



MINISTÉRIO PÚBLICO FEDERAL
PROCURADORIA-GERAL DA REPÚBLICA

AÇÃO DIRETA DE INCONSTITUCIONALIDADE 6.919/DF

RELATOR: MINISTRO NUNES MARQUES
REQUERENTE: ASSOCIAÇÃO NACIONAL DOS MEMBROS DO MINISTÉRIO PÚBLICO – CONAMP
ADVOGADOS: ARISTIDES JUNQUEIRA E OUTROS
INTERESSADO: PRESIDENTE DA REPÚBLICA
INTERESSADO: CONGRESSO NACIONAL
PARECER AJCONST/PGR Nº 54560/2022

AÇÃO DIRETA DE INCONSTITUCIONALIDADE. LEI 13.964/2019. ALTERAÇÃO NA LEGISLAÇÃO CRIMINAL. PACOTE ANTICRIME. VETOS PRESIDENCIAIS. REJEIÇÃO. CÓDIGO DE PROCESSO PENAL. ART. 3º-B, § 1º. AUDIÊNCIA DE CUSTÓDIA. VIDEOCONFERÊNCIA. VEDAÇÃO ABSOLUTA. PONDERAÇÃO. HIPÓTESES EXCEPCIONAIS E JUSTIFICADAS. DIREITO DE PRESENÇA. 24 HORAS. AUTONOMIA ADMINISTRATIVA. EFETIVIDADE NORMATIVA. *SUBSTANTIVE DUE PROCESS OF LAW*. LEI 9.296/1996. ART. 8º-A, § 2º. CAPTAÇÃO AMBIENTAL. INSTALAÇÃO. “CASA”. AMPLITUDE CONCEITUAL. CASO CONCRETO. ATIVIDADE HERMENÊUTICA. DECLARAÇÃO DE NULIDADE PARCIAL, SEM REDUÇÃO DE TEXTO. CAPTAÇÃO AMBIENTAL POR UM DOS INTERLOCUTORES. ART. 8º-A, § 4º. MEIO ESPECIAL DE OBTENÇÃO DE PROVA. UTILIZAÇÃO. EXCLUSIVIDADE. DEFESA. JURISPRUDÊNCIA DO SUPREMO TRIBUNAL FEDERAL. COMUNHÃO PROBATÓRIA.



**MINISTÉRIO PÚBLICO FEDERAL
PROCURADORIA-GERAL DA REPÚBLICA**

**MINISTÉRIO PÚBLICO BRASILEIRO. PARIDADE
DE ARMAS. INCONSTITUCIONALIDADE.**

1. A presença em audiência de custódia é garantia erigida à categoria de direito humano fundamental da pessoa presa, nos termos do Pacto Internacional sobre Direitos Civis e Políticos, da Convenção Americana sobre Direitos Humanos e do Código de Processo Penal (após mudanças operadas pela Lei 13.964/2019).

2. É constitucional a realização de audiências de custódia por videoconferência, diante de situações excepcionais e justificadas, regulamentadas e supervisionadas pelos respectivos órgãos de controle interno e externo, em atenção à autonomia administrativa e financeira do Poder Judiciário e do Ministério Público (CF, arts. 99 e 113 do ADCT).

3. A vedação absoluta de soluções tecnológicas é incompatível com a evolução inerente à prestação jurisdicional célere e eficaz, garantia constitucional estampada no art. 5º, LXXVIII, da Constituição.

4. A Lei 9.296/1996 traz instrumentos essenciais à elucidação de crimes graves, punidos com reclusão, e promove interesse público na persecução penal justa.

5. A amplitude conceitual de “casa”, para fins de inviolabilidade de domicílio (CF, art. 5º, XI), não há de inviabilizar a obtenção de provas em contextos nos quais a vigilância eletrônica seja o único meio disponível e eficaz para apurar infrações penais cujas penas máximas sejam superiores a 4 anos ou em infrações penais conexas (Lei 9.296/1996, art. 8º-A).



**MINISTÉRIO PÚBLICO FEDERAL
PROCURADORIA-GERAL DA REPÚBLICA**

6. É inconstitucional a vedação apriorística, mesmo diante de autorização judicial, da entrada de agentes públicos em recintos designados por “casa” para instalação noturna de aparato destinado à captação ambiental.

7. A regulamentação jurídico-positiva não esgota as possibilidades fáticas, incumbindo ao julgador verificar o alcance normativo no caso concreto, a partir da moldura legislativa, e proceder à conformação exegética, em atenção ao art. 5º, LIV, da Constituição Federal.

8. É inconstitucional interpretação que imunize “*qualquer compartimento habitado*” de vigilância eletrônica que seja o único recurso eficaz para apurar crime grave, cabendo ao magistrado proceder à fundamentação que ampare a utilização de meio especial de produção de prova.

9. Há de se proceder à declaração de nulidade parcial, sem redução de texto, do art. 8º-A, § 2º, da Lei 9.296/1996, a fim de excluir interpretação que impossibilite excepcional e fundamentada instalação de dispositivos para captação ambiental “na casa”, ante a inexistência de direito fundamental absoluto.

10. É inconstitucional restringir a utilização da prova obtida mediante gravação ambiental apenas “*em matéria de defesa*”, em atenção ao devido processo legal, à vedação de proteção insuficiente, à boa-fé e à lealdade processuais, e à paridade de armas.

11. É uníssona a jurisprudência do Supremo Tribunal Federal no sentido de admitir a captação ambiental realizada por um dos interlocutores sem o conhecimento do outro quando da apuração de



MINISTÉRIO PÚBLICO FEDERAL
PROCURADORIA-GERAL DA REPÚBLICA

crimes punidos com reclusão. Tese firmada no RE 583.937 QO-RG. Precedentes.

— Parecer pelo conhecimento da ação direta e, no mérito, pela procedência do pedido, para (i) declarar a constitucionalidade da parte final do art. 3º-B, § 1º, do CPP, que estabelece a vedação absoluta à utilização de videoconferência em audiências de custódia; (ii) quanto ao art. 8º-A, § 2º, da Lei 9.296/1996, declarar a nulidade parcial sem redução de texto, com a exclusão da interpretação que impossibilite o juiz determinar, fundamentada e excepcionalmente, a instalação noturna de dispositivos de captação ambiental “na casa”; (iii) declarar a constitucionalidade da expressão “*em matéria de defesa*” constante do art. 8º-A, § 4º, da Lei 9.296/1996.

Excelentíssimo Senhor Ministro Nunes Marques,

Trata-se de ação direta de constitucionalidade, com pedido de medida cautelar, tendo por objeto o § 1º do art. 3º-B do Código de Processo Penal e os §§ 2º e 4º do art. 8º-A da Lei 9.296/1996, inseridos pela Lei 13.964/2019 (“Pacote Anticrime”), por alegada ofensa à razoável duração do processo (CF, art. 5º, LXXVIII); às diretrizes internacionais provenientes da Comissão Interamericana de Direitos Humanos, do Comitê de Ministros do Conselho da Europa, do Conselho Nacional de Justiça – CNJ e do Conselho



MINISTÉRIO PÚBLICO FEDERAL
PROCURADORIA-GERAL DA REPÚBLICA

Nacional do Ministério Público – CNMP; à autonomia orçamentária e administrativa do Poder Judiciário e do Ministério Público (CF, arts. 99 e 127, §§ 2º e 3º, c/c 113 do ADCT); e à proporcionalidade em sentido estrito e sob a perspectiva de vedação à proteção deficiente (CF, art. 5º, LIV).

Eis o teor dos dispositivos impugnados:

Código de Processo Penal:

Art. 3º-B. (...)

§ 1º O preso em flagrante ou por força de mandado de prisão provisória será encaminhado à presença do juiz de garantias no prazo de 24 (vinte e quatro) horas, momento em que se realizará audiência com a presença do Ministério Público e da Defensoria Pública ou de advogado constituído, vedado o emprego de videoconferência. – Grifos nossos.

Lei 9.296/1996:

Art. 8º-A. (...)

*§ 2º A instalação do dispositivo de captação ambiental poderá ser realizada, quando necessária, por meio de operação policial disfarçada ou no período noturno, **exceto na casa**, nos termos do inciso XI do caput do art. 5º da Constituição Federal. (...)*

*§ 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. – Grifos nossos.*



MINISTÉRIO PÚBLICO FEDERAL
PROCURADORIA-GERAL DA REPÚBLICA

Inicialmente, a requerente questiona a vedação de audiências de custódia por videoconferência, corolário da rejeição ao voto presidencial ao art. 3º-B, § 1º, do Código de Processo Penal.

Afirma que a impossibilidade de utilização do recurso tecnológico pelo juízo de garantia ofende a razoável duração do processo (CF, art. 5º, LXXVIII) e desconsidera a expansão paulatina de soluções virtuais incluídas desde a Lei 11.900/2009, que alterou o Código de Processo Penal.¹

Cita a autorização legal para utilização de videoconferência em interrogatório de pessoa presa, prevista no art. 185, § 2º, do CPP, em situações excepcionais e justificáveis, cuja constitucionalidade fora reconhecida pelo Supremo Tribunal Federal no HC 149.083.

Sustenta que a possibilidade de utilização da videoconferência em audiências de custódia atende à urgência da situação processual e promove a prestação jurisdicional efetiva.

1 Pontua que, no Código de Processo Penal, é possível a utilização de videoconferência para: acareações, reconhecimentos, inquirições de testemunhas, tomada de declarações do ofendido (CPP, art. 185, § 8º); situações em que a presença do réu possa prejudicar a verdade do depoimento (CPP, art. 217); oitiva de testemunha fora da comarca do juízo (CPP, art. 222, § 3º); coleta das declarações de pessoa enferma incapaz de comparecer em juízo (CPP, § 2º, II).



**MINISTÉRIO PÚBLICO FEDERAL
PROCURADORIA-GERAL DA REPÚBLICA**

Registra o reconhecimento da possibilidade de utilização da videoconferência pela Comissão Interamericana de Direitos Humanos e pelo Comitê de Ministros do Conselho da Europa.

Pontua que tanto o CNJ quanto o CNMP adotam postura restritiva quanto à admissão de videoconferência em audiências de custódia, com regulamentação e controle da regularidade dos atos processuais.

Nesse contexto, narra que a imposição de presença física e de deslocamento de membros do Judiciário e do Ministério Público, no contexto de déficit de recursos humanos e acúmulo de competências/atribuições, compromete a autonomia administrativa e orçamentária do Ministério Público e do Poder Judiciário.

Assevera não buscar o reconhecimento da videoconferência como regra em audiências de custódia, mas a declaração de inconstitucionalidade do engessamento da gestão administrativa e financeira que incidirá sobre o Poder Judiciário e o Ministério Público, em descompasso com os arts. 99 e 127, §§ 2º e 3º, da Constituição Federal.

Aduz violação da proporcionalidade diante dos efeitos práticos da proibição absoluta de audiências de custódia por videoconferência, pois a utilização do meio tecnológico viabiliza o respeito ao prazo de 24h, em



MINISTÉRIO PÚBLICO FEDERAL
PROCURADORIA-GERAL DA REPÚBLICA

situações excepcionais e justificadas, quando presente uma das hipóteses do art. 185, § 2º, do Código de Processo Penal.

A respeito das alterações ocorridas na Lei 9.296/1996, insurge-se contra (i) a vedação de ingresso da autoridade policial para instalar captação ambiental em locais reconhecidos como “casa” durante o período noturno (art. 8º-A, § 2º); (ii) a validação da captação ambiental quando precedida de conhecimento da autoridade policial ou do Ministério Público, em detrimento da reserva de jurisdição (art. 8º-A, § 4º); e (iii) a admissão da captação ambiental no processo penal apenas “*em matéria de defesa*” (art. 8º-A, § 4º).

Alega que o Supremo Tribunal Federal possui interpretação ampla do que possa ser considerado “casa” para fins de inviolabilidade de domicílio, o que pode esvaziar a própria autorização legal para que haja captação ambiental.

Afirma ofensa ao princípio da paridade de armas. Argumenta que o tratamento anti-isonômico entre defesa e acusação enseja violação do princípio do contraditório no processo penal (CF, art. 5º, LV), além de proteger insuficientemente pessoas em situação de vulnerabilidade.

Cautelarmente, requer a suspensão imediata da eficácia dos dispositivos questionados. No mérito, busca a declaração de



MINISTÉRIO PÚBLICO FEDERAL
PROCURADORIA-GERAL DA REPÚBLICA

inconstitucionalidade do art. 3º-B, § 1º, do Código de Processo Penal, e dos §§ 2º e 4º do art. 8º-B da Lei 9.296/1996, ou a proclamação da nulidade com redução do texto. Subsidiariamente, requer seja conferida interpretação conforme à Constituição das normas impugnadas.

Os autos foram distribuídos por prevenção à ADI 6.841,² proposta pela Associação dos Magistrados do Brasil – AMB, contra o art. 3º-B, § 1º, do CPP, inserido pela Lei 13.964/2019.³

Adotou-se o rito previsto no art. 12 da Lei 9.868/1999 (peça 8).

A respeito da vedação absoluta à audiência de custódia por videoconferência, a Presidência da República (peças 12 e 13) colacionou as razões de veto inseridas na Mensagem de Veto 726/2019, encaminhada ao Congresso Nacional, nos seguintes termos:

-
- 2 As ADIs 6.298, 6.299, 6.300 e 6.305/DF, não obstante questionarem alterações promovidas pela Lei 13.964/2019 no ordenamento jurídico brasileiro, não tratam da vedação absoluta da realização de videoconferência em audiência de custódia (CPP, art. 3º-B, § 1º), tampouco da proibição de instalação de aparato para captação ambiental em recinto designado como “casa” (Lei 9.296/1996, art. 8º-A, § 2º) ou possibilidade de utilização do material obtido em captação ambiental apenas “em matéria de defesa” (Lei 9.296/1996, art. 8º-A, § 4º).
 - 3 O Ministro Relator Nunes Marques, em 27.6.2021, cautelarmente, suspendeu a eficácia da expressão “*vedado o emprego de videoconferência*”, constante do § 1º do art. 3º-B do CPP, para permitir a utilização do recurso tecnológico enquanto perdurar a epidemia de Covid-19. Por ocasião da Sessão Virtual de 30.6 a 1º.7.2021, a ADI 6.841 foi destacada pelo Ministro Gilmar Mendes.



MINISTÉRIO PÚBLICO FEDERAL PROCURADORIA-GERAL DA REPÚBLICA

A propositura legislativa, ao suprimir a possibilidade da realização da audiência por videoconferência, gera insegurança jurídica ao ser incongruente com outros dispositivos do mesmo código, a exemplo do art. 185 e 222 do Código de Processo Penal, os quais permitem a adoção do sistema de videoconferência em atos processuais de procedimentos e ações penais, além de dificultar a celeridade dos atos processuais e do regular funcionamento da justiça, em ofensa à garantia da razoável duração do processo, nos termos da jurisprudência do Superior Tribunal de Justiça (RHC 77580/RN, Quinta Turma, Rel. Min. Reynaldo Soares da Fonseca, DJe de 10/02/2017). Ademais, o dispositivo pode acarretar em aumento de despesa, notadamente nos casos de juiz em vara única, com apenas um magistrado, seja pela necessidade de pagamento de diárias e passagens a outros magistrados para a realização de uma única audiência, seja pela necessidade premente de realização de concurso para a contratação de novos magistrados, violando as regras do art. 113 do ADCT, bem como dos arts. 16 e 17 LRF e ainda do art. 114 da Lei de Diretrizes Orçamentárias para 2019 (Lei nº 13.707, de 2018). – Grifos nossos.

O Senado Federal sustentou a constitucionalidade formal e material da norma impugnada, o respeito ao devido processo legislativo e a razoabilidade das rejeições ao veto presidencial (peça 19).

A Advocacia-Geral da União manifestou-se a procedência dos pedidos (peça 21).

A Câmara dos Deputados afirmou a lisura do processo legislativo e o transcurso de tempo suficiente para que houvesse adequação orçamentária.



MINISTÉRIO PÚBLICO FEDERAL
PROCURADORIA-GERAL DA REPÚBLICA

É o relatório.

O projeto de lei que deu origem à Lei 13.964/2019, denominada “Pacote Anticrime”, foi parcialmente sancionado pelo Presidente da República em 24.12.2019.

Entre os dispositivos vetados, constaram trechos dos arts. 3º e 7º da Lei 13.964/2019, que incluíam o § 1º no novel art. 3º-B do Código de Processo Penal, e os §§ 2º e 4º no art. 8º-A da Lei 9.296/1996, respectivamente.

Ao tempo em que invocou razões de interesse público, quanto à vedação absoluta de videoconferências em audiências de custódia, apontou inconstitucionalidades relacionadas à segurança jurídica, à razoável duração do processo e ao aumento de despesas incompatível com o art. 113 do ADCT.

No atinente aos §§ 2º e 4º do art. 8º-A da Lei 9.296/1996, na Mensagem de Veto 56/2019, pontuou, respectivamente:

*A propositura legislativa, gera **insegurança jurídica**, haja vista que, ao mesmo tempo em que admite a instalação de dispositivo de captação ambiental, **esvazia** o dispositivo ao retirar do seu alcance a "casa", nos termos do inciso XI do art. 5º da Lei Maior. Segundo a doutrina e a jurisprudência do Supremo Tribunal Federal, o conceito de "casa" deve ser entendido como qualquer compartimento habitado, até mesmo um aposento que não seja aberto ao público, utilizado para moradia, profissão ou atividades, nos termos do art.*



MINISTÉRIO PÚBLICO FEDERAL
PROCURADORIA-GERAL DA REPÚBLICA

150, § 4º, do Código Penal (v. g. HC 82788, Relator: Min. Celso de Mello, Segunda Turma, julgado em 12.4.2005). – Grifos nossos.

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 Pùblico, quando demonstrada a integridade da gravação (v. g. Inq-QO 2116, Relator: Min. Marco Aurélio, Relator p/ Acórdão: Min. Ayres Britto, publicado em 29.2.2012, Tribunal Pleno). – Grifos nossos.

O art. 3º-B, § 1º, do Código de Processo Penal é tema da ADI 6.841/DF, de autoria da Associação dos Magistrados do Brasil – AMB. Já o § 4º do art. 8º-A da Lei 9.296/1996 é objeto da ADI 6.816/DF, proposta pelo partido político Rede Sustentabilidade.

Esta ação direta, por sua vez, é mais ampla. Engloba os objetos das ADIs 6.841/DF e 6.816/DF e acrescenta questionamento ao § 2º do art. 8º-B da Lei 9.296/1996.



**MINISTÉRIO PÚBLICO FEDERAL
PROCURADORIA-GERAL DA REPÚBLICA**

Verificada a identidade parcial de objetos, passa-se à análise da compatibilidade do art. 3º-B, § 1º, do CPP, e dos §§ 2º e 4º do art. 8º-A da Lei 9.296/1996, com a Constituição Federal.

**1. VIDEOCONFERÊNCIA E AUDIÊNCIA DE CUSTÓDIA:
INCONSTITUCIONALIDADE DA VEDAÇÃO ABSOLUTA
(CPP, ART. 3º-B, § 1º)**

A primeira insurgência da requerente refere-se à impossibilidade de utilização de videoconferência em audiências de custódia.

A eficácia da proibição está suspensa em razão de medida cautelar concedida pelo Ministro Nunes Marques na ADI 6.821/DF, em 27.6.2021, pendente de referendo pelo Plenário.

Diante do contexto epidêmico, o Ministro Relator pontuou a essencialidade das soluções tecnológicas para realização de atos processuais, especialmente aqueles relacionados a direitos da pessoa presa.

Ocorre que, mesmo antes das medidas sanitárias de distanciamento social, a utilização de videoconferência foi incorporada ao Código de Processo Penal – CPP.



MINISTÉRIO PÚBLICO FEDERAL
PROCURADORIA-GERAL DA REPÚBLICA

A Lei 11.690/2008 previu a possibilidade de o juiz, ao verificar que a presença do réu pudesse causar humilhação, temor ou sério constrangimento, de modo a prejudicar a verdade do depoimento, empregar a videoconferência como alternativa à retirada do réu da sala de audiência.

No ano seguinte, a Lei 11.900/2009 possibilitou a utilização de videoconferência para realização de interrogatório de réu preso (art. 185, § 1º) e a oitiva de testemunhas fora da jurisdição (art. 222, § 3º).

Em atenção às novidades legislativas, o Conselho Nacional de Justiça – CNJ editou a Resolução 105/2010 dispondo *“sobre a documentação dos depoimentos por meio do sistema audiovisual e realização de interrogatório e inquirição de testemunhas por videoconferência”*, alterada pelas Resoluções 222/2016 e 326/2020.

Outrossim, o Código de Processo Civil de 2015 prevê a utilização da videoconferência na prática de atos processuais, nos arts. 236, § 3º (comunicação de atos processuais); 385, § 3º (depoimento pessoal); 453, § 1º (oitiva de testemunha); 461, § 2º (acareação); e 937, § 4º (sustentação oral).

Durante 2015, a sistemática da porta de entrada dos indivíduos no sistema prisional brasileiro foi analisada e objeto de tratativas institucionais com vistas à mitigação da *“cultura do encarceramento”* no país. À época,



MINISTÉRIO PÚBLICO FEDERAL
PROCURADORIA-GERAL DA REPÚBLICA

apurou-se que a população carcerária era composta de 41% de presos provisórios, encarcerados sem culpa formada, sem condenação definitiva.⁴

O fundamento inicial para a implementação das audiências de custódia foi a constatação de que, desde 1992, integram o ordenamento jurídico brasileiro a Convenção Americana Sobre Direitos Humanos (art. 7º, item 5) e o Pacto Internacional sobre Direitos Civis e Políticos (art. 9º, item 3), que determinam que o preso deverá ser conduzido *“sem demora”* à presença de autoridade judicial.

De início, o Conselho Nacional de Justiça, o Ministério da Justiça e o Instituto do Direito de Defesa – IDD assinaram o Termo de Cooperação Técnica 007/2015 a fim de conjugar esforços de atores do sistema de justiça criminal brasileiro para implantação da audiência de custódia no país.

Por meio de termos de cooperação celebrados entre CNJ e tribunais do país deu-se início à implementação das audiências de apresentação como política pública prioritária, a fim de quebrar a cultura de *“culto à prisão”* e o

4 O Ministro Ricardo Lewandowski, à época Presidente do Conselho Nacional de Justiça, detalha as etapas administrativas e os esforços envidados para a nacionalização da audiência de custódia em *“Audiências de Custódia do Conselho Nacional de Justiça – Da política à prática”*, disponível em: <https://www.conjur.com.br/2015-nov-11/lewandowski-audiencias-custodia-cnj-politica-pratica>. Acesso em 21.1.2022.



MINISTÉRIO PÚBLICO FEDERAL
PROCURADORIA-GERAL DA REPÚBLICA

“ciclo pernicioso de construção e demais presídios e do aumento da população carcerária”.

Em fevereiro de 2015, projeto piloto do Tribunal de Justiça do Estado de São Paulo – TJSP disciplinou as audiências de apresentação por intermédio do Provimento Conjunto 3/2015, questionado nos autos da ADI 5.240/SP pela Associação dos Delegados de Polícia – ADEPOL.

Convém transcrever a ementa do acórdão em que o Plenário do Supremo Tribunal Federal reconheceu a constitucionalidade de disposições normativas voltadas à realização das audiências de custódia:

*AÇÃO DIRETA DE INCONSTITUCIONALIDADE.
PROVIMENTO CONJUNTO 03/2015 DO TRIBUNAL DE
JUSTIÇA DE SÃO PAULO. AUDIÊNCIA DE CUSTÓDIA.*

- 1. A Convenção Americana sobre Direitos do Homem, que dispõe, em seu artigo 7º, item 5, que “toda pessoa presa, detida ou retida deve ser conduzida, sem demora, à presença de um juiz”, posto ostentar o status jurídico supralegal que os tratados internacionais sobre direitos humanos têm no ordenamento jurídico brasileiro, legitima a denominada “audiência de custódia”, cuja denominação sugere-se “audiência de apresentação”.*
- 2. O direito convencional de apresentação do preso ao Juiz, conseqüentemente, deflagra o procedimento legal de habeas corpus, no qual o Juiz apreciará a legalidade da prisão, à vista do preso que lhe é apresentado, procedimento esse instituído pelo Código de Processo Penal, nos seus artigos 647 e seguintes.*



MINISTÉRIO PÚBLICO FEDERAL PROCURADORIA-GERAL DA REPÚBLICA

3. O habeas corpus ad subjiciendum, *em sua origem remota, consistia na determinação do juiz de apresentação do preso para aferição da legalidade da sua prisão, o que ainda se faz presente na legislação processual penal (artigo 656 do CPP).*
4. O ato normativo sob o crivo da fiscalização abstrata de constitucionalidade contempla, em seus artigos 1º, 3º, 5º, 6º e 7º normas estritamente regulamentadoras do procedimento legal de habeas corpus instaurado perante o Juiz de primeira instância, em nada exorbitando ou contrariando a lei processual vigente, restando, assim, inexistência de conflito com a lei, o que torna inadmissível o ajuizamento de ação direta de constitucionalidade para a sua impugnação, porquanto o status do CPP não gera violação constitucional, posto legislação infraconstitucional.
5. As disposições administrativas do ato impugnado (artigos 2º, 4º 8º, 9º, 10 e 11), sobre a organização do funcionamento das unidades jurisdicionais do Tribunal de Justiça, situam-se dentro dos limites da sua autogestão (artigo 96, inciso I, alínea a, da CRFB). Fundada diretamente na Constituição Federal, admitindo ad argumentandum impugnação pela via da ação direta de constitucionalidade, mercê de materialmente inviável a demanda.
6. In casu, a parte do ato impugnado que versa sobre as rotinas cartorárias e providências administrativas ligadas à audiência de custódia em nada ofende a reserva de lei ou norma constitucional.
7. Os artigos 5º, inciso II, e 22, inciso I, da Constituição Federal não foram violados, na medida em que há legislação federal em sentido estrito legitimando a audiência de apresentação.
8. A Convenção Americana sobre Direitos do Homem e o Código de Processo Penal, posto ostentarem eficácia geral e erga omnes, atingem a esfera de atuação dos Delegados de Polícia, conjurando a alegação de violação da cláusula pétreia de separação de poderes.
9. A Associação Nacional dos Delegados de Polícia – ADEPOL, entidade de classe de âmbito nacional, que congrega a totalidade da categoria dos Delegados de Polícia (civis e federais), tem legitimidade



MINISTÉRIO PÚBLICO FEDERAL PROCURADORIA-GERAL DA REPÚBLICA

para propor ação direta de inconstitucionalidade (artigo 103, inciso IX, da CRFB). Precedentes.

10. *A pertinência temática entre os objetivos da associação autora e o objeto da ação direta de inconstitucionalidade é inequívoca, uma vez que a realização das audiências de custódia repercute na atividade dos Delegados de Polícia, encarregados da apresentação do preso em Juízo.*

11. *Ação direta PARCIALMENTE CONHECIDA e, nessa parte, JULGADA IMPROCEDENTE, indicando a adoção da referida prática da audiência de apresentação por todos os tribunais do país.*

(ADI 5.240, Rel. Min. Luiz Fux, DJe de 1º.2.2016)

No mesmo ano, o Supremo Tribunal Federal debruçou-se sobre o cenário carcerário nacional.

Ao julgar Medida Cautelar na ADPF 347, o STF reconheceu o “Estado de Coisas Inconstitucional” do sistema penitenciário brasileiro. Nesse contexto, conferiu eficácia normativa ao Pacto de Direitos Civis e Políticos (art. 9º, item 3, e art. 14, itens 1 e 3) e à Convenção Americana sobre Direito Humanos (art. 7º, item 5, e art. 8º, item 5):

CUSTODIADO – INTEGRIDADE FÍSICA E MORAL – SISTEMA PENITENCIÁRIO – ARGUIÇÃO DE DESCUMPRIMENTO DE PRECEITO FUNDAMENTAL – ADEQUAÇÃO. Cabível é a arguição de descumprimento de preceito fundamental considerada a situação degradante das penitenciárias no Brasil. SISTEMA PENITENCIÁRIO NACIONAL – SUPERLOTAÇÃO CARCERÁRIA – CONDIÇÕES DESUMANAS DE CUSTÓDIA – VIOLAÇÃO MASSIVA DE



MINISTÉRIO PÚBLICO FEDERAL
PROCURADORIA-GERAL DA REPÚBLICA

DIREITOS FUNDAMENTAIS – FALHAS ESTRUTURAIS – ESTADO DE COISAS INCONSTITUCIONAL – CONFIGURAÇÃO. Presente quadro de violação massiva e persistente de direitos fundamentais, decorrente de falhas estruturais e falência de políticas públicas e cuja modificação depende de medidas abrangentes de natureza normativa, administrativa e orçamentária, deve o sistema penitenciário nacional ser caracterizado como “estado de coisas inconstitucional”. *FUNDO PENITENCIÁRIO NACIONAL – VERBAS – CONTINGENCIAMENTO.* Ante a situação precária das penitenciárias, o interesse público direciona à liberação das verbas do Fundo Penitenciário Nacional. *AUDIÊNCIA DE CUSTÓDIA – OBSERVÂNCIA OBRIGATÓRIA.* Estão obrigados juízes e tribunais, observados os artigos 9.3 do Pacto dos Direitos Civis e Políticos e 7.5 da Convenção Interamericana de Direitos Humanos, a realizarem, em até noventa dias, audiências de custódia, viabilizando o comparecimento do preso perante a autoridade judiciária no prazo máximo de 24 horas, contado do momento da prisão.

(ADPF 347 MC, Rel. Min. Marco Aurélio, DJe de 19.2.2016.)

Em atenção aos posicionamentos da Corte Suprema, o Conselho Nacional de Justiça – CNJ editou a Resolução 213/2015, dispendo sobre “a apresentação de toda pessoa presa à autoridade judicial no prazo de 24 horas”, em 15.12.2015.

A Resolução CNJ sobre audiência de apresentação foi alterada pelas Resoluções 417/2021,⁵ 414/2021,⁶ 268/2018⁷ e 254/2018⁸, sem que fosse mitigada a necessidade de realização da audiência de custódia “sem demora”.

5 “Institui e regulamenta o Banco Nacional de Medidas Penais e Prisões (BNMP 3.0) e dá outras providências.”



MINISTÉRIO PÚBLICO FEDERAL
PROCURADORIA-GERAL DA REPÚBLICA

A Lei 13.964/2019 incluiu a audiência de custódia no texto do art. 310 do Código de Processo Penal, ao tratar da prisão em flagrante.

O art. 3º-B, § 1º, e o art. 287 do CPP preveem a prisão “*por força de mandado de prisão provisória*” como hipótese de encaminhamento à presença do juiz de garantias no prazo de 24 horas.

Além das previsões no Código de Processo Penal, o Ministro Edson Fachin reconheceu a extensão das audiências de custódia para todas as modalidades de prisão nos autos da Rcl 29.303:

(...) a questão discutida na presente reclamação consiste na definição de relevante tema sobre a extensão da obrigatoriedade de audiência de custódia em relação as demais modalidades de prisão, além da decorrente de situação de flagrância. Com efeito, a indefinição dessa questão na presente causa, a meu ver, com as mais respeitosas vênias, acarreta o prolongamento da não realização de audiência de apresentação em extensão não limitada pelas normas internacionais às quais o Estado brasileiro aderiu e, principalmente, em descumprimento de recente

-
- 6 “Estabelece diretrizes e quesitos periciais para a realização dos exames de corpo de delito nos casos em que haja indícios de prática de tortura e outros tratamentos cruéis, desumanos ou degradantes, conforme os parâmetros do Protocolo de Istambul, e dá outras providências.”
 - 7 “Dá nova redação ao § 2º do art. 1º da Resolução CNJ nº 213, de 15 de dezembro de 2015, que dispõe sobre a apresentação de toda pessoa presa à autoridade judicial no prazo de 24 horas.”
 - 8 “Institui a Política Judiciária Nacional de enfrentamento à violência contra as Mulheres pelo Poder Judiciário e dá outras providências.”



MINISTÉRIO PÚBLICO FEDERAL PROCURADORIA-GERAL DA REPÚBLICA

determinação contida na legislação processual penal brasileira, com potencial de acarretar grave e irreversível inobservância de direitos e garantias fundamentais. (...) No caso, desde o ajuizamento da presente reclamação, as circunstâncias fáticas e jurídicas foram consideravelmente alteradas, justificando-se a reanálise do caso e, principalmente, a adoção de medida cautelar para resguardar direitos fundamentais da pessoa sujeita à restrição total de sua liberdade. (...) No caso em análise, assim como no precedente mencionado, verifico que a temática acerca da audiência de custódia sofreu notória modificação fática e legislativa desde o julgamento proferido na ADPF 347-MC, tal como a regulamentação do tema pelo Conselho Nacional de Justiça (Resolução nº 213 de 15/12/2015) e, principalmente, o recente tratamento legal da matéria na legislação processual penal (Lei 13.964/2019 de 24/12/2019). Cabe destacar, nesse sentido, que o legislador brasileiro, finalmente, por meio da Lei 13.964/2019, conhecida como "Pacote Anticrime", positivou a obrigatoriedade da audiência de apresentação no plano legal, assim como estabeleceu o procedimento a ser adotado e as sanções decorrentes da não realização do ato processual (art. 310, caput e §§ 3º e 4º do CPP). A nova legislação, além de estabelecer a obrigatoriedade da realização da audiência de custódia nos casos decorrentes de prisão em flagrante, também incluiu no Título IX do Código de Processo Penal, que dispõe sobre medidas cautelares, a necessidade de apresentação do preso ao magistrado, na hipótese em que a custódia cautelar decorrer do cumprimento de mandado de prisão. Confira-se, por oportuno, o disposto no art. 287 do Código de Processo Penal: "Art. 287. Se a infração for inafiançável, a falta de exibição do mandado não obstará a prisão, e o preso, em tal caso, será imediatamente apresentado ao juiz que tiver expedido o mandado, para a realização de audiência de custódia" (grifei). Nessa perspectiva, tem-se, agora, por força de lei, a obrigatoriedade da realização de audiência de apresentação, também nas prisões decorrentes de cumprimento de mandado expedido pela autoridade judiciária. Destaca-se, nessa linha, a lição de Renato Brasileiro de



MINISTÉRIO PÚBLICO FEDERAL
PROCURADORIA-GERAL DA REPÚBLICA

Lima (Manual de Processo Penal: Volume Único, 8^a ed. Salvador: Editora JusPodivm, 2020, p. 1.018): "Com a nova redação do art. 310, caput, do CPP, fica a impressão, à primeira vista, que o legislador teria deliberado por restringir a sua realização apenas aos casos de anterior prisão em flagrante. A uma porque o art. 310 do CPP, dispositivo legal que passou a cuidar da audiência de custódia com o advento do Pacote Anticrime, está inserido no capítulo que versa sobre a 'prisão em flagrante'. A duas porque o caput do art. 310 do CPP, com redação dada pela Lei n. 13.964/19, é categórico ao afirmar que o juiz deverá promover audiência de custódia após receber o auto de prisão em flagrante, no prazo máximo de até 24 (vinte e quatro) horas após a realização da prisão. Todavia, não se pode perder de vista o quanto disposto na parte final do art. 287 do CPP, também com redação determinada pela Lei n. 13.964/19, segundo o qual se a infração for inafiançável – ou afiançável, segundo a doutrina –, a falta de exibição do mandado não obstará a prisão, e o preso, em tal caso, será imediatamente apresentado ao juiz que tiver expedido o mandado, para a realização de audiência de custódia. Ou seja, enquanto o art. 310 versa sobre a audiência de custódia do preso em flagrante, o art. 287 a prevê nos casos de prisão decorrente de mandado referente à infração penal, ou seja, quando se tratar de prisão temporária ou preventiva." (Grifei) Não há, nesse contexto, dúvidas da imprescindibilidade da audiência de custódia, quer em razão de prisão em flagrante (como determinado expressamente no julgamento da ADPF 347), quer também nas demais modalidades de prisão por conta de previsão expressa na legislação processual penal (art. 287 do CPP). Tal implementação legislativa vem ao encontro do cerne da manifestação do Plenário na ADPF 347, que reside na sistemática e persistente implementação de garantias e direitos essenciais da população carcerária. Essa realidade da audiência de custódia, como se vê, não se cinge à ambiência das pessoas presas em razão de flagrância, alcançando, como agora



MINISTÉRIO PÚBLICO FEDERAL PROCURADORIA-GERAL DA REPÚBLICA

*disposto no Código de Processo Penal, também os presos em decorrência de mandados de prisão temporária e preventiva. Aliás, as próprias normas internacionais que asseguram a realização de audiência de apresentação, a propósito, não fazem distinção a partir da modalidade prisional, considerando o que dispõem a Convenção Americana sobre Direitos Humanos (Artigo 7.5) e o Pacto Internacional sobre Direitos Civis e Políticos (Artigo 9.3). Tais normas se agasalham na cláusula de abertura do § 2º do art. 5º da Constituição Federal. (...) Outra, a propósito, não foi a conclusão do Conselho Nacional de Justiça que, considerando o julgamento do Supremo Tribunal Federal na ADPF 347-MC, editou a Resolução nº 213/2015, estabelecendo a necessidade de audiência de apresentação também às pessoas presas em decorrência de mandados de prisão cautelar ou definitiva: "Art. 13. A apresentação à autoridade judicial no prazo de 24 horas também será assegurada às pessoas presas em decorrência de cumprimento de mandados de prisão cautelar ou definitiva, aplicando-se, no que couber, os procedimentos previstos nesta Resolução. Parágrafo único. Todos os mandados de prisão deverão conter, expressamente, a determinação para que, no momento de seu cumprimento, a pessoa presa seja imediatamente apresentada à autoridade judicial que determinou a expedição da ordem de custódia ou, nos casos em que forem cumpridos fora da jurisdição do juiz processante, à autoridade judicial competente, conforme lei de organização judiciária local." Cabe destacar, que eminentes Ministros do Supremo Tribunal Federal, **mais recentemente, tem garantido o direito de realização da audiência de custódia também em situação de prisão decorrente de cumprimento de mandado de prisão preventiva** (Rcl 34835/RJ, Rel. Min. Ricardo Lewandowski, julgado em 22/05/2019; Rcl 35148/CE, Rel. Min. Alexandre de Moraes, julgado em 11.06.2019), cabendo destacar o seguinte trecho de decisão proferida pelo Ministro Luís Roberto Barroso, ao deferir medida liminar, em ação reclamatória de sua relatoria: "7. A realização de audiência de custódia constitui direito subjetivo do preso e*



MINISTÉRIO PÚBLICO FEDERAL
PROCURADORIA-GERAL DA REPÚBLICA

tem como objetivo verificar a sua condição física, de modo a coibir eventual violência praticada contra ele. Além disso, o escopo da medida é igualmente verificar a legalidade da prisão e a necessidade de sua manutenção. 8. No presente caso, e do que se colhe dos autos, a audiência de custódia do reclamante não foi realizada, tendo em vista que o juízo reclamado indeferiu o pedido de realização do ato (eventos 9 e 14). Essa situação viola direito subjetivo do preso expressamente consignado na ADPF 347. É irrelevante a que título se deu a prisão. Desse modo, impõe-se a determinação à autoridade reclamada para que realize a audiência de custódia.” (Rcl 33014-MC, Relator(a): Min. Roberto Barroso, julgado em 15.02.2019, grifei). Impende salientar, por relevante, que a finalidade da realização da audiência de apresentação, independentemente, da espécie de prisão, não configura simples formalidade burocrática. Ao revés, trata-se de relevante ato processual instrumental à tutela de direitos fundamentais. (...) A audiência de custódia, portanto, propicia, desde logo, que o Juiz responsável pela ordem prisional avalie a persistência dos fundamentos que motivaram a sempre excepcional restrição ao direito de locomoção, bem assim a ocorrência de eventual tratamento desumano ou degradante, inclusive, em relação aos possíveis excessos na exposição da imagem do custodiado (perp walk) durante o cumprimento da ordem prisional. Não bastasse, a audiência de apresentação ou de custódia, seja qual for a modalidade de prisão, configura instrumento relevante para a pronta aferição de circunstâncias pessoais do preso, as quais podem desbordar do fato tido como ilícito e produzir repercussão na imposição ou no modo de implementação da medida menos gravosa. Enfatize-se, nesse contexto, que diversas condições pessoais, como gravidez, doenças graves, idade avançada, imprescindibilidade aos cuidados de terceiros, entre outros, constituem aspectos que devem ser prontamente examinados, na medida em que podem interferir, ou não, na manutenção da medida prisional (art. 318, CPP). E esses aspectos, aliás, podem influenciar, a depender de cada caso, até



MINISTÉRIO PÚBLICO FEDERAL PROCURADORIA-GERAL DA REPÚBLICA

mesmo as prisões de natureza penal (art. 117, LEP). Perante esse quadro atual, tenho por inadequado o ato apontado como reclamado, principalmente diante da recente regulamentação do tema na legislação processual penal, devendo a autoridade reclamada garantir a realização de audiência de custódia ou apresentação em todas as espécies de prisão. 4. Sendo assim, diante da plausibilidade jurídica do pedido nesta reclamação e da possibilidade de lesão irreparável a direito fundamental das pessoas levadas ao cárcere, reconsidero a decisão agravada e defiro medida liminar, ad referendum do E. Plenário, para determinar que a autoridade reclamada realize, no prazo de 24 horas, audiência de custódia em todas as modalidades prisionais, inclusive prisões temporárias, preventivas e definitivas. Comunique-se, com urgência. Inclua-se em pauta, para fins de referendo desta medida liminar, na imediata sessão virtual do E. Plenário com início em 05.02.2021. Publique-se. Intimem-se. Brasília, 10 de dezembro de 2020, Dia Internacional dos Direitos Humanos.⁹

A breve narrativa sobre a implementação das audiências de custódia denota empenho e seriedade do Conselho Nacional de Justiça, do Poder Judiciário, do Ministério Público brasileiro, do Poder Executivo, por

9 A Procuradoria-Geral da República interpôs Agravo Regimental contra a decisão monocrática que ampliou a necessidade de audiências de custódia para todas as modalidades de prisão, inclusive definitivas. Em síntese, pontuou: (i) a ADPF 347 não abrangeu as prisões temporária, preventiva e definitiva; (ii) o risco de dano reverso diante da limitada capacidade do Sistema de Justiça e da necessidade de mobilização imediata de contingente de pessoal; (iii) aumento do risco de contágio de Covid-19 e potencial agravamento da crise sanitária; (iv) redução do quadro de magistrados e servidores aptos a desempenhar as funções a contento, reduzindo os já parcos recursos humanos e financeiros disponíveis, que deixará de desempenhar atividade jurisdicional e atos correlatos.



MINISTÉRIO PÚBLICO FEDERAL
PROCURADORIA-GERAL DA REPÚBLICA

intermédio das polícias e das Defensorias Públicas, e da sociedade civil em impedir o encarceramento desnecessário.

O escopo da audiência de custódia é permitir a imediata apreciação da prisão por autoridade investida em jurisdição.¹⁰ É mecanismo que resguarda a integridade física e moral dos indivíduos, coibindo a tortura e consolidando o acesso à justiça, ao devido processo legal e à ampla defesa.

A solidificação da apresentação de custodiados a autoridade judicial foi acompanhada de compromisso internacional firmado perante a Corte Interamericana de Direitos Humanos, da Organização dos Estados Americanos – OEA, voltado para o fortalecimento da cultura dos direitos humanos no país por intermédio da capacitação de juízes e servidores como instrumento de difusão de práticas e rotinas alinhadas ao protagonismo dos direitos humanos.

O empenho do Estado brasileiro, ao longo dos últimos 6 anos, não passou despercebido pela Comissão Interamericana de Direitos Humanos –

10 Como exposto no Agravo Regimental apresentado nos autos da Rcl 29.303, a Procuradoria-Geral da República entende por desnecessária a audiência de custódia quando a prisão já tenha sido fundamentadamente decretada por magistrados. Diante da rejeição do veto ao § 1º do art. 3º-B do CPP, somaram-se à hipótese de prisão em flagrante as segregações “*por força de mandado de prisão provisória*”.



MINISTÉRIO PÚBLICO FEDERAL
PROCURADORIA-GERAL DA REPÚBLICA

CIDH. No relatório sobre a Situação dos Direitos Humanos no Brasil, de 2021,¹¹ a CIDH pontuou:

159. A CIDH reconhece os vários esforços do Estado brasileiro nessa área, principalmente os que visam reduzir a prisão preventiva, como aumentar a eficácia do controle judicial das detenções por meio de audiências de custódia e promover a aplicação de medidas alternativa. (...)

166. Nesse sentido, a Comissão recorda que um dos principais avanços para reduzir o uso da prisão provisória e que representa uma boa prática em nível regional é a implementação de audiências de custódia. A CIDH toma nota que essas audiências constituem um mecanismo recentemente adotado pelo Estado brasileiro para evitar privações desnecessárias de liberdade e comprovar o caráter indispensável da manutenção do encarceramento. De acordo com a Resolução nº 213, de 15 de dezembro de 2015, do Conselho Nacional de Justiça (CNJ), essas audiências exigem que as pessoas detidas em flagrante, independentemente da motivação ou natureza do crime, sejam apresentadas à autoridade judicial dentro de um período de 24 horas após ser privado de liberdade para ser ouvido com a presença do Ministério Público e da Defensoria Pública. – Grifos nossos.

Há investimentos constantes no aprimoramento das audiências de custódia e dos atores do sistema de justiça criminal.

11 Disponível em: <http://www.oas.org/pt/cidh/relatorios/pdfs/Brasil2021-pt.pdf>. Acesso em 24.1.2022.



MINISTÉRIO PÚBLICO FEDERAL PROCURADORIA-GERAL DA REPÚBLICA

O “*Relatório de 6 anos de Audiências de Custódia*”, de lavra do CNJ, analisa o instituto como marco para o sistema de justiça, as soluções e os desafios encontrados, os impactos sociais da prática, as perspectivas e panoramas para próximas etapas de promoção dos direitos humanos.¹²

Merece destaque o levantamento, em números, das audiências de custódias realizadas pelo Poder Judiciário e respectivos encaminhamentos:



12 Disponível em: <https://www.cnj.jus.br/wp-content/uploads/2021/09/relatorio-6-anos-audiencia-custodia.pdf>. Acesso em: 17 jan. 2022.



MINISTÉRIO PÚBLICO FEDERAL PROCURADORIA-GERAL DA REPÚBLICA

Soluções diversas da prisão e diretrizes humanizadas corroboram a superação da *“cultura do encarceramento”*. Nesse contexto, há consistência do Estado brasileiro em aprimoramentos e rotinas administrativas, judiciais e policiais, com implementação, inclusive, de melhorias voltadas à interiorização e à adaptação regional para realização das audiências de apresentação.

Com isso, a utilização de videoconferência não significa retrocesso, mas solução tecnológica apta a corroborar a prestação jurisdicional célere e desburocratizada, em atenção aos direitos humanos.

Não se ignora a preocupação da sociedade civil a respeito da efetividade do contato virtual com o magistrado. No debate acerca do Ato Normativo 0009672-61.2020.2.00.0000, ao longo da 322^a Sessão Ordinária do Conselho Nacional de Justiça, em 24.11.2020, o Ministro Luiz Fux trouxe a lume ponderações realizadas por setores sociais vulneráveis a respeito das audiências de custódia por videoconferência.

Considerando as preocupações externadas por defensores públicos, representantes da OAB e da sociedade civil, a fim de aprimorar a utilização de videoconferências em audiências de custódia, a Resolução CNJ 329/2020 recebeu nova redação:



MINISTÉRIO PÚBLICO FEDERAL PROCURADORIA-GERAL DA REPÚBLICA

Art. 19. Admite-se a realização por videoconferência das audiências de custódia previstas nos artigos 287 e 310, ambos do Código de Processo Penal, e na Resolução CNJ nº 213/2015, quando não for possível a realização, em 24 horas, de forma presencial.

§ 1º Será garantido o direito de entrevista prévia e reservada entre o preso e advogado ou defensor, tanto presencialmente quanto por videoconferência, telefone ou qualquer outro meio de comunicação.

§ 2º Para prevenir qualquer tipo de abuso ou constrangimento ilegal, deverão ser tomadas as seguintes cautelas:

I – deverá ser assegurada privacidade ao preso na sala em que se realizar a videoconferência, devendo permanecer sozinho durante a realização de sua oitiva, observada a regra do § 1º e ressalvada a possibilidade de presença física de seu advogado ou defensor no ambiente;

II – a condição exigida no inciso I poderá ser certificada pelo próprio Juiz, Ministério Público e Defesa, por meio do uso concomitante de mais de uma câmera no ambiente ou de câmeras 360 graus, de modo a permitir a visualização integral do espaço durante a realização do ato;

III – deverá haver também uma câmera externa a monitorar a entrada do preso na sala e a porta desta; e

IV – o exame de corpo de delito, a atestar a integridade física do preso, deverá ser realizado antes do ato.

§ 3º A participação do Ministério Público deverá ser assegurada, com intimação prévia e obrigatória, podendo propor, inclusive, o acordo de não persecução penal nas hipóteses previstas no artigo 28-A do Código de Processo Penal.

§ 4º As salas destinadas para a realização de atos processuais por sistema de videoconferência poderão ser fiscalizadas pelas corregedorias e pelos juízes que presidirem as audiências. – Grifos nossos.



MINISTÉRIO PÚBLICO FEDERAL
PROCURADORIA-GERAL DA REPÚBLICA

Há parâmetros objetivos fixados pelo Conselho Nacional de Justiça cujo atendimento é obrigatório: ampliação da captação de imagens em tempo real, anterior laudo de corpo de delito, garantia de privacidade e de entrevista com defensor ou advogado. O Relatório de Audiências de Custódia de 2021 descreve a implementação paulatina das cautelas descritas no art. 19 da Resolução CNJ 329/2020 pelos tribunais brasileiros.

A falta de implementação efetiva das providências e a inobservância de direitos fundamentais ou deveres funcionais hão de ser reportadas ao CNJ, que exercitará a missão constitucional delineada no art. 103-B, § 4º, da Constituição Federal:

Art. 103-B. (...)

§ 4º Compete ao Conselho o controle da atuação administrativa e financeira do Poder Judiciário e do cumprimento dos deveres funcionais dos juízes, cabendo-lhe, além de outras atribuições que lhe forem conferidas pelo Estatuto da Magistratura:

I - zelar pela autonomia do Poder Judiciário e pelo cumprimento do Estatuto da Magistratura, podendo expedir atos regulamentares, no âmbito de sua competência, ou recomendar providências;

II - zelar pela observância do art. 37 e apreciar, de ofício ou mediante provocação, a legalidade dos atos administrativos praticados por membros ou órgãos do Poder Judiciário, podendo desconstituir-los, revê-los ou fixar prazo para que se adotem as providências necessárias ao exato cumprimento da lei, sem prejuízo da competência do Tribunal de Contas da União;



MINISTÉRIO PÚBLICO FEDERAL PROCURADORIA-GERAL DA REPÚBLICA

III - receber e conhecer das reclamações contra membros ou órgãos do Poder Judiciário, inclusive contra seus serviços auxiliares, serventias e órgãos prestadores de serviços notariais e de registro que atuem por delegação do poder público ou oficializados, sem prejuízo da competência disciplinar e correicional dos tribunais, podendo avocar processos disciplinares em curso, determinar a remoção ou a disponibilidade e aplicar outras sanções administrativas, assegurada ampla defesa;

IV - representar ao Ministério Públco, no caso de crime contra a administração pública ou de abuso de autoridade;

V - rever, de ofício ou mediante provocação, os processos disciplinares de juízes e membros de tribunais julgados há menos de um ano;

VI - elaborar semestralmente relatório estatístico sobre processos e sentenças prolatadas, por unidade da Federação, nos diferentes órgãos do Poder Judiciário;

VII - elaborar relatório anual, propondo as providências que julgar necessárias, sobre a situação do Poder Judiciário no País e as atividades do Conselho, o qual deve integrar mensagem do Presidente do Supremo Tribunal Federal a ser remetida ao Congresso Nacional, por ocasião da abertura da sessão legislativa. – Grifos nossos.

As balizas fixadas pelo órgão de controle não significam a extinção de audiências de custódia presenciais, tampouco foi esse o pedido formulado na petição inicial.

O que se pondera é a possibilidade de utilização de videoconferências quando inviável o encontro físico entre custodiado e autoridade judicial.



MINISTÉRIO PÚBLICO FEDERAL PROCURADORIA-GERAL DA REPÚBLICA

As dimensões continentais do Brasil trazem desafios peculiares. Somem-se a isso as restrições sanitárias relacionadas à Covid-19 e a desproporção entre número de habitantes e membros do Ministério Público e do Judiciário.

A fim de implementar o respeito ao prazo de 24 horas, os Tribunais consideram a realidade do próprio sistema de justiça criminal e auto-organizam-se de forma a viabilizar o direito de presença. A vedação absoluta de soluções tecnológicas pode gerar dano ainda maior: a não realização do ato processual e o encarceramento desnecessário.

Devidamente fundamentada a necessidade de utilização da videoconferência em audiências de custódia, há regular exercício da autonomia do Poder Judiciário em auto-organizar-se (CF, art. 99). Equalizar recursos humanos e financeiros visando a prestação jurisdicional é atividade administrativa essencial, cujo desempenho é acompanhado pelo CNJ.

Sobre a impossibilidade de ingerência externa em aspectos administrativos e financeiros do Judiciário, já decidiu o STF:

AÇÃO DIRETA DE INCONSTITUCIONALIDADE. LEI N. 5.913/1997, DO ESTADO DE ALAGOAS. CRIAÇÃO DA CENTRAL DE PAGAMENTOS DE SALÁRIOS DO ESTADO. ÓRGÃO EXTERNO. PRINCÍPIO DA SEPARAÇÃO DE



MINISTÉRIO PÚBLICO FEDERAL
PROCURADORIA-GERAL DA REPÚBLICA

PODERES. AUTONOMIA FINANCEIRA E ADMINISTRATIVA DO PODER JUDICIÁRIO. AÇÃO JULGADA PROCEDENTE.

1. A Associação dos Magistrados Brasileiros - AMB tem legitimidade para o ajuizamento de ação direta de constitucionalidade em que se discute afronta ao princípio constitucional da autonomia do Poder Judiciário.

2. A ingerência de órgão externo nos processos decisórios relativos à organização e ao funcionamento do Poder Judiciário afronta sua autonomia financeira e administrativa.

3. A presença de representante do Poder Judiciário na Central de Pagamentos de Salários do Estado de Alagoas - CPSAL não afasta a constitucionalidade da norma, apenas permite que o Poder Judiciário interfira, também indevidamente, nos demais Poderes.

4. Ação direta de constitucionalidade julgada procedente.

(ADI 1.578, Rel. Min. Cármem Lúcia, Tribunal Pleno, julgado em 4.3.2009, *DJe-064* Divulg 2.4.2009 Public 3.4.2009 Ement vol-02355-01 pp-00025 *RTJ* vol-00209-02 pp-00529.)

O cenário vislumbrado é complexo: (i) a condução da pessoa presa à autoridade judicial é direito humano; (ii) o distanciamento social continua recomendável a fim de preservar a saúde de todos; (iii) a prestação jurisdicional e os serviços de segurança pública não param em razão da epidemia; (iv) a insuficiência de magistrados e de promotores de Justiça/procuradores da República impõe a cumulação de comarcas, circunscrições e ofícios; (v) a audiência de custódia é oportunidade em que a pessoa presa poderá falar diretamente com a autoridade judicial, antes mesmo do interrogatório – ato processual que pode levar meses.



MINISTÉRIO PÚBLICO FEDERAL
PROCURADORIA-GERAL DA REPÚBLICA

Bem por isso, a vedação absoluta de videoconferências para audiências de custódia é incompatível com o devido processo legal substantivo, como bem acentuou o Ministro Nunes Marques na decisão cautelar nos autos da ADI 6.841/DF:

Como as audiências de custódia não podem ficar indefinidamente suspensas — e isso parece ser um óbvio corolário do princípio da continuidade do serviço jurisdicional —; como a lei impugnada não permite que elas sejam feitas por teleconferência, então, independentemente do grau de contágio em dada localidade, em qualquer circunstância a audiência de custódia teria de realizar-se presencialmente, a despeito de ato administrativo ou legislativo local ou nacional que recomendasse o isolamento ou a quarentena.

É evidente o paradoxo criado pelo dispositivo impugnado.

Este Tribunal já teve ocasião de enfatizar que o Poder Legislativo deve observar o devido processo legal substancial (substantive due process), sendo-lhe vedada a edição de medidas legislativas abusivas, desproporcionais ou irrazoáveis:

“O Estado não pode legislar abusivamente. A atividade legislativa está necessariamente sujeita à rígida observância de diretriz fundamental, que, encontrando suporte teórico no princípio da proporcionalidade, veda os excessos normativos e as prescrições irrazoáveis do Poder Público. O princípio da proporcionalidade - que extrai a sua justificação dogmática de diversas cláusulas constitucionais, notadamente daquela que veicula a garantia do substantive due process of law - acha-se vocacionado a inibir e a neutralizar os abusos do Poder Público no exercício de suas funções, qualificando-se como parâmetro de aferição da própria constitucionalidade material dos atos estatais. A norma estatal, que não veicula qualquer conteúdo de irrazoabilidade, presta obséquio ao postulado da proporcionalidade, ajustando-se à cláusula que consagra, em sua



MINISTÉRIO PÚBLICO FEDERAL PROCURADORIA-GERAL DA REPÚBLICA

dimensão material, o princípio do substantive due process of law (CF, art. 5º, LIV). Essa cláusula tutelar, ao inibir os efeitos prejudiciais decorrentes do abuso de poder legislativo, enfatiza a noção de que a prerrogativa de legislar outorgada ao Estado constitui atribuição jurídica essencialmente limitada, ainda que o momento de abstrata instauração normativa possa repousar em juízo meramente político ou discricionário do legislador.” (ADI 1407 MC, Relator(a): Celso de Mello, Tribunal Pleno, julgado em 07/03/1996, DJ 24-11-2000 pp-00086 Ement vol-02013-10 pp-01974)

A contradição é um sintoma claro de abusividade. O Congresso Nacional, como dito, tem editado muitos atos legislativos favorecendo medidas de isolamento social. Essa tem sido a tônica da resposta político-institucional do Poder Legislativo. As audiências de custódia não apresentam nenhuma peculiaridade que justifique a adoção de solução diametralmente oposta. Então, com a devida vênia, não há argumento racional em favor da imposição de que tais audiências sejam presenciais em qualquer caso, quando todas as demais atividades sociais e econômicas ficam sujeitas à avaliação simultânea de agentes políticos de vários níveis federativos, para que se decida sobre a conveniência de sua realização presencial ou remota. Outro indício de abusividade é o excesso. A imposição genérica e abstrata de que todas as audiências de custódia sejam presenciais, sem qualquer possibilidade de ajuste da norma ao contexto sanitário, é desproporcional e, ademais, suprime toda a competência regulatória dos governos locais, a autonomia administrativa dos tribunais (CF, art. 99, caput) e as atribuições regulamentares do Conselho Nacional de Justiça (CF, art. 103-B, §4º, I). Mal se comprehende também por que apenas as audiências de custódia merecem um tratamento tão peculiar. Certo, o Tribunal admitiu que a “audiência de apresentação” ou “audiência de custódia” tem raiz em Convenção Internacional do qual o Brasil faz parte (ADI 5240, Relator(a): Luiz Fux, Tribunal Pleno, julgado em 20/08/2015, Processo Eletrônico



MINISTÉRIO PÚBLICO FEDERAL
PROCURADORIA-GERAL DA REPÚBLICA

DJe-018 Divulg 29-01-2016 Public 01-02-2016). Todavia, isso não confere às audiências de custódia um status diverso daquele que ostentam as audiências em geral, inclusive as demais audiências criminais. É exato que a Convenção Americana sobre Direitos do Homem, em seu artigo 7º, item 5, assegura que “toda pessoa presa, detida ou retida deve ser conduzida, sem demora, à presença de um juiz”. Mas é preciso que se compreenda que a cláusula “à presença de um juiz” não pode ser literalmente interpretada, como uma presença física (off line) — sobretudo durante a pandemia de Covid-19. A “presença” aqui quer dizer contato dialógico simultâneo e com baixa latência (“em tempo real”), de tal maneira que o preso possa expressar diretamente para o juiz as suas razões, fazer os seus requerimentos, tirar as suas dúvidas; enquanto o juiz, por seu turno, deve poder ouvir e deliberar sobre o que foi apresentado pelo preso, sem que entre as emissões e as recepções comunicativas medie um intervalo de tempo relevante. E isso, no atual estágio da técnica, é assegurado pelas audiências por teleconferência. Num contexto de normalidade, em que não houvesse nenhum risco específico para a realização da audiência de custódia, a imposição de que ela fosse presencial até poderia ser aceitável — visto que os contatos presenciais, sem dúvida, estabelecem uma relação comunicativa de maior espectro, dados os inúmeros sinais corporais, conscientes e até inconscientes, que cada interlocutor pode passar para o outro numa aproximação em um espaço tridimensional, com o qual o cérebro humano está mais adaptado. Porém, não é esse o caso. A lei impugnada foi editada no ambiente da pandemia de Covid-19 e desconsiderou completamente essa circunstância. A realização da audiência presencial, nesse contexto, especialmente diante de surtos locais da doença, coloca em risco os direitos fundamentais à vida e à integridade física de todos os participantes e intervenientes do ato (inclusive do próprio preso), para assegurar tão só o direito do preso de ser ouvido — direito esse que pode ser assegurado de outra



MINISTÉRIO PÚBLICO FEDERAL
PROCURADORIA-GERAL DA REPÚBLICA

maneira, sem oferecer risco à saúde dos partícipes do ato. É clara a inadequação da medida legislativa. Não se pode dizer que a questão das audiências de custódia esteja sendo negligenciada pelo Poder Judiciário durante a pandemia. (...)

Em suma, a audiência de custódia por videoconferência é a medida possível que mais se aproxima, no contexto pandêmico, de assegurar "aos presos o respeito à integridade física e moral", prevista no art. 5º, XLIX, CF/88, além de compatibilizar-se plenamente com a garantia constitucional do devido processo legal (CF, art. 5º, LIV). – Grifos nossos.

A vedação absoluta de videoconferências em audiências de custódia desconsidera o compromisso brasileiro em efetivar direitos humanos. Interfere na autonomia administrativa e financeira do Poder Judiciário (CF, art. 99) e no poder regulamentar do Conselho Nacional de Justiça (CF, art. 103-B, § 4º, I).

Além disso, contradiz as medidas sanitárias editadas pelo Congresso Nacional em razão da epidemia de Covid-19, em descompasso com o *substantive due process*, matriz constitucional da razoabilidade e da proporcionalidade.

Desse modo, há de se declarar inconstitucional a proibição de videoconferências em audiências de custódia estabelecida pelo art. 3º-B, § 1º, *in fine*, do Código de Processo Penal.



MINISTÉRIO PÚBLICO FEDERAL
PROCURADORIA-GERAL DA REPÚBLICA

2. CAPTAÇÃO AMBIENTAL E INVIOLABILIDADE DE DOMICÍLIO: DECLARAÇÃO DE INCONSTITUCIONALIDADE PARCIAL, SEM REDUÇÃO DE TEXTO, DO § 2º DO ART. 8º-A DA LEI 9.296/1996

A rejeição ao veto presidencial pelo Congresso Nacional, em 19.4.2021, ensejou a inserção do § 2º ao art. 8º-A da Lei 9.296/1996.

A captação ambiental de sinais eletromagnéticos, ópticos ou acústicos é meio especial de obtenção de provas com previsão legal expressa na Lei 12.850/2013, art. 3º, II.¹³

Antes de 2019, tratava-se de meio atípico de obtenção de provas diante da ausência de procedimento probatório positivado, o que ensejava a aplicação pelos Tribunais das regras aplicáveis à interceptação telefônica, Lei 9.296/1996, por analogia.

A doutrina diverge quanto ao conceito e ao alcance da expressão "*captação ambiental*".¹⁴

13 Antes disso, a revogada Lei 9.034/1995 possibilitava a "*captação e a interceptação ambiental de sinais eletromagnéticos, ópticos ou acústicos, e o seu registro e análise, mediante circunstanciada autorização judicial*". A Lei 10.217/2001 tratou da captação ambiental de sinais eletromagnéticos, ópticos ou acústicos.

14 Há quem afirme que a captação ambiental abrange apenas interceptação em sentido estrito e escuta ambiental, sendo verdadeira fase da interceptação ambiental em sentido amplo (LIMA, 2020). Para outros, interceptação ambiental é conceito em que se inserem a interceptação ambiental em sentido estrito, se nenhum dos interlocutores sabe da captação; e captação ambiental quando apenas



MINISTÉRIO PÚBLICO FEDERAL
PROCURADORIA-GERAL DA REPÚBLICA

Não obstante isso, considerar-se-á que, por meio da **captação ambiental**, ou **vigilância eletrônica**, é autorizado que “os agentes de polícia ou eventualmente do Ministério Público (...) instalem aparelhos de gravação de som e imagem em ambientes fechados (residências, locais de trabalho, estabelecimentos prisionais etc.) ou abertos (ruas, praças, jardins públicos etc.), com finalidade de não apenas gravar os diálogos travados entre os investigados (sinais acústicos), mas também de filmar as condutas por eles desenvolvidas (sinais óticos). Ainda poderão os policiais registrar sinais emitidos através de aparelhos de comunicação, como rádios transmissores (sinais eletromagnéticos), que tecnicamente não se enquadram no conceito de comunicação telefônica, informática ou telemática”.¹⁵

Tradicionalmente, a doutrina trabalha três conceitos básicos.¹⁶ A **interceptação ambiental em sentido estrito** é a captação sub-reptícia de conversa entabulada entre dois ou mais interlocutores, em local público ou privado, realizada por terceiro sem o conhecimento dos comunicadores.¹⁷ Na **escuta ambiental**, pelo menos um dos interlocutores terá conhecimento da

um deles tem conhecimento da obtenção da prova (ANDREUCCI, Ricardo Antônio. *Legislação penal especial*. São Paulo: Saraiva Educação, 2021. E-book. p. 212).

- 15 SILVA, Eduardo Araujo da. *Organizações criminosas: aspectos penais e processuais da Lei nº 12.850/2013*. São Paulo: Atlas, 2014. p. 109.
- 16 MASSON, Cleber. *Crime organizado*. 6. ed. São Paulo: Método, 2020. p. 333 e seguintes.
- 17 A jurisprudência dá à interceptação ambiental tratamento semelhante à interceptação telefônica, admitindo a utilização das provas extraídas no contexto de crimes punidos com reclusão.



MINISTÉRIO PÚBLICO FEDERAL
PROCURADORIA-GERAL DA REPÚBLICA

gravação realizada por terceiro. Por fim, a **gravação ambiental ou gravação clandestina**¹⁸ é a captação realizada no local em que se desenvolve a comunicação, por um dos interlocutores e sem o conhecimento dos demais.

A Lei 13.964/2019, ao inserir dispositivos na Lei 9.296/1996, criminalizou tanto a captação ambiental/vigilância eletrônica sem autorização judicial (art. 10-A) quanto a devassa ilegal do sigilo relacionado à medida (art. 10-A, § 2º); estabeleceu procedimento próprio para a captação ambiental/vigilância eletrônica (art. 8º-A e parágrafos);¹⁹ previu a possibilidade de aplicação subsidiária das regras aplicáveis à interceptação telefônica e telemática (art. 8º-A, § 5º); e deixou expresso que “*não há crime se a captação é realizada por um dos interlocutores*” (Lei 9.296/1996, art. 10-A, § 1º).

-
- 18 Prevalece o entendimento de que gravações clandestinas, telefônicas ou ambientais, são lícitas. Nesse contexto, a jurisprudência perpassa situações que indicam a essencialidade da captação realizada por um dos interlocutores, sem o conhecimento dos demais, para esclarecimento de condutas criminosas. Em Repercussão Geral, o STF firmou a tese: “*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*”. (RE 583.937 QO-RG, Rel. Min. Cezar Peluso, Tribunal Pleno, julgado em 19.11.2009, Repercussão Geral – Mérito DJe-237 Divulg 17.12.2009 Public 18.12.2009 Ement vol-02387-10 pp-01741 RTJ vol-00220-01 pp-00589 RJSP v. 58, n. 393, 2010, p. 181-194.)
- 19 Nesse sentido: MASSON, Cleber. *Crime organizado*. 6. ed. São Paulo: Método, 2020. p. 333. Entendendo que as regras minudenciadas no art. 8º-A e §§ 1º a 3º aplicam-se apenas à interceptação e à escuta ambientais: LIMA, Renato Brasileiro. *Pacote anticrime: comentários à Lei 13.964/19* – artigo por artigo. Salvador: JusPodivm, 2020. p. 441.



MINISTÉRIO PÚBLICO FEDERAL
PROCURADORIA-GERAL DA REPÚBLICA

Numa primeira leitura do § 2º do art. 8º-A da Lei 9.296/1996, há mais de uma interpretação possível:

Art. 8º-A. (...)

*§ 2º A instalação do dispositivo de captação ambiental poderá ser realizada, quando necessária, por meio de operação policial disfarçada ou no período noturno, **exceto na casa, nos termos do inciso XI do caput do art. 5º da Constituição Federal.** - Grifos nossos.*

O § 2º refere-se à **vigilância eletrônica**, em que terceiro se utiliza de recursos técnicos para captar o conteúdo das comunicações sem o conhecimento dos comunicadores, mediante autorização judicial.

O trecho “*exceto na casa, nos termos do inciso XI do caput do art. 5º da Constituição Federal*”, no § 2º, é objeto da insurgência ora analisada.

O texto questionado menciona a instalação de dispositivo para captação ambiental por (i) operação policial disfarçada ou (ii) no período noturno, “*exceto na casa*”.

Para afastar a possibilidade de instalação domiciliar sub-reptícia, a lei invoca o art. 5º, XI, da Constituição Federal: “*XI - a casa é asilo inviolável do indivíduo, ninguém nela podendo penetrar sem consentimento do morador, salvo em caso de flagrante delito ou desastre, ou para prestar socorro, ou, durante o dia, por determinação judicial*”.



MINISTÉRIO PÚBLICO FEDERAL
PROCURADORIA-GERAL DA REPÚBLICA

Numa análise perfunctória, pode parecer impossível a captação ambiental em locais designados como “*casa*”. Seja por intermédio de operação policial disfarçada, seja em período noturno, a casa como “*asilo inviolável do indivíduo*” precederia a obtenção de provas para apuração de crimes graves.

Contudo, a vedação absoluta de captação ambiental “*na casa*” tem o condão de esvaziar a norma. Nas palavras de Carlos Maximiliano, o direito há de ser “*interpretado inteligentemente*”, para cumprir suas finalidades.²⁰

Atividades hermenêuticas que resultem eficientes à providência legal de reconhecimento da validade da captação ambiental como meio de obtenção de prova, ainda que haja aparato instalado “*na casa*”, são mais adequadas.

Afastada a interpretação que esvazia o conteúdo normativo, pelo menos duas outras leituras são possíveis: (i) toda a parte final é inconstitucional por obstar a utilização de meio de obtenção de prova cuja validade é reconhecida pela lei e pelo STF; e (ii) a norma veda que a “*casa*”

20 “179 - Deve o Direito ser interpretado inteligentemente: não de modo que a ordem legal envolva um absurdo, prescreva inconveniências, vá ter a conclusões inconsistentes ou impossíveis. Também se prefere a exegese de que resulte eficiente a providência legal ou válido o ato, à que tome aquela sem efeito, inócuia, ou este, juridicamente nulo” (MAXIMILIANO, Carlos. *Hermenêutica e aplicação do direito*. 21. ed. Rio de Janeiro: Forense, 2017. p. 163).



MINISTÉRIO PÚBLICO FEDERAL
PROCURADORIA-GERAL DA REPÚBLICA

seja adentrada durante o “*período noturno*” para colocação de aparelhos de captação de sinais.

O entendimento pela inconstitucionalidade de toda a parte final do § 2º do art. 8º-A da Lei 9.296/1996 desconsidera a casa como abrigo não profanável. A finalidade da captação ambiental é permitir a apuração de condutas graves em que a relativização da inviolabilidade domiciliar, da intimidade e do sigilo das comunicações é o único meio eficaz para elucidação fática.

Nesse sentido, a consignação textual da casa como “*asilo inviolável*”, por si só, não padece de inconstitucionalidade. Contudo, a proteção constitucional conferida à casa não há de inviabilizar a obtenção de provas essenciais à apuração de fatos potencialmente criminosos.

Com efeito, a autorização judicial para captação ambiental verificará o preenchimento das exigências listadas no art. 8º-A da Lei 9.296/1996, quais sejam: impossibilidade de a prova ser feita por outros meios disponíveis e igualmente eficazes; e existência de elementos probatórios razoáveis de autoria e participação em infrações criminais cujas penas máximas sejam superiores a 4 anos ou em infrações penais conexas.



MINISTÉRIO PÚBLICO FEDERAL
PROCURADORIA-GERAL DA REPÚBLICA

Verificado, em concreto, o atendimento aos pressupostos legais, a autoridade judicial avaliará a necessidade de instalação de aparato para captação ambiental “*na casa*”, uma vez que o **direito à inviolabilidade domiciliar não há de constituir escudo à apuração de crimes graves**.

No caso, a Constituição Federal submete eventuais restrições à inviolabilidade domiciliar à *reserva de jurisdição*, que impõe que determinados atos restritivos a direitos fundamentais apenas sejam praticados mediante prévia autorização judicial.

A partir da premissa de que o texto da norma não contém palavras inúteis, é possível interpretá-la a fim de extrair conteúdo normativo razoável.

Desse modo, a interpretação que indica a possibilidade de instalação de instrumentos para captação ambiental, após determinação judicial, por intermédio de operação policial disfarçada ou durante a noite, excepcionada a instalação noturna domiciliar, é perspectiva razoável. Nesse sentido:²¹

Realmente não se justifica(ria), do modo como está posto, por uma “razoável técnica legislativa”, a “exceção” em relação à “casa”, pois

21 FISCHER, Douglas. *Derrubada de vetos e reflexos na Lei nº 13.964/2019: primeiras impressões*. Disponível em: <http://genjuridico.com.br/2021/04/26/derrubada-de-vetos-lei-n-13964-2019/>. Acesso em: 3 fev. 2022.



MINISTÉRIO PÚBLICO FEDERAL
PROCURADORIA-GERAL DA REPÚBLICA

também para ela ser realizada é necessária a prévia autorização judicial. Noutras palavras, mesmo com o “exceto” estando em vigor, em todos os casos de gravação ambiental já se exige a prévia autorização judicial. Poderá ser autorizada a instalação do dispositivo apto para tanto durante o “dia” (quando se pode entrar no local por ordem judicial), mesmo que a gravação seja realizada diuturnamente e dentro da “casa”. O que não pode ser feita é a “instalação” na casa em período noturno, talvez nessa compreensão faça maior sentido a redação proposta. Essa é a “interpretação” que nos parece mais correta e coerente diante dos preceitos constitucionais e interpretação sobre garantia à inviolabilidade do domicílio, notadamente do STF. – Grifos nossos.

Contudo, a análise minuciosa do texto normativo há de viabilizar a incidência da norma, medida que demanda delineamentos conceituais objetivos pelo Supremo Tribunal Federal. Há 2 conceitos jurídicos relevantes no texto da norma: (i) período noturno; e (ii) casa para fins de inviolabilidade.

Com o advento da Lei 13.869/2019, há interpretação autêntica do que seja período noturno: entre 21h e 5h. A Lei de Abuso de Autoridade prevê como criminosa a conduta de cumprir mandado de busca e apreensão domiciliar após as 21h ou antes das 5h.

Desse modo, o parâmetro já definido pela Lei 13.869/2019 pode ser utilizado, por analogia, para interpretação do que seja “período noturno” em



MINISTÉRIO PÚBLICO FEDERAL
PROCURADORIA-GERAL DA REPÚBLICA

matéria de instalação de aparato para captação ambiental: só será lícita se realizada antes de 21h ou depois de 5h, com autorização judicial.

A “casa”, a seu turno, é conceito que recebe leitura ampla. Para o Direito Penal, o art. 150, § 4º, do Código Penal, estabelece:

Art. 150. (...)

§ 4º - A expressão “casa” compreende:

I – qualquer compartimento habitado;

II – aposento ocupado de habitação coletiva;

III – compartimento não aberto ao público, onde alguém exerce profissão ou atividade.

O Supremo Tribunal Federal, interpretando o art. 5º, IX, da Constituição Federal, entende:

Habeas corpus.

2. *Inviolabilidade de domicílio (art. 5º, IX, CF). Busca e apreensão em estabelecimento empresarial. Estabelecimentos empresariais estão sujeitos à proteção contra o ingresso não consentido.*

3. *Não verificação das hipóteses que dispensam o consentimento.*

4. *Mandado de busca e apreensão perfeitamente delimitado. Diligência estendida para endereço ulterior sem nova autorização judicial. Ilicitude do resultado da diligência.*

5. *Ordem concedida, para determinar a inutilização das provas.*

(HC 106.566, Rel. Min. Gilmar Mendes, Segunda Turma, julgado em 16.12.2014, Processo Eletrônico DJe-053 Divulg 18.3.2015 Public 19.3.2015) – Grifo nosso.



MINISTÉRIO PÚBLICO FEDERAL PROCURADORIA-GERAL DA REPÚBLICA

PROVA PENAL - BANIMENTO CONSTITUCIONAL DAS PROVAS ILÍCITAS (CF, ART. 5º, LVI) - ILICITUDE (ORIGINÁRIA E POR DERIVAÇÃO) - INADMISSIBILDADE - BUSCA E APREENSÃO DE MATERIAIS E EQUIPAMENTOS REALIZADA, SEM MANDADO JUDICIAL, EM QUARTO DE HOTEL AINDA OCUPADO - IMPOSSIBILIDADE - QUALIFICAÇÃO JURÍDICA DESSE ESPAÇO PRIVADO (QUARTO DE HOTEL, DESDE QUE OCUPADO) COMO "CASA", PARA EFEITO DA TUTELA CONSTITUCIONAL DA INVOLABILIDADE DOMICILIAR - GARANTIA QUE TRADUZ LIMITAÇÃO CONSTITUCIONAL AO PODER DO ESTADO EM TEMA DE PERSECUÇÃO PENAL, MESMO EM SUA FASE PRÉ-PROCESSUAL - CONCEITO DE "CASA" PARA EFEITO DA PROTEÇÃO CONSTITUCIONAL (CF, ART. 5º, XI E CP, ART. 150, § 4º, II) - AMPLITUDE DESSA NOÇÃO CONCEITUAL, QUE TAMBÉM COMPREENDE OS APOSENTOS DE HABITAÇÃO COLETIVA (COMO, POR EXEMPLO, OS QUARTOS DE HOTEL, PENSÃO, MOTEL E HOSPEDARIA, DESDE QUE OCUPADOS): NECESSIDADE, EM TAL HIPÓTESE, DE MANDADO JUDICIAL (CF, ART. 5º, XI). IMPOSSIBILIDADE DE UTILIZAÇÃO, PELO MINISTÉRIO PÚBLICO, DE PROVA OBTIDA COM TRANSGRESSÃO À GARANTIA DA INVOLABILIDADE DOMICILIAR - PROVA ILÍCITA - INIDONEIDADE JURÍDICA - RECURSO ORDINÁRIO PROVIDO. BUSCA E APREENSÃO EM APOSENTOS OCUPADOS DE HABITAÇÃO COLETIVA (COMO QUARTOS DE HOTEL) - SUBSUNÇÃO DESSE ESPAÇO PRIVADO, DESDE QUE OCUPADO, AO CONCEITO DE "CASA" - CONSEQUENTE NECESSIDADE, EM TAL HIPÓTESE, DE MANDADO JUDICIAL, RESSALVADAS AS EXCEÇÕES PREVISTAS NO PRÓPRIO TEXTO CONSTITUCIONAL. - Para os fins da proteção jurídica a que se refere o art. 5º, XI, da Constituição da República, o conceito normativo de "casa" revela-se



MINISTÉRIO PÚBLICO FEDERAL
PROCURADORIA-GERAL DA REPÚBLICA

abrangente e, por estender-se a qualquer aposento de habitação coletiva, desde que ocupado (CP, art. 150, § 4º, II), compreende, observada essa específica limitação espacial, os quartos de hotel. Doutrina. Precedentes. - Sem que ocorra qualquer das situações excepcionais taxativamente previstas no texto constitucional (art. 5º, XI), nenhum agente público poderá, contra a vontade de quem de direito ("invito domino"), ingressar, durante o dia, sem mandado judicial, em aposento ocupado de habitação coletiva, sob pena de a prova resultante dessa diligência de busca e apreensão reputar-se inadmissível, porque impregnada de ilicitude originária. Doutrina. Precedentes (STF). (...)

(RHC 90.376, Rel. Min. Celso de Mello, Segunda Turma, julgado em 3.4.2007, DJe-018 Divulg 17.5.2007 Public 18.5.2007 DJ 18.5.2007 pp-00113 Ement vol-02276-02 pp-00321 RTJ vol-00202-02 pp-00764 RT v. 96, n. 864, 2007, p. 510-525 RCJ v. 21, n. 136, 2007, p. 145-147.)

Na visão da Corte, qualquer espaço habitado merece proteção constitucional, a incluir espaços profissionais, como estabelecimentos



MINISTÉRIO PÚBLICO FEDERAL
PROCURADORIA-GERAL DA REPÚBLICA

empresariais²² e escritórios;²³ quartos de pensões e de hotel; gabinetes em repartições públicas, conferindo máxima efetividade ao direito fundamental.

Diversamente da hipótese analisada nos autos do RE 603.616,²⁴ nesta ADI discute-se a possibilidade de instalação de aparato para captação ambiental na casa **com prévia autorização judicial**. A relativização do direito

22 “1. *Prova: alegação de ilicitude da obtida mediante apreensão de documentos por agentes fiscais, em escritórios de empresa - compreendidos no alcance da garantia constitucional da inviolabilidade do domicílio - e de contaminação daquelas derivadas: tese substancialmente correta, mas, dependente de demonstração concreta de que os fiscais não estavam autorizados a entrar ou permanecer no escritório da empresa, o que demanda reexame de fatos e provas, vedado recurso no extraordinário (Súmula 279). Precedente (HC 79.512, Pertence, DJ 16.5.2003). (...)" (RE 230.020, Rel. Min. Sepúlveda Pertence, Primeira Turma, julgado em 6.4.2004, DJ de 25.6.2004 pp-00062 Ement vol-02157-03 pp-00465 RTJ vol 00192-01 pp-00261) – Grifo nosso.*

23 “*Não constitui demasia relembrar, no entanto, que, para os fins da proteção jurídica a que se refere o art. 5º, XI, da Constituição da República, o conceito normativo de “casa” revela-se abrangente (CPP, art. 246) e, por estender-se a qualquer comportamento privado não aberto ao público, onde alguém exerce profissão ou atividade (CP, art. 150, § 4º, III), compreende, observada essa específica limitação espacial (área interna não acessível ao público), os escritórios profissionais (HC 93.050/RJ, Rel. Min. Celso de Mello), “embora sem conexão com a casa de moradia propriamente dita” (Nelson Hungria, “Comentários ao Código Penal”, vol. VI, p. 217, item n. 168, 5ª ed./1ª tir., 1982, Forense).” (Pet. 8.261, Rel. Min. Celso de Mello, DJ de 25.10.2019) – Grifos nossos.*

24 O STF fixou a tese de que “*a entrada forçada em domicílio sem mandado judicial só é lícita, mesmo em período noturno, quando amparada em fundadas razões, devidamente justificadas ‘a posteriori’, que indiquem que dentro da casa ocorre situação de flagrante delito, sob pena de responsabilidade disciplinar, civil e penal do agente ou da autoridade e de nulidade dos atos praticados”.*



MINISTÉRIO PÚBLICO FEDERAL
PROCURADORIA-GERAL DA REPÚBLICA

fundamental ora analisada pressupõe decisão judicial anterior que autorize a entrada sub-reptícia.

Ocorre que o ampliado âmbito de incidência da inviolabilidade de domicílio pode inviabilizar a apuração de crimes graves. É dizer: a vedação absoluta de instalação de dispositivos “*em qualquer compartimento habitado*”, em período noturno, tem o condão de esvaziar a norma e inviabilizar a obtenção de provas penais.

Em termos operacionais, o ponto é objeto de preocupação:²⁵

Período noturno: quanto à possibilidade de instalação de dispositivos em recintos qualificados como “casa” no período diurno, pensamos não haver discussão, observados os requisitos legais. Contudo, a redação do § 2º permite a interpretação de que, caso seja necessária a instalação de dispositivos de captação no período noturno, estará vedada em se tratando de local que possa se enquadrar no conceito constitucional-penal de “casa”. Não se pode esquecer que algumas diligências somente serão exitosas se praticadas em determinados contextos, o que deve restar sob o cuidadoso crivo do Poder Judiciário. A jurisprudência do Supremo Tribunal Federal, conforme RHC 136465, reconheceu a licitude de instalação de instrumentos de captação ambiental em escritório de advocacia no período noturno. Assim, a redação do § 2º do art. 8-A parece se tratar de caso de reação legislativa a

25 ALBECHE, Thiago Solon Gonçalves. *A derrubada de vetos ao Pacote Anticrime: repercussões na Lei 9.296/96*. Disponível em: <https://meusitejuridico.editorajuspodivm.com.br/2021/04/22/derrubada-de-vetos-ao-pacote-anticrime-repercussoes-na-lei-9-29696/>. Acesso em: 3 fev. 2022.



MINISTÉRIO PÚBLICO FEDERAL PROCURADORIA-GERAL DA REPÚBLICA

posição jurisprudencial. Pensamos, assim, que a vedação de instalação de instrumentos de captação em período noturno em locais enquadrados no conceito de “casa”, além de comprometer a eficácia das investigações e do direito social à segurança pública, ofende o princípio da separação dos poderes por buscar contrariar a autoridade de interpretação constitucional já proferida pelo Supremo Tribunal Federal. – Grifo nosso.

À luz dos fatos e dos elementos de informação apresentados ao julgador, a existência de espaço de conformação é medida que prestigia o devido processo legal substantivo sob o aspecto da razoabilidade, a persuasão racional e a independência do magistrado.

A previsão normativa abstrata não há de inviabilizar a *persecutio criminis* pautada no direito penal objetivo, voltada à apuração fática, consideradas as peculiaridades do caso concreto.

Não há direito fundamental absoluto. Os direitos fundamentais – incluindo-se aí a inviolabilidade de domicílio – podem sofrer restrições extrínsecas, desde que observadas determinadas condições, sendo essa a medida da sua legitimidade.

Segundo J. J. Gomes Canotilho, será legítima a restrição ao direito fundamental quando houver previsão normativa em texto constitucional ou



MINISTÉRIO PÚBLICO FEDERAL
PROCURADORIA-GERAL DA REPÚBLICA

legal,²⁶ ou decorrer de colisão com direitos de igual *status*.²⁷ Em quaisquer dessas hipóteses, a restrição haverá de preservar o chamado *núcleo essencial* do direito fundamental e observar o princípio da proporcionalidade (ou proibição do excesso).²⁸

Ao analisar a possibilidade de quebra da inviolabilidade da privacidade, Sarlet ressalta que a restrição desse direito há de ocorrer no caso concreto a fim de resguardar outros direitos fundamentais:

Assim como os demais direitos pessoais, também o direito à privacidade não se revela ilimitado e imune a intervenções restritivas. Todavia, ao não prever, para a privacidade e intimidade, uma expressa reserva legal, além de afirmar que se cuida de direitos invioláveis, há que se reconhecer que a Constituição Federal atribuiu a tais direitos um elevado grau de proteção, de tal sorte que uma restrição apenas se justifica quando necessária a assegurar a proteção de outros direitos fundamentais ou bens constitucionais relevantes (no caso, portanto, de uma restrição implicitamente autorizada pela Constituição Federal), de modo que é em geral na esfera dos conflitos

-
- 26 Nesse sentido, a jurisprudência do Supremo Tribunal Federal já assentou que as exceções ao sigilo constitucional podem ser previstas em norma infraconstitucional (RE 219.780-55/PE, Rel. Min. Carlos Velloso, *DJ* de 10.9.1999).
- 27 Referindo-se diretamente à classificação de Canotilho, essas restrições podem ser divididas em: restrições diretamente constitucionais, restrições indiretamente constitucionais (reserva de lei restritiva) e restrições não expressamente autorizadas pela Constituição (CANOTILHO, J.J. Gomes. *Direito constitucional e teoria da constituição*. 7. ed. Coimbra: Almedina, 2003. p. 450).
- 28 CANOTILHO, *Direito constitucional* cit., p. 451.



MINISTÉRIO PÚBLICO FEDERAL
PROCURADORIA-GERAL DA REPÚBLICA

com outros direitos que se pode, em cada caso, avaliar a legitimidade constitucional da restrição.²⁹

A moldura estabelecida pelo intérprete pondera as tensões constitucionais inerentes aos casos difíceis, sempre de forma fundamentada, em atenção art. 5º, LIV, da Constituição Federal e ao dever de fundamentação das decisões judiciais.

A vedação apriorística de instalação noturna de aparato para captação ambiental “*em qualquer compartimento habitado*” pode servir de subterfúgio à prática criminosa.

Desse modo, há de se declarar inconstitucional a interpretação que impeça a ponderação concreta, por parte do julgador, da estrita necessidade de instalação de dispositivos para captação ambiental “*na casa*”.

29 SARLET, Ingo W.; MARINONI, Luiz Guilherme; MITIDIERO, Daniel. *Curso de direito constitucional*. 7. ed. São Paulo: Saraiva Educação, 2018. p. 471-472.



MINISTÉRIO PÚBLICO FEDERAL
PROCURADORIA-GERAL DA REPÚBLICA

**3. CAPTAÇÃO AMBIENTAL POR UM DOS
INTERLOCUTORES: INCONSTITUCIONALIDADE DO USO
EXCLUSIVO EM MATÉRIA DE DEFESA (§ 4º DO ART. 8º-A DA
LEI 9.296/1996)**

De início, convém rememorar que a Constituição Federal, ao tratar da interceptação das comunicações telefônicas, no art. 5º, XII, prevê que “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”.

Quanto à privacidade, o art. 5º, X, estabelece que “são invioláveis a intimidade, a vida privada, a honra e a imagem das pessoas, assegurado o direito a indenização pelo dano material ou moral decorrente de sua violação”.

A partir da análise dos incisos transcritos, a doutrina afirma haver diferença constitucional de tratamento entre o sigilo das comunicações telefônicas e o direito à intimidade mitigado pela captação ambiental realizada por um dos comunicadores.³⁰

30 “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, Ada Pellegrini; FERNANDES, Antonio Scarance; GOMES FILHO, Antonio Magalhães. *As nulidades no processo penal*. 8. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais,



MINISTÉRIO PÚBLICO FEDERAL
PROCURADORIA-GERAL DA REPÚBLICA

Diante disso, é possível vislumbrar situações distintas.

A interceptação telefônica demanda autorização judicial e, para sua validade, é exigido que se trate de crime punido com reclusão. Quem promove a interceptação não integra a conversa, não participa da comunicação.

Já no caso da captação ambiental feita por um dos interlocutores, aquele que registra a comunicação de forma sub-reptícia dispõe do próprio direito à intimidade e, para gravar a conversa de que participa prescinde de autorização judicial – e é por isso que a licitude dos elementos de informação será aferida de maneira casuística.

São hipóteses que não se confundem, sendo de todo relevante observar que o art. 8º-A, *caput*, e §§ 1º, 2º e 3º, da Lei 9.296/1996 tratam da interceptação ambiental em sentido estrito e da escuta ambiental – cuja realização depende de ordem judicial por não ser disposição da própria intimidade, ao passo que o § 4º trata da gravação ambiental, ou gravação clandestina, que independe de autorização do Juízo ou conhecimento prévio do Ministério Público para garantir sua licitude, pois realizada por um dos interlocutores.

2004. p. 236).



MINISTÉRIO PÚBLICO FEDERAL
PROCURADORIA-GERAL DA REPÚBLICA

Desde o julgamento do RE 583.937 QO (Rel. Min. Cesar Peluso, *DJe* de 18.12.2009, Tema 237 da repercussão geral), o Supremo Tribunal Federal decidiu pela validade da prova produzida por meio de gravação ambiental realizada por um dos interlocutores sem o conhecimento do outro.

A tese continua sendo aplicada recentemente pela Corte Suprema, ao se debruçar sobre os casos concretos que lhe são apresentados a fim de aferir a validade da prova obtida mediante gravação ambiental:

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 Cesar 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 112.428, Rel. Min. Marco Aurélio, *DJe* de 9.2.2021.) – Grifo nosso.

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.



MINISTÉRIO PÚBLICO FEDERAL
PROCURADORIA-GERAL DA REPÚBLICA

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 1.240.873 AgR, Rel. Min. Roberto Barroso, *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*



MINISTÉRIO PÚBLICO FEDERAL
PROCURADORIA-GERAL DA REPÚBLICA

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 141.157 AgR, Rel. Min. Rosa Weber, DJe de 10.12.2019.)

A acurada análise da licitude da prova obtida mediante gravação ambiental é o fiel da balança para a efetiva utilização de elementos de informação no processo penal.

Ao que interessa à questão trazida pelo requerente, há de se observar que apenas o § 4º do art. 8º-A da Lei 9.296/1996 trata sobre gravação ambiental, nominando-a como "*captação ambiental feita por um dos interlocutores*". O referido dispositivo utiliza a expressão "*captação ambiental feita por um dos interlocutores*", e confere tratamento jurídico específico para a



MINISTÉRIO PÚBLICO FEDERAL
PROCURADORIA-GERAL DA REPÚBLICA

gravação ambiental: atrela a licitude da prova à utilização exclusiva “*em matéria de defesa*”.

A licitude da prova não há de variar a depender da parte beneficiária do conteúdo. A Constituição Federal estabelece ser inadmissível a prova obtida por “*meios ilícitos*”, sem ressalvas para defesa ou acusação, vítima ou ofensor.

Nesse contexto, presente a justa causa, há de se considerar o produto da gravação ambiental a partir da legitimidade da captação seguida de análise *in concreto* com outros direitos fundamentais eventualmente colidentes (justa causa *vs.* direito à intimidade).³¹

Verificada a higidez das informações, considerá-las para fins de formação da *opinio delicti* e para apreciação judicial dos fatos é medida que promove o interesse público com a elucidação de infrações, além de estar em consonância com os princípios da boa-fé, da lealdade processual, do devido processo legal e da proporcionalidade.

No ponto, merece atenção a vedação constitucional à proteção deficiente. Os direitos fundamentais expressam não apenas proibições de

31 SILVA, César Dario Mariano da. Provas ilícitas. 8. ed. Curitiba: Juruá: 2019. p. 43 e seguintes.



**MINISTÉRIO PÚBLICO FEDERAL
PROCURADORIA-GERAL DA REPÚBLICA**

excesso, como também podem ser traduzidos como proibições de proteção insuficiente ou imperativos de tutela.

Nesse contexto, a gravação ambiental ganha destaque. Isso porque as técnicas especiais de investigação têm se mostrado importante instrumento para descoberta de fontes de prova aptas a proteger vítimas e testemunhas. Especialmente em contexto de vulnerabilidade, a captação de imagens e sons pela vítima também merece ênfase.

Estupro de vulnerável, maus-tratos a idosos, violência doméstica e familiar contra a mulher são condutas criminosas que ocorrem às escondidas. Não são crimes de rua cuja elucidação ocorre por técnicas comuns de investigação – oitiva de testemunhas oculares, gravação por câmeras de segurança, busca e apreensão.

Invalidar gravações ambientais ou desprezá-las quando verificada integridade das provas, apenas por serem usadas pela acusação e não pela defesa, mostra-se incompatível com o princípio da igualdade, inviabiliza a paridade de armas no contexto do processo penal e tem o potencial de gerar a impunidade de ofensores cuja resposta estatal é imperiosa.

Desse modo, o emprego da captação ambiental realizada por um dos interlocutores, tanto em matéria de defesa quanto com vistas à elucidação



MINISTÉRIO PÚBLICO FEDERAL
PROCURADORIA-GERAL DA REPÚBLICA

criminosa por parte da acusação, comprovada a justa causa e a higidez do material, é medida que promove o interesse público e a persecução penal justa.

Em face do exposto, opina o PROCURADOR-GERAL DA REPÚBLICA pelo conhecimento da ação direta e, no mérito, pela procedência parcial do pedido para *(i)* declarar a constitucionalidade da parte final do art. 3º-B, § 1º, do CPP, que estabelece a vedação absoluta à utilização de videoconferência em audiências de custódia; *(ii)* quanto ao art. 8º-A, § 2º, da Lei 9.296/1996, declarar a nulidade parcial sem redução de texto, com a exclusão da interpretação que impossibilite o juiz determinar, fundamentada e excepcionalmente, a instalação noturna de dispositivos de captação ambiental “na casa”; *(iii)* declarar a constitucionalidade da expressão “*em matéria de defesa*” constante do art. 8º-A, § 4º, da Lei 9.296/1996.

Brasília, data da assinatura digital.

Augusto Aras
Procurador-Geral da República
Assinado digitalmente

TSS