

FUNDAÇÃO OSWALDO ARANHA
CENTRO UNIVERSITÁRIO DE VOLTA REDONDA
CURSO DE GRADUAÇÃO EM DIREITO
TRABALHO DE CONCLUSÃO DE CURSO

LAURA ALICE VIEIRA ELLER

**CAPTAÇÃO AMBIENTAL DE IMAGEM. A LICITUDE DA PROVA.
ESTUDO DO CASO DO ANESTESISTA GIOVANNI QUINTELLA
BEZERRA.**

VOLTA REDONDA
2023

**FUNDAÇÃO OSWALDO ARANHA
CENTRO UNIVERSITÁRIO DE VOLTA REDONDA
CURSO DE GRADUAÇÃO EM DIREITO
TRABALHO DE CONCLUSÃO DE CURSO**

**CAPTAÇÃO AMBIENTAL DE IMAGEM. A LICITUDE DA PROVA.
ESTUDO DO CASO DO ANESTESISTA GIOVANNI QUINTELLA
BEZERRA.**

Monografia apresentada ao Curso de
Direito do UniFOA como requisito à
obtenção do título de bacharel em Direito.

Aluna: Laura Alice Vieira Eller

Professor Orientador: Ricardo Fernandes
Maia

VOLTA REDONDA
2023

FOLHA DE APROVAÇÃO

Aluna: Laura Alice Vieira Eller

Título da monografia: Captação Ambiental de imagem. A licitude da prova. Estudo do caso do anestesista Giovanni Quintella Bezerra.

Orientador: Ricardo Fernandes Maia

Banca Examinadora:

Professor Avaliador

Professor Avaliador

Professor Avaliador

AGRADECIMENTOS

Agradeço a toda minha família, em especial ao meu pai Ronaldo por me inspirar a me dedicar ao direito, meu exemplo de caminho a ser seguido e índole pessoal.

Agradeço a minha mãe por todo apoio, sem o qual não seria possível qualquer feito meu. A mulher forte que sempre segurou minha mão e não me deixou desistir.

Aos meus amigos, Amanda, Lucas e Gabriel que me acompanharam nessa jornada de escrita e pesquisa acadêmica.

Aos meus professores e mestres que me inspiraram do primeiro dia de aula, ao término do curso. Aqueles que passaram pelas dificuldades do ensino durante a pandemia do Covid-19, superando todos os desafios para que eu pudesse chegar a esse ponto.

A todos vocês, meu muito obrigada.

RESUMO

O presente trabalho versa sobre a licitude da prova utilizada no caso do anestesista Giovanni Quintella Bezerra, uma vez que essa foi produzida a partir da captação ambiental de imagem da sala de cirurgia onde ocorria os crimes de estupro de vulnerável contra as mulheres em trabalho de parto. Para a devida compreensão do caso, foi realizado um estudo acerca do nosso ordenamento jurídico, em especial a conceituação da prova e dos meios de produzi-la. Enfatiza-se a interceptação ambiental e o entendimento jurisprudencial sobre o tema. O caso apresentado criou grande repercussão nacional, e a modalidade de prova utilizada tornou-se imprescindível para a comprovar o crime, motivando este trabalho. Como resultado da pesquisa apresentada, conclui-se pela crescente tendência de utilização deste meio de prova, tendo em vista a nova realidade tecnológica. Observou-se ainda significativos esforços feitos pelo legislador para harmonizar essa nova realidade com as normas legais existentes, especialmente no que diz respeito ao artigo 8º-A, parágrafo 4º, da Lei nº 9.296 de 1996 e sua redação introduzida pela Lei nº 13.964 de 2019. Por fim, traz-se a explanação da Ação Direta de Inconstitucionalidade proposta pelo partido Rede Sustentabilidade com a intenção de alteração da legislação vigente, retirando do dispositivo a expressão “em matéria de defesa”, para que assim, esse meio de produção de provas, possa ser utilizado também em matéria de acusação, como no caso concreto em debate.

Palavras-chave: Captação. Imagem. Prova. Licitude.

ABSTRACT

The present work deals with the legality of the evidence used in the case of the anesthetist Giovanni Quintella Bezerra, since this was produced from the environmental capture of an image of the operating room where the crimes of rape of vulnerable against women in labor took place. . For a proper understanding of the case, a study was carried out about our legal system, in particular the conceptualization of evidence and the means of producing it. Emphasis is placed on environmental interception and jurisprudential understanding on the subject. The case presented had great national repercussions, and the type of evidence used became essential to prove the crime, motivating this work. As a result of the research presented, it is concluded that there is a growing tendency to use this means of proof, in view of the new technological reality. There were also significant efforts made by the legislator to harmonize this new reality with existing legal norms, especially with regard to Article 8-A, paragraph 4, of Law No. 9,296 of 1996 and its wording introduced by Law No. 13,964 of 2019 Finally, an explanation is given of the Direct Action of Unconstitutionality proposed by the Rede Sustentabilidade party with the intention of amending the current legislation, removing the expression “in matters of defense” from the provision, so that this means of producing evidence , can also be used in matters of accusation, as in the specific case under discussion.

Keywords: Capture. Image. Proof. Legality.

SUMÁRIO

1.INTRODUÇÃO.....	07
2. BREVES CONSIDERAÇÕES HISTÓRICAS ACERCA DA CAPTAÇÃO AMBIENTAL COMO MEIO DE PROVA.....	10
3. A PROVA.....	14
3.1 Meios de Prova.....	15
3.2 As mudanças advindas da Lei 9.296/96.....	22
4. ESTUDO DO CASO GIOVENNI QUINTELLA BEZERRA.....	31
4.1 Da Ilícitude da prova	37
4.2 Da Ação Direta de Inconstitucionalidade 6.816.....	38
5.CONSIDERAÇÕES FINAIS.....	47
6.REFERÊNCIAS.....	50

1. INTRODUÇÃO

Com o advento da evolução tecnológica, as ferramentas e utensílios mais utilizados pelo ser humano foram adaptados. Os *smartphones* hoje são comuns à cerca de metade da população mundial, facilitando e conectando pessoas.

Diante disso, os operadores do direito passaram a se deparar com situações fatídicas contemporâneas, e com a urgência de criação de previsão legal para tais casos. Nessa esteira, nasceram novos meios de produção de provas que necessitavam de regulamentação pelo legislativo, uma vez que o acesso à tecnologia se tornou algo possível por grande parte dos brasileiros.

Tem-se como base científica do presente trabalho artigos científicos publicados na rede nacional de computadores, assim como doutrinas que versam sobre o processo penal e a legalidade das provas.

Assim, o presente trabalho tem por objetivo analisar a questão probatória, trazendo considerações doutrinárias e jurisprudenciais acerca da captação ambiental de imagem e a licitude da utilização dessa prova em matéria de acusação.

Traz-se um enfoque histórico acerca das previsões legais desse meio de prova, abordando-se a questão da prova no processo penal brasileiro e como ocorreu a evolução da legislação vigente, ao ponto da entrada em vigor do art. 8º-A da Lei 9.296/96, em janeiro de 2020.

Em seguida, conceitua-se a prova e sua importância para a reconstrução dos fatos investigados no processo, e principalmente para o convencimento do magistrado. Por oportuno, conceitua-se os meios de prova, apontando princípios constitucionais e conceitos doutrinários.

Ademais, traz-se a explanação sobre a licitude da prova no processo penal, os meios de obtenção dessas e quais as diferenças entre captação ambiental e seus subtipos – interceptação ambiental, captação ambiental e gravação ambiental.

Discute-se então, a entrada em vigor do art. 8º-A da Lei 9.296/96, acrescentado pela Lei 13.694, de 2019 (o Pacote Anticrime), e como o artigo supramencionado prevê a forma de obter provas por esse meio.

Sucessivamente, adentra-se no caso concreto do anestesista Giovanni Quintella Bezerra, acusado de estupro de vulnerável por abusar de mulheres em trabalho de parto enquanto as mesmas estavam sedadas. Nesse caso, há um enfoque na utilização produção da mídia de vídeo pela equipe médica que desconfiava do acusado, tendo gravado o ato sem o conhecimento do interlocutor (o médico anestesista).

Nesse sentido, passa-se a análise da licitude da prova utilizada em matéria de acusação, vez que o artigo em enfoque no presente trabalho prevê o que esse meio de prova somente pode ser utilizado em matéria de defesa.

Analisa-se ainda a Ação de Direta de Inconstitucionalidade proposta pelo partido Rede Sustentabilidade em face da expressão “em matéria de defesa” contida no artigo mencionado.

Por fim, conclui-se com a opinião acerca da inconstitucionalidade da expressão contida no art. 8-A, § 4, da Lei 9296/96, e, por conseguinte, sobre a utilização do vídeo captado pelo smartphone de uma das enfermeiras no processo criminal do anestesista acusado de estupro.

2. BREVES CONSIDERAÇÕES HISTÓRICAS ACERCA DA CAPTAÇÃO AMBIENTAL COMO MEIO DE PROVA

A priori, antes de adentrarmos na análise da licitude da prova utilizada no caso do anestesista Giovanni Bezerra, objeto principal do presente trabalho, é necessário fazer uma análise histórica acerca das possibilidades de produção de provas anteriores a previsão legal da captação ambiental.

Nessa esteira, contextualizando a necessidade de uma previsão legal para esse meio de produção de provas, tem-se que o crescente avanço tecnológico trouxe novas dinâmicas para a sociedade.

Um estudo publicado pela Fundação Getúlio Vargas em 2022¹, aponta que há mais de 447 milhões de dispositivos digitais em uso no Brasil. Esse número inclui smartphones, computadores, tablets e notebooks. Somente de smartphones no país o estudo aferiu que há mais de 242 milhões de aparelhos em uso.

De fácil demonstração como a tecnologia faz parte da sociedade brasileira. Em média há mais de um aparelho smartphone por habitante no país. O IBGE estima a população Brasileira em 2022 é de 215 milhões de habitantes.

Dessa maneira, nasceram novos tipos de prova e novos meios de produção dessas, sendo necessário a atualização legislativa penal e processual penal.

Contudo, nas constituições brasileiras antes de 1967 não havia nada que regulamentava as interceptações telefônicas, era apenas assegurado o sigilo das correspondências, em destaque pelo período da história.

¹ PANDEMIA acelerou processo de transformação digital das empresas no Brasil, revela pesquisa. FGV Notícias, 26 maio 2022. Disponível em: <https://portal.fgv.br/noticias/pandemia-acelerou-processo-transformacao-digital-empresas-brasil-revela-pesquisa>. Acesso em: 20 abr. 2023

Deve-se considerar que antes da entrada em vigor do art. 8º-A da Lei 9.296/96, em janeiro de 2020, a captação ambiental não possuía uma legislação que a considerasse como prova lícita, ou que previsse o contrário.

Nesse sentido, expõe Manuella Suita Dutra Leite (2020), citando Leonardo Marcondes Machado (2017) que

É esse o ponto levantado por Leonardo Marcondes (2017), no sentido de que consistiria em um “meio de investigação de prova nominado, porém atípico. Nominado porque mencionado formalmente na legislação processual penal. Atípico, no entanto, uma vez que seu procedimento não foi regulado (ou previsto) em lei. Tem-se o nome, porém ausente o conteúdo” (LEITE, 2020 *apud* MACHADO, 2020).

Nessa esteira, antecedendo a previsão legal da captação ambiental de imagem, a interceptação das comunicações telefônicas trouxe a inovação na legislação brasileira acerca da possibilidade de utilização de tecnologias como meio de prova para o processo criminal. E não só isso, como também se passou a discutir no âmbito moral e legislativo os limites da utilização de tais avanços tecnológicos diante do direito a intimidade.

O instituto das interceptações encontra suas origens na Constituição brasileira de 1824, conforme o doutrinador Costa Junior discorre, vejamos:

O instituto encontra origem no temor de que as autoridades de regimes ditatoriais pudessem, sob qualquer pretexto, violar correspondências na busca a organizações contrárias à ordem discricionária vigente. Com essa apreensão, o Direito brasileiro vem consagrando este regramento desde a sua primeira constituição, ora de forma mais ampla, ora de forma mais restrita, dependendo da situação institucional vigente em cada época, que, como sabemos, foram as mais variadas. (COSTA JUNIOR, 1998, p. 1)

Dessa maneira, a Lei 4.1177/62, que institui o Código Brasileiro de Telecomunicações, passou a regulamentar a interceptação de comunicações, sendo que nesse momento vigorava o sigilo das telecomunicações indiscutivelmente. A Lei previa a inviolabilidade das telecomunicações de forma absoluta, sendo tal artigo vetado posteriormente. Entretanto, em seu art. 56, § 2º o legislador traz a exceção da possibilidade de autorizar esse meio de prova.

Art. 56. Pratica crime de violação de telecomunicação quem, transgredindo lei ou regulamento, exhiba autógrafo ou qualquer documento do arquivo, divulgue ou comunique, informe ou capte, transmita a outrem ou utilize o

conteúdo, resumo, significado, interpretação, indicação ou efeito de qualquer comunicação dirigida a terceiro.

[...]

§ 2º Somente os serviços fiscais das estações e postos oficiais poderão interceptar telecomunicação. (BRASIL, 1962)

Tal exceção iniciou a discussão no âmbito doutrinário pelo fato de não haver previsão na Carta Política.

Em paralelo, vigorava também o art. 57 do Código Brasileiro de Telecomunicações de 1962, que previa o seguinte:

Art. 57 Não constitui violação de telecomunicação:

I – a recepção de telecomunicação dirigida por quem diretamente ou com cooperação esteja legalmente autorizado;II - o conhecimento dado; a)ao destinatário da telecomunicação ou a seu representante legal; b) aos intervenientes necessários ao curso da telecomunicação;c) ao comandante ou chefe, sob cujas ordens imediatas estiver servindo;d) aos fiscais do governo junto aos concessionários ou permissionários;e) ao juiz competente, mediante requisição ou intimação deste.”

Parágrafo único: Não estão compreendidas nas proibições contidas nesta lei, as radiocomunicações destinadas a ser livremente recebidas, as de amadores, as relativas a navios e aeronaves em perigo, as transmitidas nos casos de calamidade pública. (BRASIL, 1962)

Da mesma maneira, a *Lex Maxima* de 1988 resguardou os direitos ao sigilo e a intimidade dos cidadãos brasileiros. Entretanto, as exceções passaram a ter previsão constitucional, tratando de estabelecer ressalvas para fins de investigação criminal e instrução de processo criminal.

Nesse momento, a doutrina se preocupa com os limites que devem ser estabelecidos e inicia-se uma discussão acerca do confronto do direito à intimidade e a utilização de interceptações telefônicas com uma justa causa. Tal discussão se estendeu as interceptações de imagens, e apresenta conflitos de ideias até os dias atuais.

E na preocupação dos limites entre direitos, Edson Ferreira da Silva conceitua a intimidade da seguinte forma, *in verbis*:

O direito à intimidade consiste no poder jurídico de subtrair do conhecimento alheio e de impedir qualquer forma de divulgação de aspectos da nossa existência que de acordo com os valores sociais vigentes interessa manter sob reserva. (SILVA, 1998, p. 131)

Entretanto, é necessário adequar a norma e os princípios norteadores do Direito com a situação tecnológica. Nesse sentido dispõe Vicente Greco Filho:

No caso do sigilo das comunicações, além do aspecto objetivo da variação do âmbito da própria intimidade, é fator preponderante a rápida evolução tecnológica do setor que torna a terminologia legal e constitucional se não obsoleta, pelo menos necessitada de uma atualização ou de um entendimento correspondente ao desenvolvimento da tecnologia como é hoje, sabendo-se que amanhã será diferente. (GRECO FILHO, 2015, p.5)

Conclui-se, portanto, que o direito a intimidade amparado pela Constituição Federal não perde sua força, mas pode se adequar a atualidade tecnológica. Deve-se aplicar o princípio da proporcionalidade para verificar a possibilidade de violar ou não esse direito constitucional.

3. A PROVA

Por outro lado, faz-se necessário a análise dos conceitos de provas e meio de obtenção de provas que antecederam a implementação dos dispositivos que amparam a captação ambiental.

Nesse sentido, tem-se que a prova é o elemento que autoriza a conclusão acerca da veracidade de um fato ou circunstância. Ela traz clareza ao julgador que se depara com uma narrativa na qual não presenciou os fatos, e qual dos caminhos deve seguir. Nessa esteira entende Eugênio Pacelli de Oliveira (2011, p. 354/356), quanto ao objetivo da prova: “A reconstrução dos fatos investigados no processo, buscando a maior coincidência possível com a realidade histórica, isto é, com a verdade dos fatos, tal como efetivamente ocorrido no espaço e no tempo.”

Logo, a produção da prova no processo penal contribui para o convencimento do magistrado acerca da veracidade dos fatos ali apresentados, sendo o acusado considerado inocente até que sua culpabilidade tenha sido provada de acordo com a Lei. Assim dispõe o art. 5º, LVII da Constituição Federal: “5º, LVII CF - ninguém será considerado culpado até o trânsito em julgado de sentença penal condenatória”.

Além disso, sem a prova de autoria do crime não há o que se falar em condenação, uma vez que o magistrado deve respeitar o princípio do “*in dubio pro reo*”, que significa que na dúvida, a decisão deve ser favorável ao réu.

Comenta sobre provas também Marco Antônio de Barros, citado por Amanda Carvalho:

[...] a finalidade da prova é atingir a verdade real, sendo que esta possui extrema importância para aplicação da lei, mas, não é esta, a finalidade do processo, sendo assim a justiça das decisões a finalidade do processo. De tal sorte, não existe o preceito de que o julgador apenas deva decidir quando tiver alcançado a verdade, pois tal entendimento permitiria que admitíssemos um regime ditatorial, no qual tudo seria possível e justificado para alcançarmos a verdade. (CARVALHO, 2015 apud BARROS, 2010)

Assim, a prova, que tem por objetivo a busca pela verdade dos fatos, é produzida durante o processo criminal e a investigação, respeitando os princípios da ampla defesa e o contraditório do acusado, que permite a manifestação do mesmo diante do juízo competente para que haja um julgamento justo.

No mesmo sentido dispõe o art. 155 do Código de Processo Penal, *in litteris*:

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

Demonstrada a importância da prova para o convencimento do magistrado, importante destacar que a atividade probatória é o ato realizado por qualquer das partes para demonstrar nos autos a veracidade do fato alegado.

3.1 Meios de provas

Conforme exposto por Aury Lopes Jr (2019), o sistema processual brasileiro é (neo)inquisitório, uma vez que atribui a iniciativa probatória ao juiz-ator da fase pré-processual, que será o mesmo na fase processual, ou seja, o mesmo juiz colhe e admite a prova que ele mesmo colheu. Para esse autor, o ideal seria o sistema acusatório, no qual o juiz se mantém na posição de espectador, sem iniciativa probatória, formando sua convicção através dos elementos trazidos pelas partes.

Importante destacar o princípio da identidade física do juiz, previsto na Lei nº 11.719/08, em seu art. 399, § 2º do CPP que: - “o juiz que presidiu a instrução deverá proferir a sentença”.

Tal princípio visa vincular o juiz da instrução ao julgamento, vez que esse acompanhou a produção de provas e a defesa do acusado, estando mais apto a proferir um julgamento justo.

Nessa esteira, o meio de prova nada mais é que a forma como a história do crime é contada, como por exemplo a prova testemunhal, os documentos, a perícia etc. Diferente do meio de obtenção de prova, que é o instrumento que permite

chegar-se à prova, como por exemplo a delação premiada, a busca e apreensão, a interceptação telefônica etc.

Na visão de Gustavo Badaró:

[...] enquanto os meios de prova são aptos a servir, diretamente, ao convencimento do juiz sobre a veracidade ou não de uma afirmação fática (p. ex., o depoimento de uma testemunha, ou o teor de uma escritura pública), os meios de obtenção de provas (p. ex.: uma busca e apreensão) são instrumento para a colheita de elementos ou fontes de provas, estes sim, aptos a convencer o julgador (p. ex.: um extrato bancário [documento] encontrado em uma busca e apreensão domiciliar). Ou seja, enquanto o meio de prova se presta ao convencimento direto do julgador, os meios de obtenção de provas somente indiretamente, e dependendo do resultado de sua realização, poderão servir à reconstrução da história dos fatos [...] (BADARÓ, 2012, p 270)

Partindo dessa distinção, Aury Lopes Jr. (2019) conclui que durante o inquérito policial são gerados atos de investigação, realizados na investigação preliminar e que se referem a uma hipótese, formando um juízo de condições e não de certeza, o que se diferencia dos atos de provas produzidos durante a fase pré-processual e processual que são direcionados ao convencimento do juiz. Aqui estariam figuradas as provas de fato, obtidas em observância aos princípios da publicidade e contradição.

Considerando que o que se busca no processo penal é a verdade, os meios de provas admitidos não são apenas os tipificados pelo Código Penal, conforme discorre Fernando Capez:

Como é sabido, vigora no direito processual penal o princípio da verdade real, de tal sorte que não há de se cogitar qualquer espécie de limitação à prova, sob pena de se frustrar o interesse estatal na justa aplicação da lei. Tanto é verdade essa afirmação que a doutrina e a jurisprudência são unânimes em assentir que os meios de prova elencados no Código de Processo Penal são meramente exemplificativos, sendo perfeitamente possível a produção de outras provas, distintas daquelas ali enumeradas. (CAPEZ, 2021, p. 394)

Como discorre o ilustre autor, os meios de provas previstos entre os artigos 158 á 250 são meramente exemplificativos. Isso ocorre, pois, limitar meios de obtenção de provas seria o mesmo de limitar a busca pela verdade dos fatos.

Entretanto, importante destacar que o princípio da liberdade probatória não é absoluto, sofrendo algumas restrições.

Uma dessas restrições se encontra previstas no artigo 155, § único do CPP, que dispõe: “Somente quanto ao estado das pessoas serão observadas as restrições estabelecidas na lei civil.” Isso significa que o disposto manda observar as mesmas exigências e formalidades da lei civil para a prova quanto ao estado das pessoas (casamento, filiação, parentesco etc.).

Já o artigo 158, prevê outra restrição a liberdade probatória ao exigir o exame de corpo de delito para as infrações que deixarem vestígios. Assim como o artigo 479, caput, que veda, durante os debates em plenário, a leitura de documento ou a exibição de objeto que não tiver sido juntado aos autos com a antecedência mínima de três dias úteis, dando-se ciência à outra parte. (CAPEZ, 2021)

Por fim, o artigo 157 do CPP c/c o artigo 5º, LVI, da CF trazem a inadmissibilidade das provas obtidas por meios ilícitos, devendo essas serem desentranhadas do processo.

Demonstrado que os meios de obtenção de provas não necessariamente possuem previsão legal, deve-se considerar ainda que, com o advento da explosão de tecnologias iniciado em meados dos anos 2.000, as provas produzidas pela captação de imagens do ambiente passaram a ter a urgência de uma legislação que lhe ditasse os limites.

Dessarte, somente em 2013, a Lei 12.850 trouxe a regulamentação da técnica de investigação criminal que considerava o meio tecnológico para obtenção de provas, trazendo o detalhamento da ação controlada e da infiltração de agente, *in verbis*:

Art. 8º Consiste a ação controlada em retardar a intervenção policial ou administrativa relativa à ação praticada por organização criminosa ou a ela vinculada, desde que mantida sob observação e acompanhamento para que a medida legal se concretize no momento mais eficaz à formação de provas e obtenção de informações.

(...)

Art. 10. A infiltração de agentes de polícia em tarefas de investigação, representada pelo delegado de polícia ou requerida pelo Ministério Público, após manifestação técnica do delegado de polícia quando solicitada no curso de inquérito policial, será precedida de circunstanciada, motivada e sigilosa autorização judicial, que estabelecerá seus limites. (BRASIL, 2013)

A previsão legal dessa técnica de investigação busca a prova de materialidade e autoria de infrações penais que antes eram de difícil comprovação.

Entretanto, em relação à interceptação ambiental, seja de sinais eletromagnéticos, óticos ou acústicos, a Lei das Organizações Criminosas não se pronunciou, apesar de já ser um assunto presente nos tribunais a licitude de provas obtidas por esses meios.

Assim, durante esse período e até a entrada em vigor da Lei 13.964 de 2019, o país se encontrava diante de um meio de obtenção de provas atípico, uma vez que não havia previsão legal para a captação ambiental.

Dessa maneira, os doutrinadores e jurisprudência nacional passaram a se posicionar e trazer suas interpretações.

Nas lições de Renato Brasileiro de Lima:

A Lei 12.850/13 autoriza expressamente, portanto, a interceptação ambiental de sinais eletromagnéticos, óticos ou acústicos. A expressão captar deve ser compreendida como o ato de tomar conhecimento do conteúdo de comunicação alheia. É da essência da captação a participação de um terceiro, que passa a ter ciência do conteúdo de uma comunicação entre duas ou mais pessoas, geralmente sem o conhecimento dos interlocutores. Essa captação pode ser feita por meio de escutas, microfones, câmeras ocultas, monitoramento à distância, por satélite, antenas direcionais e outras tantas tecnologias hoje existentes para esse fim. (LIMA, 2016, p. 510)

Assim, algumas doutrinas passaram a sustentar a aplicação analógica das regras previstas na Lei 9.296/96 que tratava das interceptações telefônicas.

Imaginemos a seguinte situação: a genitora de uma criança de apenas 5 (cinco) anos percebe que seu filho vem sofrendo abusos, e, desconfiada, posiciona uma câmera de segurança no quarto do menor durante a noite. As imagens gravam o padrasto hipotético abusando do menor. As imagens apresentadas junto com uma denúncia realizada pela mãe no ano de 2018, anterior a entrada em vigor da Lei 9.296/96, seriam consideradas provas ilícitas para um possível processo criminal?

A resposta para essa pergunta não é encontrada em nossa legislação brasileira até o ano de 2020, porém é possível analisarmos como a jurisprudência pátria entendia a respeito do tema. Vejamos:

APELAÇÃO CRIME. CRIMES CONTRA A DIGNIDADE SEXUAL. ESTUPRO DE VULNERÁVEL PERPETRADO PELO COMPANHEIRO DA TIA/MADRINHA. ARTIGO 217-A DO CP. PREVALECIMENTO DE RELAÇÕES DOMÉSTICAS. CONTINUIDADE DELITIVA. PRELIMINARES REJEITADAS. NULIDADE DA AUDIÊNCIA. PRINCÍPIOS DO DEVIDO PROCESSO LEGAL, DO CONTRADITÓRIO E DA AMPLA DEFESA PRESERVADOS. A redação da lei nº 11.690/08, que alterou o art. 212 do CPP, não veda ao magistrado a realização de perguntas que este entender cabíveis, mas faculta às partes a formulação de perguntas diretamente aos que são ouvidos em audiência. GRAVAME AO PRINCÍPIO DA IDENTIDADE FÍSICA DO JUIZ E AO § 2º DO ART. 399 DO CPP. CASO DE APLICAÇÃO ANALÓGICA DO ARTIGO 132 DO CPC. Julgador que presidiu a instrução estava em gozo de licença-prêmio, assim, o seu substituto proferiu a sentença, inexistindo qualquer nulidade no processo. **GRAVAÇÃO AMBIENTAL DE IMAGENS. PROVA LÍCITA. A FILMAGEM AUDIOVISUAL CASO DOS AUTOS - INDEPENDENTE DE PRÉVIA AUTORIZAÇÃO JUDICIAL E NÃO CONTÉM VEDAÇÃO LEGAL, DIFERINDO DA INTERCEPTAÇÃO TELEFÔNICA. MÉRITO. PROVA. CONDENAÇÃO MANTIDA.** PLEITO DESCLASSIFICATÓRIO DESACOLHIDO. A materialidade e a autoria restaram suficientemente comprovadas pela prova produzida nos autos, notadamente considerando o depoimento da vítima, amparado pelas demais... provas carreadas aos autos, que confirmam o constrangimento a que foi submetida pelo réu. Em várias ocasiões, no período compreendido entre o ano de 2015 até o final do ano de 2017, o réu constrangeu a menor M.L.P.A., que inicialmente contava com nove anos de idade, a atos de natureza diversa da conjunção carnal, em momentos em que se via sozinho com a criança, a qual coabitava com ele e sua família, desde seus três anos de idade. O réu, casado com a prima da ofendida, tocava com seu pênis o corpo da criança, bem como introduzia objetos em seu ânus para, a seguir, constrangê-la à conjunção anal. A menor era silenciada por meio de ameaças e agressões físicas. O último abuso foi captado por uma gravação ambiental e entregue, de forma anônima, ao Conselho Tutelar, que providenciou o registro de ocorrência policial da fl. 06. O réu tocou intimamente a menor, o que configura o tipo penal do artigo 217-A, do CP, com a nova redação do citado diploma legal, no qual o objeto material é a pessoa vulnerável e o elemento subjetivo do tipo é a satisfação da lascívia, de sorte que não há falar em desclassificação do tipo legal pelo qual o réu restou condenado. PENA. DOSIMETRIA. MANUTENÇÃO. PRESENÇA DE EQUÍVOCO MATEMÁTICO QUE BENEFICIOU O ACUSADO. PRELIMINARES REJEITADAS. APELO DA... DEFESA DESPROVIDO. (Apelação Crime Nº 70079892147, Oitava Câmara Criminal, Tribunal de Justiça do RS, Relator: Isabel de Borba Lucas, Julgado em 27/03/2019). (TJ-RS - ACR: 70079892147 RS, Relator: Isabel de Borba Lucas, Data de Julgamento: 27/03/2019, Oitava Câmara Criminal, Data de Publicação: Diário da Justiça do dia 11/04/2019)" (grifo nosso)

Nesse contexto, a prova era considerada atípica, uma vez que não possuía regras específicas previstas em lei, sendo aplicada subsidiariamente as regras de interceptação telefônica.

Ainda, sustentava Pedro Lenza que:

Embora o Código enumere meios probatórios, como o exame de corpo de delito, o interrogatório, a confissão, entre outros, é consenso que esse rol não tem caráter taxativo, admitindo-se outros meios de prova produzidos. A admissibilidade dos meios de prova é estabelecida por exclusão: em princípio, tudo aquilo que, direta ou indiretamente, possa servir para formar a convicção acerca da ocorrência de um fato é aceito como meio de prova. (LENZA, 2022, p 533)

Contudo, há de se destacar que nosso ordenamento jurídico impõe um limite, em seu art. 5º, LVI da Constituição Federal, ao dizer que “são inadmissíveis, no processo, as provas obtidas por meio ilícito”.

Nesse sentido, se posicionou o STF em 2008, *ipsi litteris*:

Vige em nosso sistema o princípio do livre convencimento motivado ou da persuasão racional, segundo o qual compete ao Juiz da causa valorar com ampla liberdade os elementos de prova constantes dos autos, desde que o faça motivadamente, com o que se permite a aferição dos parâmetros de legalidade e de razoabilidade adotados nessa operação intelectual. Não vigora mais entre nós o sistema das provas tarifadas, segundo o qual o legislador estabelecia previamente o valor, a força probante de cada meio de prova” (STF — RHC 91.691 Rel. Min. Menezes Direito — 1ª Turma — julgado em 19.02.2008 — DJe-074 — p. 350-366).

Dessa maneira, entende-se que apesar de não taxativo o rol dos meios de provas admitidos, há um limite quanto a licitude do meio de obtenção prova, sendo que competia ao juiz tal decisão.

Isto posto, deve-se considerar que todo cenário foi alterado pela Lei 13.964/19, conhecida como “Lei Anticrime”, que acrescentou o artigo 8º-A à Lei 9.296/96, passando assim a regulamentar as possibilidades de captação ambiental como prova lícita para o processo criminal.

3.2 As Mudanças Advindas da Entrada em Vigor do Art. 8º-A da Lei 9.296/96

A Constituição Federal consagra em seu art. 5º, XII, a inviolabilidade do sigilo das comunicações, vejamos:

XII - e 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; (Lei nº 9.296, de 1996)

Isto posto, deve-se considerar que assim como os demais direitos fundamentais dispostos em nossa Carta Magna, o sigilo das comunicações também não é absoluto.

Nesse viés, o ex-Ministro da Justiça e Segurança Pública, Sérgio Moro, apresentou o Projeto de Lei nº 882/2019, mais conhecido como “Projeto Anticrime”, a Lei nº 13.964/19, que trouxe, dentro de outras inúmeras modificações no âmbito legislativo criminal, a inserção de novos dispositivos à Lei de Interceptação Telefônica, a qual trata de meios de investigação de prova.

Leciona Manuella Suita Dutra Leite:

Trata-se de importante mudança, já que até então nosso ordenamento jurídico apenas previa vagamente a possibilidade de se realizar a captação ambiental, e apenas no contexto da persecução penal contra o crime organizado (art. 3º, II, Lei nº 12.850/2013). A forma e limites da medida eram dados pela doutrina e principalmente pelos Tribunais, admitindo ou não, casuisticamente, as provas obtidas por esse meio. Conforme a alteração legal promovida pelo “Pacote Anticrime”, a captação ambiental agora possui regulamentação expressa. (LEITE, 2020, p 6)

A Lei nº 9.296 de 1996 declara que suas implicações tratam da interceptação do fluxo de comunicação em sistemas de informática e telemática. Dessa maneira, essa legislação trouxe uma inovação no âmbito investigativo criminal, uma vez que inovou acompanhando a atualidade tecnológica da época e regrado um assunto tão discutido na doutrina e na jurisprudência pátria.

Destaca-se que a lei não define claramente o que é entendido por captação ambiental, mesmo com as alterações citadas. Nesse sentido, cabe destacar os conceitos apresentados pela doutrina. Nessa esteira traz Vinícius Assumpção:

Compreendemos a captação ambiental como a colheita de conteúdo materializado em sinais eletromagnéticos, óticos ou acústicos que são veiculados em ambiente público ou privado. (ASSUMPÇÃO, 2020, p 166)

Assim, para conceituar a captação ambiental, Renato Brasileiro de Lima leciona que:

A expressão captar deve ser compreendida como o ato de tomar conhecimento do conteúdo de comunicação alheia. É da essência da captação a participação de um terceiro, que passa a ter ciência do conteúdo de uma comunicação em-tre duas ou mais pessoas, geralmente sem o conhecimento dos interlocutores. (LIMA, 2020, p. 851)

Frise-se ainda que a comunicação telefônica abrange, nas palavras de Renato Brasileiro de Lima:

[...] não apenas a conversa por telefone, mas também a transmissão, emissão ou recepção de símbolos, caracteres, sinais, escritos, imagens, sons ou informações de qualquer natureza, por meio de telefonia, estática, ou móvel (celular). Por conseguinte, é possível a interceptação de qualquer comunicação via telefone, conjugada ou não com a informática, o que compreende aquelas realizadas direta (fax, modems) e indiretamente (internet, e-mail, correios eletrônicos (LIMA, 2020, p. 812).

Entende o autor Renato Brasileiro de Lima (2019) que a captação ambiental de sinais eletromagnéticos, ópticos ou acústicos consiste na “captação sub-reptícia de uma comunicação no próprio ambiente dela, por um terceiro, sem o conhecimento dos comunicadores”. Essa medida pode ser realizada por meio de “escutas, microfones, câmeras ocultas, monitoramento à distância por satélites, antenas direcionais ou alguma das inúmeras tecnologias disponíveis”²

De maneira resumida, a captação consiste na interceptação de comunicação, seja por meios de telefone, mensagem de texto, e-mail etc. Assim como consiste na captação de imagens que comprovem a autoria de determinado crime, como é o caso e câmeras de segurança, e áudio-vídeos.

Importante trazer que, a referida Lei aponta alguns requisitos para que a gravação não seja considerada clandestina, são eles: a) a necessidade de indícios de autoria ou participação em infração penal, b) o fato investigado deverá ser tipificado como delito penal com sanção apenada com reclusão, c) só poderá ser utilizada se não houver outro meio disponível para se colher a prova.

Assemelha-se a interceptação telefônica marcada pelo seu caráter subsidiário. É uma técnica de obtenção de prova que prevê a legislação que só poderá ser usada quando não houver outros meios de obtenção de provas

² LEITE, 2020 apud GARAY, 2020, p. 6

disponíveis. Marco importante a essa nova técnica é que o legislador foi claro ao pontuar a necessidade de autorização judicial, isso porque sua subsidiariedade não significa que a medida só possa ser autorizada após exauridos todos os meios de obtenção de provas.

A implementação da captação ambiental como medida de obtenção de prova traz como segunda exigência em seu art.8, inciso II, a demonstração de elementos probatórios razoáveis de autoria ou participação em infrações penais cujas penas máximas sejam superiores a quatro anos ou em infrações penais conexas. Assim, o indício de autoria ou participação no crime significa que deve haver um fato determinado que configure como crime e necessite de apuração.

Segundo Ada Pellegrini Grinover:

[...] os indícios razoáveis de autoria nada mais configuram do que o *fumus boni iuris* necessários para a autorização da medida cautelar de interceptação. Quanto ao periculum in mora ele está insito na necessidade de conversa telefônica ser interceptada enquanto se desenvolve sob pena de perder-se a prova. (GRINOVER, 2000, p. 107)

O doutrinador Vicente Greco Filho dispõe (2008, p. 27) “além do aspecto subjetivo que a idéia encerra, o ‘não estar disponível’ pode significar na verdade, estar oculta (inconsciente ou propositadamente), ou simplesmente, não haver interesse de se investigar por outro meio”

Nas palavras de Vicente Greco Filho (2008, p 29): “Mera suspeita ou fatos indeterminados não autorizam a interceptação. É necessário que haja vinculação de alguém a fato criminoso específico punido com reclusão”.

Dessa maneira, a colheita de provas utilizando-se desse método deve ser bem fundamentada em um fato anterior que sinalize a necessidade de melhor apuração.

Esclarecidos os requisitos para a interceptação, deve-se transparecer a diferenciação entre escuta telefônica, interceptação telefônica e gravação telefônica.

Primeiramente, deve-se destacar que a interceptação se diferencia da escuta, uma vez que na primeira constitui registro de comunicação alheia, sem o

consentimento de nenhum dos interlocutores, enquanto na segunda um dos interlocutores tem esse conhecimento, anuindo com a medida.

Renato Brasileiro de Lima dispõe:

A interceptação ocorre sem o conhecimento dos interlocutores, ou seja, nenhum deles tem consciência de que o conteúdo da comunicação está sendo captado por um terceiro; na escuta telefônica, um dos interlocutores tem conhecimento da ingerência de um terceiro na comunicação; a gravação telefônica é a captação feita diretamente por um dos interlocutores, sem a interferência de um terceiro. (LIMA, 2019, p. 429)

Para Vicente Greco Filho, a interceptação, em sentido estrito, é realizada por alguém sem autorização de qualquer dos interlocutores para a escuta e eventual gravação de sua conversa, e com desconhecimento deles.

O elemento que caracteriza a interceptação telefônica é o fato de um terceiro captar a comunicação alheia, sem a anuência ou conhecimento dos interlocutores. Enquanto a escuta caracteriza-se pelo consentimento de um dos interlocutores.

A escuta ambiental, consiste também na captação “feita por um terceiro de uma comunicação entre dois interlocutores, em um ambiente público ou privado. No entanto, essa atividade terá o consentimento de um dos comunicadores e o desconhecimento do outro”, conforme as palavras de Renato Brasileiro de Lima (2020, p. 851).

Quanto a gravação telefônica, essa se conceitua por um dos interlocutores, sem o conhecimento do outro, grava a conversa de ambos. Entretanto, tal conceito não se encontra na Lei de interceptações telefônicas.

Conforme disposto, a captação ambiental prevista pelo artigo 8º da Lei 9.296/96 se iguala por analogia a interceptação pelos requisitos necessários para implementação dessa medida. Dutra Leite (2020, p. 55) menciona que são dois os requisitos fundamentais para a decretação judicial da captação ambiental: a) imprescindibilidade (art. 8º-A, inciso I, da Lei nº 9.296/1996) e o b) *fumus commissi delicti* (art. 8º-A, inciso II, da Lei nº 9.296/1996). Com isso, ele quer dizer que esse método de captação de imagem como um meio de prova lícito somente é utilizado quando imprescritível para a investigação ou processo criminal. É um meio de prova

que depende de um fato anterior que acenda o alerta das autoridades quanto a um possível crime.

Deve-se considerar a especificidade da Lei que dispõe sobre a captação ao descrever circunstanciadamente o local e a forma de instalação do dispositivo de captação ambiental, conforme prevê o §1º desse mesmo artigo. Esse dispositivo tem como “objetivo evitar que locais absolutamente estranhos ao fato sob apuração sejam objeto de indevida devassa pelas autoridades estatais”, nas palavras de Renato Brasileiro de Lima (2020, p. 858).

Por oportuno, destaca-se que esse regramento só se aplica as captações implementadas em ambientes privados, uma vez que em se tratando de local público (praças, parques, ruas etc.) ou de acesso ao público (bares, restaurantes etc.) não há necessidade de autorização judicial ou regramentos sobre formas de instalação do dispositivo, sendo de competência do juiz apenas a análise sobre a licitude do meio de prova.

A Lei 9296/96 estabelece no seu artigo 8º-A, § 3º, que a captação ambiental não poderá exceder o prazo de 15 dias, renovável por decisão judicial por iguais períodos, se comprovada a indispensabilidade do meio de prova e quando presente atividade criminal permanente, habitual ou continuada.

Sobre a utilização desse meio de obtenção de prova, é necessário que esteja em conformidade com os moldes dos artigos supracitados, e em especial o art. 5º, inciso LVI, da Constituição Federal e 157, caput, do Código de Processo Penal, pois em caso de violação aos procedimentos será reconhecida a ilicitude da prova com seu consequente desentranhamento dos autos.

O entendimento do STJ é de que a gravação ambiental realizada por colaborador premiado, sendo esse um dos interlocutores da conversa, e sem o consentimento do outro, é lícita ainda que obtida sem autorização judicial, e pode ser validamente utilizada como meio de prova no processo penal (STF, no mesmo sentido, conforme se verifica da QO-RG RE 583.937/RJ).

Conforme Pedro Coelho (2020, s.p.), Defensor Público Federal e professor de Processo Penal e Legislação Penal Especial, a Lei anticrime não passou a exigir autorização judicial para gravação de diálogo por um dos interlocutores, somente passou a exigir a autorização nos casos relacionados à captação por terceiros, sem conhecimento dos comunicadores, quando existe a inviolabilidade da privacidade, protegida constitucionalmente.

Contudo, para se adequar aos moldes dos dispositivos supracitados, o trabalho precisa ser planejado e ajustado para que possa ser concluído dentro do prazo pré-determinado, evitando assim a ilegalidade e sabotagem dos materiais capturados.

Nas palavras de Renato Brasileiro de Lima (2020, p 853), o intuito de realizar a captação ambiental é justamente um “meio para obter uma prova, seja materializada em um documento ou depoimento, os quais fixarão os fatos no processo, de modo a legitimar a decisão judicial; seja frente às partes ou à universalidade das pessoas”.

Importante pontuar dentre essas alterações trazidas pela Lei nº 9.299/1996, a previsão da criminalização da captação ambiental sem a devida autorização judicial, nos seguintes termos:

Art. 10-A. Realizar captação ambiental de sinais eletromagnéticos, ópticos ou acústicos para investigação ou instrução criminal sem autorização judicial, quando esta for exigida:

Pena – reclusão, de 2 (dois) a 4 (quatro) anos, e multa.

§ 1º Não há crime se a captação é realizada por um dos interlocutores.

§ 2º A pena será aplicada em dobro ao funcionário público que descumprir determinação de sigilo das investigações que envolvam a captação ambiental ou revelar o conteúdo das gravações enquanto mantido o sigilo judicial. (BRASIL, 2019)

Na mesma esteira, a captação de imagem sem autorização também é regradada pelo artigo 229 do Código Penal Militar (violação de recato), que possui o seguinte teor:

Art. 229. Violar, mediante processo técnico, o direito ao recato pessoal ou o direito ao resguardo das palavras que não forem pronunciadas publicamente:

Pena – detenção, até um ano.

Parágrafo único. Na mesma pena incorre quem divulga os fatos captados. (BRASIL, 1969)

Nas palavras de Cícero Coimbra:

O crime militar tutela a liberdade individual da pessoa natural, buscando preservar sua intimidade e vida privada pelo reconhecimento da inviolabilidade do recato pessoal. A tutela em questão é arrimada no inciso X do art. 5º da Constituição Federal e, eventualmente, no inciso XI do mesmo artigo, se considerado o ingresso na casa para que haja, por exemplo, a instalação de dispositivos de captação. (COIMBRA, s. p., 2020)

Entretanto, no Supremo Tribunal Federal, no Recurso Extraordinário n. 402.717/PR, em que a Segunda Turma do Pretório Excelso, em 2 de dezembro de 2008, sob relatoria do Ministro Cezar Peluso, decidiu:

PROVA. Criminal. Conversa telefônica. Gravação clandestina, feita por um dos interlocutores, sem conhecimento do outro. Juntada da transcrição em inquérito policial, onde o interlocutor requerente era investigado ou tido por suspeito. Admissibilidade. Fonte lícita de prova. Inexistência de interceptação, objeto de vedação constitucional. Ausência de causa legal de sigilo ou de reserva da conversação. Meio, ademais, de prova da alegada inocência de quem a gravou. Improvimento ao recurso. Inexistência de ofensa ao art. 5º, incs. X, XII e LVI, da CF. Precedentes. Como gravação meramente clandestina, que se não confunde com interceptação, objeto de vedação constitucional, é lícita a prova consistente no teor de gravação de conversa telefônica realizada por um dos interlocutores, sem conhecimento do outro, se não há causa legal específica de sigilo nem de reserva da conversação, sobretudo quando se predestine a fazer prova, em juízo ou inquérito, a favor de quem a gravou.

Quanto a licitude da gravação clandestina ambiental, o Supremo Tribunal Federal, dispões em Recurso Extraordinário n. 583.937/RJ, quanto sua validade, vejamos:

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

Assim, os Tribunais superiores vêm entendendo sobre a licitude da prova nos casos de a conversa ser captada por um terceiro, com o conhecimento de um dos interlocutores.

Como elemento subjetivo do crime acima citado, tem-se o dolo, não sendo possível na modalidade culposa. Assim, o crime se consuma com a efetiva

violação, sendo admitida a tentativa, por exemplo, quando o aparato é montado para a captação de imagem, que não ocorre por motivos alheios à vontade do agente.

Pontua-se que na captação ou interceptação ambiental, seja na captura de voz ou imagens, em local público, não há ilicitude vez que os sujeitos se submeteram ao local, não buscando o recato.

Assim, a comunicação ambiental poder ser desenvolvida em ambiente público ou privado, o que muda a tonalidade de análise, que se dará não propriamente em relação à vida privada e a intimidade, mas em relação a um direito de reserva, conforme destaca Renato Brasileiro de Lima (2020, p. 853).

Por fim, no que for omissa a regulamentação da captação ambiental, aplicam-se as regras estabelecidas para o procedimento de interceptação telefônica, conforme o § 5º, artigo 8º-A, Lei 9.296/96.

4. ESTUDO DO CASO GIOVENNI QUINTELLA BEZERRA

O médico anestesista Giovanni Quintella Bezera foi detido em flagrante no dia 11/07/2022 acusado de estupro de vulnerável em São João de Meriti, na Baixada Fluminense.

A delegada Bárbara Lomba, titular da Deam (Delegacia Especializada de Atendimento à Mulher), realizou a prisão em flagrante por volta de 1 (uma) hora da manhã no Hospital da Mulher de Vilar dos Teles.

O inquérito policial que durou até dia 19/07/2022, fez a acusação formal do anestesista, alegando que esse estuprou mulheres anestesiadas durante a cirurgia de cessaria, em estado de vulnerabilidade e sem possibilidade de resposta.

Segundo informações das mídias e do Tribunal de Justiça do Estado do Rio de Janeiro, a gravação do crime foi realizada pela equipe de enfermagem que participava do parto, a partir de desconfianças do comportamento do médico. Os profissionais informam ainda que percebiam a atitude anormal do anestesista ao administrar altas dosagens de anestésico. E posteriormente, durante a investigação criminal, foi auferido que a dosagem se tratava de sete vezes mais do que a correta, se tratando por si só de crime previsto pelo art. 33 da Lei de drogas.

Assim, a equipe hospitalar que percebia que o anestesista se posicionava de forma anormal durante os procedimentos, se escondendo atrás da cortina que separava a cabeça da paciente do local em cirurgia, se mobilizou para esconder na parte interna de um armário localizado dentro do centro cirúrgico um celular de uma das profissionais que acompanhavam a cirurgia, realizando a captação da imagem ambiental, e por conseguinte, agravação do acusado realizando o crime.

Destaca-se ainda que o número de vítimas é incerto, uma vez que o médico realizou mais de quarenta cirurgias com a dosagem de anestesia anormal. E, após a explanação do caso nas mídias sociais, outras mulheres reconheceram o profissional e realizaram a denúncia. Uma das vítimas, que decidiu permanecer anônima, fez o seguinte relato para a reportagem do programa jornalístico Fantástico:

Eu já não estava conseguindo falar mais, porque, assim que ele saiu (seu marido), eu já fui ficando mais mole, mais sedada. Aí ele falou que ia me dar uma anestesia geral. Tomei e não consegui mais lembrar de nada. Apaguei. E quando acordei, estava com um gosto muito ruim na boca.

Nas imagens captadas na sala de cirurgia é possível observar o anestesista aguardando a realização do parto para que o acompanhante da vítima se retirasse da sala de cirurgia. E, em seguida o médico aplica diversas dosagens de anestésicos, até que paciente estivesse totalmente sedada e sem qualquer reação.

Após verificar seus sinais e se certificar que a vítima não reagiria, observa-se no vídeo em questão o médico se posicionando em pé ao lado da mulher e introduzindo o pênis em sua boca. Instantes depois, o monitor multiparâmetro emite um som de alerta, sinalizando à queda da saturação de oxigênio da paciente, pois o médico obstruía total ou parcialmente sua via aérea.

O crime durou cerca de dez minutos, tendo sido todo gravado pelo celular de uma das enfermeiras.

A denúncia foi realizada pela equipe de enfermagem a chefia do hospital imediatamente, que acionou a Polícia Civil, que, por sua vez, realizou a prisão em flagrante do médico, uma vez que esse havia acabado de cometer o crime flagrado pelas imagens do celular.

Destaca-se que o flagrante esperado ocorre quando a autoridade policial, ou nada obsta que seja realizado também por particular, valendo-se do conhecimento de que o crime irá ocorrer, realiza campana a fim de estar um passo à frente do criminoso e poder realizar sua prisão no momento oportuno.

Essa modalidade de flagrante esperado não está prevista expressamente no Código de processo Penal. Contudo, o doutrinador Fernando Capez entende:

Flagrante esperado: nesse caso, a atividade do policial ou do terceiro consiste em simples aguardo do momento do cometimento do crime, sem qualquer atitude de induzimento ou instigação. Considerando que nenhuma situação foi artificialmente criada, não há que se falar em fato atípico ou crime impossível. O agente comete crime e, portanto, poderá ser efetuada a prisão em flagrante. (CAPEZ, 2021)

Ademais o STJ entende pacificamente sobre o tema do flagrante esperado, vide RHC 103.456/PR:

RECURSO ORDINÁRIO EM HABEAS CORPUS. TRÁFICO DE DROGAS. AÇÃO MONITORADA SEM AUTORIZAÇÃO JUDICIAL. FLAGRANTE ESPERADO. ILEGALIDADE NÃO CONFIGURADA. 1. No flagrante preparado, a polícia provoca o agente a praticar o delito e, ao mesmo tempo, impede a sua consumação, cuidando-se, assim, de crime impossível, ao passo que no flagrante forjado a conduta do agente é criada pela polícia, tratando-se de fato atípico. 2. Na espécie, em momento algum os agentes induziram ou instigaram a recorrente a praticar o crime de tráfico de entorpecentes, sendo certo que, antes mesmo da abordagem policial, o delito em questão já havia se consumado em razão de haver trazido consigo e transportado a droga, o que afasta a mácula suscitada na irresignação. Precedentes. INEXISTÊNCIA DE PROVAS DO ENVOLVIMENTO PRETÉRITO DA ACUSADA COM O NARCOTRÁFICO. NECESSIDADE DE REVOLVIMENTO DO CONJUNTO PROBATÓRIO. VIA INADEQUADA. 1. Em sede de habeas corpus e de recurso ordinário em habeas corpus somente deve ser obstada a ação penal se restar demonstrada, de forma indubitável, a ocorrência de circunstância extintiva da punibilidade, a ausência de indícios de autoria ou de prova da materialidade do delito, e ainda, a atipicidade da conduta. 2. Estando a decisão impugnada em total consonância com o entendimento jurisprudencial firmado por este Sodalício, não há que se falar em trancamento da ação penal, pois, de uma superficial análise dos elementos probatórios contidos no presente reclamo, não se vislumbra estarem presentes quaisquer das hipóteses que autorizam a interrupção prematura da persecução criminal por esta via, já que seria necessário o profundo estudo das provas, as quais deverão ser oportunamente valoradas pelo juízo competente. PRISÃO EM FLAGRANTE CONVERTIDA EM PREVENTIVA. SEGREGAÇÃO FUNDAMENTADA NO ARTIGO 312 DO CÓDIGO DE PROCESSO PENAL. GRAVIDADE CONCRETA DO DELITO. DIVERSIDADE E ELEVADA QUANTIDADE DE DROGAS APREENDIDAS. ACAUTELAMENTO DA ORDEM PÚBLICA. CUSTÓDIA FUNDAMENTADA E NECESSÁRIA. COAÇÃO ILEGAL NÃO DEMONSTRADA. 1. A considerável quantidade de tóxico apreendido por ocasião do flagrante, aliada a diversas denúncias dando conta de que a recorrente e o corréu, seu companheiro reincidente no crime de narcotráfico, comercializavam entorpecentes reiteradamente em sua residência, são fatores que revelam dedicação à narco traficância, justificando a preservação da preventiva. 2. Condições pessoais favoráveis não têm o condão de, por si sós, revogarem a prisão preventiva, se há nos autos elementos suficientes a demonstrar a necessidade da medida extrema. 3. Indevida a aplicação de medidas cautelares diversas da prisão quando a segregação encontra-se justificada e mostra-se imprescindível para acautelar o meio social, evidenciando que

providências menos gravosas não seriam suficientes para garantir a ordem pública. 4. Recurso desprovido.

Observado o entendimento quanto a utilização da captação ambiental como meio de prova para a realização do flagrante esperado, passa-se a análise de outras características do crime tipificado pelo caso concreto.

Acusado de estupro de vulnerável, o crime cometido pelo anestesista é tipificado pelo artigo 217-A, Caput e §1, do Código Penal, *in verbis*:

Art. 217-A. Ter conjunção carnal ou praticar outro ato libidinoso com menor de 14 (catorze) anos: (Incluído pela Lei nº 12.015, de 2009)

Pena - reclusão, de 8 (oito) a 15 (quinze) anos. (Incluído pela Lei nº 12.015, de 2009)

§ 1º. Incorre na mesma pena quem pratica as ações descritas no caput com alguém que, por enfermidade ou deficiência mental, não tem o necessário discernimento para a prática do ato, ou que, por qualquer outra causa, não pode oferecer resistência. (Incluído pela Lei nº 12.015, de 2009) (BRASIL, 2015)

Nesse sentido, o crime foi incluído a parte final do artigo: “[...] ou que, por qualquer outra causa, não pode oferecer resistência.”, tendo em vista o estado de sedação das vítimas.

Discorre o autor Cleber Masson quanto a tipificação de tal crime:

Na hipótese em que a vítima é totalmente privada da sua capacidade de resistência, há que se reconhecer o estupro de vulnerável, pois da sua parte não há vontade de participar do ato. (MASSON, p 124, 2016)

Importante destacar que o estupro de vulnerável é considerado um crime hediondo, o que significa que possui pena mais severa e não admite liberdade condicional, anistia ou graça. A pena prevista é de reclusão de 8 a 15 anos.

A vulnerabilidade da vítima é o elemento central desse tipo de crime. A pessoa que pratica a conduta sabe ou deveria saber que a vítima não tem condições de resistir ou de consentir livremente com a prática sexual. E essa vulnerabilidade no caso em tela consiste no estado de sedação das vítimas.

Assim, após a prisão em flagrante do anestesista, a prisão foi convertida em preventiva pela juíza Rachel Assad na audiência de custódia realizada no dia seguinte. Destaca-se que por medida de segurança, o anestesista está isolado.

Na denúncia, os promotores apontaram que "o crime foi cometido contra mulher grávida e com violação do dever inerente à profissão". O MP pediu ainda que fosse decretado sigilo no processo, para preservar e resguardar a imagem da vítima.

O Presidente do Conselho Regional de Medicina do Estado do Rio de Janeiro em 2022 (Cremerj), Clóvis Munhoz, diz que o órgão recebeu a denúncia feita pelas enfermeiras e abriu procedimento cautelar para suspensão imediata do médico, ele afirmou "O Cremerj instaurará, após o procedimento cautelar, um processo disciplinar de cassação".

Ainda, em 01/11 de 2022, o juiz Carlos Marcio da Costa Cortazio Correa, da 2ª Vara Criminal de São João de Meriti, negou o pedido de revogação da prisão preventiva do anestesista.

A Defensoria Pública ficou responsável pela defesa do acusado, e alega em defesa que as imagens foram feitas ilegalmente, pois o celular estava escondido dentro de um armário dentro da sala de parto, destacando que o vídeo foi produzido sem o conhecimento dos envolvidos e sem a prévia autorização da autoridade policial ou do Ministério público.

Tal fato de o interlocutor não ter ciência de que está sendo filmado, e sendo a filmagem sem autorização prévia do MP ou de autoridade policial, se enquadra no parágrafo 4º do ar. 8-A, não podendo, teoricamente, ser utilizada em matéria de acusação.

O judiciário se manifestou quanto a tentativa da defesa em trazer a ilegalidade da prova, dizendo que:

[...] crimes desta natureza quase sempre são cometidos às escondidas tendo, geralmente, como única prova a palavra da vítima, que naquela oportunidade se encontrava sedada, sem qualquer possibilidade de reação, resistência ou mesmo de prestar depoimento futuramente.

Em audiência a defesa ainda tentou a liberdade provisória, alegando que o réu é primário e não apresentava riscos a sociedade, possuindo endereço fixo e se comprometendo em comparecer quando intimado.

Entretanto o pedido não foi aceito pelo judiciário, que apontou a possibilidade de risco a ordem pública, além de risco para com as vítimas e testemunhas.

A primeira audiência de instrução ocorreu dia 12 de dezembro de 2022, e até o momento não há Sentença de mérito do processo em análise.

4.1 Da ilicitude da prova

Conforme exposto, a defesa do anestesista acusado por estuprar mulheres em estado de vulnerabilidade, alega a ilicitude da prova utilizada para a denúncia e instrução do processo criminal, apontando que o artigo 8^a- A, parágrafo 4^o estabelece que a prova obtida por um dos interlocutores sem o prévio conhecimento da autoridade policial ou do Ministério Público somente poderá ser utilizada em matéria de defesa, vejamos:

§ 4^o 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. (Incluído pela Lei nº 13.964, de 2019) (Vigência)

A alegação que trás a defesa do acusado é de que a gravação do ato libidinoso utilizada para efetuar a prisão em flagrante e instruir o processo, não pode ser utilizada em matéria de acusação, vez que o artigo supramencionado estabelece a utilização da captura somente em matéria de defesa quando realizada por um dos interlocutores sem autorização policial ou do MP.

Ocorre que a discussão acerca da licitude da utilização desse meio de obtenção de prova já vem sendo matéria que repercute no mundo jurídico de forma a trazer posicionamentos doutrinários.

Destaca-se o Projeto de Lei 1.503, de 2021, de iniciativa do senador Randolfe Rodrigues, visa alterar o texto legislativo, dispondo sobre a autorização do uso da captação ambiental quando demonstrada a integridade da gravação, ou seja, não somente em matéria de defesa.

No mesmo sentido, é requerida a propositura de uma Ação Direta de Inconstitucionalidade em face da expressão “em matéria de defesa” contida no

parágrafo 4º do artigo 8º-A da Lei 9.296/1996 incluído pelo artigo 7º da Lei nº 13.964, de 2019 (Pacote anticrime), proposta pelo partido Rede Sustentabilidade.

4.2 Da Ação Direta de Inconstitucionalidade 6.816

A Ação Direta de Inconstitucionalidade tem como objetivo impugnar lei ou ato normativo federal ou estadual, nos termos do artigo 102, inciso I, alínea "a" da Constituição Federal e da Lei 9.868/99.

No caso em questão, o objeto de análise é uma lei federal que, após ter sido criada pelos Deputados Federais, aprovada pelo Senado e vetada pelo Presidente da República, o art. 8-A, parágrafo 4º, da Lei 9.296/96, teve sua aprovação pelo Congresso Nacional onde derrubou o veto presidencial.

Portanto, não há dúvidas de que o ato questionado se enquadra na categoria de "lei federal" e pode ser alvo de Ação Direta de Inconstitucionalidade.

A ADI foi proposta pelo partido Rede Sustentabilidade, e em preliminar traz o pedido de medida cautelar para a suspensão da eficácia da expressão “em matéria de defesa” que consta no dispositivo supramencionado. Alega o requerente que o *periculum in mora*, consubstancia-se no fato da integral produção de efeitos da norma atacada, que trará imensos prejuízos para o cidadão comum de não poder utilizar prova decorrente de captação ambiental feita por ele para demonstrar o cometimento de infração penal por criminoso.

Quanto ao *fumus boni juris*, é possível observar que este está configurado uma vez que a restrição do uso de provas decorrentes de captação ambiental por um dos interlocutores, viola diversas normas fundamentais da Constituição.

Dentre eles, percebe-se a ofensa ao princípio republicano contido no art. 1º da CF sob o argumento de que ninguém é imune a responsabilização penal, civil ou administrativa, sendo certo que a inutilidade da prova em matéria de acusação causaria uma impunidade indesejada.

Como conhecido, o princípio republicano deve ser interpretado de maneira ampla, de modo que todos aqueles que cometem atos ilícitos devem ser

responsabilizados por suas condutas. É evidente, portanto, que a Constituição não autoriza a concessão de qualquer tipo de "superpoder" a qualquer pessoa para cometer crimes sem ser responsabilizada. Ninguém tem o direito de cometer atos ilícitos sem sofrer as consequências legais, e o Estado deve garantir que os órgãos de persecução penal estejam aptos a buscar a verdade real em defesa da sociedade civilizada.

Além disso, o partido aponta a lesão ao princípio do devido processo legal, à paridade de armas e ao princípio da igualdade, previstos na CF, em seu art. 5º, LIV. Isso porque a defesa possui uma vantagem de apontar a ilegalidade de provas utilizadas pela acusação que são a base de todo o caso concreto.

Suspender a utilização da gravação ambiental como meio de prova prejudica a perseguição pela verdade do crime, uma vez que é possível utilizar como meio de defesa uma prova produzida de determinada forma, mas uma vítima não poderá utilizar uma prova produzida exatamente da mesma forma para comprovar um crime sofrido.

Na Ação Direta de Inconstitucionalidade é apontada a importância da utilização de provas capturadas sem o conhecimento de um dos interlocutores em casos de violência doméstica, ou em crimes contra a Administração Pública. No primeiro caso, é de suma importância para a investigação onde se tem uma vítima em um estado de vulnerabilidade, que se comprove de forma inequívoca a ocorrência de um crime. Tanto pelo estado da vítima que muitas vezes se mostra indefesa, quanto para que haja a devida punibilidade em concordância com a justiça dos fatos.

Em ADI, o requerente registra ainda que o dispositivo questionado foi objeto do Veto Presidencial 56/2019, item 56.19.021, derrubado posteriormente pelo Congresso Nacional em abril de 2021.

A Presidência da República colacionou as razões de veto inseridas na Mensagem 726/2019, encaminhada ao Congresso Nacional, nos seguintes termos:

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 (v. g. Inq-QO 2116, Relator: Min. Marco Aurélio, Relator p/ Acórdão: Min. Ayres Britto, publicado em 29/02/2012, Tribunal Pleno).

O Senado Federal sustentou a constitucionalidade formal e material da norma impugnada, alegando o respeito ao devido processo legislativo e a razoabilidade da utilização da captação ambiental apenas em matéria de defesa, uma vez que o objetivo da norma seria permitir a utilização do conteúdo.

E na Ação de inconstitucionalidade em explanação são apresentados os seguintes julgados do Supremo Tribunal Federal, que ao analisar os casos concretos que lhe são apresentados a fim de aferir a validade da prova obtida mediante gravação ambiental, decidiu da seguinte maneira:

GRAVAÇÃO AMBIENTAL – INTERLOCUTOR – PROVA – VALIDADE. É válida a utilização de gravação ambiental, realizada por um dos interlocutores sem o conhecimento do outro, como meio de prova no processo penal – recurso extraordinário nº 583.937, relator ministro Cezar Peluso, julgado sob o regime da repercussão geral. Ressalva de entendimento pessoal. **PROVA – PRODUÇÃO – INDEFERIMENTO.** O artigo 400, § 1º, do Código de Processo Penal versa o indeferimento de produção de prova considerada impertinente. (RHC 112428, Rel. Min. MARCO AURÉLIO, Primeira Turma, julgado em 21/12/2020, DJe de 9.2.2021)

DIREITO PENAL E PROCESSUAL PENAL. AGRAVO INTERNO EM RECURSO EXTRAORDINÁRIO COM AGRAVO. CRIMES DE ESTUPROS DE VULNERÁVEL. CONTROVÉRSIA DECIDIDA COM BASE NA LEGISLAÇÃO INFRACONSTITUCIONAL E NO CONJUNTO FÁTICO-PROBATÓRIO DOS AUTOS. SÚMULA 279/STF. GRAVAÇÃO AMBIENTAL. VALIDADE. 1. O Supremo Tribunal Federal rejeitou preliminar de repercussão geral relativa à controvérsia sobre suposta violação aos princípios do contraditório, da ampla defesa, dos limites da coisa julgada e do devido processo legal (ARE 748.371-RG, Rel. Min. Gilmar Mendes -Tema 660). 2. A parte recorrente se limita a postular a análise da legislação infraconstitucional pertinente e uma nova apreciação dos fatos e do material probatório constante dos autos, o que não é possível nesta fase processual. Nessas condições, a hipótese atrai a incidência da Súmula 279/ STF. 3. O Plenário do Supremo Tribunal Federal, após assentar a repercussão geral da matéria, reafirmou sua jurisprudência no sentido de ser válida a gravação obtida por um dos interlocutores sem o conhecimento do outro (RE 583.937-RG, julgado sob a relatoria do Ministro Cezar Peluso). 4. Agravo interno a que se nega provimento. (ARE 1240873 AgR, Rel. Min. ROBERTO BARROSO, Primeira Turma, DJe de 31.1.2020)

PENAL E PROCESSUAL PENAL. AGRAVO REGIMENTAL NO HABEAS CORPUS. DENÚNCIA ANÔNIMA. DILIGÊNCIAS PRELIMINARES. GRAVAÇÃO AMBIENTAL POR INTERLOCUTOR. AUTORIZAÇÃO JUDICIAL. DESNECESSIDADE. VOLUNTARIEDADE E ESPONTANEIDADE. DISTINÇÃO. REVOLVIMENTO FÁTICO PROBATÓRIO. INVIABILIDADE. 1. A denúncia anônima pode servir de base válida à investigação e à persecução criminal, desde que precedida por diligências tendentes a averiguar os fatos nela noticiados antes da instauração do inquérito policial. Precedentes. 2. No caso concreto, a investigação foi precedida por diligências empreendidas com o fim de apurar a fidedignidade das informações apócrifas, cumprindo as balizas definidas pela Suprema Corte no Habeas Corpus nº 109.598, Rel. Min. Celso de Mello, Segunda Turma, DJe de 26.4.2016. **3. No Recurso Extraordinário com Repercussão Geral nº 583.937 a Corte firmou a tese de que: “É lícita a prova consistente em gravação ambiental realizada por um dos interlocutores sem conhecimento do outro”, guiada pela premissa de que “quem revela conversa da qual foi partícipe, como emissor ou receptor, não intercepta, apenas dispõe do que também é seu e, portanto, não subtrai, como se fora terceiro, o sigilo à comunicação (...)**. 4. A espontaneidade do interlocutor responsável pela gravação ambiental não é requisito de validade do aludido meio de prova, sendo a atuação voluntária (mas não necessariamente espontânea) do agente suficiente para garantir sua integridade. Precedentes. 5. Agravo regimental conhecido e não provido. (HC 141157-AgR, Rel. Min. ROSA WEBER, Primeira Turma, DJe de 10.12.2019)

CONSTITUCIONAL. PENAL. GRAVAÇÃO DE CONVERSA FEITA POR UM DOS INTERLOCUTORES: LICITUDE. PREQUESTIONAMENTO. Súmula 282-STF. PROVA: REEXAME EM RECURSO EXTRAORDINÁRIO: IMPOSSIBILIDADE. Súmula 279-STF. I. - **A gravação de conversa entre dois interlocutores, feita por um deles, sem conhecimento do outro, com a finalidade de documentá-la, futuramente, em caso de negativa, nada tem de ilícita, principalmente quando constitui exercício de defesa.** II. - Existência, nos autos, de provas outras não obtidas mediante gravação de conversa ou quebra de sigilo bancário. III. - A questão relativa às provas ilícitas por derivação "the fruits of the poisonous tree" não foi objeto de debate e decisão, assim não prequestionada. Incidência da Súmula 282-STF. IV. - A apreciação do RE, no caso, não prescindiria do reexame do conjunto fático-probatório, o que não é possível em recurso extraordinário. Súmula 279-STF. V. - Agravo não provido. (AI 503617 AgR / PR - Relator: Min. CARLOS VELLOSO - Julgamento: 01/02/2005)

O entendimento do STF é louvável, uma vez que os direitos individuais, ainda que fundamentais, não são absolutos e devem, sem dúvida, encontrar limites na própria Constituição Federal.

Assim, em Ação Direta de Inconstitucionalidade 6.816/DF, o Procurador-Geral da República opina pelo seu reconhecimento e pela procedência do mérito. Ele traz o argumento que, considerando a diferença constitucional entre o sigilo das comunicações telefônicas e o direito a intimidade mitigado pela captação ambiental, é possível vislumbrar situações distintas.

No caso da captação feita por um dos interlocutores, esse dispõe do próprio direito à intimidade e, por isso, prescinde de autorização judicial, sendo os elementos de informação auferidos de maneira casuística. Enquanto isso, na interceptação telefônica, é necessária autorização judicial para sua validade, pois quem promove a interceptação não integra a conversa e não participa da comunicação, além de ser exigido um crime punível com reclusão.

Assim dispõe a doutrinadora Ada Pellegrini Grinover em “As nulidades no processo penal”, *in verbis*:

As gravações sub-reptícias de conversas entre presentes, efetuadas por terceiro, com o desconhecimento de todos os interlocutores ou de um deles, embora sejam interceptações em sentido técnico, no Brasil não se enquadram na disciplina do art. 5.º, XII, da CF, que cuida exclusivamente da quebra do sigilo das comunicações telefônicas. (GRINOVER, p. 236, 2004)

Assim, o Procurador-Geral enfatizou que a licitude da prova não deve variar a depender da parte que irá se beneficiar do seu conteúdo. Para ele, deve-se considerar o produto da gravação ambiental a partir da legitimidade da captação e análise no caso concreto a eventual colisão entre outros direitos fundamentais. Seria o embate entre o direito a intimidade, e a justa causa.

E se tratando especialmente do contexto de vulnerabilidade, a captação de imagens pela vítima merece ênfase. Isso porque crimes como o estupro de vulnerável, maus-tratos a idosos, violência doméstica e familiar contra a mulher são condutas que ocorrem às escondidas.

Nas palavras do procurador Rodrigo Chemim³:

No estupro médico e no homicídio em Foz, tivemos filmagens sem ciência dos criminosos. O Parlamento derrubou o veto ao §4º do artigo 8º-A, da Lei 9296/96. Assim, o uso das imagens só vale “em matéria de defesa”. Tem ADI no STF, 6816. Boa hora para declarar a inconstitucionalidade.

Destaca-se o Projeto de Lei de n. 1.903, de 2021, de iniciativa da senadora Simone Tebet, que discorre o seguinte em sua redação:

³ CHEMIM, Rodrigo. A gravação ambiental e a justiça. Disponível em:

<https://www.institutoliberal.org.br/blog/politica/a-gravacao-ambiental-e-a-justica/> Acessado em: 24/04/2023.

Assim, previmos no § 4º-A, do novo art. 8º-A da lei em epígrafe, que é válida a captação ambiental sem ordem judicial, ainda que realizada por terceiros, quando há risco à vida, à liberdade ou à dignidade sexual de outrem. Para os demais bens jurídicos tutelados, a regra continua sendo de que é necessária prévia ordem judicial para a gravação.

Caso recente que teve grande repercussão foi o da atriz Cristiane Machado, que decidiu colocar uma câmera escondida em casa e filmou as agressões para levar as imagens à polícia. Nas cenas, exibidas pelo jornal "Fantástico" em 2018, pode-se ver o ex-diplomata Sérgio Schiller Thompson-Flores tentando estrangular a atriz entre outras agressões. Ele foi condenado em setembro de 2019 a três anos de prisão em regime semiaberto, mesmo com sua defesa alegando que os vídeos foram adulterados. Vale transcrever o afirmado pela atriz em entrevista:

Gravei minhas agressões pelo medo de morrer e porque meus pais são deficientes e têm limitações que impediriam chegar a uma delegacia sozinhos. Então quando o agressor, com uma faca no meu pescoço, disse que mataria minha família, meus pais, decidi instalar as câmeras pela casa, conta Cristiane a Universa.

Além disso, casos em que a captação ambiental é essencial para a comprovação de fatos criminosos são condutas praticadas contra a administração pública.

Isso porque muitas vezes são as pessoas que participaram do esquema criminoso que denunciam os fatos, gravando seus antigos comparsas e levando as provas à polícia, obtendo, até mesmo, os benefícios de sua conduta, conforme dispõe

Da mesma forma, o TSE, em matéria criminal eleitoral, também conclui pela validade das provas relacionadas à captação ambiental por um dos interlocutores sem autorização judicial:

AGRAVO INTERNO. RECURSO ESPECIAL. ELEIÇÕES 2016. AÇÃO PENAL. CRIME. CORRUPÇÃO ELEITORAL. ART. 299 DO CÓDIGO ELEITORAL. GRAVAÇÃO AMBIENTAL. RECINTO PRIVADO. SUPOSTA ILICITUDE. DISSÍDIOS PRETORIANOS. AUSÊNCIA DE SIMILITUDE FÁTICA. SÚMULA 28/TSE. INDUZIMENTO. ADVERSÁRIO POLÍTICO. REEXAME DE FATOS E PROVAS. INVIABILIDADE. SÚMULA 24/TSE. NEGATIVA DE PROVIMENTO.1. No decisum agravado, de relatoria do e. Ministro Jorge Mussi, mantiveram-se sentença e aresto do TRE/SC nos quais se reconheceu a licitude de gravação ambiental e, no mérito, se condenou o agravante – não eleito ao cargo de prefeito de Ponte Serrada/SC em 2016 – pelo crime de corrupção eleitoral (art. 299 do Código

Eleitoral), haja vista a entrega de quantia em dinheiro a dois eleitores em troca de votos e para que aliciassem outros votantes.² **O TSE decidiu que para as Eleições 2016 é lícita, como regra, a gravação ambiental feita por um dos interlocutores sem o consentimento dos demais e sem chancela judicial, seja em ambiente público ou particular. Alinhou-se, assim, à jurisprudência do Pretório Excelso, firmada sob o regime de repercussão geral – QO–RG–RE 583.937, Rel. Min. Cezar Peluso, DJE de 18/12/2009 (Tema 237) –, no sentido de serem lícitos, em ações penais, áudios ou vídeos confeccionados de forma clandestina por um dos participantes do diálogo.**³ As premissas fáticas do aresto a quo evidenciam que a iniciativa da gravação foi do próprio eleitor corrompido, sem nenhuma espécie de induzimento ou de atuação de adversários. De acordo com o TRE/SC, do depoimento de Adriano [eleitor] percebe-se claramente que a iniciativa [...] foi sua, e não da oposição de Antoninho [agravante]. Adriano efetivamente não recebeu dinheiro para conseguir o áudio comprometedor".⁴ Conclusão diversa – quanto à suposta participação de adversários políticos do agravante – demandaria reexame de fatos e provas, inviável em sede extraordinária, a teor da Súmula 24/TSE.⁵ Não tendo havido, ademais, impugnação quanto à conduta propriamente dita, mantém-se o édito condenatório.⁶ Agravo interno a que se nega provimento. (RECURSO ESPECIAL ELEITORAL nº 060208772, Acórdão, Relator(a) Min. Luis Felipe Salomão, Publicação: DJE - Diário da justiça eletrônica, Tomo 43, Data 10/03/2021)

Invalidez de gravações ambientais apenas por serem usadas pela acusação e não pela defesa mostra-se incompatível com o princípio da igualdade, causando disparidade de armas no contexto do processo penal e tem potencial de gerar a impunidade dos ofensores.

A Ação Direta de Inconstitucionalidade que discute o artigo supramencionado abriu conclusão para o Relator dia 27 de janeiro de 2022, e até o presente momento não foi julgada a constitucionalidade da expressão “em matéria de defesa” contido no art. 8-A, parágrafo 4º, da Lei 9.296/96.

5. CONSIDERAÇÕES FINAIS

Conforme amplamente exposto nesse trabalho de conclusão de curso, observa-se, a priori, as considerações históricas acerca dos posicionamentos doutrinários e jurisprudenciais que levaram até a criação de uma legislação para casos de captação ambiental de imagens, sons e sinais eletromagnético.

Pontuados os momentos históricos que levaram a alteração promovida pelo Pacote Anticrime na Lei de Interceptações Telefônicas, adentra-se na narrativa a respeito do que é a prova, qual sua importância para o processo legal e para que se chega a realidade fática.

Em destaque, discute-se os meios de obtenção de provas e seus requisitos para que haja legalidade na prova, tendo em vista que princípios como a intimidade, a liberdade e o devido processo legal, devem ser respeitados.

Como estudo de caso, foi apresentado o caso do anestesista Giovanni Quintella Bezerra acusado de estupro de vulnerável. Esse processo criminal se destaca devido a utilização de uma mídia captada por um dos interlocutores sem conhecimento do outro.

E levando em consideração o art. 8-A, parágrafo 4^a, da Lei 9.296/96, não poderia ser utilizada a mídia produzida pela equipe de enfermagem em matéria de acusação, conforme aduz a defesa do médico acusado.

Dessa maneira, o questionamento do presente trabalho se baseia na constitucionalidade do artigo supramencionado, objeto da Ação Direta de Inconstitucionalidade de número 6.816. Questiona-se se os argumentos arguidos pela defesa do acusa não deveriam prosperar vez que legalmente embasados pela vigência do dispositivo legal. Ou então, se o Supremo Tribunal Federal deve decidir pela inconstitucionalidade da cláusula.

Por oportuno, em conclusão dos argumentos expostos, das doutrinas elucidadoras e das jurisprudências de ilustríssimos julgadores, deve-se considerar o seguinte desfecho quanto ao caso em tela analisado:

Se seguirmos o garantismo penal, seria possível dizer que não há provas contra o médico, uma vez que essa seria retirada do processo, e a prisão em flagrante sequer poderia ocorrer.

Entretanto entende-se pela legalidade da prova utilizada no processo criminal contra o anestesista. Isso porque, diante do conflito entre direitos, sendo esses a intimidade do Réu e a dignidade sexual da vítima, deverá prevalecer o princípio da razoabilidade e proporcionalidade para promover o equilíbrio dos direitos em conflito.

Ademais, na ponderação entre os valores dos princípios em conflito, cabe ao aplicador da Lei fazer a avaliação do caso concreto e preservar o direito de maior valor. Dessa forma, resta inequívoco que, na ponderação de valores, a dignidade sexual da vítima, tal como sua integridade física e do bebê, sobrepõe a privacidade da imagem do estuproador ao cometer a violência sexual.

Portanto, não há dúvida de que, na ponderação de valores, a dignidade sexual da vítima, como sua integridade física e a do bebê, supera a privacidade da imagem do estuproador quando a violência sexual é cometida.

Tampouco a legalidade da prova utilizada deve ser questionada. A Constituição Federal de 1.988, em seu art. 5º, art. XII, estabelece que a autorização judicial somente é necessária no caso de interceptação telefônica, não impedindo de forma alguma a instauração dos delitos previstos pela captação ambiental, conforme esclarece Fernando Capez.

Como visto, a tendência da doutrina é entender como válida a utilização da prova captada sem a ciência do interlocutor e utilizada em matéria de acusação. A jurisprudência, como demonstrado, também vem atendendo aos requerimentos de utilização de provas coletadas por esse meio de produção.

Ante o exposto, conclui-se que o entendimento doutrinário e jurisprudencial frente ao caso compreende a possibilidade de licitude da prova obtida mediante a interceptação ambiental realizada pelas enfermeiras no caso em comento, não obstante as dúvidas referentes a questionável redação do art. 8-A e incisos do Pacote Anticrime.

E por fim, conclui-se pela procedência da Ação Direta de Inconstitucionalidade de número 6.816, vez que amplamente demonstrada a inconstitucionalidade da expressão “em matéria de defesa”, que fere princípios como a paridade de armas e o princípio republicano.

8. REFERÊNCIAS BIBLIOGRÁFICAS

ASSUMPÇÃO, V. **Pacote Anticrime - comentários à Lei n. 13.964/2019**. São Paulo: Saraiva, 2020, p. 166.

BADARÓ, Gustavo. **Processo Penal**. Rio de Janeiro. Campus: Elsevier. 2012, p. 270

BARROS, Marco Antônio de. **A busca da verdade no processo penal**. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2010.

BRASIL. Constituição (1988). **Constituição da República Federativa do Brasil**. Brasília, DF: Senado Federal, 1988.

BRASIL. Decreto-Lei 2.848, de 07 de dezembro de 1940. **Código Penal**. Diário Oficial da União, Rio de Janeiro, 31 dez.

BRASIL. Decreto-Lei Nº 3.689, de 3 de outubro de 1941. **Código de Processo Penal**. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/decreto-lei/del3689.htm. Acessado em: 24 abr. 2023

CAPEZ, Fernando. **CURSO DE PROCESSO PENAL**. Disponível em: Minha Biblioteca, 28 ed. Editora Saraiva, 2021.

CAPEZ, Fernando. **Validade das provas contra o anestesista estuprador**. Consultor Jurídico, [S. l.], 28 jul. 2022. Disponível em: https://www.conjur.com.br/2022-jul-28/controversias-juridicas-validade-provas-antestesista-estuprador#_ftnref. Acesso em: 26 set. 2022. Acessado em: 16 mar. 2023.

COELHO, Luís Alberto Carlucci. **Aspectos da Lei de Interceptações Telefônicas**. Jus Navigandi, Teresina, ano 4, n. 42, jun. 2000. Disponível em: <http://jus2.uol.com.br/doutrina/texto.asp?id=196>. Acesso em: 08 abr. 2023.

COIMBRA, Cícero. **O crime de violação de recato sobreviveu ao novo art. 10-A da Lei n. 9.296/1996, trazido pelo “Pacote Anticrime”?** Disponível em:

<https://blog.grancursosonline.com.br/o-crime-de-violacao-de-recato-sobreviveu-ao-novo-art-10-a-da-lei-n-9-296-1996-trazido-pelo-pacote-anticrime/>. Acesso em 20 abr. 2023.

COSTA JUNIOR, Paulo José da. **O direito de estar só: tutela penal da intimidade**. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 1970.

FILHO, Vicente G. **Interceptação telefônica: considerações sobre a Lei n. 9.296/96**. Disponível em: Minha Biblioteca, (3rd edição). Editora Saraiva, 2015

GIUSTI, Gilberto; COSTA, Patrícia Barbi. **Interceptação e gravação de conversa telefônica como meio de prova**. Internet: Site Migalhas, 2003. Disponível em: <<https://www.migalhas.com.br/dePeso/16,MI1227,41046-Interceptacao+e+gravacao+de+conversa+telefonica+como+meio+de+prova>>. Acesso em: 23 nov 2022.

GLOBO, Fantástico. **Mãe de paciente de anestesista diz que filha relatou 'gosto muito ruim na boca' após voltar de cesariana**; GLOBO Play. 17 jul. 2022. Disponível em: <https://globoplay.globo.com/v/10766818/>. Acesso em: 10 mar. 2023.

GLOBO, Fantástico. **Julgamento de anestesista que estuprou mãe na sala de parto está marcado para 12 de dezembro**. Globo Play. 04 de dez. 2022. Disponível em: <https://globoplay.globo.com/v/11178018/>. Acessado em: 15 mar. 2023.

GRECO FILHO, Vicente. **Interceptação telefônica**. – 3. ed. ver. e atual. e ampl. – São Paulo: Saraiva, 2008.

GRINOVER, Ada Pellegrini; FERNANDES, Antonio Scarance; GOMES FILHO, Antonio Magalhães. **As nulidades no processo penal**. 8. ed. São Paulo: RT, 2004.

IBGE. **Instituto Brasileiro de Geografia e Estatística**. Projeção da população do Brasil e das Unidades da Federação. Rio de Janeiro, 2022. Disponível em: <https://www.ibge.gov.br/apps/populacao/projecao/index.html>.

LEITE, Manuella Suita Dutra. **DA INTERCEPTAÇÃO AMBIENTAL COMO MEDIDA LIMITADORA DO DIREITO À PRIVACIDADE: Uma análise a partir da regulamentação trazida pela Lei nº 13.964/2019**. Monografia de final de curso- Faculdade de Direito, Universidade Federal do Rio de Janeiro, Rio de Janeiro, 2020.

LIMA, Renato Brasileiro de. **Legislação Criminal Especial**. 4. ed. Salvador: Juspodivm, 2016.

LIMA, Renato Brasileiro de. **Manual de processo penal: volume único - 7. ed. rev., ampl. e atual.** - Salvador: Ed. JusPodivm, 2019.

MASSON, Cleber. **Direito Penal esquematizado: parte especial**, Rio de Janeiro: Forense; 2016, vol. 3, 6. Ed., arts.. 213 a 359-H.

PACELLI, Eugêncio. **Curso de Processo Penal**. 16ª Edição, São Paulo, 2011. Editora Atlas. P. 354/356.

REIS, Alexandre Cebrian Araújo; GONÇALVES, Victor Eduardo Rios. **Direito Processual Penal – Coleção Esquematizado**. Organizado por: Pedro Lenza. – 11 Ed. – São Paulo: SaraivaJur, 2022.

REIS, Alexandre Cebrian Araújo. **Direito Processual Penal Esquematizado**. 11ª edição. São Paulo: Saraiva, 2021.

SILVA, Edson Ferreira da. **Direito à intimidade**. São Paulo: Oliveira Mendes, 1998, p. 131.

UNIVERSA, Luiza Souto. **Bolsonaro tentou vetar: como gravar agressão pode ajudar vítimas de abusos**. Uol. 22 abr. 2021. Disponível em: <https://www.uol.com.br/universa/noticias/redacao/2021/04/22/pacote-anticrime-veto-video-vitima.htm>. Acessado em: 15 de mar. 2023.