

**DIREITO PROCESSUAL PENAL.
INCIDENTE DE ILICITUDE DE
PROVA. GRAVAÇÃO DE
CONVERSA TELEFÔNICA.
VIOLAÇÃO DE GARANTIAS
CONSTITUICIONAIS.
INTERLOCUTOR INSCIENTE DA
INTROMISSÃO INDEVIDA.
QUEBRA DA CADEIA DE
CUSTÓDIA.**

LEANDRO VARGAS CORRENTE
Pós-Graduando em Direito Penal e Processual Penal
Especialista em Direito Civil e Processual Civil
lvcorrente.adv@gmail.com
Advocacia & Consultoria Especializada

LEONADRO VARGAS ZAVATIN
Pós-Graduando em Direito Penal e Processual Penal
Pós Graduando em Direito Civil e Processual Civil
lvcorrente.adv@gmail.com
Advocacia & Consultoria Especializada

RODRIGO DA SILVA SOUZA
Pós-Graduando em Direito Penal e Processual Penal
lvcorrente.adv@gmail.com
Advocacia & Consultoria Especializada

AO JUÍZO DA _____ VARA CRIMINAL DA COMARCA DE CACOAL, ESTADO DE RONDÔNICA.

DISTRIBUIÇÃO POR DEPENDÊNCIA

***SEGredo DE JUSTIÇA!**

Ação Penal nº XXX

FULANO DE TAL, brasileiro(a), solteiro(a), comerciante, portador da Cl. RG nº XXX SSP/RO, e inscrito no CPF/MF sob o nº XXXX, com endereço à Rua XX, nº xxx, Bairro xxx, na cidade de Cacoal-RO, vem respeitosamente à presença de Vossa Excelência, por intermédio dos advogados signatários (instrumento de procuração anexo), com fulcro no art. 157, § 3º, do Código de Processo Penal e art. 5º, LVI, CF/88, requerer a

INSTAURAÇÃO DE INCIDENTE DE ILICITUDE DE PROVA

I – DO CABIMENTO

Cuida-se de instituto introduzido pela Lei 11.690/2008 e encontra-se de acordo com a orientação constitucional de vedação da admissibilidade de provas ilícitas no processo (art. 5º, LVI, CF).

No regramento determinado pela Lei 11.690/2008, estabelece o Código de Processo Penal que as provas ilícitas deverão ser desentranhadas dos autos (art. 157, *caput*) e que, uma vez preclusa a decisão de desentranhamento da prova declarada inadmissível, esta será inutilizada por decisão judicial, facultado às partes acompanhar **o incidente (art. 157, § 3.º)**, *in verbis*:

Art. 157. São inadmissíveis, devendo ser desentranhadas do processo, as provas ilícitas, assim entendidas as obtidas em violação a normas constitucionais ou legais.

*§ 3º Preclusa a decisão de desentranhamento da prova declarada inadmissível, esta será inutilizada por decisão judicial, facultado às partes acompanhar **o incidente**.*

Quanto ao procedimento adotado, NUCCI (2016, pág. 490): “**Convém seja instaurado um incidente à parte, onde se poderá melhor discutir o caráter da prova – se lícita ou ilícita, sem prejudicar o trâmite da ação principal**”.

É o procedimento incidente, cuja finalidade é a averiguação e constatação da ilicitude de determinada prova, assim considerada a que foi obtida em violação a normas constitucionais ou legais.

Ainda, a doutrina afirma a possibilidade de utilizar, por analogia, o disposto nos arts. 145 a 148 do CPP.

Como se vê, o Código de Processo Penal passou a contemplar, expressamente, o direito das partes à obtenção, antes da fase sentencial, de um pronunciamento judicial acerca da ilicitude ou não de prova acostada aos autos, estabelecendo, ainda, na hipótese de reconhecimento dessa ilicitude, a retirada obrigatória dos autos da prova considerada inadmissível.

A doutrina afirma também (Nucci, 2014, p. 205) que o incidente pode ser instaurado de ofício ou provocado pela parte interessada.

Neste sentido, a reforma processual trouxe a possibilidade de ser proferida uma decisão acerca da prova ilícita juntada aos autos, anteriormente à fase sentencial.

Quanto ao tempo de alegação, por ser a ilicitude afronta direta ou indireta da Constituição Federal, **a exemplo das nulidades absolutas**, portanto, não há prazo para a sua arguição.

I.a - DA NECESSÁRIA DISTRIBUIÇÃO POR DEPENDÊNCIA E SEGREDO DE JUSTIÇA

Trata-se de incidente processual em autos de Ação Penal que tramita em sigilo, conforme disposto no **Art. 234-B**, do Código Penal, *in verbis*:

“Art. 234-B. Os processos em que se apuram crimes definidos neste Título correrão em segredo de justiça”. (Incluído pela Lei nº 12.015, de 2009)

Nesse norte, diante da natureza jurídica dos fatos descritos na Denúncia que inaugura a ação penal – autos principais – serem compreendidos pelo sigilo descrito no dispositivo alhures, o incidente processual em testilha, por via de consequência, deve seguir a mesma tramitação sigilosa, a fim de preservar a intimidade das partes e o interesse processual, em razão disso, requer a tramitação deste incidente em SEGREDO DE JUSTIÇA.

II – DA PROVA ILÍCITA EM SENTIDO ESTRITO: ILICITUDE DO ARQUIVO DE MÍDIA.

Entende-se por ilicitude da prova, quando ocorre violação de direito material ou da Constituição no momento da coleta, anterior ou concomitante ao processo, mas sempre exterior a este, ou seja, fora do processo.

O arquivo de mídia juntado a fls. xx é fruto de um registro de áudio e deve ser desentranhado dos autos, pois consiste em prova ilícita, colhida (forjado) sem o respeito às garantias humanas fundamentais.

Para melhor adjetivar a ilicitude da prova, o requerente nomeou para atuar na figura de Perito Assistente Técnico, o perito Ricardo Caires dos Santos (*perito do Tribunal de Justiça do Estado de São Paulo, TRT2 e TRT5*), para examinar o arquivo de mídia acostado nos autos da ação penal em questão.

II.A– DO PARECER TÉCNICO EM DOCUMENTOSCOPIA APRESENTADO PELO PERITO.

Quando questionado acerca da violação da intimidade/privacidade do requerente, o qual figura como suposto interlocutor na gravação de fls. xx, colaciona-se, a seguir, respostas aos quesitos constantes do parecer técnico:

- B) Havia por parte do interlocutor (H) uma expectativa de que a interlocutora (M) se encontrava sozinha em um ambiente de privacidade?

R: Sim, na textualização aplicada na conversação entre os interlocutores, o interlocutor (homem) aparentava bem tranquilo que o diálogo entre eles não teria perigo para ele, no sentido que não estaria sendo gravado sua conversa.

- C) Na hipótese de haver uma terceira pessoa juntamente com a interlocutora (M), é possível afirmar a existência de violação de confiança decorrente de relações interpessoais (motivada pela amizade, pelo parentesco etc.)?

R: Sim, conforme resposta no item B, o interlocutor (homem) pensava que estava sendo protegido pela interlocutora (mulher).

- D) A interlocutora mulher de alguma forma, induz, encoraja ou de qualquer outra forma compromete a espontaneidade da fala do interlocutor homem durante a gravação clandestina?

R: Sim, conforme respostas dos itens B e C.

(recortes do parecer técnico anexo)

Ou seja, não houve só a violação do sigilo da comunicação telefônica, mas também a violação da intimidade e da privacidade da pessoa do requerente, conforme esclarecido do querido de letra “B”.

Trata-se de uma situação em que duas pessoas se reuniram para violar a intimidade e privacidade da pessoa do requerente, ora acusado, para injustamente incriminá-lo.

O áudio contestado ter sido captado pela Srª “fulana de tal” (mãe da suposta vítima). Foi ela quem confirmou e foi ela mesma quem entregou a gravação à autoridade policial, conforme fls xx.

A entrega da mídia foi devidamente certificada pelo Policial Civil às fls. xx/xx-verso.

Quanto a forma do registro de áudio, a própria **“Fulana de tal”** esclareceu que o áudio, ***“foi realizado em sua companhia, a seu pedido, para que “fulano” descrevesse os fatos. Quando mencionado a participação de “beltrana”, “sicrana” pediu a irmã para que não respondesse, assim (o interlocutor homem) não interromperia o relato”***. (*Ipsis litteris* da fls. xxx/xxx).

Ou seja, “fulana de tal” confessou que interferiu na interlocução de “beltrana”, pedindo a mesma que não respondesse quando mencionado a sua participação, para que o interlocutor não interrompesse o relato.

Ainda, quanto a forma da coleta da “prova”, fulana esclareceu detalhadamente através da ESCRITURA PÚBLICA DE DECLARAÇÃO lavrada em xx do mês xx do ano de xxxx, no LIVRO nº xx , FOLHAS xxx/xxx do 2º Ofício de Registro Civil e Tabelionato de Notas da Comarca de XX-UF, conforme abaixo transcrito:

“Saímos de carro juntas, paramos num estacionamento de um supermercado próximo (Supermercado Aguiar), combinamos de “Beltrana” ligar como se estivesse sozinha. Pois bem... a ligação é maior que 19 minutos, mas ficou gravado apenas 19 minutos devido a minha inexperiência no gravador de voz. E era justamente a parte em que ele ainda não a acusava.

“Beltrana” afirmou a ele estar sozinha, e que nas vezes em que ele a acusava eu (Fulana) fazia sinal para ela não dizer nada (o celular ficou o tempo todo na viva voz), podemos ver que “Beltrana” nem tentou se defender pois eu pedi para que ela não reagisse e que que fizesse ele confessar qualquer coisa e que deixasse ele falar a vontade, para não interromper em momento algum. Que ele poderia fazer besteira se desconfiasse da gravação que iria acusa-la para compromete — lá e ter ela do lado dele, mas que ela permanecesse firme sem contradizê-lo e foi assim que o fez”.

Quanto a mencionada Escritura Pública de Declaração, esta merece comentários especiais, os quais teceremos em tópico específico.

Em resumo: Quando “Beltrana” afirmou para ele (interlocutor homem), estar sozinha (e não estava), portanto, deliberadamente mentiu. Usou da confiança decorrente da relação interpessoal com o interlocutor para explanar sua privacidade e sua intimidade, o que é inviolável – art. 5º, inc. X da CF.

A inconfidência da interlocutora mulher é suficiente para comprovar ilicitude da prova, ante a violação da intimidade e da privacidade do requerente. Final, prova ilícita “é aquela que viola regra de direito material ou a Constituição no momento da sua coleta, anterior ou concomitante ao processo, mas sempre exterior a este (fora do processo)”¹.

Quanto a ilicitude advinda da violação do inciso XII, do art. 5º da Constituição Federal, destaca-se que a hipótese aqui não configura apenas uma gravação da conversa telefônica própria por um dos interlocutores. **MAS, SIM, ESCUTA E GRAVAÇÃO por terceiro de comunicação telefônica alheia.**

¹ Lopes Jr., Aury (pág.516)

Direito processual penal / Aury Lopes Jr. – 9. ed. rev. e atual. – São Paulo : Saraiva, 2012.

Neste sentido, com a devida vênia, os precedentes invocados nestes autos (fls. XX) quanto a (i)licitude deste áudio, tais não são determinantes nem guarda similaridade com o caso, como será descortinado abaixo:

Noutro norte, **aproximando-se do presente caso, invoca-se precedente do SUPREMO TRIBUNAL FEDERAL que identifica seus fundamentos e demonstra que o caso se ajusta:**

EMENTA: I. Habeas corpus: cabimento: prova ilícita. 1. Admissibilidade, em tese, do habeas corpus para impugnar a inserção de provas ilícitas em procedimento penal e postular o seu desentranhamento: sempre que, da imputação, possa advir condenação a pena privativa de liberdade: precedentes do Supremo Tribunal. II. Provas ilícitas: sua inadmissibilidade no processo (CF, art. 5º, LVI): considerações gerais. 2. Da explícita proscrição da prova ilícita, sem distinções quanto ao crime objeto do processo (CF, art. 5º, LVI), resulta a prevalência da garantia nela estabelecida sobre o interesse na busca, a qualquer custo, da verdade real no processo: conseqüente impertinência de apelar-se ao princípio da proporcionalidade - à luz de teorias estrangeiras inadequadas à ordem constitucional brasileira - para sobrepor, à vedação constitucional da admissão da prova ilícita, considerações sobre a gravidade da infração penal objeto da investigação ou da imputação. III. Gravação clandestina de "conversa informal" do indiciado com policiais. 3. Ilicidade decorrente - quando não da evidência de estar o suspeito, na ocasião, ilegalmente preso ou da falta de prova idônea do seu assentimento à gravação ambiental - de constituir, dita "conversa informal", modalidade de "interrogatório" sub- reptício, o qual - além de realizar-se sem as formalidades legais do interrogatório no inquérito policial (C.Pr.Pen., art. 6º, V) -, se faz sem que o indiciado seja advertido do seu direito ao silêncio. 4. O privilégio contra a auto-incriminação - nemo tenetur se detegere -, erigido em garantia fundamental pela Constituição - além da inconstitucionalidade superveniente da parte final do art. 186 C.Pr.Pen. - importou compelir o inquiridor, na polícia ou em juízo, ao dever de advertir o interrogado do seu direito ao silêncio: a falta da advertência - e da sua documentação formal - faz ilícita a prova que, contra si mesmo, forneça o indiciado ou acusado no interrogatório formal e, com mais razão, em "conversa informal" gravada, clandestinamente ou não. IV. Escuta gravada da comunicação telefônica com terceiro, que conteria evidência de quadrilha que integrariam: ilicitude, nas circunstâncias, com relação a ambos os interlocutores. 5. **A hipótese não configura a gravação da conversa telefônica própria por um dos interlocutores - cujo uso como prova o STF, em dadas circunstâncias, tem julgado lícito - mas, sim, escuta e gravação por terceiro de comunicação telefônica alheia, ainda que com a ciência ou mesmo a cooperação de um dos interlocutores: essa última, dada a intervenção de terceiro, se compreende no âmbito da garantia constitucional do sigilo das comunicações telefônicas e o seu registro só se admitirá como prova, se realizada mediante prévia e regular autorização judicial.** 6. **A prova obtida mediante a escuta gravada por terceiro de conversa telefônica alheia é patentemente ilícita em relação ao interlocutor insciente da intromissão indevida, não importando o conteúdo do diálogo assim captado.** 7. A ilicitude da escuta e gravação não autorizadas de conversa alheia não aproveita, em princípio, ao interlocutor que, ciente, haja aquiescido na operação; aproveita-lhe, no entanto, se, ilegalmente preso na ocasião, o seu aparente assentimento na empreitada policial, ainda que existente, não seria válido. 8. A extensão ao interlocutor ciente da exclusão processual do registro da escuta telefônica clandestina - ainda quando livre o seu assentimento nela - em princípio, parece inevitável, se a participação de ambos os interlocutores no fato probando for incindível ou mesmo necessária à composição do tipo criminal cogitado, qual, na

espécie, o de quadrilha. V. Prova ilícita e contaminação de provas derivadas (*fruits of the poisonous tree*). 9. A imprecisão do pedido genérico de exclusão de provas derivadas daquelas cuja ilicitude se declara e o estágio do procedimento (ainda em curso o inquérito policial) levam, no ponto, ao indeferimento do pedido. **(HC 80949, Relator(a): Min. SEPÚLVEDA PERTENCE, Primeira Turma, julgado em 30/10/2001, DJ 14-12-2001 PP-00026 EMENT VOL-02053-06 PP-01145 RTJ VOL-00180-03 PP-01001)**

Excelência, a intervenção de terceiro (Fulana), se compreende no âmbito da violação da garantia constitucional do sigilo das comunicações telefônicas.

Harmonicamente, a simples transcrição do precedente acima colacionado explica que **“a hipótese não configura a gravação da conversa telefônica própria por um dos interlocutores - cujo uso como prova o STF, em dadas circunstâncias, tem julgado lícito - mas, sim, escuta e gravação por terceiro de comunicação telefônica alheia, ainda que com a ciência ou mesmo a cooperação de um dos interlocutores: essa última, dada a intervenção de terceiro, se compreende no âmbito da garantia constitucional do sigilo das comunicações telefônicas e o seu registro só se admitirá como prova, se realizada mediante prévia e regular autorização judicial.**

Ora, uma das razões de ser ilícito o material de registro de áudio de fls. XX ser ilícito é a expressão de surpresa (para não dizer ingenuidade) revelada em juízo pela acusada Beltrana, ao dizer que *“jamaís iria produzir prova de um crime tão repugnante contra si”*.

Agora, como se pode admiti-la como prova em desfavor do interlocutor que não sabia que seu diálogo seria utilizado para auto incriminá-lo?

Cuida-se de gravação feita sem lei específica, é dizer, sem base legal. E sabe-se que toda e qualquer restrição a direito fundamental exige lei. Trata-se de princípio básico do Estado de Direito.

Para que nosso intelecto não se sacie com facilidade e para que convicção seja formada como uma sensação de riqueza, transcrevemos outros dois precedentes do Supremo:

INTERCEPTAÇÃO TELEFÔNICA – LEI PRÓPRIA. O artigo 5º, inciso XII, da Constituição Federal tutela o sigilo das comunicações telefônicas, admitindo o afastamento, para fins de investigação criminal e de instrução processual penal, por meio de lei própria, advinda em 1996 – Lei nº 9.296. Captação anterior pelo Estado, **ainda que com a anuência de um dos interlocutores, na modalidade escuta, mostra-se ilícita.** DELAÇÃO – RAZÃO DA CONDENAÇÃO – INSUFICIÊNCIA. A delação do corréu, por si só, não respalda a condenação, especialmente quando não confirmada em Juízo. **(RHC 121430, Relator(a): Min. MARCO AURÉLIO, Primeira Turma, julgado em 09/08/2016, PROCESSO ELETRÔNICO DJe-226 DIVULG 21-10-2016 PUBLIC 24-10-2016)**

Ementa: AGRAVO REGIMENTAL NO RECURSO EXTRAORDINÁRIO COM AGRAVO. RECURSO ESPECIAL ELEITORAL. CAPTAÇÃO ILÍCITA DE SUFRÁGIO. **ESCUA AMBIENTAL. PROVA ILÍCITA.** ILEGITIMIDADE PARA RECORRER. EMBARGOS NÃO CONHECIDOS. APELO EXTREMO INTEMPESTIVO. 1. A tempestividade constitui requisito recursal de admissibilidade indispensável, razão pela qual o recorrente deve obedecer aos prazos previstos na Lei 8.038/1990. 2. O recurso manifestamente incabível ou intempestivo não suspende ou interrompe o prazo para a interposição de outro recurso. Precedente: ARE 738.488-AgR, Rel. Min. Joaquim Barbosa, Plenário, DJe de 24/3/2014. 3. In casu, o acórdão extraordinariamente recorrido assentou: “CAPTAÇÃO ILÍCITA DE SUFRÁGIO – PROVA ILÍCITA – **GRAVAÇÃO AMBIENTAL. AUSÊNCIA DE AUTORIZAÇÃO JUDICIAL. CONTAMINAÇÃO DA PROVA DERIVADA.** EFEITOS DA NULIDADE. INICIAL. INDEFERIMENTO. RECURSO PROVIDO.” 4. Agravo regimental DESPROVIDO. **(ARE 789860 AgR, Relator(a): Min. LUIZ FUX, Primeira Turma, julgado em 19/08/2014, ACÓRDÃO ELETRÔNICO DJe-181 DIVULG 17-09-2014 PUBLIC 18-09-2014)**

II.B– DA QUEBRA DA CADEIA DE CUSTÓDIA

Em relação a cadeia de custódia, o parecer técnico lavrado pelo perito assistente esclarece que:

- H) Se não, com a ausência do aparelho que efetuou a gravação e as supressões que constam no áudio objeto de análise, é possível extrair convicção livre e motivada para fins de prova a ser analisada pelo juízo natural, conforme previsão do art. 93, IX, CF?

R: Não existindo o aparelho a preservação da cadeia de custódia para realização rastreadabilidade das evidências fica prejudica.

- I) Considerando que não houve a apreensão do instrumento utilizado para a captura de áudio da conversa registrada no material encaminhado para exame, pode-se falar em quebra da cadeia de custódia? Seria uma prova obtida por métodos ocultos?

R: Sim, a quebra da cadeia de custódia se deu quando não apresentou o equipamento que capturou a conversa.

Na forma que foi gravada e usada vejo que sim, que foi obtida por métodos ocultos.

Considerando que no Estado Democrático de Direito, o Direito ao Contraditório é tratado como um método de confrontação da prova e comprovação da verdade.

O contradizer a suposta verdade afirmada em uma prova é ato imprescindível para um mínimo de configuração acusatória do processo.

Logo, saber se as informações são empiricamente verificáveis implica, inicialmente, poder confiar que os dados armazenados e submetidos à valoração judicial guardam fidedignidade e não foram manipulados ou que não foram passíveis de manipulação. A preservação de cada uma das etapas que realizou a interceptação da comunicação entre os interlocutores é a única maneira de assegurar a integridade do procedimento probatório, ou seja, deve ser preservada a cadeia de custódia para permitir à defesa rastrear as fontes de prova².

² Sobre o tema, ver: EDINGER, Carlos. Cadeia de custódia, rastreabilidade probatória. Revista Brasileira de Ciências Criminais, São Paulo, v. 24, n. 120, p. 237-257., mai./jun. 2016;

Essa preservação das evidências das medidas de violação da comunicação telefônica não pode estar restrita à apresentação da mídia em que se encontram gravados os arquivos de áudio, **mas deve incluir a preservação do próprio sistema de TI, ou seja, do aparelho do que realizou a gravação.**

Mesmo em caso onde houve violação da comunicação mediante autorização judicial, houve concessão de ordem para determinar o desentranhamento de provas produzidas, por constituírem provas ilícitas, a Relatora Min. Assusete Magalhães advertiu que “(...) **constitui constrangimento ilegal a seleção do material produzido nas interceptações autorizadas, realizada pela Polícia Judiciária, tal como ocorreu, subtraindo-se, do Juízo e das partes, o exame da pertinência das provas colhidas (...) Decorre da garantia da ampla defesa o direito do acusado à disponibilização da integralidade de mídia, contendo o inteiro teor dos áudios e diálogos interceptados**³.

Ainda que menosprezássemos os preceitos as garantias constitucionais e processuais, a prova continuaria imprestável, pois não há, sequer, elementos que permite atestar sua veracidade/originalidade, tendo em vista, que o aparelho utilizado para realizar a gravação não foi entregue à autoridade policial, tampouco, submetido à perícia, o que prejudicaria pontos a serem esclarecidos por uma perícia.

Outrossim, quando submetida à exame técnico, o perito atesta que não é possível aferir o teor do conteúdo suprimido, pois quando um áudio é

MACHADO, Vitor Paczek; JEZLER JUNIOR, Ivan. A prova eletrônico-digital e a cadeia de custódia das provas: uma (re)leitura da súmula vinculante 14. Boletim IBCCRIM, São Paulo, v. 24, n. 288, p. 08-09., nov. 2016; CARVALHO, Jefferson Lemes. Cadeia de Custódia e sua relevância na persecução penal. Brazilian Journal of Forensic Sciences, Medical Law and Bioethics, vol. 5, p. 371-382.

³ STJ, HC nº 160662/RJ, 6ª Turma, j. 18/02/2014;

gravado e copiado para outro arquivo, resta a perícia prejudicada pelo fato de não ter acesso ao equipamento que realizou o registro de áudio (gravação).

Sob a análise técnica (além do perceptível), o expert (**parecer em anexo**) atesta a existência de corte de áudio, conforme abaixo ilustrado:

G) Há corte na gravação? Havendo supressão, é possível aferir o conteúdo que foi suprimido?

R: Existe corte ou edição, o ponto onde existe o corte ou edição é no início do áudio onde aparece o interlocutor (homem) falando, segue abaixo o espectrograma.



Ou seja, além de **ilícita**, a **mídia juntada é ilegítima**, porque viola regra de direito processual penal no momento da sua produção (produzida fora do juízo) – art. 155 do CPP e, também, é exterior do ao processo (fora dele), principalmente pela falta de preservação da cadeia de custódia.

Viola não só o inc. XII, da CF, conforme o entendimento acima transcrito, como também constitui total afronta ao princípio do devido processo legal (art. 5º, inc. LIV).

III – PROVA ILÍCITA E ILEGITIMA: ESCRITURA PÚBLICA LAVRADA NO LIVRO Nº XX, FOLHAS XX DO 2º OFÍCIO DE REGISTRO CIVIL E TABELIONATO DE NOTAS DA COMARCA DE XXX-UF.

Aos XX de XX de XXX, foi lavrado a **Escritura Pública Declaratória** que fez “**FULANA**”, no LIVRO nº xx, FOLHAS xxx do 2º Ofício de Registro Civil e Tabelionato de Notas da Comarca de XX-UF.

A referida Escritura Pública foi juntada às fls. XX e seguintes, pela defesa ora constituída da codenunciada “Beltrana”.

Verificando, a divisão doutrinária entre provas ilícitas e ilegítimas, colocamos o conceito do professor Carvalho: *“A doutrina distingue prova ilícita de ilegítima. A primeira seria a obtida com a violação de regra de direito material ou constitucional (ex: confissão obtida por meio de tortura). A segunda, com a violação de regra processual penal (ex: oitiva de testemunha, sem a presença do advogado da parte). A CF, no art. 5º, LVI, não admite as provas obtidas por meio ilícitos, abrangendo, também, as ilegítimas.”* (2009, p. 332)

Apesar de a juntada do documento de fls. XXX (Escritura Pública), ter sido realizada pela defesa da acusada “Beltrana”, a prova é completamente **ilegítima**, pois foi elaborada por um terceiro que não figura como parte.

Caso “Fulana” quisesse colaborar com a justiça, que o fizesse pessoalmente perante o juízo, tendo em vista que foi arrolada como testemunha pelo Ministério Público e já ouvida anteriormente pela autoridade policial, quando da formação do inquérito policial.

Aliás, até mesmo na condição de testemunha, o Código de Processo Penal não admite que a testemunha traga seu depoimento por escrito, devendo ser prestado oralmente (art. 204), para viabilizar o contraditório.

Outra evidência de que houve violação de norma processual (ilegitimidade da prova), deu-se quando “Fulana” quebrou a preservação da intimidade, vida privada, honra e imagem da própria ofendida – sua filha, conforme previsto no §6º do art. 201 do CPP.

Além de ilegítima, o referido documento é completamente ilícito, pois também viola normas de direito material.

A principal finalidade dos Registros Públicos é garantir a **publicidade**, dos atos jurídicos.

Segundo o artigo 16 da Lei de Registro Públicos (Lei nº 6.015/73), **“qualquer pessoa pode requerer certidão do registro sem informar ao oficial ou ao funcionário o motivo ou interesse do pedido”**.

Sendo assim, qualquer pessoa pode ter conhecimento das informações declaradas por “Fulana”, pois, trata-se de DOCUMENTO PÚBLICO.

Ocorre que o teor das declarações levadas à registro diz respeito aos atos processuais dos autos do inquérito policial autuado sob o nº XXX, do qual originou-se ação penal em face do requerente. Tanto o inquérito policial quanto a ação penal tramitam em **segredo de justiça**.

Verifica-se que foi levado à registro público, relato de cena pornográfica envolvendo uma adolescente.

Excelência, novamente houve a produção de uma prova produzida fora do juízo. A Declaração Pública é exterior ao processo.

Vale lembrar que estes autos tramitam em segredo de justiça, por força legal do art. 234-B do Código Penal, porém, qualquer pessoa em qualquer lugar do país poderá ter acesso pertinente a atos do processo mediante consulta à declaração levada a registro público, violando visceralmente a intimidade da ofendida.

III.a – Das Normas Aparentemente Violadas

Analisando as condutas de “**Fulana**” e **Beltrana**, estas apresentam flagrante incompatibilidade com as normas a seguir:

- Art. 5º, LX, CF - Garantia ao sigilo processual – (Produção da Escritura por “Fulana de Tal” – Juntada da Escritura aos autos pela corré);
- Art. 153, §1ºA, do Código Penal - (Divulgação de segredo – “Fulana de Tal”);
- Art. 240 do ECA - Registro, por qualquer meio, cena de sexo explícito ou pornográfica, envolvendo criança ou adolescente (Escritura Pública de Declaração – “Fulana de Tal”);

- Art. 241-A do ECA – Publicação ou divulgação por qualquer meio cena de sexo explícito ou pornográfica envolvendo criança ou adolescente (Escritura Pública de Declaração – “Fulana de Tal”);

Ante ao exposto, requer desde já, a intimação do Ministério Público para que cientifiquem-se de todo o teor do presente incidente de os fatos demonstrados, para a adoção das medidas cabíveis, bem como, a expedição de Ofício à Autoridade Policial, para que instaure Inquérito Policial a fim de apurar a prática dos fatos mencionados e eventuais crimes e sua consequente autoria.

III.b – Da Contaminação da Escuta Especializada da Menor

Esclarecida a questão da ilicitude, passemos ao problema da contaminação da prova ilícita sobre as demais. Uma vez considerada ilícita a prova, deve ser verificada a eventual contaminação que essa prova produziu em outras e até mesmo na sentença, conforme exigência feita **pelo art. 573, § 1º, do CPP**.

A problemática da contaminação é disciplinada pelo próprio CPP:

Art. 157. São inadmissíveis, devendo ser desentranhadas do processo, as provas ilícitas, assim entendidas as obtidas em violação a normas constitucionais ou legais.

§ 1º São também inadmissíveis as provas derivadas das ilícitas, salvo quando não evidenciado o nexo de causalidade entre umas e outras, ou quando as derivadas puderem ser obtidas por uma fonte independente das primeiras.

Considerando o fato de “Fulana” ser a genitora da menor, considerando que a mesma orientou sua filha à “*verdade*”, conforme declarado na escritura pública e, considerando que declaração fora feita antes que fosse realizado a escuta especializada da suposta vítima, tem-se, como consequência, a inevitável contaminação da escuta especializada.

O *Princípio da Contaminação*, entende-se que o vício se transmite a todos os elementos probatórios obtidos a partir do ato maculado, literalmente contaminando-os com a mesma intensidade.

Assim, se a Declaração Pública realizada por “Fulana” é uma prova ilícita, mesmo que a escuta especializada da menor seja supostamente regular, é um ato superveniente e claramente influenciado pela orientação de sua genitora. Portanto, contaminado está, sendo flagrantemente ILÍCITA e ILEGÍTIMA, pois, possui vícios na sua formação oriundos de ato ilícito precedente.

IV - DO COMPORTAMENTO DE “FULANA DE TAL” / FIGURA AUTARCA

1º FATO:

“Fulana de Tal” prestou declaração na Delegacia da mulher na cidade de XX- UF e passou a relatar que tomou conhecimento de que sua filha, supostamente, era abusada sexualmente pelo requerente.

2º FATO:

“Fulana de Tal” relatou que acusado a estava ameaçando de morte e que ele possuía armas de fogo. Mas, realizado a busca em sua residência, nada foi encontrado.

3º FATO:

“Fulana de Tal” que noticiou os fatos à testemunha “A”, conforme termo de declaração às fls. XX.

A referida testemunha é avó da suposta vítima e afirmou na mesma declaração que “Fulana de Tal” estava preocupada com o dinheiro que iria receber do acusado e não com o suposto trauma psicológico que foi acusado na suposta vítima.

“Fulana de Tal” que noticiou os fatos à testemunha “B” (pai da suposta vítima).

4º FATO:

Foi “Fulana de Tal” quem gravou a conversa entre “Beltrana” e o acusado, conforme termo de declaração às fls. XX. **Fulana e Beltrana** decidiram ligar para acusado. Leia-se: “ligar para “Fulano” e ver se ele confessava esta situação pelo telefone”. Então, “Beltrana ligou para -Fulano- do telefone dela, e a conversa foi gravada pelo celular da declarante (Fulana de Tal)”.

Ou seja, enquanto “Beltrana” (interlocutora mulher) conversava com “Fulano” (interlocutor H), **Fulana** gravava a suposto diálogo, supostamente havido entre os interlocutores.

5º FATO:

“Fulana de Tal” se comprometeu entregar a gravação a apresentar a gravação à delegacia de polícia (fl. XX) e, de fato entregou por ocasião de seu depoimento às fls. XX.

“Beltrana”, em sua defesa prévia (fls. XX), afirma que “Fulana de Tal” “se posiciona totalmente ao lado” da referida denunciada - (*trecho da fl. XXX*).

6º FATO:

Às fls. XX, foi juntado uma decisão proferida nos autos de nº XXX.

Trata-se de medida cautelar de sustação de protesto com pedido de liminar, pleiteada pelo advogado ex patrono da acusada “Beltrana”.

No referido processo a parte autora queixa que foi pactuado o pagamento no valor de R\$ XXXX de entrada, e o requerido passou mais 04 cheques pós-datados de sua cunhada “Fulana de Tal” e que nenhum pagamento fora feito e que todos os cheques foram sustados por má-fé aos serviços advocatícios prestados numa ação de estupro de vulnerável.

“Em razão da sustação dos cheques emitidos no Contrato de Honorários (da emitente “Fulana de Tal”), observando o desinteresse do primeiro requerido e sua cunhada em honrar com o pagamento do Contrato de Honorários”.

Portanto, existem fortes indícios de que a mãe da suposta vítima (“Fulana de Tal”) era quem patrocinava os honorários do advogado da acusada “Beltrana”.

Como este juízo é o mesmo daqueles autos, determinou que fosse encaminhada cópia do contrato e dos títulos acostados no *ID XXX para Ação Penal n. XXX*.

O título acostado no Id xx é um cheque emitido por “Fulana de Tal” (mãe da suposta vítima, no valor de R\$ XXX, com previsão de pagamento para o mês de XXX de XXX, nominado ao ex-patrono da acusada “Beltrana” (vide procuração e documentos de fls. XXX outorgado.

Há um segundo cheque, também de titularidade de “Fulana de Tal” no valor de R\$ XXX, com previsão de pagamento para o mês de XX de XXXX, igualmente nominado ao dito causídico.

De forma claramente vinculada, os cheques coincidem com a data e com o valor entabulado no contrato de honorários apresentado às fls. XXX, confirmando que o advogado contratado para a defesa é o mesmo titular dos títulos de crédito.

Assim, considerando o que foi afirmado por “Beltrana” na resposta à acusação (fls. XXX), que “Fulana de Tal” “se posiciona totalmente ao lado” da referida acusada- (trecho da fl. XXX), considerando a existência de indícios de tergiversação conforme acima apontado, resta prejudicada sua defesa técnica, pois a influência de “Fulana de Tal” “compromete o destemor, decoro, a dignidade, a independência e boa-fé processual exigido do advogado.

Atualmente a defesa técnica da ré Lilian é patrocinada pelo advogado “X”.

Já nos autos da Carta Precatória de nº XXXX, a suposta vítima, representada pela sua genitora “Fulana de Tal”, constituiu advogado “X”.

Nesse cotejo, ainda que alienígena à relação processual, a compostura de “Fulana de Tal” ofende o Princípio da Oficialidade, pois a atividade de investigação e a produção de provas em face do acusado compete privativamente aos órgãos oficiais, conforme expressa previsão constitucional nos arts. 129 e 144, ambos da CF/88.

A pretensão punitiva do Estado deve se fazer valer por órgãos públicos, ou seja, no caso do inquérito, somente a autoridade policial e na Ação Penal, o Ministério Público

A titularidade do direito de penar por parte do Estado surge no momento em que se **suprime a vingança privada e se implantam os critérios de justiça**, mas no caso da ação penal em específico, parece-nos que “Fulana de Tal” se arroga poderes para governar (punir) à margem das instituições públicas, em especial do judiciário, por isso, representa uma figura Autarca.

V – CONCLUSÃO DAS ILEGALIDADES CONTIDAS NO PROCESSO

- Art. 5º, LX, CF - Garantia ao sigilo processual – (Produção da Escritura por “Fulana de Tal” – Juntada da Escritura aos autos por Lilia);
- Art. 153, §1ºA, do Código Penal - (Divulgação de segredo – “Fulana de Tal”);
- Art. 240 do ECA - Registro, por qualquer meio, cena de sexo explícito ou pornográfica, envolvendo criança ou adolescente (Escritura Pública de Declaração – “Fulana de Tal”);
- Art. 241-A do ECA – Publicação ou divulgação por qualquer meio cena de sexo explícito ou pornográfica envolvendo criança ou adolescente (Escritura Pública de Declaração – “Fulana de Tal”);

VI – DOS PEDIDOS

Ante ao exposto, requer:

- A)** A instauração do incidente e, conseqüentemente a **suspensão** da ação penal Ação Penal nº XXX, consistente em não produção de qualquer prova sob o manto do contraditório, até a declaração de (i)licitude das provas apontadas neste petitório, especialmente a colheita dos interrogatórios, a fim de evitar que novos atos processuais violem as garantias constitucionais, sob pena de nulidade;
- B)** A juntada do Parecer Técnico nos autos principais e vistas ao Ministério Público para ciência de todo o seu teor;
- C)** Ao final, requer que seja reconhecida a ilicitude do áudio de fls. XX, determinando o desentranhamento/exclusão, conforme todo o exposto no item II, conforme disciplina do art. 157, CPP;
- D)** Reconhecido a ilicitude da declaração pública (fls. XX) feita por “Fulana de Tal” e, conseqüentemente a contaminação pela ilicitude do depoimento especial da menor (Mídia de fls. XX), conforme disciplina §3º do 157, CPP;
- E)** A intimação do Ministério Público para que tome ciência de todo o teor deste incidente, inclusive dos fatos descritos **item IV**;

F) Requer também, a expedição de ofício à Autoridade Policial para instauração de Inquérito, visando apurar os fatos descritos no item IV, nos termos dos arts. 6º do CPP e 128 da CF;

G) Por fim, requer a revogação da prisão preventiva do requerente nos termos do art. 316 do CPP ou, subsidiariamente, a conversão em medida cautelar diversa (319, IX, CPP), em virtude da suspensão do curso da ação principal até que a dúvida sobre a (i)licitude suscitada seja sanada em definitivo nos autos principais;

Termos em que,
Pede e espera deferimento.

Local, data.