garantindo os direitos fundamentais.¹³⁶

Direitos esses, que independentemente da soberania do Estado tem para dispor sobre seu ordenamento jurídico, precisam-se ser observados em toda órbita internacional. Eles são mais amplos que os direitos individuais, que estão mais conectados com o a liberdade do indivíduo, e vão mais além. Priorizam a dignidade da pessoa humana na qual precisa constar na legislação vigente.

¹³⁴ LENZA, Pedro. *Direito Constitucional Esquematizado*. 24. ed. São Paulo: Saraiva Educação, 2020, p.1576.

¹³⁵ MORAES, *op. cit.*, p.4-5.

¹³⁶ *Ibid.*, p. 6-7

Para Norberto Bobbio¹³⁷, que concorda com essa visão destacada no parágrafo anterior, o regime democrático é sustentado não só pela visão simplista de governo da maioria, ou governo do povo, mas sim na interlocução das decisões coletivas que são tomadas em prol da coletividade que não podem se dissociar da garantia de direitos. Isso remonta àquela ideia de que não existe direito absoluto, que todos teriam as suas limitações. No caso da democracia, isso ocorre justamente pela sua interligação com o Direito.

Segundo Norberto Bobbio¹³⁸ há requisitos mínimos que precisam ser observados para garantia da democracia, o que parece viável. Esse autor destaca que não basta apenas atribuir aos maiores números de cidadãos a oportunidade de contribuir politicamente para as decisões coletivas de um determinado território, há outros fatores imprescindíveis que merecem consideração, os quais, Norberto Bobbio denomina-os como condições, neste sentido:

[...] mesmo para uma definição mínima de democracia, como é a que aceito, não bastam nem a atribuição a um elevado número de cidadãos do direito de participar direta ou indiretamente da tomada de decisões coletivas, nem a existência de regras de procedimento como a da maioria (ou, no limite, da unanimidade). É indispensável uma terceira condição: é preciso que aqueles que são chamados a decidir ou a eleger os que deverão decidir sejam colocados diante de alternativas reais e postos em condição de poder escolher entre uma e outra. Para que se realize esta condição, é necessário que aos chamados a decidir sejam garantidos os assim denominados direitos de liberdade, de opinião, de expressão das próprias opiniões, de reunião, de associação etc. – os direitos à base dos quais nasceu o estado liberal e foi construída a doutrina do estado de direito em sentido forte (...) o exerce dentro de limites derivados do reconhecimento constitucional dos direitos ‘invioláveis’ do indivíduo. Seja qual for o fundamento filosófico destes direitos, eles são o pressuposto necessário para o correto funcionamento dos próprios mecanismos predominante procedimentais que caracterizam um regime democrático. [...]¹³⁹

Para esse autor, as regras procedimentais para a atividade da democracia são essenciais para a existência dela. E nessas regras, incluem-se direitos fundamentais garantidos a todo cidadão daquele Estado. Menciona que esses direitos precisam de consideração constitucional, visto que devem ser considerados invioláveis, de maneira que a garantia deles são os pressupostos para o funcionamento da própria democracia.

¹³⁷ BOBBIO, Norberto. *O futuro da democracia: uma defesa das regras do jogo*. Tradução Marco Aurélio Nogueira. 6.ed. Rio de Janeiro: Paz e Terra, 1986, p.19 Disponível em: <https://edisciplinas.usp.br/pluginfile.php/5551654/mod_resource/content/1/Boobio%2C%20Norberto%20O%20futuro%20da%20Democracia%20-%20uma%20defesa%20das%20regras%20do%20jogo.pdf> Acesso em: 22 fev. 2023.

¹³⁸ *Ibid.*, p.19

¹³⁹ *Ibid.*

O entendimento desse autor é que o Estado deixa de ser um fim em si mesmo e passa a ser um instrumento de garantia de direitos a todos cidadãos.¹⁴⁰ Por isso mesmo, o Estado por ser garantidor de direitos, é denominado Democrático de Direito, pois não se constitui somente no governo da maioria, mas se configura no governo da maioria segundo os princípios democráticos estabelecidos em lei e reconhecidamente essenciais para a existência do ser humano

E é justamente este o modelo de Estado Democrático de Direito que a República Federativa do Brasil está sujeita. Na Constituição da República Federativa do Brasil de 1988 em seu preâmbulo e no artigo 1º¹⁴¹, destaca expressamente que o Estado Democrático de Direito é o que vigora atualmente, devendo seus fundamentos prevalecerem.

Apesar da própria Constituição mencionar que o poder emana do povo, fazendo jus a estrita definição da palavra democracia, ela não é irrestrita e nem incondicional. Até porque se assim fosse, iria vigorar a lei dos mais fortes em detrimento dos mais fracos. Com isso, fazendo alusão a definição de Estado Democrático de Direito contemporâneo, é importante destacar a essencialidade dos direitos fundamentais que são garantidos a todo cidadão, e que os escolhidos para governar dentro de uma democracia precisam ser regulados pelo que dispõe a lei, resguardando-a.

Sendo assim, torna-se claro definir que sob o atual ordenamento jurídico brasileiro o uso das gravações ambientais clandestinas para fins de acusação é algo que não se coaduna com os princípios democráticos estabelecidos dentro de um Estado Democrático de Direito atual. Visto que nele reservam-se e são garantidos os direitos fundamentais a todo cidadão, tais como o da intimidade, privacidade, de não fazer uso de provas ilícitas em processos e que frontalmente se colidem com a permissão das gravações ambientais clandestinas para fins acusatórios.

No entanto, nessa digressão a respeito de direitos, pode-se analisá-los pelo prisma da vítima de determinados crimes. Pois, diante da ineficácia estatal, notoriamente reconhecida, para elucidar determinados crimes, qual seria o papel da vítima nessa situação? Ela poderia imiscuir na função estatal e trazer consigo de forma legítima provas obtidas através de gravações ambientais clandestinas para comprovar determinado fato? Uma breve análise da vitimologia será realizada no próximo tópico para esclarecer esses questionamentos.

¹⁴⁰BOBBIO, Norberto. *Liberalismo e democracia*. Tradução Marco Aurélio Nogueira. 6. ed. São Paulo. Brasiliense, 2000, p.25. Disponível em :<<https://mpassosbr.files.wordpress.com/2013/03/bobbio-norberto-liberalismo-e-democracia.pdf>> Acesso em: 22 fev. 2023.

¹⁴¹ BRASIL, *op. cit.*, nota 16.

3.2. GRAVAÇÃO AMBIENTAL REALIZADA PELA VÍTIMA DE CRIME: PARA UMA ANÁLISE DA VITIMOLOGIA

A vítima de crimes dentro da sociedade tem a proteção estatal manifestada com mecanismos para que o suposto criminoso seja investigado e posteriormente punido se for comprovado a sua culpa. Porém, é evidente que o Estado não consegue elucidar todos as infrações penais que chegam ao seu conhecimento, levantando determinadas questões, como por exemplo, se a vítima de um crime poderia contribuir ativamente com a produção probatória com a finalidade de punir os eventuais transgressores. E em que sentido o estudo da vitimologia contribui com esta questão?

Lúcio Ronaldo Pereira Ribeiro¹⁴² destaca que a vitimologia é o estudo da vítima em seus diversos planos, indo do estudo da personalidade da vítima até o contexto social que ela está inserida, incluindo o lado psicológico e a reflexão do que a levou a assumir àquele papel, e em que sentido a criminalidade pode influenciar em seu comportamento como integrante da sociedade.

A respeito disto, é essencial discorrer a respeito dos efeitos complexos que a prática dos crimes submete as vítimas. É destaque como os três tipos clássicos de vitimização, a primária, secundária e a terciária podem influenciar no comportamento das vítimas.¹⁴³

A vitimização primária¹⁴⁴ reflete o resultado do ilícito na vida da vítima, quais os efeitos irão refletir em seu comportamento após o crime. Como cada ser humano é singular, os efeitos podem ser diversos, que podem ir desde a depressão ao simples aborrecimento, logicamente que deve se considerar a gravidade do delito para verificar a dano real na vítima. O que muitas vezes pode induzir a vítima, casos os efeitos tenham sido penosos, a agir por contra própria ignorando o aparato investigatório estatal para coletas de provas no intuito de punir o criminoso.

Quando as vítimas decidem agir por conta própria, na questão da investigação, passa ao segundo tipo clássico de vitimização, a secundária¹⁴⁵. Nela destaca-se a funcionalidade das instâncias

¹⁴² RIBEIRO, Lúcio Ronaldo Pereira. *Vitimologia*. Disponível em: http://www.mpsp.mp.br/portal/page/portal/documntacao_e_divulgacao/doc_biblioteca/bibli_servicos_produtos/bibliobol/bibli_bo1_2006/RDP_07_30.pdf Acesso em: 25 fev. 2023.

¹⁴³ HAIDAR, Caio Abou; ROSSINO, Isabela Bossolani. *Redescobrimo a vitimologia: Estudos contemporâneos da Vitimização quaternária e da influência midiática na Criminologia*. Disponível em: <https://sites.usp.br/pesquisaemdireito-fdrp/wp-content/uploads/sites/180/2017/01/caio-haidar.pdf> Acesso em: 25 fev. 2023.

¹⁴⁴ *Ibid.*, p.3-4.

¹⁴⁵ *Ibid.*, p.4.

formais de controle, que como Jonathan Dantas Pessoa¹⁴⁶ menciona, são: a Polícia, o Ministério Público e o Poder Judiciário. Nesse tipo clássico, insurge nas vítimas a esperança de que os criminosos serão punidos, uma expectativa que muitas vezes é frustrada pela falta de celeridade na investigação e no processo.

É inclusive citado por Carlos Morotti¹⁴⁷ que funciona nesse tipo clássico de vitimização uma falta de respeito às vítimas dos crimes, visto que falta sensibilidade das instâncias formais de controle em lidar com a situação apresentada pela vítima. O que acaba vindo à tona se somente os acusados dos delitos são destinatários dos direitos assegurados pela Constituição de 1988, e se nos casos de produção probatória através das gravações ambientais clandestinas, seria permissível o seu uso, para auxiliar o Estado e instituir um direito inegável a toda vítima de crime.

No terceiro tipo clássico de vitimização, a terciária¹⁴⁸, a vítima sente que o Estado não lhe dá todo o suporte necessário após o sofrimento de ter passado pelo crime, de maneira que esta falta de receptividade e assistência gera uma maior vitimização por aqueles que passaram por esta situação. Diante disto, as vítimas se questionam se realmente é benéfico ficarem aguardando a Justiça tomar alguma iniciativa para punir eventuais responsáveis do crime

Conseqüentemente se levanta a tônica nesta questão, se diante da falta de assistência efetiva, a pessoa vítima poderia mover meios para conseguir responsabilizar o culpado de ter praticado o ilícito. Isso ocorre até mesmo porque, conforme destaca Sérgio Salomão Shecaira¹⁴⁹ o controle social formal, através das instâncias formais de controle são seletivas e discriminatórias, de forma que não funcionam para todos, trazendo um viés de merecimento.

Nesse diapasão, Sérgio Salomão Shecaira¹⁵⁰ ainda menciona que a efetividade do controle social é sempre relativa, dando a entender que as instâncias formais de controle não são o suficiente para a prevenção e quiçá reprovação do crime. Destaca que uma maior efetividade do controle social seria uma integração das instâncias formais e informais de controle. Com isso se questiona se a atuação da vítima contribuiria para uma eficaz resposta do Estado perante o criminoso, evitando que ele saísse ileso após ter praticado diversas atividades delituosas.

¹⁴⁶PESSOA, Jonathan Dantas. *Instâncias de Controle Social Formal no Brasil*. Disponível em: <<https://jonathandp265.jusbrasil.com.br/artigos/822625592/instancias-de-controle-social-formal-no-brasil#:~:text=Na%20doutrina%20criminal%20brasileira%20e%20o%20Poder%20Judici%C3%A1rio>>. Acesso em: 25 fev. 2023.

¹⁴⁷MOROTTI, Carlos. *Vitimização primária, secundária e terciária*. Disponível em: <<https://morotti.Jusbrasil.com.br/artigos/210224182/vitimizacao-primaria-secundaria-e-terciaria>> Acesso em: 26 fev. 2023.

¹⁴⁸Haidar, *op. cit.*, p.4-5.

¹⁴⁹SHECAIRA, Sérgio Salomão. *Criminologia*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2018, p.57.

¹⁵⁰*Ibid.*, p.57,58.

E o ordenamento jurídico brasileiro até certa parte coaduna com esse contribuir da vítima para solução dos casos criminosos. Dentro do Código de Processo Penal¹⁵¹, tem-se a figura da ação penal privada¹⁵², que é ajuizada pela própria vítima, através de seu patrono, para formular a queixa perante os órgãos responsáveis pela persecução penal, na qual pode-se juntar provas produzidas de forma legal como base para a sua acusação.

Da mesma forma, diante da inércia do titular da ação penal, faculta-se a vítima e seus sucessores ajuizarem a ação penal privada subsidiária da pública, e apresentarem provas que corroborem seus fundamentos para a acusação do réu. Alessandra Rapacci Mascarenhas Prado¹⁵³ destaca que essa ação subsidiária da pública é uma garantia fundamental que está prevista na Constituição da República Federativa do Brasil, que funciona como uma garantia ao acesso à justiça que visa a proteção do bem jurídico violado.

E mesmo com a atividade regular do promotor de justiça, a vítima pode assumir a figura de assistente de acusação para contribuir de forma significativa com o processo penal. O artigo 271 do Código de Processo Penal¹⁵⁴ preconiza que o assistente poderá propor meios de prova, conferindo certa legitimidade para a vítima atuar de forma ativa dentro da fase de persecução penal.

Ciente de tais possibilidades que é facultado a vítima, percebe-se que em determinados casos, o ofendido pode agir, dentre os meios legais para contribuição da legitimação do poder estatal em punir os indivíduos. Denota-se também, que a vítima possui diversos direitos e proteções legais. Conforme Flaviane de Magalhães Barros¹⁵⁵ a vítima é sujeito de direitos e que isto não significa minimizar ou enfraquecer os direitos do acusado, dentro do processo penal, mas acolher dentro de uma outra perspectiva o olhar daquele que teve o bem jurídico afetado.

Sob este prisma, reconhece-se que a referida autora trouxe um argumento relevante. Tendo em vista que o processo penal é uma reconstrução histórica de fatos, que ocorreram no passado, visando esclarecimentos a respeito da infração penal cometida para sujeitar o infrator às medidas legais previstas em lei, não se pode pensar o processo desconsiderando um dos seus protagonistas.¹⁵⁶

¹⁵¹ BRASIL, *op. cit.*, nota 12.

¹⁵² PRADO, Alessandra Rapacci Mascarenhas *et al.* A legitimidade para propositura da ação penal privada subsidiária da pública em crimes que afetam bens jurídicos coletivos. O exemplo representativo dos crimes ambientais. *Revista de Direito Penal, Processo Penal e Constituição*, v. 3, n. 1, p. 77-96, 2017

¹⁵³ *Ibid.*

¹⁵⁴ BRASIL, *op. cit.*, nota 12.

¹⁵⁵ BARROS, Flaviane de Magalhães. *A vítima de crimes e seus direitos fundamentais: seu reconhecimento como sujeito de direito e sujeito do processo*. 2013. Disponível em: <https://www.repositorio.ufop.br/bitstream/123456789/3739/1/ARTIGO_V%c3%adtimaCrimesDireitos.pdf> Acesso em: 04 mar. 2023.

¹⁵⁶ BARROS, *op. cit.*, p.13

E sim, a vítima é um dos protagonistas dentro do processo penal, pois sem vítima não há crime, não há bem jurídico afetado, e justamente por isso Flaviana de Magalhães Barros¹⁵⁷ salienta a importância da participação democrática da vítima dentro do processo. Nesse sentido, e considerando a definição do processo penal mencionada no parágrafo anterior, a vítima poderia contribuir de forma significativa anexando provas com intuito de uma reconstrução de provas efetiva para resolver a questão de uma forma justa. E a respeito de um possível olhar vingativo nesta contribuição, Flaviana discorre:

[...]Exclui-se, portanto, qualquer hipótese de justificar a atuação estatal a partir da expropriação do conflito e dos interesses meramente vingativos da vítima, pois estes serão inviabilizados pela própria estrutura procedimental do processo penal a partir das garantias relacionadas com o devido processo legal, principalmente as associadas à proteção do acusado como sujeito de direitos. [...]¹⁵⁸

Torna-se evidente que a autora não quis fomentar a participação da vítima no processo penal como uma manifestação vingativa por causa do seu bem jurídico que foi afetado, mas demonstrou que não é possível falar em reconstrução histórica no processo desconsiderando o papel da vítima. O próprio fato dela mencionar a importância da estrutura procedimental do processo penal e a garantia do devido processo legal, enfatiza que a vingança não iria prevalecer com a participação da vítima.

Para isso é necessário entender que não se trata de vingança, mas sim de uma contribuição efetiva da vítima para que o processo penal ocorra de uma forma justa, e que o criminoso seja responsabilizado na medida de sua culpabilidade. Com isso, surge a possibilidade de as vítimas produzirem provas através das gravações ambientais clandestinas e com isso ser evitado os efeitos da vitimização secundária, na qual as instâncias formais de controle não conseguiriam atender às expectativas das vítimas, favorecendo um processo longo e moroso.

Se por um lado, é necessário garantir a participação das vítimas no processo penal permitindo, dentro das hipóteses legais a sua ingerência, por outro sabe-se que os acusados no processo penal estão sob uma estrutura rígida. Essa estrutura é alicerçada nos pilares do Estado Democrático de Direito, no qual é imprescindível a garantia do devido processo legal, entre outros. Assim sendo, só seria permitido a atuação da vítima no processo penal, caso esteja previsto na legislação, e no caso específico das provas através das gravações ambientais clandestinas, se essas forem permitidas pela legislação.

¹⁵⁷ *Ibid.*

¹⁵⁸ *Ibid.*

No entanto, percebe-se que o Superior Tribunal de Justiça tem permitido as gravações ambientais clandestinas para fins de acusação, a serem usadas dentro do processo penal. O que acaba dando uma certa legitimidade para as vítimas dos crimes de se utilizarem do mesmo artifício. O que tem o condão de suprimir direitos conferido aos acusados, que estão sendo analisados neste trabalho e de uma certa forma contribuir para fragilizar os pilares do Estado Democrático de Direito. Sendo assim, ver-se-á no próximo subtítulo, os argumentos que o STJ vem utilizando para permitir o uso das gravações nestes moldes.

3.3. PERMISSÃO DA JURISPRUDÊNCIA DO SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA EM SE UTILIZAR AS GRAVAÇÕES EM FAVOR DA VÍTIMA

A gravação por um dos interlocutores é considerada prova válida dentro do processopenal, nos casos em que este interlocutor está sendo processado e precisa provar de alguma maneira a sua inocência. No entanto, essa mesma prova utilizada para a defesa, pode-se utilizar para acusar alguém e dar ensejo à uma ação penal. Foi essa a decisão do Superior Tribunal de Justiça no dia 16 de agosto de 2022, no Agravo Regimental no Recurso Ordinário em Habeas Corpus de São Paulo de n. 165495.¹⁵⁹

Nesse agravo, o assessor do acusado gravou as conversas, visto que estava incomodado com a pressão para entregar parte dos seus vencimentos, e essa gravação foi a base para dar início à persecução criminal, mesmo sendo clandestina. E por sua vez, a decisão do STJ foi no seguinte sentido:

[...]Ressalto que a uníssona jurisprudência desta Corte, em perfeita consonância com a do Pretório Excelso, firmou o entendimento de que a gravação efetuada por um dos interlocutores, sem conhecimento do outro, é prova lícita, que pode servir de elemento probatório para a *notitia criminis* e para a persecução criminal. Ademais, ao contrário do que afirma o Recorrente, na hipótese, trata-se de gravação efetuada por funcionários públicos no exercício de sua função pública, e não de conversa particular ou sigilosa, o que afasta a tese de ilegalidade da prova por ofensa à garantia da intimidade da vida privada do Acusado [...]¹⁶⁰

Percebe-se, assim, que o Superior Tribunal de Justiça tem admitido as gravações ambientais clandestinas realizadas para fins de acusação como prova hábil a embasar o início de uma

¹⁵⁹ BRASIL. Superior Tribunal de Justiça. *AgRgRHC. n. 165495/SP*. Relator: Ministra Laurita Vaz. Disponível em: <<https://www.jusbrasil.com.br/jurisprudencia/stj/1659997353/inteiro-teor-1659997373>>. Acesso em: 05 mar. 2023.

¹⁶⁰ BRASIL, *op. cit.*, nota 159.

investigação criminal ou até mesmo o processo penal. O que causa arrepio às garantias constitucionalmente previstas trazendo uma flexibilização perigosa na jurisprudência.

Nesse Agravo Regimental do Recurso de Habeas Corpus ¹⁶¹, tem-se como adição ao primeiro argumento de que a gravação não feriria o direito à privacidade nem o da intimidade do agente público, pois a gravação se deu no exercício da função pública de maneira que não era uma conversa sigilosa ou particular. Conferindo, portanto, um argumento a mais para legitimar o uso das gravações ambientais clandestinas pela acusação.

E essa decisão corrobora o posicionamento do STJ a respeito deste tema. Verifica-se que em outro julgamento ¹⁶² foi admitida como lícita a gravação de um dos interlocutores de uma conversa privada, a embasar indícios de provas a serem usadas para o procedimento criminal. Relata-se que a vítima estava recebendo ligações telefônicas do acusado, e percebeu o ato ilegal que este estava cometendo. E no intuito de proteger-se realizou as gravações.

Apesar da defesa do acusado ter se insurgido contra às gravações o ministro relator afastou a ilicitude e asseverou que elas não se confundiam com flagrante preparado¹⁶³, que é uma modalidade considerada ilícita no Brasil, mas se assemelhavam a um flagrante esperado, que é admitido de forma lícita.

Leonardo Lambert da Costa¹⁶⁴ em seu artigo faz a diferenciação do flagrante preparado para o esperado de forma que esclarece esta questão. No flagrante provocado existe uma atitude provocadora de um dos agentes que induz aquele que se quer incriminar a se comportar de forma criminosa, o que ocorre é uma manipulação da conduta delitativa dos fatos o que configura por sua vez crime impossível.¹⁶⁵ Por este motivo, o acusado pego por alguma gravação ambiental clandestina produzida nos moldes do flagrante preparado, não será considerada válida para fins do processo penal.

Já no flagrante esperado não se manipula a conduta do acusado, não induz ele a nada, é uma postura simplesmente passiva a espera de que o criminoso entre em ação de forma voluntária, tornando-se assim, nesta hipótese, a gravação ambiental clandestina lícita.¹⁶⁶ A jurisprudência do

¹⁶¹ *Ibid.*

¹⁶² BRASIL. Superior Tribunal de Justiça. *RHC. n. 19136/MG*. Relator: Ministro Felix Fischer. Disponível em: <<https://www.jusbrasil.com.br/jurisprudencia/stj/8937559/inteiro-teor-14105684>>. Acesso em: 05 mar. 2023.

¹⁶³ COSTA, Leonardo Lambert da. *Flagrante preparado no direito brasileiro e distinções em relação ao flagrante esperado*. 2019. Disponível em: <[https://dspace.mackenzie.br/bitstream/handle/10899/30106/LEONARDO %20LAMBERT%20DA%20COSTA-.pdf?sequence=1&isAllowed=y](https://dspace.mackenzie.br/bitstream/handle/10899/30106/LEONARDO%20LAMBERT%20DA%20COSTA-.pdf?sequence=1&isAllowed=y)> Acesso em: 05 mar. 2023.

¹⁶⁴ *Ibid.*, p.21-22.

¹⁶⁵ BRASIL. Supremo Tribunal Federal. *Súmula n. 145*. Disponível em: <<https://jurisprudencia.stf.jus.br/pages/search/seq-sumula145/false>>. Acesso em: 5 mar.2023.

¹⁶⁶ COSTA, *op. cit.*, p.21-22.

STJ¹⁶⁷ reafirma que nessas situações, a gravação seria lícita porque não precisa sequer de autorização judicial para permiti-la como ocorre nas interceptações telefônicas.

Destaca-se também que o entendimento do Superior Tribunal de Justiça é no sentido que não cabe falar em preservação de privacidade frente às atividades criminosas praticadas. O que dá a entender uma flexibilização perigosa na permissão das gravações ambientais clandestinas, sob a justificativa do acusado não se utilizar dos direitos garantidos constitucionalmente para esconder-se de eventual responsabilização. Alexandre de Moraes escreve em sua obra algo similar, neste sentido:

[...]As liberdades públicas não podem ser utilizadas como um verdadeiro escudo protetivo da prática de atividades ilícitas, tampouco como argumento para afastamento ou diminuição da responsabilidade civil ou penal por atos criminosos, sob pena de total consagração ao desrespeito a um verdadeiro Estado de Direito. Dessa forma, aqueles que, ao praticarem atos ilícitos, inobservarem as liberdades públicas de terceiras pessoas e da própria sociedade, desrespeitando a própria dignidade da pessoa humana, não poderão invocar, posteriormente, a ilicitude de determinadas provas para afastar suas responsabilidades civil e criminal perante o Estado [...]¹⁶⁸

Nessa questão, tem-se os direitos assegurados para todo cidadão, destacados de forma específica no segundo capítulo, desse trabalho, no qual se enfatizou os princípios vigentes contidos na Constituição da República Federativa do Brasil, que entram em colisão com a flexibilização desenfreada pelo Superior Tribunal de Justiça, que vem admitindo o uso das gravações ambientais clandestinas, sob a justificativa que não há direitos na prática de crimes.

Isso de não haver direitos para executar o intento criminoso, parece ser óbvio, porém quando a Constituição da República preconiza os direitos para os acusados dentro de um processo penal, não significa uma chancela para se livrar da responsabilização penal, como se estivesse dando autorização para o criminoso atuar. Mas demonstra-se uma preocupação em ter um devido processo legal amparado por garantias constitucionais que irão responsabilizar na medida justa o acusado.

Uma proteção para os acusados, pois pode ocorrer denúncias caluniosas, provas forjadas ou interesses escusos para acusar determinada pessoa. Decisões como estas que autorizam o uso das gravações ambientais clandestinas para fins da acusação, parece um olhar voltado à sociedade, com intuito de agradar o povo, que quer ver justiça cuja definição é diversa, dependendo da formação cultural da pessoa, e não necessariamente técnica. Pois o mesmo povo que muitas vezes age guiado

¹⁶⁷ BRASIL, *op. cit.*, nota 162.

¹⁶⁸ MORAES, Alexandre de. *Constituição do Brasil Interpretada e Legislação Constitucional*. 2. ed. São Paulo: Atlas, 2003, p.382-383.

por emoção, pela mídia e sem conhecimento técnico indispensável para entender as regras que existem dentro do processo penal democrático, pode cometer atrocidades ou julgamentos precipitados desvinculados com a realidade dos fatos.

Se as liberdades públicas não devem ser utilizadas como escudo protetivo às práticas criminosas, conforme destaca Alexandre de Moraes¹⁶⁹ e a jurisprudência do STJ, as garantias constitucionais devem ser usadas em que circunstâncias? Qual o parâmetro que os magistrados devem usar para saber se o acusado tem que ter o seu direito à privacidade resguardado? A vedação às provas ilícitas previstas constitucionalmente deve ser vista apenas como recomendação? Sem caráter vinculante e como mera folha de papel?

É perigoso dentro de um sistema de direito democrático que preza pelas garantias constitucionais, utilizar essa jurisprudência, pois fragiliza o sistema jurídico e mina a segurança jurídica que em tese deveria prevalecer nas decisões dos Tribunais. Configura um poder dado às vítimas do crime de forma exacerbada, considerando-a uma protagonista do processo penal com um poder além do que deveria ter. Igualando de forma formal com o acusado dentro do processo penal.

Algo que não deveria ser assim, até porque o acusado é a parte mais enfraquecida, por isso o constituinte de 1988 destacou os direitos e garantias como salvaguarda do poder lesivo que o Estado possa ter na vida das pessoas que estão sujeitas a Ele. Até mesmo o chamado princípio *in dubio pro societate* é um desvirtuamento do que se espera dentro de um sistema democrático de direitos.

Esse princípio eleva a força probatória que o acusado precisa fazer para provar que é inocente de determinada acusação¹⁷⁰. Além disso, minora o dever probatório da acusação transformando as mínimas provas adquiridas pela parte que acusa com alto grau de credibilidade, minimizando ou enfraquecendo, por assim dizer, o princípio da presunção do *in dubio pro reo*, que é garantido em nível constitucional, infraconstitucional e nas legislações internacionais nas quais a República Federativa do Brasil faz parte, como a Convenção Interamericana de Direitos Humanos.

Adotar de forma prática o princípio do *in dubio pro societate* significa deixar de lado o da presunção de inocência que tem alta densidade normativa em contrapartida do primeiro, cuja ausência¹⁷¹ tornou-se evidente no Recurso Extraordinário com Agravo n. 1.067.392/Ceará.¹⁷² Nota-

¹⁶⁹ *Ibid.*

¹⁷⁰ CARMO, Paulo César Oliveira do; SANTIAGO, Nestor Eduardo. *In dubio pro societate e a inversão do ônus da prova no processo penal: um olhar a partir do garantismo*. 2022. Disponível em: <<https://www.e-publicacoes.uerj.br/index.php/redp/article/view/62752/42377>> Acesso em: 6 mar. 2023.

¹⁷¹ *Ibid.*

¹⁷² BRASIL. Supremo Tribunal Federal. *ARE. n. 1067392/CE*. Relator: Ministro Gilmar Mendes. Disponível em: <https://www.jusbrasil.com.br/jurisprudencia/stf/1100285706/inteiro-teor-11002_85715>. Acesso em: 05 mar. 2023.

se que sequer existe previsão para o *in dubio pro societate*, de forma que dá a entender que ele foi criado com viés político para dar satisfação aos anseios populistas de querer ver a justiça agindo de alguma forma contra a pretensa impunidade.

Percebe-se, no entanto que o papel do julgador, que tem as suas garantias preservadas pela Constituição da República Federativa do Brasil, estipuladas para garantir uma maior independência e impedir eventuais desvios no exercício da judicatura. O magistrado não pode deixar-se levar pelos anseios populistas e enfraquecer as garantias constitucionais e em caso de dúvida colocar a sociedade em primeiro plano em desfavor do acusado. Que muitas vezes não conseguirá produzir provas necessariamente robustas para provar a sua inocência.

Usar as gravações ambientais clandestinas podem ser justificadas pelo princípio do *in dubio pro reo*, licitamente, até porque é garantido em nível legal com a alteração da lei de interceptação telefônica. No entanto, não se pode dizer que o uso das gravações ambientais clandestinas pode ser justificado pelo princípio do *in dubio pro societate* pois se torna incongruente com o ordenamento jurídico brasileiro e seus princípios.

Por isso a despeito de todo arcabouço argumentativo do Superior Tribunal de Justiça permitindo o uso das gravações ambientais clandestinas para fins de acusação, autorizando a utilizá-las para início de inquérito criminal e até mesmo para o processo penal, a interpretação que se faz do artigo 8º-A, parágrafo 4º da Lei n. 9.296/96¹⁷³ que prevê a autorização para se gravar de maneira clandestina em matéria de defesa deve ser interpretada de maneira restritiva ou ampla? Esse “em matéria de defesa” permite-se o entendimento da defesa da vítima do crime? No próximo tópico será analisado esta questão tão importante para esse tema.

3.4. LEGALIDADE DA GRAVAÇÃO CLANDESTINA PARA FINS DE ACUSAÇÃO

A Lei n. 9.296/96¹⁷⁴ surgiu para regulamentar o inciso XII, parte final do artigo 5º da Constituição da República Federativa do Brasil de 1988. O referido artigo preconiza:

[...]é inviolável o sigilo da correspondência e das comunicações telegráficas, de dados e das comunicações telefônicas, salvo, no último caso, por ordem judicial, nas hipóteses e na forma que a lei estabelecer para fins de investigação criminal ou instrução processual penal; [...]¹⁷⁵

¹⁷³ BRASIL, *op. cit.*, nota 54.

¹⁷⁴ *Ibid.*

¹⁷⁵ BRASIL, *op. cit.*, nota 16.

Com o intuito de regulamentar as exceções de que o direito à privacidade estaria sujeito, mitigando a inviolabilidade do sigilo das comunicações em geral foi o contexto que esta Lei surgiu. Ela dispunha, inicialmente, a respeito das interceptações telefônicas discriminando situações e hipóteses em que ela seria permitida.

Com o decorrer dos anos e com a conseqüente evolução dos meios de comunicação e de obtenção de provas, surgiu a possibilidade da escuta telefônica e captação ambiental. Que eram tratadas na jurisprudência, em seu início, visto que não tinha legislação que mencionasse estes temas.

A captação ambiental, também denominada de gravação ambiental, passou-se a ser utilizada para fins defensivos, no qual o acusado na impossibilidade de encontrar provas que o inocentasse fazia o uso deste meio de prova. Uma barreira a esta hipótese, era a previsão do artigo 5º, inciso LVI da Constituição da República Federativa do Brasil que vedava a utilização das provas ilícitas no processo penal.

Construiu-se, portanto, uma construção jurisprudencial na qual permitiu-se o uso de tais provas ilícitas para uso exclusivo da defesa, em nome de diversos princípios constitucionais, entre eles o da garantia da ampla defesa e da proporcionalidade. O que dava legitimidade para o acusado produzir provas desta forma.

Até que entrou em vigor a Lei n. 13.869 de 2019¹⁷⁶ que alterou significativamente a Lei de Interceptação Telefônica fazendo constar a previsão normativa das captações ambientais. Com isso passou a dispor a respeito das gravações ambientais clandestinas realizadas em matéria de defesa,¹⁷⁷ como sendo lícitas, mesmo sem o conhecimento da autoridade policial e do ministério público, porém quando demonstrada a integridade da gravação.

Agora, diante desse quadro, verifica-se uma consolidação jurisprudencial com a inclusão legislativa, da permissão das gravações ambientais clandestina em matéria de defesa, dando maior caráter de legitimidade à Lei. No entanto, surge a questão: O termo “em matéria de defesa” deve ser entendido de qual forma, ampliativa ou restritiva? Qual interpretação se coaduna melhor com os princípios do Estado Democrático de Direito analisado no primeiro tópico deste capítulo? Entender as formas de interpretação utilizadas no sistema jurídico brasileiro, fará com que se tenha um posicionamento a respeito do termo “em matéria de defesa”.

¹⁷⁶ BRASIL. *Lei n. 13.964/2019*. Disponível em: < https://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_Ato2019-2022/2019/Lei/L13964.htm#art7 > Acesso em: 6 mar. 2023.

¹⁷⁷ BRASIL, *op. cit.*, nota 54.

Dentro do Direito conforme destaca Ana Cláudia Aparecida de Jesus¹⁷⁸ ao interpretar asua norma deve-se começar pela sua origem. Com isso tem-se uma das teorias conhecidas no Direito, a teoria tridimensional do Miguel Reale que salienta três vetores¹⁷⁹: Fato, valor e norma. Nesses são demonstrados que através da junção dos vetores mencionados é possível a interpretação da norma de forma clara e coerente prestando atenção ao que o legislador quis ao legislar determinado texto. Além disto, destaca-se que não se pode ficar apenas no enunciado das leis sem considerar a importância do fato e o valor possuem na construção do entendimento jurídico no meio social.¹⁸⁰

E justamente por isso é que no Direito não se deve admitir qualquer tipo de interpretação como ocorre em outras áreas do saber, mas deve primeiro acontecer num ambiente institucionalizado¹⁸¹ procurar mecanismos e meios para uma interpretação séria das normas postas e assim garantir uma certa credibilidade, gerando uma obrigatoriedade no entendimento que se extrai da interpretação.

Afinal de contas, interpretar é atribuir sentido ao texto normativo¹⁸², conectando com a realidade dos fatos, trazendo para a população uma guia na qual devem seguir. Para tanto institui-se métodos hermenêuticos que são essenciais para a interpretação da norma jurídica.

Luiz Roberto Barroso¹⁸³ destaca como elementos clássicos da interpretação jurídica o gramatical, histórico, teleológico e sistemática, reafirmando-os como métodos utilizados para a hermenêutica jurídica, afirmando também, que eles não atuam de forma isolada, mas sim em conjunto, um controlando o outro para chegar a um resultado coerente e aceitável.

O método gramatical também chamado de literal é baseado na literalidade do texto e nas possibilidades semânticas que ele possui.¹⁸⁴ É o primeiro contato com o texto interpretado, porém pode conter desvios, ainda mais na língua portuguesa em que o idioma pode ter diversos significados,

¹⁷⁸ JESUS, Ana Cláudia Aparecida de. *Método de Interpretação do Direito: Aspectos Gerais*. 2018. Disponível em: <<https://anaclaudiajesus.jusbrasil.com.br/artigos/516517364/metodos-de-interpretacao-do-direito-aspectos-gerais>> Acesso em: 6 mar. 2023.

¹⁷⁹ REALE, Miguel. Teoria Tridimensional do Direito. 5. ed., São Paulo: Saraiva, 2003 *apud* CARVALHO, Morgana Gomes. *Breve análise sobre a teoria Tridimensional do direito de Miguel Reale*. 2019. Disponível em: <<https://jus.com.br/artigos/72501/breve-analise-sobre-a-teoria-tridimensional-do-direito-de-miguel-real>>. Acesso em: 6 mar. 2023.

¹⁸⁰ CARVALHO, José Mauricio de. *A teoria tridimensional do Direito de Miguel Reale*. 2015. Disponível em: <<https://www.ufsj.edu.br/portal2-repositorio/File/revistaestudosfilosoficos/art14%20rev14.pdf>> Acesso em: 6 mar. 2023.

¹⁸¹ KRELL, Andreas J. *Entre desdém teórico e aprovação na prática: os métodos clássicos de interpretação jurídica*. 2014. Disponível em: <<https://www.scielo.br/j/rdgv/a/ZcsRXX8WpbVvtctNgzQCC8r/?lang=pt&format=pdf>> Acesso em: 5 mar. 2023.

¹⁸² BARROSO, Luiz Roberto. *Curso de Direito Constitucional Contemporâneo: Os Conceitos Fundamentais e a Construção do Novo Modelo*. 7.ed. São Paulo: Saraiva. 2018, p.176-177.

¹⁸³ *Ibid.*

¹⁸⁴ *Ibid.*

o que pode gerar certa dubiedade e confusão.¹⁸⁵ No termo “em matéria de defesa” poderia por assim dizer, sem interpretado como defesa do acusado ou defesa da vítima. Como o legislador ao alterar a Lei de Interpretação Telefônica, não especificou o significa “em matéria de defesa”, abre um leque de significados quando se considera a literalidade, somente.

Já o método histórico se baseia na investigação de como se originou a referida Lei, como se deu o processo legislativo, em que circunstâncias a lei foi editada.¹⁸⁶ É um método com viés subjetiva que visa alcançar a historicidade da lei visando entender a intenção do legislador na sua edição.¹⁸⁷ O legislador ao incluir o art. 8º-A, parágrafo 4º na Lei n. 9296/96, permitindo a gravação ambiental clandestina, quis fornecer a garantia para o acusado de que ele poderia utilizar as gravações ambientais clandestinas para a sua defesa, tendo em visto que esta hipótese já estava pacificada na jurisprudência. Tanto que guiado pela proporcionalidade e a ampla defesa, permitia-se anteriormente o uso de provas ilícitas se aquele fosse o único meio de provar a inocência do réu.

O método teleológico consiste na busca da finalidade das normas jurídicas considerando o que está ocorrendo na atualidade.¹⁸⁸ O Direito em si busca atingir determinadas finalidades, com isso se pode perguntar: Interpretar o verbete “em matéria de defesa” permitindo o uso das gravações ambientais clandestinas em matéria de acusação, fornecendo uma salvaguarda para as vítimas de crimes atingiria a finalidade da norma posta? Será que a finalidade da norma seria de equiparar a vítima com o acusado dentro do processo penal, no que se refere à possibilidade de produção probatória? A norma constitucional que deve reger todo sistema jurídico garante o protagonismo da vítima em desfavor das garantias previstas ao acusado?

Complementando, pode-se questionar se a ideia do legislador era permitir que a vítima também produzisse gravação ambiental clandestina, não teria deixado explícito? Nessa hipótese a análise incluiria o método histórico, no qual seria investigado o contexto que o texto normativo foi editado. Comprovando de forma categórica que os métodos de interpretação do Direito se interrelacionam.

Responde-se à pergunta suscitada no parágrafo anterior revisitando os motivos do veto presidencial ao artigo 8º-A, parágrafo 4º da Lei n. 9296/96¹⁸⁹. Nele o ex-presidente Bolsonaro justificou o veto alegando que “a permissão do uso da gravação ambiental clandestina somente pela

¹⁸⁵ JESUS, *op. cit.*

¹⁸⁶ *Ibid.*

¹⁸⁷ BARROSO, *op. cit.* p.177.

¹⁸⁸ JESUS, *op. cit.*

¹⁸⁹ BRASIL, *op. cit.*, nota 54.

defesa contraria o interesse público e viola os princípios da lealdade, da boa-fé e da cooperação entre os sujeitos processuais.”¹⁹⁰

Torna-se claro e evidente que o entendimento firmado é que o termo “em matéria de defesa” tem o significado da defesa daquele que se submete ao processo penal como acusado. Não abrangendo a defesa da vítima, não incluindo, portanto, a permissão para que a vítima utilize as gravações ambientais clandestinas em locais privados para fins de acusação.

Ainda, tem-se o método sistemático, que visa um olhar amplificado, dentro do sistema jurídico analisando determinada norma específica num conjunto de outras normas.¹⁹¹ Corrobora-se com isso, Luiz Roberto Barroso que aduz que a ordem jurídica é um sistema e como tal deve ser dotada de unidade e harmonia.¹⁹² E o que garante essa harmonia é justamente a Constituição do Brasil, com as suas orientações, em que toda as legislações devem ser interpretadas à luz dela.

Conclui-se assim, que o verbete “em matéria da defesa” se refere à defesa do acusado, não sendo apta qualquer outra interpretação ampliativa, visto que dentro de uma análise hermenêutica verifica-se não ser cabível o uso das gravações ambientais clandestinas em locais privados para fins da acusação. Como base para este entendimento, amparado pela Constituição, tem-se o Direito Processual Penal como garantia do cidadão, uma proteção singular e essencial para garantir àquele que porventura esteja sendo acusado de ter cometido algum delito penal. Para tanto, ver-se-á no último capítulo deste trabalho a importância do Direito Processual penal e em que sentido ele funciona como garantia contra as arbitrariedades estatais.

3.5. DIREITO PROCESSUAL PENAL COMO GARANTIA DO CIDADÃO

O processo penal tem como objeto uma pretensão acusatória, na qual após ser reunido indícios e provas da existência de um delito com a sua devida autoria, o titular da pretensão acusatória, o Ministério Público, irá requerer ao magistrado a condenação do acusado, caso ele se convença das provas colacionadas durante o desenrolar processual¹⁹³. Tendo o Processo Penal a finalidade de punir, àqueles que cometeram algum delito, a pretensa alegação de que processual penal seja uma garantia, pode parecer contraditória, pois nele se exterioriza o direito de punir estatal.

¹⁹⁰ BRASIL, *op. cit.*, nota 55.

¹⁹¹ JESUS, *op. cit.*

¹⁹² BARROSO, *op. cit.*, p.177.

¹⁹³ LOPES, JR, *op. cit.*, p.57

Apenas parece contraditória, pois não tem nada disto. Tanto é assim que o direito de punir do Estado é regulamentado por direitos e garantias previstos tanto constitucional quanto legal. E o Estado não detém autorização para punir qualquer um que tenha supostamente violada a norma penal sem observar determinados parâmetros. E nesse sentido, sabe-se que a prestação jurisdicional do Estado, no que se refere ao direito de punir, precisa vir acompanhado com a preservação das garantias constitucionais.¹⁹⁴

Afinal, destaca-se que o processo penal brasileiro que vige sob a égide do Estado Democrático de Direito, preconiza que nenhuma norma processual pode destoar das regras e princípios pertencentes a este Estado. Sabe-se que o direito processual penal atua dentro do que está previsto no Direito Penal, que tem por objetivo regular quais são os bens que merecem a tutela legal do Estado, porém aquele não deve ser visto apenas como cumpridor da lei penal, mas sim como uma forma de efetivar o acesso à justiça e a garantia dela.

Porque não adiantaria nada cumprir a lei penal sem garantir no mínimo uma proteção para que os jurisdicionados tenham seus direitos resguardados. Assim sendo, tem-se como garantia essencial dentro do processo penal, o devido processo legal. Ele dá à direção no processo penal, guiando como os procedimentos devem ser realizados, para que se evite situações teratológicas que porventura venham a ocorrer dentro do processo.

Situações teratológicas podem abranger a ausência de contraditório efetivo durante o processo, o uso do silêncio como meio desabonador apto a influir negativamente na decisão de condenar do juiz, a vedação por parte do juiz do silêncio parcial em sede de julgamento e o uso das gravações ambientais clandestinas por parte da vítima a ser usado para fins acusatórios.

Essas, também, podem ser denominadas de situações estranhas àquilo que deveria ser o correto dentro do que se espera que seja aplicado no processo penal. Tendo em vista que tais situações violam direitos resguardados pela norma processual penal, uma das formas a fim de garanti-los, é assegurando a integridade do princípio do devido processo legal no sistema processual brasileiro com a presença de uma magistratura garantidora de direitos e não cerceadora.

Esse princípio, também entendido como garantia, remonta a famosa Carta do Rei João Sem Terra de 1215 na qual foi editada a cláusula 39 para garantir aos nobres uma proteção contra a coroa inglesa. Essa cláusula dispunha que nenhum homem seria privado da sua liberdade sem um juízo

¹⁹⁴ PRUDÊNCIO, Simone Silva. *Garantias constitucionais e o processo penal: uma visão pelo prisma do devido processo legal*. 2010. Disponível em: < file:///C:/Users/Acer/Downloads/134-Texto%20do%20Artigo-249-1-10-20120_525.pdf > Acesso em: 6 mar.2023.

legal dos seus pares ou de acordo com a lei da terra.¹⁹⁵ É uma disposição similar ao que hoje se denomina de garantia do devido processo penal que representava uma proteção não só a favor do indivíduo, mas de toda coletividade naquela época.

Era uma proteção que configurava uma certa limitação real do que quem estava no poder poderia fazer. Hoje, não é diferente, pois esse mesmo princípio-garantia foi adotado pela Constituição Brasileira, que se constitui em si numa limitação processual do próprio Estado, que é obrigado a cumprir as leis que Ele mesmo adota.¹⁹⁶Essa obrigação está contida no artigo 5º, inciso LIV, verifica-se:

[...]Todos são iguais perante a lei, sem distinção de qualquer natureza, garantindo-se aos brasileiros e aos estrangeiros residentes no País a inviolabilidade do direito à vida, à liberdade, à igualdade, à segurança e à propriedade, nos termos seguintes: (...) ninguém será privado da liberdade ou de seus bens sem o devido processo legal [...]¹⁹⁷

Nesse texto constitucional é destaque que ninguém perderá a sua liberdade sem o devido processo legal. Sabe-se que a liberdade do indivíduo é a medida mais gravosa que pode ser atingida pelo Estado, merecendo, portanto, regulações para que o Estado não exorbite no seu direito legítimo punir. E como a liberdade é uma garantia prevista no *caput* do referido artigo constitucional, entende-se que ela não pode ser violada sem que seja demonstrado através de um regular processo que a pessoa merece receber como punição a restrição de sua liberdade.

O devido processo legal na sua atual acepção possui duas formas distintas:¹⁹⁸ o processual e o material. No devido processo legal processual, também denominado formal é aquele que é necessário assegurar as garantias processuais mínimas para a segurança do jurisdicionado. Estas garantias englobam os princípios da presunção de inocência, *o in dubio pro reo*, favor rei, proporcionalidade, contraditório, ampla defesa que foram destacados no segundo capítulo deste trabalho.

Também é notório salientar que neste aspecto o devido processual legal visa regular o próprio poder do Estado, fornecendo uma garantia para os jurisdicionados, preservando-os. Nesse sentido, de acordo com a análise realizada até o presente momento, verifica-se que não há embasamento legal para o uso das gravações ambientais clandestinas em locais privados para fins da acusação. O devido processo legal formal prevê uma observância estrita das leis, preconiza também

¹⁹⁵ HARTMANN, *op. cit.*, p.10.

¹⁹⁶ BARROSO, *op. cit.*, p.177.

¹⁹⁷ BRASIL, *op. cit.*, nota 16.

¹⁹⁸ *Ibid.*

a igualdade, mas nem mesmo aqui podemos mencionar como argumento para permitir estas gravações, a igualdade material.

Igualar materialmente dentro de um Estado Democrático de Direito pressupõe partes desiguais que precisam ser niveladas. Não parece ser esse o caso da acusação dentro de um processo penal. Pois na investigação de um crime, inicia-se com a autoridade policial, que possui discricionariedade para conduzi-la. Em que pese, toda a argumentação atual para que o acusado tenha um contraditório efetiva até mesmo nesta fase, sabe-se que ainda não funciona desta maneira. Visto o Estado assumir o monopólio da investigação, deixando pouco espaço para a defesa do acusado interferir.

Quando o inquérito é relatado e encaminhado para o titular da ação penal, o Ministério Público, geralmente forma a sua opinião através da base inquisitiva arrolada durante o inquérito pelo delegado. Nessa fase, logo após o oferecimento da denúncia, o advogado do réu pode apresentar provas a fim de convencer o juiz na versão dos fatos que mais favoreça ao acusado. No entanto, sem a atuação do juiz de garantias, atualmente suspenso, o mesmo juiz que atuou na investigação irá conduzir o processo de forma viciada, no mínimo mentalmente, o que compromete a igualdade entre as partes.

Com essas distorções não se pode permitir o protagonismo da vítima, em permitir que ela utilize como prova acusatória as gravações ambientais ilícitas. Mesmo com a jurisprudência do Superior Tribunal de Justiça sendo a favor destas gravações, percebe-se um equívoco e um desvio da garantia devido processo legal. Não que a vítima não mereça proteção, ela merece e o Estado tem a obrigação de garantir os seus direitos, mas de forma que não sobrepuja os direitos do acusado, que dentro do processo está numa posição desfavorecida.

Já o devido processo legal material, sua outra concepção, refere-se a se processo está ocorrendo de forma justa, razoável ou até mesmo proporcional¹⁹⁹. Nessa questão, também não é razoável crer que seja proporcional permitir uma gravação ambiental clandestina pressupondo que a vítima é a correta dentro do processo, aniquilando a hipótese do réu ser inocente. Não se procura defender criminosos, ou pessoas à margem da lei, mas o objetivo do processo penal, como já destacado, é reconstruir uma história com a sua narrativa e através das provas, possa-se chegar à uma verdade aproximada do que aconteceu.

¹⁹⁹ MARIOTTI, Alexandre. *Princípio do devido processo legal*. 2008. Disponível em: <<https://www.lume.ufrgs.br/bitstream/handle/10183/13555/000651057.pdf?sequence=1>> Acesso em: 6 mar. 2023.

E nesse diapasão, o devido processo legal existe para que se chegue ao máximo desta verdade aproximada do que ocorreu, mas dentro das balizas fixadas pelo Estado Democrático de Direito. Por isso, o processo penal nada mais é do que uma garantia da pessoa que está sendo acusada de ter seus direitos e garantias respeitados, de forma que seja admitido somente as provas autorizadas por lei. Sendo assim, torna-se evidente que as gravações ambientais clandestinas não têm amparo constitucional, muito menos legal.

CONCLUSÃO

Por tudo que se expôs, o trabalho apresentado objetivou demonstrar se as gravações ambientais clandestinas poderiam ser usadas para fins de acusação e qual era o posicionamento da jurisprudência a respeito desse tema. Buscou-se, a partir dos apontamentos da doutrina e jurisprudência, evidenciar a sua possibilidade ou não.

Abordou-se a utilização das gravações ambientais clandestinas como meio de provas, analisando inicialmente a definição de provas, os tipos permitidos pela legislação e pela jurisprudência. A partir desse ponto passou-se a analisar o conceito de gravação ambiental clandestina fazendo a diferenciação com outros tipos de provas admitidas na legislação tais como a interceptação telefônica e a escuta ambiental.

Após isso, foi abordado que as provas adquiridas mediante captações ambientais clandestina para fins de defesa eram consideradas pela doutrina e jurisprudência como exercício de defesa e por isso apesar da sua alegada ilicitude, era permitida a sua utilização dentro da defesa. Logo na sequência foi salientado a definição de provas ilícitas consoante o ordenamento jurídico brasileiro, trazendo à baila correntes que explicam a admissibilidade das provas ilícitas dentro do processo.

Além dessas correntes, abordou-se as teorias que discorrem sobre a prova ilícita por derivação, as que estão tipificadas dentro do Código de Processo Penal, com apontamento de autores que não as consideram como necessariamente exceção à inadmissibilidade das provas ilícitas. Dentro desse prisma procurou-se demonstrar os argumentos que o Supremo Tribunal Federal e o Superior Tribunal de Justiça utilizam para consentir na admissão das gravações ambientais clandestinas como prova dentro do Processo para fins defensivos.

Verificou-se que a jurisprudência acabou se tornando um ato legislativo, visto que fora demonstrado que o legislador alterou a Lei n. 9.296 de 1996 que tratava, inicialmente, das interceptações telefônicas e escuta telefônica, e que passou a regular expressamente as gravações ambientais clandestinas como meio de provas admissíveis pela defesa. Percebe-se que essa modificação, que foi vetada, à princípio, pelo Presidente da República que estava governando à época, foi derrubada pelo Congresso Nacional, vindo a vigorar meses depois.

Com a permissão legislativa para as gravações ambientais clandestinas, procurou-se abordar os princípios constitucionais no intuito de averiguar se existia alguma violação destes na admissão dessas provas obtidas mediante as gravações ambientais clandestinas.

Analisou-se o princípio da presunção de inocência como norma de tratamento, norma probatória e de julgamento, demonstrando a importância que o Estado precisa dar a esse princípio no que se refere às provas dentro do Processo Penal. Foi salientado que como norma probatória, esse princípio configura-se uma proteção ao acusado de que não seria admitido nenhuma prova que fosse ilícita para fins de acusação.

Já para a defesa, a presunção de inocência permitiria o uso dessas provas. Além do mais, foi corroborado o direito de não autoincriminação no uso das gravações ambientais clandestinas em que se demonstrou as cinco dimensões desse direito, incluindo o direito de ficar em silêncio e o direito de declarar contra si mesmo como obstáculos ao uso das gravações pela acusação.

Considerou-se também os princípios do *in dubio pro reo*, *favor rei* como importantes vetores para aplicação ao acusado, analisando-se a insuficiência de provas, ou a existência de provas ilícitas como não merecedoras de credibilidade para embasar a condenação de alguém, desde que inexistem outras provas lícitas que corroborassem com a acusação. Foi demonstrado também que esses princípios limitam o poder de punir do Estado, que por sua vez precisa garantir a liberdade de todos e realizar um julgamento dentro das regras democráticas.

Com a análise do princípio da proporcionalidade, verificou-se que ele foi uma das bases para que a jurisprudência aceitasse o uso das gravações ambientais clandestinas para fins da defesa, mas que o princípio não estaria sendo aplicado se fosse permitido o uso destas para fins de acusação.

Na sequência, ao ser abordado o princípio do contraditório e da ampla defesa, analisou-se que considerar as gravações ambientais clandestinas como válidas para a acusação os enfraquece, pois, o contraditório na fase pré-processual não é amplo para a defesa do acusado, o juiz acaba sendo contaminado pelas informações que recebe nessa fase, sendo um diferencial negativo para o réu. Demonstrou-se que essa falta de igualdade cognitiva na fase inquisitorial conduz a uma inevitável contaminação psicológica do magistrado.

No terceiro e derradeiro capítulo foi abordado o conceito de Estado Democrático de Direito para entender quais são as suas regras procedimentais que sempre devem ser observadas dentro do contexto das gravações ambientais ilícitas. Demonstrou-se que o Estado não é um fim em si mesmo e é um instrumento de garantia de direitos a todos os cidadãos, assim sendo o uso das gravações para fins de acusação não se coaduna com o que se espera de um Estado Democrático de Direito.

Demonstrou-se que o Estado ser uma garantia não minimiza a situação das vítimas quando sofrem um atentado aos seus bens jurídicos. No entanto, fazendo uma análise da vitimologia,

abordou-se que a despeito do eventual protagonismo que a vítima possa ter dentro do Processo Penal em colaborar de forma efetiva, isso significaria desregular a balança do processo penal em que o acusado é parte mais desfavorecida. E para o Estado funcionar como um verdadeiro instrumento de garantia é necessário garantir o devido processo legal e não fornecer uma ampla acusação à possibilidade da vítima trazer para o processo qualquer tipo de provas fora do regramento permitido no ordenamento jurídico brasileiro.

A despeito disso, no decorrer da pesquisa descobriu-se em análise jurisprudencial do Superior Tribunal de Justiça a admissão das gravações ambientais clandestinas como provas válidas em favor da vítima. Foi demonstrado o entendimento de que segundo o STJ não cabe em falar em preservação de privacidade frente às atividades criminosas praticadas e que as liberdades públicas não devem ser utilizadas como escudo protetivo para a prática do crime. Apesar desse entendimento do STJ, demonstrou-se que o uso das gravações ambientais clandestinas para uso da defesa não está em harmonia com os princípios garantias da Constituição da República Federativa do Brasil de 1988.

Abordou-se também que apesar da dubiedade do termo que autoriza às gravações ambientais clandestinas ser “em matéria de defesa”, e ter a compreensão que pode ser a defesa do réu ou na defesa da vítima, não se coaduna com a interpretação teleológica, nem histórica, muito menos sistemática do dispositivo incluído na Lei de Interceptação Telefônica que permite o uso das gravações ambientais clandestinas.

Por fim, destacou-se que o Direito Processual Penal é uma garantia do cidadão, demonstrando que o Estado Democrático de Direito deve limitar o poder estatal que tende permitir toda e qualquer prova dentro do Processo Penal. Foi salientado que o devido processo legal exige-se do Estado uma observância estrita das leis e aos princípios garantias.

Portanto, nesse trabalho verificou-se que os direitos constitucionalmente previstos são invioláveis, e que o uso das gravações ambientais clandestinas para fins de acusação não está em harmonia com o que se espera de um Estado Democrático de Direito. E que a despeito da interpretação que os Tribunais Superiores façam, permitindo-as, com toda vênua, não possuem respaldo nos princípios garantias que norteiam a aplicação do ordenamento jurídico brasileiro.

REFERÊNCIAS

AVOLIO, Luiz Francisco Torquato. *Provas Ilícitas: Interceptações telefônicas, ambientais e gravações clandestinas*. 7.ed.rev.atual.e ampl. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2019.

ÁVILA, Thiago André Pierobom de. *Provas ilícitas e proporcionalidade: uma análise da colisão entre os princípios da proteção penal eficiente e da inadmissibilidade das provas obtidas por meios ilícitos*. 2006. 295 f. Dissertação (Mestrado em Direito)-Universidade de Brasília, Brasília, 2006. Disponível em: <https://repositorio.unb.br/bitstream/10482/3103/1/Disserta%20c3%a7%20%20THIAGO%20ANDR%20PIEROBOM%20DE%20%20%20c3%81VILA-%20Provas%20Il%20c3%a7%20citas.pdf>. Acesso em: 25 jan. 2023.

ÁZARA JÚNIOR, Nailson Ferreira. Valor probatório das gravações ambientais. *Revista Eletrônica Faculdade Montes Belos*, v. 5, n. 2, p.2-17, Abr.2012. Disponível em: < <http://revista.fmb.edu.br/index.php/fmb/article/view/65/60>>. Acesso em: 16 ago. 2022.

BADARÓ, Gustavo H. R. Ivahy. *Direito processual penal - Tomo I*. Rio de Janeiro: Elsevier, 2008.

BARROSO, Luiz Roberto. *Curso de Direito Constitucional Contemporâneo. Os Conceitos Fundamentais e a Construção do Novo Modelo*. 7.ed. São Paulo: Saraiva. 2018.

BONACCORSI, Daniela Villani. *As provas obtidas por meios ilícitos: Uma análise de suas consequências no processo penal moderno*. Belo Horizonte: D'Plácido, 2014.

BRASIL. *Código de Processo Penal*. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/decreto-lei/del3689.htm. Acesso em: 06 set. 2022.

_____. *Código Penal*. Disponível em https://www.planalto.gov.br/ccivil_03/decreto-lei/Del2848compilado.htm Acesso em: 05 dez. 2022.

_____. *Código de Processo Civil*. Disponível em https://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_ato2015-2018/2015/lei/113105.htm Acesso em: 11 jan. 2023.

_____. *Constituição da República Federativa do Brasil*. Disponível em:< http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/constituicao.htm>. Acesso em: 06 set. 2022.

_____. *Lei n. 9.296 de 1996*. Disponível em:< https://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/19296.htm>. Acesso em: 16 out. 2022.

_____. *Lei n. 8.906 de 1994*. Disponível em:< [https://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/18906.htm#:~:text=LEI%20N%C2%BA%208.906%2C%20DE%204%20DE%20JULHO%20DE%201994.&text=Disp%C3%B5e%20sobre%20o%20Estatuto%20da,Advogados%20do%20Brasil%20\(OAB\).&text=II%20as%20atividades%20de%20consultoria,em%20qualquer%20inst%C3%A2ncia%20ou%20tribunal](https://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/18906.htm#:~:text=LEI%20N%C2%BA%208.906%2C%20DE%204%20DE%20JULHO%20DE%201994.&text=Disp%C3%B5e%20sobre%20o%20Estatuto%20da,Advogados%20do%20Brasil%20(OAB).&text=II%20as%20atividades%20de%20consultoria,em%20qualquer%20inst%C3%A2ncia%20ou%20tribunal)>. Acesso em: 6 dez. 2022

_____. *Lei n. 12.850/2013*. Disponível em:< https://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_ato2011-2014/2013/lei/112850.htm >. Acesso em: 29 jan. 2023.

_____. *Lei n. 13.964/2019*. Disponível em:< https://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_Ato2019-2022/2019/Lei/L13964.htm#art7> Acesso em: 6 mar. 2023.

_____. Presidência da República Federativa do Brasil. *Mensagem n. 726*, de 24 de dezembro de 2019. Disponível em:<https://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_Ato2019-2022/2019/Msg/VEP/VEP-726.htm. >. Acesso em: 1 nov. 2022.

_____. Supremo Tribunal Federal. *RE. n. 583.937/RJ*. Relatora: Ministra Cezar Peluzo. Disponível em:<<https://portal.stf.jus.br/jurisprudenciaRepercussao/verAndamentoProcesso.asp?incidente=2610668&numeroProcesso=583937&classeProcesso=RE&numeroTema=237>>. Acesso em: 04 jun. 2022.

_____. Supremo Tribunal Federal. *RE. n. 251445/GO*. Relator: Ministro Celso de Mello. Disponível em:< <https://www.jusbrasil.com.br/jurisprudencia/stf/14825705>>. Acesso em: 20 out. 2022.

_____. Supremo Tribunal Federal. *ADIN. n.6298*. Relator: Ministro Luiz Fux. Disponível em:<<https://portal.stf.jus.br/processos/detalhe.asp?incidente=584027414825705>>. Acesso em: 11 jan. 2023.

_____. Supremo Tribunal Federal. *ADIN. n.6299*. Relator: Ministro Luiz Fux. Disponível em:<<https://portal.stf.jus.br/processos/detalhe.asp?incidente=5840373>>. Acesso em: 11 jan. 2023.

_____. Supremo Tribunal Federal. *ADIN. n.6300*. Relator: Ministro Luiz Fux. Disponível em:<<https://portal.stf.jus.br/processos/detalhe.asp?incidente=5840552>>. Acesso em: 11 jan. 2023.

_____. Supremo Tribunal Federal. *ADIN. n.6305*. Relator: Ministro Luiz Fux. Disponível em:<<https://portal.stf.jus.br/processos/detalhe.asp?incidente=5844852>>. Acesso em: 11 jan. 2023.

_____. Supremo Tribunal Federal. *Súmula n. 523*. Disponível em:<https://portal.stf.jus.br/textos/verTexto.asp?servico=jurisprudenciaSumula&pagina=sumula_501_600>. Acesso em: 31 jan. 2023.

_____. Supremo Tribunal Federal. *Súmula n. 145*. Disponível em:<<https://jurisprudencia.stf.jus.br/pages/search/seq-sumula145/false>>. Acesso em: 31 jan. 2023.

_____. Supremo Tribunal Federal. *ARE. n. 1067392/CE*. Relator: Ministro Gilmar Mendes. Disponível em:<<https://www.jusbrasil.com.br/jurisprudencia/stf/1100285706/inteiro-teor-1100285715>>. Acesso em: 05 mar. 2023.

_____. Superior Tribunal de Justiça. *HC. n. 309516/SP*. Relator: Ministro Felix Fischer. Disponível em:< <https://www.jusbrasil.com.br/jurisprudencia/stf/14825705>>. Acesso em: 10 nov. 2022.

_____. Superior Tribunal de Justiça. *HC. n. 34733/MG*. Relator: Ministro Jorge Mussi. Disponível em: <<https://www.jusbrasil.com.br/jurisprudencia/stj/25236536/relatorio-e-voto-25236538>>. Acesso em: 6 dez. 2022.

_____. Superior Tribunal de Justiça. *RHC. n. 646227/SP*. Relator: Ministro Antônio Saldanha Palheiro. Disponível em: <<https://www.jusbrasil.com.br/jurisprudencia/stj/1366043659>>. Acesso em: 16 jan. 2023.

_____. Superior Tribunal de Justiça. *AgRgRHC. n. 165495/SP*. Relator: Ministra Laurita Vaz. Disponível em: <<https://www.jusbrasil.com.br/jurisprudencia/stj/1659997353/inteiro-teor-1659997373>>. Acesso em: 05 mar. 2023.

_____. Superior Tribunal de Justiça. *RHC. n. 19136/MG*. Relator: Ministro Felix Fischer. Disponível em: <<https://www.jusbrasil.com.br/jurisprudencia/stj/8937559/inteiro-teor-14105684>>. Acesso em: 05 mar. 2023.

BARROS, Flaviane de Magalhães. *A vítima de crimes e seus direitos fundamentais: seu reconhecimento como sujeito de direito e sujeito do processo*. 2013. Disponível em: <https://www.repositorio.ufop.br/bitstream/123456789/3739/1/ARTIGO_V%c3%adtimaCrimesDireitos.pdf> Acesso em: 04 mar. 2023.

_____. *Qual a diferença entre o princípio do "favor rei" e o princípio do "in dubio pro reo"?* 1 vídeo de 11 min e 30 ss. Publicado pelo CursoFMB. Disponível em: <https://www.youtube.com/watch?v=aeVWt52dR-c>. Acesso em: 4 jan. 2023.

BOBBIO, Norberto; MATTEUCCI, Nicola; PASQUINO, Gianfranco. *Dicionário de Política*. 11.ed. São Paulo:UNB,2004. Disponível em:https://edisciplinas.usp.br/pluginfile.php/2938561/mod_resource/content/1/BOBBIO.%20Dicion%C3%A1rio%20de%20pol%C3%ADtica.pdf Acesso em: 9 fev. 2023.

_____. *O futuro da democracia: uma defesa das regras do jogo*. Tradução Marco Aurélio Nogueira. 6. ed. Rio de Janeiro: Paz e Terra, 1986. Disponível em: <https://edisciplinas.usp.br/pluginfile.php/5551654/mod_resource/content/1/Boobio%2C%20Norberto%20O%20futuro%20da%20Democracia%20-%20uma%20defesa%20das%20regras%20do%20jogo.pdf> Acesso em: 22 fev. 2023.

_____. *Liberalismo e democracia*. Tradução Marco Aurélio Nogueira. 6. ed. São Paulo. Brasiliense, 2000. Disponível em :<<https://mpassosbr.files.wordpress.com/2013/03/bobbio-norberto-liberalismo-e-democracia.pdf>> Acesso em: 22 fev. 2023.

CARMO, Paulo César Oliveira do; SANTIAGO, Nestor Eduardo. *In dubio pro societate e a inversão do ônus da prova no processo penal: um olhar a partir do garantismo*. 2022. Disponível em: <<https://www.e-publicacoes.uerj.br/index.php/redp/article/view/62752/42377>> Acesso em: 6 mar. 2023.

CARVALHO, José Mauricio de. *A teoria tridimensional do Direito de Miguel Reale*. 2015 Disponível em <<https://www.ufsj.edu.br/portal2-repositorio/File/revistaestudosfilosoficos/art14%20rev14.pdf>> Acesso em: 6 mar. 2023.

CARVALHO, Morgana Gomes. *Breve análise sobre a teoria Tridimensional do direito de Miguel Reale*. 2019. Disponível em:<<https://jus.com.br/artigos/72501/breve-analise-sobre-a-teoria-tridimensional-do-direito-de-miguel-real>> Acesso em: 6 mar. 2023.

CONSELHO FEDERAL DE PSICOLOGIA. *Código de Ética Profissional do Psicólogo*. Disponível em: <<https://site.cfp.org.br/legislacao/codigo-de-etica/>>. Acesso em: 6 dez. 2022.

COLTRO, Rafael Khalil. Sistemas Processuais Penais: Uma análise Crítica do Sistema Brasileiro. *Revista Eletrônica de Direito Processual – REDP*. Rio de Janeiro. v.23, n.1, p. 1188-1207, jan-abr.2022. Disponível em:< <file:///C:/Users/Acer/Downloads/58538-227920-1-PB.pdf>> Acesso em: 4 jan. 2023.

CONVENÇÃO AMERICANA DE DIREITOS HUMANOS. *Pacto de São José*. Disponível em:< http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/decreto/d0678.htm> Acesso em: 22 dez. 2022.

COSTA, Leonardo Lambert da. *Flagrante preparado no direito brasileiro e distinções em relação ao flagrante esperado*. 2019. Disponível em:<<https://dspace.mackenzie.br/bitstream/handle/10899/30106/LEONARDO%20LAMBERT%20DA%20COSTA-.pdf?sequence=1&isAllowed=y>> Acesso em: 05 mar. 2023.

DICIONÁRIO ON LINE DE PORTUGUÊS. Disponível em:<<https://www.dicio.com.br/agressao/>>. Acesso em: 06 dez. 2022.

DEZEM, Guilherme Madeira. *Curso de Processo Penal*. 4. ed. ver. e atual. e ampl. São Paulo: Mastersaf, 2018.

GOMES, Luiz Flávio; CUNHA, Rogério Sanches. *Provas ilícitas e ponderação de interesses no processo penal*. Salvador: Jus Podium, 2015.

_____. *Princípio da não auto-incriminação*: significado, conteúdo, base jurídica e âmbito de incidência. Disponível em:< <https://lfg.jusbrasil.com.br/noticias/2066298/principio-da-nao-auto-incriminacao-significado-conteudo-base-juridica-e-ambito-de-incidencia#:~:text=Significado%3A%20o%20privil%C3%A9gio%20ou%20princ%C3%ADpio,nem%20o%20acusado%2C%20nem%20a>> Acesso em: 22 dez. 2022.

GOMES FILHO, Antonio Magalhães; BADARÓ, Gustavo Henrique Righi Ivahy. *Prova e sucedâneo de prova no processo penal brasileiro*. V.6, São Paulo: Revista dos Tribunais, 2015.

ISHIDA, Válter Kenji, *Processual Penal*. 8. ed. Rio de Janeiro: Jus Podivm, 2020.

Haidar, Caio Abou; ROSSINO, Isabela Bossolani. *Redescobrimo a vitimologia: estudos contemporâneos da Vitimização quaternária e da influência midiática na Criminologia*. Disponível

em:<<https://sites.usp.br/pesquisaemdireito-fdrp/wp-content/uploads/sites/180/2017/01/caio-haidar.pdf>> Acesso em: 25 fev. 2023.

JESUS, Ana Cláudia Aparecida de. *Método de Interpretação do Direito: Aspectos Gerais*. 2018. Disponível em:< <https://anaclaudiajesus.jusbrasil.com.br/artigos/516517364/metodos-de-interpretacao-do-direito-aspectos-gerais>> Acesso em: 6 mar. 2023.

LENZA, Pedro. *Direito Constitucional Esquematizado*. 24.ed. São Paulo: Saraiva Educação, 2020.

LIMA, Renato Brasileiro de. *Manual de Processo Penal*. 7. ed. rev. atual. e ampl. Salvador: JusPodivm, 2019.

LOPES JR. Aury. *Direito Processual Penal*. 18. ed. São Paulo: Saraiva Educação, 2021.

MARTINS, Charles; ÁVILA, Thiago Pierobom de. A gravação ambiental feita pela vítima de crime: análise da continuidade de sua licitude após a Lei n. 13.964/2019. *Revista Brasileira de Direito Processual Penal*, v. 8, n. 2, p.967-1004, mai-ago.2022. Disponível em: < <https://revista.ibraspp.com.br/RBDPP/article/view/696/455>>. Acesso em: 12 set. 2022.

MARTINELLI, João Paulo; BEM, Leonardo Schmitt de. *Direito Penal-Lições Fundamentais. Parte Geral*. 5. ed. Belo Horizonte: D'Plácido, 2021.

MIRZA, Flávio. Processo justo: o ônus da prova à luz dos princípios da presunção de inocência e do in dubio pro reo. *Revista eletrônica de direito processual 5.5 (2010)*. Disponível em:< <file:///C:/Users/Acer/Downloads/23103-74569-1-PB.pdf>>. Acesso em:26 dez. 2022.

MORAES, Alexandre de. *Direito Constitucional*. 36.ed. São Paulo: Atlas, 2020.

_____. *Constituição do Brasil Interpretada e Legislação Constitucional*. 2.ed. São Paulo: Atlas, 2003.

MOROTTI, Carlos. *Vitimização primária, secundária e terciária*. Disponível em:<<https://morotti.jusbrasil.com.br/artigos/210224182/vitimizacao-primaria-secundaria-e-terciaria>> Acesso em: 26 fev. 2023.

NUCCI, Guilherme de Souza. *Curso de Direito Processual Penal*. 15.ed. Rio de Janeiro: Forense, 2018.

_____. *Curso de Processual Penal Comentado*. 19.ed. Rio de Janeiro: Forense, 2020.

PACELLI, Eugenio. *Curso de Processo Penal*. 22. ed. rev. e amp.atual. São Paulo: Atlas, 2018.

PESSOA, Jonathan Dantas. *Instâncias de Controle Social Formal no Brasil*. Disponível em <<https://jonathandp265.jusbrasil.com.br/artigos/822625592/instancias-de-controle-social-formal-no-brasil#:~:text=Na%20doutrina%20crimino%C3%B3gica%20brasileira%2C%20%C3%A9,P%20%C3%ABblico%20e%20o%20Poder%20Judici%C3%A1rio>>. Acesso em: 25 fev. 2023.

PRADO, Alessandra Rapacci Mascarenhas *et al.* A legitimidade para propositura da ação penal privada subsidiária da pública em crimes que afetam bens jurídicos coletivos. O exemplo representativo dos crimes ambientais. *Revista de Direito Penal, Processo Penal e Constituição*, V. 3, n. 1, p. 77-96, 2017.

PRESTES, Jose Italo Santos. Valoração Das Provas: O Standard Probatório no Direito Processual Penal Brasileiro Contemporâneo. *Conteúdo Jurídico*, Brasília-DF: 11 mar 2022. Disponível em: <https://conteudojuridico.com.br/consulta/artigos/58139/valorao-das-provas-o-stnad-ard-probatario-no-direito-processual-penal-brasileiro-contemporneo>. Acesso em: 22 dez. 2022.

PRUDÊNCIO, Simone Silva. *Garantias constitucionais e o processo penal: uma visão pelo prisma do devido processo legal*. 2010. Disponível em: < file:///C:/Users/Acer/Downloads/134-Texto%20do%20Artigo-249-1-10-20120 525.pdf> Acesso em: 6 mar.2023.

QUEIROZ, Laryssa Saraiva. O princípio do favor rei no ordenamento jurídico brasileiro. *Revista Jurídica da Escola Superior do Ministério Público de São Paulo*, v. 5, p. 99-116, 2014. Disponível em: < file:///C:/Users/Acer/Downloads/137-Texto%20do%20Artigo-597-1-10-20141119.pdf>. Acesso em: 4 jan. 2023.

RANGEL, Paulo. *Direito Processual Penal*. 27. ed. São Paulo: Atlas, 2019.

RIBEIRO, Camilla Oliveira. A aplicação do princípio nemo tenetur se detegere como meio de prova no processo penal. *Revistas de Artigos Científicos dos Alunos da EMERJ*. Rio de Janeiro, v.7.n.1,2015.

RIBEIRO, Lúcio Ronaldo Pereira. *Vitimologia*. Disponível em: http://www.mpsp.mp.br/portal/page/portal/documentacao_e_divulgacao/doc_biblioteca/bibli_servicos_produtos/bibliboletim/bibli_bol_2006/RDP_07_30.pdf. Acesso em: 25 fev. 2023.

ROSA, Alexandre de Moraes da. *Guia do Processo Penal conforme a teoria dos jogos*. 5. ed. rev. atual e ampl. Florianópolis: EMAIS, 2019.

SILVA, Cesar Dario Mariano da. *Provas ilícitas: princípio da proporcionalidade, interceptação e gravação telefônica, busca e apreensão, sigilo e segredo, confissão, comissão parlamentar de inquérito(CPI)*. 8. ed. ver. e atual. Curitiba: Juruá, 2019.

SHECAIRA Sérgio Salomão. *Criminologia*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2018.

TAKAYANAGI, Fabiano Yuji. *Críticas às exceções legais às provas ilícitas por derivação no processo penal brasileiro e análise de jurisprudência após a reforma da lei 11.690/08*. Dissertação de mestrado – Universidade de São Paulo, São Paulo, 2014. Disponível em: <https://www.teses.usp.br/teses/disponiveis/2/2137/tde-13022015-134439/es.php>. Acesso em: 6 dez. 2022.