



FACULDADE DOCTUM DE CARATINGA

MÁRIO HENRIQUE ROCHA LOTE

**A GRAVAÇÃO CLANDESTINA ANTE O DIREITO À PRIVACIDADE:  
Uma análise atual de um meio de prova não regulamentado**

BACHARELADO  
EM  
DIREITO

CARATINGA/MG  
2018

MÁRIO HENRIQUE ROCHA LOTE  
FACULDADE DOCTUM DE CARATINGA

**A GRAVAÇÃO CLANDESTINA ANTE O DIREITO À PRIVACIDADE:  
Uma análise atual de um meio de prova não regulamentado**

Monografia apresentada à banca examinadora do Curso de Direito da Faculdade Doctum de Caratinga, como requisito parcial à obtenção do título de Bacharel em Direito.

Área de Concentração: Direito Processual Penal e Direito Constitucional.

Orientador: Prof. Esp. Ivan Lopes Sales

CARATINGA/ MG

2018

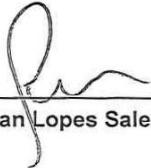
TERMO DE APROVAÇÃO

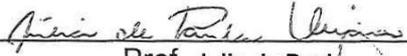
TERMO DE APROVAÇÃO

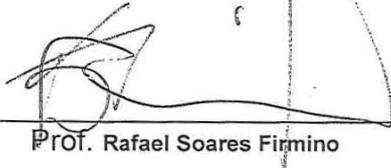
Trabalho de Conclusão de Curso intitulado A gravação Clandestina ante o direito à privacidade: Uma análise atual de meio de prova não regulamentado, elaborado pelo aluno Mário Henrique Rocha Lote foi aprovado por todos os membros da Banca Examinadora e aceita pelo curso de Direito da FACULDADES DOCTUM DE CARATINGA, como requisito parcial da obtenção do título de

**BACHAREL EM DIREITO.**

Caratinga 02 de Dezembro 2018.

  
Prof. Ivan Lopes Sales

  
Prof. Julia de Paula

  
Prof. Rafael Soares Firmino

## **Agradecimentos**

Primeiramente a Deus, que apesar de minha ignorância, sempre me guiou pelo caminho certo.

Aos meus pais, José e Sílvia, que sempre me incentivaram na realização do curso, e que com muito trabalho e suor me criou e ajudou-me a formar meu caráter, fazendo de mim o homem que sou hoje.

A minha esposa Rayele que sempre me amou e sempre esteve ao meu lado nos momentos mais difíceis, me auxiliando e apoiando na passagem por essa etapa de minha vida.

A minha irmã que sempre me esteve ao meu lado com seu amor e carinho.

A Polícia Militar de Minas Gerais, instituição a qual faço parte e que sempre irei admirar.

Ao meu orientador Ivan Lopes Sales que dedicou em me auxiliar na criação deste trabalho, pondo-se a disposição na solução de dúvidas e na resolução de problemas.

A Faculdade Doctum de Caratinga e aos seus professores que sempre estiveram dispostos a nos repassar seus conhecimentos, contribuindo para minha formação.

“O homem livre é senhor de sua vontade  
e somente escravo de sua consciência”,  
Aristóteles

## **ABREVIATURAS E SIGLAS**

CBT - Código Brasileiro de Telecomunicações

CF - Constituição Federal

CP - Código Penal

CPC - Código de Processo Civil

CPP - Código de Processo Penal

HB - Habeas Corpus

PL - Projeto de Lei

RE - Recurso Extraordinário

REsp. - Recurso Especial

STF - Supremo Tribunal Federal

STJ - Superior Tribunal de Justiça

## **RESUMO**

Este trabalho visa analisar a gravação clandestina de maneira atual, diferenciando-a das demais provas, demonstrando que tal meio de prova pode ser considerada lícita atendendo a certos requisitos jurisprudências. Tais provas se manifestam em favor da vítima e tem sua ilicitude afastada mediante entendimento dos tribunais superiores. Estas gravações possuem um importante papel na defesa dos direitos fundamentais e garantias processuais do indivíduo que esta sendo julgado. Dessa maneira, a análise em questão irá demonstrar a licitude destas gravações expondo princípios e normas atuais, bem como o entendimento dos tribunais na atualidade e se houve mudanças jurisprudenciais ao longo desses anos, o que poderia interferir em questões de direitos individuais.

### **Palavras-chave**

Gravação Clandestina, Privacidade, Proporcionalidade, Direitos Fundamentais, Provas.

## SUMÁRIO

INTRODUÇÃO.....	9
1. DO PROCESSO PENAL E SUAS PROVAS.....	10
1.1. Princípios Relacionados .....	10
1.1.1. <i>Princípio da Legalidade</i> .....	10
1.1.2. <i>Princípio do Contraditório e da Ampla Defesa</i> .....	11
1.1.3. <i>Princípio da Verdade Real</i> .....	12
1.1.4. <i>Princípio da Inadmissibilidade das provas obtidas por meios ilícitos</i> .....	13
1.1.5. <i>Princípio da Razoabilidade ou Proporcionalidade</i> .....	14
1.2. Conceito e função das provas .....	15
1.2.1. <i>Provas ilícitas e sua proibição perante a constituição</i> .....	16
1.2.2. <i>Provas derivadas das ilícitas</i> .....	17
1.2.3. <i>Provas Illegítimas</i> .....	18
1.2.4. <i>Admissibilidade das provas ilícitas perante o princípio da proporcionalidade</i> ..	19
1.3. Os tipos de gravações e suas diferenças .....	21
1.3.1. <i>Interceptação</i> .....	22
1.3.2. <i>Escuta</i> .....	23
1.3.3. <i>Gravação Clandestina</i> .....	24
1.4. Projeto de Lei - PL 3.514/89 .....	25
1.5. Considerações sobre a lei 9.296/96.....	27
2. DIREITOS FUNDAMENTAIS EM RELAÇÃO ÀS GRAVAÇÕES CLANDESTINAS.....	30
2.1. Os direitos humanos e os direitos fundamentais.....	30
2.1.1. <i>Conceitos</i> .....	30
2.1.2. <i>A limitação dos direitos fundamentais</i> .....	32
2.2. O direito à privacidade e o sigilo das comunicações.....	35
2.2.1. <i>O direito à privacidade e a intimidade</i> .....	35
2.2.2. <i>O sigilo das comunicações presentes na constituição</i> .....	37
2.2.3. <i>Os limites ao direito à privacidade e ao sigilo das comunicações</i> .....	38
2.3. As gravações clandestinas e o direito à privacidade.....	40
3. GRAVAÇÕES CLANDESTINAS E O ENTENDIMENTO ATUAL DOS TRIBUNAIS.....	46
3.1. As gravações clandestinas na visão do STF.....	46
3.1.1. <i>Recurso Extraordinário – RE 402717/PR</i> .....	46
3.1.2. <i>Recurso Extraordinário – RE 583937/RJ</i> .....	47
3.1.3. <i>Ag.Reg. no Agravo de Instrumento – AI 560223/SP</i> .....	48
3.1.4. <i>Habeas Corpus com Medida Cautelar – HB 148864/ES</i> .....	49

3.2. As gravações clandestinas na visão do STJ.....	50
3.2.1. <i>Habeas Corpus - HC 292858 / ES</i> .....	51
3.2.2. <i>Agravo Regimental no Recurso Especial - AgRg no AREsp 1084333/PR</i> .....	52
3.3. Entendimento de outros tribunais .....	53
CONSIDERAÇÕES FINAIS .....	56
REFERÊNCIAS .....	57

## INTRODUÇÃO

O presente trabalho visa uma abordagem sobre o tema utilizando diferentes ramos do direito, como Direito Processual Penal e também Direito Constitucional, com o objetivo de esclarecer sobre questões controversas que surgem a respeito do tema, levantando-se como problema o conflito existente entre estas gravações e o direito à privacidade prevista em nossa Constituição.

Na busca pelo entendimento a respeito do assunto proposto, tem-se como metodologia a elaboração de uma pesquisa teórico-dogmática, focada na busca por informações em doutrinas recentes e jurisprudências que tiveram grande relevância jurídica no assunto em questão.

Têm-se como marco teórico a ideia trazida por Luiz Francisco Torquato Avolio, a qual sustenta que havendo interesses jurídicos que se sobressaiam em detrimento da proteção à intimidade, tal gravação poderá ser considerada prova lícita, aplicando-se o princípio da proporcionalidade. Ideia esta que serve de base a hipótese de que o direito à privacidade poderá sofrer limitações em detrimento do direito a liberdade e a defesa.<sup>1</sup>

Buscando o entendimento do assunto, o presente trabalho foi dividido em três capítulos, sendo que no primeiro serão apresentados alguns princípios relacionados com o tema, o conceito de provas, diferenciando o que seriam as provas lícitas e ilícitas. Também serão apresentadas as diferenças entre as provas de gravação, buscando um entendimento primário sobre a prova em questão.

No segundo capítulo serão apresentados os questionamentos a respeito da utilização da gravação clandestina e o direito à privacidade. Será exposta a previsão constitucional a respeito do assunto, a relativização dos direitos fundamentais, bem como o questionamento entre as gravações e a privacidade alheia.

Por fim, o terceiro capítulo terá como foco as questões jurisprudenciais a respeito do tema, no qual iremos apresentar julgados dos tribunais superiores que vieram como um marco em relação a este conflito e qual é o entendimento atual dos tribunais.

---

<sup>1</sup> AVOLIO, Luiz Francisco Torquato. **Provas ilícitas: interceptação telefônica, ambientais e gravações clandestinas**. 6ª ed. ver. atual. e ampl. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2015. p.232.

## 1. DO PROCESSO PENAL E SUAS PROVAS

### 1.1. Princípios Relacionados

Entrando na temática a ser apresentada, far-se-á necessário o estudo de alguns princípios relacionados ao assunto, no intuito de uma melhor compreensão do tema proposto.

#### 1.1.1. Princípio da Legalidade

O Princípio da Legalidade disciplina a ideia de que: “Ninguém será obrigado a fazer ou deixar de fazer alguma coisa senão em virtude de lei”. Tal afirmação esta presente no artigo 5º, inciso II de nossa Constituição Federal e representa expressamente uma concepção moderna de que tal princípio age como instrumento de garantia de liberdades individuais dos cidadãos<sup>2</sup>.

Tal princípio surgiu no século XIX na Constituição Imperial de 1824 e trouxe a ideia de “Império das Leis” originada pelos burgueses da Revolução Francesa, com influências nos pensamentos iluministas, e que buscavam trazer a lei como norma geral e como instrumento de proteção aos direitos individuais dos cidadãos<sup>3</sup>.

Com o surgimento desse princípio, não somente o cidadão comum teve de se submeter às normas legais, mas também a autoridade governante que, anteriormente decidia segundo sua vontade, passou a se submeter ao regime das leis, acabando com o “Governo dos Homens”<sup>4</sup>.

A incidência desse princípio sobre o Estado lhe trouxe limitações no que tange a sua atuação, conforme descreve Vicente Paulo:

Relativamente ao Poder Público, outro é o conteúdo do princípio da legalidade. Sendo ele a consagração da ideia de que o Estado se sujeita às leis e, ao mesmo tempo, de que governar é atividade cuja realização exige a edição de leis (governo *sub lege* e *per lege*), tem como corolário a

---

<sup>2</sup> MENDES, G. F.; BRANCO, P. G. G. **Curso de direito constitucional**. 12. ed. rev. e atual. São Paulo: Saraiva, 2017. p. 755.

<sup>3</sup> MENDES, G. F.; BRANCO, P. G. G. **Curso de direito constitucional**. 12. ed. rev. e atual. São Paulo: Saraiva, 2017. p. 755.

<sup>4</sup> PAULO, V.; ALEXANDRINO, M. **Direito Constitucional descomplicado**. 16. ed. rev., atual. e ampl. São Paulo: MÉTODO, 2017. p. 120.

confirmação de que o Poder Público não pode atuar, nem contrariamente às leis, nem na ausência de lei.<sup>5</sup>

Diferente do que ocorre ao Estado, a incidência desse princípio ao cidadão comum não ocorre de maneira tão rigorosa, a ele é permitido atuar tanto nas situações em que a lei permita, ou a traga como obrigação, quanto nas situações em que a lei se faz ausente, inexistindo lei proibitiva<sup>6</sup>. É o que se vê no artigo 5º, XXXIX, da CF/88, que diz “não há crime sem lei anterior que o defina, nem pena sem prévia cominação legal”.

### **1.1.2. Princípio do Contraditório e da Ampla Defesa**

Tanto o princípio do contraditório, quanto o da ampla, defesa possuem suma importância nos processos penais, pois, estão previstos expressamente em nossa Constituição, mais especificamente no artigo 5º, LV, a qual diz que “aos litigantes, em processo judicial ou administrativo, e aos acusados em geral são assegurados o contraditório e ampla defesa, com os meios e recursos a ela inerentes”. Estes dois princípios estão diretamente ligados a defesa dos acusados e, apesar de aparentarem serem um só princípio, não se confundem, possuindo divergências que deverão ser observadas.

Quanto ao princípio da ampla defesa, temos a ideia de Fernando Capez a qual descreve que em relação a esse princípio:

Implica o dever de o Estado proporcionar a todo acusado a mais completa defesa, seja pessoal (autodefesa), seja técnica (efetuada por defensor) (CF, art. 5º, LV), e o de prestar assistência jurídica integral e gratuita aos necessitados (CF, art. 5º, LXXIV).<sup>7</sup>

Vicente Greco Filho expõe de forma mais simples sobre esse princípio e diz que “Consiste a ampla defesa na oportunidade de o réu contraditar a acusação,

---

<sup>5</sup> PAULO, V.; ALEXANDRINO, M. **Direito Constitucional descomplicado**. 16. ed. rev., atual. e ampl. São Paulo: MÉTODO, 2017. p. 120.

<sup>6</sup> PAULO, V.; ALEXANDRINO, M. **Direito Constitucional descomplicado**. 16. ed. rev., atual. e ampl. São Paulo: MÉTODO, 2017. p. 120.

<sup>7</sup> CAPEZ, Fernando. **Curso de processo penal**. 23. ed. São Paulo: Saraiva, 2016. p. 91.

mediante a previsão legal de termos processuais que possibilitem a eficiência da defesa [...]”.<sup>8</sup>

Como observado, a ampla defesa é destinada ao indivíduo que se encontra na posição de réu/acusado em um processo, é garantido a ele a oportunidade de defesa em relação à acusação judicial e administrativa. Como tal princípio privilegia o interesse do acusado, pode-se considerar a ampla defesa como um direito.<sup>9</sup>

Com relação ao princípio do contraditório, temos uma ideia similar ao princípio da ampla defesa, contudo, é de se notar que no contraditório, ambas as partes possuem direito a fiscalizar atos processuais e contradizer as informações apresentadas pela outra parte, tal bilateralidade é demonstrada por Renato brasileiro de Lima:

[...]o núcleo fundamental do contraditório estaria ligado à discussão dialética dos fatos da causa, devendo se assegurar a ambas as partes, e não somente à defesa, a oportunidade de fiscalização recíproca dos atos praticados no curso do processo. Eis o motivo pelo qual se vale a doutrina da expressão "audiência bilateral".<sup>10</sup>

Como se observa, ambos os princípios, apesar de pouco diferentes, estão ligados entre si, o que demonstra que o legislador acertou em colocá-los no mesmo texto constitucional.

### **1.1.3. Princípio da Verdade Real**

Na busca pelo significado da verdade real no processo penal, temos a ideia traga por Guilherme de Souza Nucci, no qual diz que “o princípio da verdade real significa, pois, que o magistrado deve buscar provas, tanto quanto as partes, não se contentando com o que lhe é apresentado, simplesmente.”.<sup>11</sup>

Esse princípio está presente de maneira implícita em alguns artigos do Código de Processo Penal. Podemos observar o artigo 209, caput, do CPP, o qual

---

<sup>8</sup> GRECO FILHO, Vicente. **Manual de processo penal**. 9. ed. rev. e atual. São Paulo: Saraiva, 2012. p. 94.

<sup>9</sup> LIMA, Renato Brasileiro de. **Manual de processo penal**. Volume único. 5. ed. rev. ampl. E atual. Salvador: Ed. JusPodivm, 2017. p.54.

<sup>10</sup> LIMA, Renato Brasileiro de. **Manual de processo penal**. Volume único. 5. ed. rev. ampl. E atual. Salvador: Ed. JusPodivm, 2017. p. 51.

<sup>11</sup> NUCCI, Guilherme de Souza. **Manual de processo penal e execução penal**. 13. ed. rev., atual. e ampl. Rio de Janeiro: Forense, 2016. p. 98.

descreve que “O juiz, quando julgar necessário, poderá ouvir outras testemunhas, além das indicadas pelas partes”, também o artigo 234, caput, o qual descreve que “Se o juiz tiver notícia da existência de documento relativo a ponto relevante da acusação ou da defesa, providenciará independentemente de requerimento de qualquer das partes, para sua juntada aos autos, se possível.”. Observamos que a lei permite ao Juiz realizar atos, além dos que são comumente usados, para que haja uma melhor elucidação dos fatos. Percebemos assim que a verdade real é objetivo no processo penal, por esse motivo, o magistrado deve buscar elucidar os fatos, utilizando de mecanismos como os artigos descritos acima, tendo como meta aproximar-se ao máximo da verdade com o intuito de proferir sentença baseando-se em elementos concretos.<sup>12</sup>

#### ***1.1.4. Princípio da Inadmissibilidade das provas obtidas por meios ilícitos***

Outro princípio importante no processo penal e que tem gerado discussão sobre sua aplicabilidade, é o princípio da vedação da utilização de provas ilícitas no processo penal. Atualmente, tais provas são inadmissíveis por força de norma Constitucional e de norma Processual, as quais serão discutidas posteriormente. É com base nessas normas, principalmente a norma constitucional, que tal princípio se sustenta, sob o argumento de que a proibição constitucional não poderia admitir exceção ou relativização<sup>13</sup>, e é neste ponto que a doutrina tem discutido.

Segundo Fernando Capez, tais provas são conhecidas como provas vedadas e se tratam de provas produzidas em desacordo com norma legal específica.<sup>14</sup>

A doutrina tem discutido sobre a admissão da utilização de provas ilícitas quando em processo se essa prova for utilizada em favor do réu, contudo se trata de uma discussão que confronta com a norma constitucional, e que por esse motivo tem gerado grande discussão doutrinária.

---

<sup>12</sup> AVENA, Norberto Cláudio Pâncaro. **Processo penal**. 9.<sup>a</sup> ed. rev. e atual. Rio de Janeiro: Forense; São Paulo: MÉTODO, 2017. p. 45.

<sup>13</sup> LOPES JR., Aury. **Direito processual penal**. 12.<sup>a</sup> ed. São Paulo: Saraiva, 2015. p.404.

<sup>14</sup> CAPEZ, Fernando. **Curso de processo penal**. 23. ed. São Paulo: Saraiva, 2016. p.108.

### **1.1.5. Princípio da Razoabilidade ou Proporcionalidade**

O princípio da razoabilidade ou proporcionalidade não está previsto expressamente em nossa Constituição, porém, sua utilização se faz de maneira implícita com base em entendimentos extraídos da doutrina e jurisprudência.<sup>15</sup>

Apesar da falta desse princípio em nossa Carta Magna, o Estado já reconheceu como princípio base na atuação da Administração Pública o princípio da razoabilidade e da proporcionalidade, que inclusive estão expressos na lei 9.784/99, lei que regula o processo administrativo no âmbito da Administração Pública Federal:

Art. 2º A Administração Pública obedecerá, dentre outros, aos princípios da legalidade, finalidade, motivação, **razoabilidade**, **proporcionalidade**, moralidade, ampla defesa, contraditório, segurança jurídica, interesse público e eficiência. (*grifo nosso*)<sup>16</sup>

Apesar de estar descrito, no artigo acima citado, separadamente as palavras razoabilidade e proporcionalidade, no Brasil tais termos são frequentemente usadas de forma indistinta, porém, devemos ter em mente que tal princípio foi desenvolvido com base nas ideias vindas da razoabilidade presente na doutrina norte-americana, e da proporcionalidade vinda do direito alemão, que se diferenciam em alguns aspectos.<sup>17</sup>

Como em nosso direito não há distinção entre proporcionalidade e razoabilidade, o presente trabalho utilizará os dois termos de forma indistinta.

Para Mougnot, o princípio da proporcionalidade está um patamar acima dos demais princípios, sendo inclusive chamado de “princípio dos princípios”, ou de “superprincípio”, pois enquanto os outros princípios não são absolutos, ou seja, podem ser flexibilizados, o princípio da proporcionalidade é tratado como um princípio absoluto, não admitindo flexibilização, tendo em vista que se trata de um método de interpretação que visa solucionar conflitos de princípios ou a solução do balanço de valores em oposição, como por exemplo, o conflito existente entre a

<sup>15</sup> BARCELLOS, Ana Paula de. **Curso de direito constitucional**. Rio de Janeiro: Forense, 2018. p.440.

<sup>16</sup> BRASIL. Decreto lei nº 9.784, de 29 de janeiro de 1999. **Regula o processo administrativo no âmbito da Administração Pública Federal**. Disponível em: <[http://www.planalto.gov.br/ccivil\\_03/LEIS/L9784.htm](http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/LEIS/L9784.htm)>. Acesso em: 09 set 2018.

<sup>17</sup> BARCELLOS, Ana Paula de. **Curso de direito constitucional**. Rio de Janeiro: Forense, 2018. p.186.

tutela da intimidade e a proteção da segurança pública,<sup>18</sup> ou, como foco de discussão deste trabalho, o conflito entre o direito a utilização de gravação clandestina e o direito a privacidade.

Em suma, com base nesses entendimentos, podemos dizer que o princípio da proporcionalidade significa que qualquer ato praticado pelo Estado, deverá ser analisado de maneira proporcional, de modo que não prejudique direitos fundamentais dos cidadãos, ou que se tais direitos forem cerceados, que sejam de maneira proporcional, não extrapolando limites razoáveis.

## 1.2. Conceito e função das provas

No processo penal, ambas as partes presentes possuem o direito de comprovar os fatos de acordo com sua ótica. Seja acusando ou se defendendo, ambos terão de provar o que alegarem durante o processo.

Para entendermos melhor temos a ideia de Renato Brasileiro, o qual diz que provar significa “demonstrar a veracidade de um enunciado sobre um fato tido por ocorrido no mundo real”,<sup>19</sup> ela é derivada da palavra “prova” a qual, segundo Mougenot, significa que “A prova é o instrumento usado pelos sujeitos processuais para comprovar os fatos da causa, isto é, aquelas alegações que são deduzidas pelas partes como fundamento para o exercício da tutela jurisdicional”.<sup>20</sup>

Aprofundando um pouco no termo “prova”, Mougenot diz que no atual vocabulário jurídico brasileiro tal termo é plurívoco, ou seja, possui diversos significados. Nessa ideia nos é apresentado três conceitos distintos, sendo o primeiro de que tal termo é “a atividade realizada, em regra, pelas partes, com fim de demonstrar a veracidade de suas alegações”. O segundo conceito é de que provas são “os meios ou instrumentos utilizados para a demonstração da verdade de uma afirmação ou existência de um fato”. Como terceiro conceito, prova é “o resultado da atividade probatória, ou seja, a certeza ou convicção que surge no espírito de seu destinatário”.<sup>21</sup>

---

<sup>18</sup> BONFIM, Edilson Mougenot. **Curso de processo penal**. 12ª ed. São Paulo: Saraiva, 2017. p. 114.

<sup>19</sup> LIMA, Renato Brasileiro de. **Manual de processo penal**. Volume único. 5. ed. rev. ampl. E atual. Salvador: Ed. JusPodivm, 2017. p.583.

<sup>20</sup> BONFIM, Edilson Mougenot. **Curso de processo penal**. 12ª ed. São Paulo: Saraiva, 2017. p.415.

<sup>21</sup> BONFIM, Edilson Mougenot. **Curso de processo penal**. 12ª ed. São Paulo: Saraiva, 2017. p.415.

Com a ideia já definida de seu conceito, podemos observar a finalidade da prova que nos é traga por Vicente Greco Filho:

No processo, a prova não tem um fim em si mesma ou um fim moral ou filosófico; sua finalidade é prática, qual seja, convencer o juiz. Não se busca a certeza absoluta, a qual, aliás, é sempre impossível, mas a certeza relativa suficiente na convicção do magistrado.<sup>22</sup>

Como podemos observar, a prova desempenha um papel importante no processo penal, inclusive estando diretamente ligada a princípios do processo penal, como por exemplo, o princípio da ampla defesa e contraditório, e também o da busca pela verdade real.

### **1.2.1. Provas ilícitas e sua proibição perante a constituição**

Como observado acima, a prova é um instrumento importantíssimo no processo penal, pois é através dela que ambas as partes poderão demonstrar a verdade dos fatos. Contudo, há de se observar que o direito de produzir provas não é irrestrito, ou seja, existe certa limitação na produção de provas, que se extrapolado a tornará objeto ilícito dentro do processo.

Quando falamos sobre algo ilícito temos a ideia de algo a margem da lei, algo que não se encaixa em determinadas normas, e é isso que tais provas representam no processo. De acordo com Mougnot provas ilícitas significam:

São chamadas provas ilícitas aquelas cuja obtenção viola princípios constitucionais ou preceitos legais de natureza material. Como exemplos de provas ilícitas, temos, dentre outras, a confissão do acusado obtida mediante tortura, coação ou maus-tratos, violando o direito a incolumidade física (art. 5º, III, da CF) e o princípio da dignidade humana (art. 1º, III, da CF); a busca e apreensão domiciliar realizada sem autorização judicial ou durante a noite (art. 5º, XI, da CF); a interceptação telefônica efetivada sem permissão judicial (art. 5º, XII, da CF) etc.<sup>23</sup>

Nossa atual constituição se demonstrou bem contundente em relação a essa matéria vedando expressamente a utilização de tais provas nos processos. Tal vedação está descrita no artigo 5º, inciso LVI, que preceitua que “são inadmissíveis,

---

<sup>22</sup> GRECO FILHO, Vicente. **Manual de processo penal**. 9. ed. rev. e atual. São Paulo: Saraiva, 2012. p.280.

<sup>23</sup> BONFIM, Edilson Mougnot. **Curso de processo penal**. 12ª ed. São Paulo: Saraiva, 2017. p.425

no processo, as provas obtidas por meios ilícitos”<sup>24</sup>. Além desta previsão constitucional, também podemos obter tal vedação em nosso Código de Processo Penal vigente, mais especificamente no artigo 157 que em seu caput diz “São inadmissíveis, devendo ser desentranhadas do processo, as provas ilícitas, assim entendidas as obtidas em violação a normas constitucionais ou legais.”<sup>25</sup>. Observamos que comprovada sua ilicitude, tal prova deva ser retirada do processo, não devendo ser levada em consideração pelo juiz julgador do caso.

Por fim, apesar da proibição constitucional, a doutrina tem-se dividido em três correntes diferentes em relação às provas ilícitas no processo penal. Na primeira corrente, as provas ilícitas são completamente ignoradas, não devendo ser aceitas por força do art. 5º, LVI, da Constituição Federal. Na segunda corrente, admite-se a utilização das provas ilícitas somente nos casos em que tais provas foram produzidas em nome do princípio da verdade real. Na terceira corrente, é admitida a utilização de provas ilícitas excepcionalmente, sob os olhos do princípio da proporcionalidade<sup>26</sup>. Essa última corrente é importante objeto de estudo nosso e será mais bem discutida posteriormente.

### **1.2.2. Provas derivadas das ilícitas**

Com o advento da lei 11.690/08, foi incluído o parágrafo 1º no artigo 157 do CPP que trouxe ao nosso ordenamento jurídico a proibição da utilização de provas derivadas das ilícitas. Tal inclusão foi bem vinda, pois a admissibilidade de tais provas poderia incentivar o cometimento de atos ilícitos na busca pelas provas derivadas desses atos, contornando a vedação do art. 5º, LVI, da CF.<sup>27</sup>

---

<sup>24</sup> BRASIL. Constituição (1988). **Constituição da República Federativa do Brasil**. Disponível em: <[http://www.planalto.gov.br/ccivil\\_03/Constituicao/Constituicao.htm](http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/Constituicao/Constituicao.htm)> Acessado em 10 ago 2018.

<sup>25</sup> BRASIL. Decreto lei nº 3.689, de 03 de outubro de 1941. **Código de Processo Penal**. Disponível em: <[http://www.planalto.gov.br/ccivil\\_03/Decreto-Lei/Del3689Compilado.htm](http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/Decreto-Lei/Del3689Compilado.htm)>. Acesso em: 09 set. 2018.

<sup>26</sup> MACHADO, Antônio Alberto. **Curso de processo penal**. 6ª ed. São Paulo, 2014. p.481.

<sup>27</sup> LIMA, Renato Brasileiro de. **Manual de processo penal**. Volume único. 5. ed. rev. ampl. E atual. Salvador: Ed. JusPodivm, 2017. p. 89

Conceituando provas ilícitas por derivação, temos a ideia que nos foi trazida por Renato Brasileiro que entende que:

Provas ilícitas por derivação são os meios probatórios que, não obstante produzidos, validamente, em momento posterior, encontram-se afetados pelo vício da ilicitude originária, que a eles se transmite, contaminando-os, por efeito de repercussão causal.<sup>28</sup>

Simplificando tal conceito, podemos dizer que uma prova ilícita por derivação seria uma prova obtida através de informações ilícitas adquiridas por meio de outra prova ilícita, ou seja, é uma prova lícita, mas que foi criada por resultado de informações obtidas por provas ilícitas. Podemos exemplificar citando que tal prova seria a obtida através de um mandado de busca e apreensão, de acordo com todos os preceitos legais, mas que como fundamento para obtenção de tal mandado, foi utilizado informação obtida através de tortura, sendo assim, esse mandado estaria contaminado com a ilicitude da informação a qual o gerou.

O parágrafo 1º do art.157 do CPP, citado acima, também nos traz uma ressalva, permitindo as provas derivadas se não for evidenciado o nexo de causalidade entre as provas, ou se as provas derivadas puderem ser obtidas por uma fonte independente das primeiras. Sendo assim essa permissão é possível estabelecendo a autonomia da prova derivada em detrimento da prova ilícita, ou seja, se puder ser comprovada que a prova derivada poderia ser obtida de forma inexorável através da investigação ou instrução criminal<sup>29</sup>, não dependendo somente da prova ilícita.

### **1.2.3. Provas Ilegítimas**

De acordo com Antônio Alberto Machado:

As provas ilegítimas são aquelas vedadas por critério jurídico processual, ou seja, provas que as próprias regras processuais cuidam de excluir expressamente. A lei processual veda explicitamente a utilização de algumas provas, não porque elas sejam propriamente ilícitas, mas porque são insuficientes para a comprovação de determinado fato, ou porque ferem a isonomia processual. Em regra são provas que não bastam para a

<sup>28</sup> LIMA, Renato Brasileiro de. **Manual de processo penal**. Volume único. 5. ed. rev. ampl. E atual. Salvador: Ed. JusPodivm, 2017. p.89.

<sup>29</sup> MACHADO, Antônio Alberto. **Curso de processo penal**. 6ª ed. São Paulo, 2014. p.485.

demonstração de um fato ou ato jurídico em juízo, portanto, não exibem valor probante suficiente; ou ainda que foram trazidas de modo extemporâneo para o processo, ou que foram produzidas sem a observância de algumas formalidade processual.<sup>30</sup>

Como podemos observar, as provas ilegítimas estão relacionadas à violação de normas processuais, porém mesmo que elas não sejam necessariamente provas ilícitas, também devem ser desentranhadas do processo. Com esse entendimento podemos questionar de onde se encontra o dispositivo que veda a utilização dessas provas, uma vez que a referência a vedação não se encontra expressamente descrita no dispositivo Constitucional, e também no CPP. Para entendermos em qual dispositivo podemos visualizar essa proibição, Mougénot diz que:

Com a nova redação do art. 157, *caput*, do CPP, ao mencionar a violação de *normas constitucionais*, o legislador tratou sob o mesmo páleo as provas ilícitas e ilegítimas, não mais distinguindo como fazia a doutrina. Portanto, a violação às *normas constitucionais* nada mais é do que a violação de direito constitucional material e processual.

Já no tocante à violação de *normas legais*, entende-se por caracterizada como provas que violam as normas de direito infraconstitucional material. Permaneceriam, ainda, as provas *ilegítimas*, que seriam aquelas violadoras das normas de direito infraconstitucional processual.<sup>31</sup>

Como citado acima, apesar de não estarem expressamente descrita no art. 5º, LVI, da nossa Constituição, e no art. 157 do CPP, as provas ilegítimas estão presentes implicitamente no CPP e que por esse motivo também possuem restrições quanto a sua utilização em processos penais.

#### **1.2.4. Admissibilidade das provas ilícitas perante o princípio da proporcionalidade**

Como descrito anteriormente, essa corrente se demonstra de suma importância para melhor entendermos a questão principal deste trabalho, motivo pelo qual iremos abordá-la em detrimento das outras.

Como visto acima, e que se perfaz como regra geral, a utilização de provas ilícitas no processo é claramente vedada pela nossa Constituição e pelo nosso

<sup>30</sup> MACHADO, Antônio Alberto. **Curso de processo penal**. 6ª ed. São Paulo, 2014. p.483.

<sup>31</sup> BONFIM, Edilson Mougénot. **Curso de processo penal**. 12ª ed. São Paulo: Saraiva, 2017. p.425.

Código de Processo Penal, contudo, parte da doutrina e jurisprudência, tem-se admitido a utilização de tais provas, conforme diz Antônio Machado:

Todavia, não obstante a clareza e a ênfase com a Lei Maior e o Código de Processo Penal vedam as provas ilícitas, o fato é que a doutrina e a jurisprudência têm admitido, em nome do princípio da proporcionalidade ou da razoabilidade, o uso desse tipo de prova em função dos valores que possam estar em jogo na apuração do fato criminoso.<sup>32</sup>

Como já é sabido, o princípio da proporcionalidade visa o balanço de valores a fim de delimitar qual é o mais “valioso” em situações de conflito, e, dessa forma, sobrepor um determinado valor em decorrência de outro. Esta seria a lógica da utilização das provas ilícitas nos processos penais defendidas pelos alemães e norte-americanos, conforme afirma Antônio Machado:

Se os valores que se pretende resguardar com a punição do criminoso forem mais importantes do que aqueles que se pretende resguardar com a vedação da prova, afirmam os alemães e os norte-americanos, deve-se utilizar a prova obtida por meio ilícito.<sup>33</sup>

Apesar desse entendimento afirmado por estas nações estrangeiras, devemos salientar que a proibição da utilização de provas ilícitas é uma garantia constitucional do indivíduo, e que por isso, o princípio da proporcionalidade não poderá se sobrepor ao direito de não ser acusado com base nas provas ilícitas.<sup>34</sup> Entendimento este que também foi explorado pelo Min. Celso de Melo, no Recurso Extraordinário 251.445/GO, o qual não admitiu a utilização de prova ilícita, com base no princípio da proporcionalidade, em desfavor do acusado.<sup>35</sup>

Nota-se, então, que a doutrina e a jurisprudência nacional não têm aceitado a utilização de provas ilícitas nas situações em que tais provas sejam usadas contra o réu, diferente dos casos em que estas provas possam absolver o acusado. Entendimento este que Aury Lopes Jr. expõe:

Nesse caso, a prova ilícita poderia ser admitida e valorada apenas quando se revelasse a favor do réu. Trata-se da proporcionalidade *pro reo*, em que

---

<sup>32</sup> MACHADO, Antônio Alberto. **Curso de processo penal**. 6ª ed. São Paulo, 2014. p.483.

<sup>33</sup> MACHADO, Antônio Alberto. **Curso de processo penal**. 6ª ed. São Paulo, 2014. p.483

<sup>34</sup> MACHADO, Antônio Alberto. **Curso de processo penal**. 6ª ed. São Paulo, 2014. p.483

<sup>35</sup> BRASIL. Supremo Tribunal Federal. Informativo nº197. **Informativos STF**. Disponível em: <<http://stf.jus.br/arquivo/informativo/documento/informativo197.htm>>. Acesso em 01 out. 2018.

a ponderação entre o direito de liberdade de um inocente prevalece sobre um eventual direito sacrificado na obtenção da prova (dessa inocência).<sup>36</sup>

Podemos complementar citando também Antônio Machado, que diz:

Note-se, porém, que a prova ilícita produzida pelo réu pode ser utilizada em seu próprio benefício, mas não poderá ser utilizada em prejuízo, por exemplo, de um corréu, pois em relação a este último prevalece o princípio constitucional da vedação da prova ilícita. É que essa vedação é dirigida especificamente ao Estado, e não ao particular, portanto, o Estado não poderia valer-se da prova ilícita que beneficiou um réu para sustentar a condenação do outro acusado. Assim, num único processo, pode dar-se a situação curiosa de uma mesma prova ilícita servir para absolver um réu, mas não servir para condenar o outro.<sup>37</sup>

Observamos claramente que existe uma diferença com relação a aceitação das provas ilícitas, e que, tal diferença, consiste no fim a qual a prova é proposta, se é para acusar ou absolver um réu no processo penal.

### 1.3. Os tipos de gravações e suas diferenças

Com o avanço da tecnologia, diversos dispositivos foram criados para auxiliar o ser humano, e, juntamente com estes dispositivos, métodos de provas surgiram provenientes de recursos tecnológicos capazes de serem executados por eles. Atualmente, tais dispositivos estão presentes nas mãos de grande parte dos brasileiros, e eles possuem a capacidade de realizar gravações de áudios e vídeos, podendo registrar fatos que seriam de relevância em processos penais.

A utilização dessas gravações como meios de provas, é muito questionada, e um tipo delas necessita ser regulamentada. Atualmente a doutrina tem reconhecido a existência de três tipos de gravações, sendo elas a Interceptação, a Escuta, e a Gravação Clandestina. Tais gravações podem se diferenciar umas das outras dependendo da forma a qual foi obtida e por qual agente esta gravação foi realizada.

---

<sup>36</sup> LOPES JR., Aury. **Direito processual penal**. 12ª ed. São Paulo: Saraiva, 2015. p.406.

<sup>37</sup> MACHADO, Antônio Alberto. **Curso de processo penal**. 6ª ed. São Paulo, 2014. p.484.

### 1.3.1. Interceptação

De acordo com Antônio Machado, "Configura *interceptação em sentido estrito* a captação de uma conversa, por terceiro, sem o consentimento dos interlocutores"<sup>38</sup>. Atualmente a doutrina expõe a existência de dois tipos de interceptação, sendo elas a interceptação telefônica e a interceptação ambiental.

Conforme descrito por Renato Brasileiro, a interceptação telefônica "consiste na captação da comunicação telefônica alheia por um terceiro, sem o conhecimento de nenhum dos comunicadores."<sup>39</sup>. Tal meio de prova foi regulamentado pela lei 9.296/96 e com isso o direito brasileiro conseguiu ter acesso aos dados, de comunicação telefônica e da rede de computadores, do indivíduo investigado, ou processado, com o intuito de servir de prova nos processos criminais. Estas gravações podem ser utilizadas na apuração de quaisquer tipos de crimes, sendo amplamente utilizadas no Brasil.<sup>40</sup>

Apesar de, aparentemente, ser uma prova eficiente no combate a criminalidade, deve-se observar que tal gravação necessita de autorização do juiz competente, conforme previsto no artigo 1º da lei 9.296/96.

Com relação a interceptação ambiental, segundo Fernando Capez, "é a captação da conversa entre presentes, efetuada por terceiro, dentro do ambiente em que se situam os interlocutores, sem o conhecimento por parte destes;"<sup>41</sup>. Além dessa captação de áudio ela também pode ser feita por câmeras ocultas instaladas em ambientes privados ou públicos, expondo a imagem do indivíduo.<sup>42</sup>

Diferente da interceptação telefônica, a interceptação ambiental não é regulamentada pela lei 9.296/96, mas sim prevista como meio de prova na lei 12.850/13, lei que disciplina sobre o combate as organizações criminosas. Diferenciando-se da lei nº 9.034/95, que foi revogada, a lei de combate às organizações criminosas trouxe esse meio de prova sem a necessidade de uma autorização judicial, porém, deve-se ressaltar que essa captação se restringe

---

<sup>38</sup> MACHADO, Antônio Alberto. **Curso de processo penal**. 6ª ed. São Paulo, 2014. p.524.

<sup>39</sup> LIMA, Renato Brasileiro de. **Manual de processo penal**. Volume único. 5. ed. rev. ampl. E atual. Salvador: Ed. JusPodivm, 2017. p.736.

<sup>40</sup> MACHADO, Antônio Alberto. **Curso de processo penal**. 6ª ed. São Paulo, 2014. p.524.

<sup>41</sup> CAPEZ, Fernando. **Curso de processo penal**. 23. ed. São Paulo: Saraiva, 2016. p.389.

<sup>42</sup> MACHADO, Antônio Alberto. **Curso de processo penal**. 6ª ed. São Paulo, 2014. p.532.

apenas em investigações ou processos sobre o crime organizado, não devendo ser aplicada indiscriminadamente sobre todas as investigações e processos criminais.<sup>43</sup>

Fora dos casos envolvendo organizações criminosas, deve-se observar que tal prova pode apresentar uma afronta ao direito à intimidade, recaindo sobre si a ilicitude, sendo assim, segundo Antônio Machado:

[...]é preciso fazer uma distinção: a interceptação ambiental deve ser considerada ilícita apenas naqueles casos em que ela configura efetiva invasão de privacidade do indivíduo. Assim, não pode ser tida por ilícita a gravação de conversa ou a captação de imagem em local aberto ao público, de modo que o uso de fitas de vídeo ou de gravação de voz, como é o caso, *ad exemplum*, das câmeras instaladas no interior de repartições bancárias ou mesmo comerciais, é perfeitamente possível como prova em qualquer hipótese de crime. Da mesma forma pode servir de prova do crime a filmagem ou gravação realizadas pelo ofendido em sua própria residência.<sup>44</sup>

Tais casos demonstram que, segundo a doutrina, a violação a intimidade é fator preponderante para a aferição da ilicitude ou não deste meio de prova.

### 1.3.2. Escuta

Com relação a escuta, também temos a escuta telefônica e a escuta ambiental, porém, diferente da interceptação, quando os interlocutores não sabem que estão sendo gravados, na escuta uma das partes tem conhecimento de que existe uma gravação, porém ela não é o agente responsável pela gravação, o responsável seria um “terceiro”<sup>45</sup>.

Tais meio de prova não estão presentes na lei 9.296/96, lei das interceptações telefônicas, o que foi um erro do legislador, pois as deixaram em um limbo jurídico durante certo tempo, porém, tal situação foi solucionada com o entendimento do ministro Sepúlveda Pertence:

I. Habeas corpus: cabimento: prova ilícita. 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

<sup>43</sup> MACHADO, Antônio Alberto. **Curso de processo penal**. 6ª ed. São Paulo, 2014. p.533.

<sup>44</sup> MACHADO, Antônio Alberto. **Curso de processo penal**. 6ª ed. São Paulo, 2014. p.533.

<sup>45</sup> LIMA, Renato Brasileiro de. **Manual de processo penal**. Volume único. 5. ed. rev. ampl. E atual. Salvador: Ed. JusPodivm, 2017. p.737.

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 incidível 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.<sup>46</sup>

Como podemos observar através deste julgado, o magistrado tratou da escuta como se fosse a interceptação, taxando-a como ilícita salvo se ela fosse realizada mediante autorização judicial. Não diferente também da doutrina que, em certa parte, considera que a escuta telefônica também é abrangida pelo artigo 1º da lei 9.296/96, conforme diz Renato Brasileiro, "Isso porque ambas consistem em processos de captação da comunicação alheia".<sup>47</sup>

### **1.3.3. Gravação Clandestina**

A gravação clandestina se difere dos demais meios de provas acima citados, pois, é compreendida como sendo a gravação feita por aquele interlocutor que se encontra em uma situação de comunicação com outra pessoa, e durante esta comunicação, realiza a gravação da conversa sem que o outro saiba.<sup>48</sup>

Atualmente, não existe norma que regulamente a utilização das gravações clandestinas, motivo pelo qual em primeira vista, e levando-se em consideração o

---

<sup>46</sup> BRASIL. Supremo Tribunal Federal. Habeas Corpus HC 80949/RJ – Rio de Janeiro. Relator: Ministro Sepúlveda Pertence. **Pesquisa de Jurisprudência**, Acórdãos, 30 outubro 2001. Disponível em: <<http://www.stf.jus.br/portal/jurisprudencia/pesquisarJurisprudencia.asp>>. Acesso em 09 out. 2018.

<sup>47</sup> LIMA, Renato Brasileiro de. **Manual de processo penal**. Volume único. 5. ed. rev. ampl. E atual. Salvador: Ed. JusPodivm, 2017. p.737.

<sup>48</sup> LIMA, Renato Brasileiro de. **Manual de processo penal**. Volume único. 5. ed. rev. ampl. E atual. Salvador: Ed. JusPodivm, 2017. p.741

princípio da legalidade<sup>49</sup>, tem-se questionado a proibição de sua utilização nos processos penais, até porque gravar a própria conversa não constitui crime. O entendimento contrário é de que tais gravações poderiam ferir o direito a privacidade daquele que está sendo gravado sem o seu conhecimento, daí que tais provas são questionadas nos processos penais.

No entendimento atual dos tribunais e da doutrina, tem-se permitido tais gravações como meio de prova em determinados casos, porém, iremos observar mais detalhadamente estes casos nos capítulos seguintes.

#### 1.4. Projeto de Lei - PL 3.514/89

No ano seguinte ao surgimento da nossa Constituição, foi criado um projeto de lei, PL 3.514/89, que tem como objetivo a regulamentação dos casos de interrupção, interceptação, escuta e gravação das comunicações telefônicas, e teve como autor o Dep. Miro Teixeira.

Esse projeto apresentava cinco capítulos, com o total de quatorze artigos, sendo que o primeiro dizia:

Art. 1º - O impedimento, a interrupção, a interceptação, a escuta e a gravação das comunicações telefônicas somente são admissíveis nos casos de investigações policiais e processos penais relativos aos seguintes crimes:

- I - terrorismo;
- II - tráfico de substâncias entorpecentes e drogas afins;
- III - tráfico de mulheres e subtração de incapazes;
- IV - quadrilha ou bando;
- V - contra ordem econômica e financeira;
- VI falsificação da moeda;
- VII - extorsão simples e extorsão mediante sequestro;
- VIII - contrabando;
- IX - homicídio qualificado e roubo seguido de morte;
- X - ameaça ou injúria quando cometidas por telefone;
- XI - outros decorrentes de organização criminosa.<sup>50</sup>

---

<sup>49</sup> Neste caso podemos citar a situação traga por Vicente Paulo que, com relação ao princípio da legalidade, cabe aos particulares o entendimento de que somente a lei pode criar obrigações, e, por outro lado, a inexistência de lei que proíba alguma conduta, faz com que tal conduta seja permitida. PAULO, V.; ALEXANDRINO, M. **Direito Constitucional descomplicado**. 16. ed. rev., atual. e ampl. São Paulo: MÉTODO, 2017. p. 120

<sup>50</sup> BRASIL. Projeto de Lei – PL 3.514/89 de 13 de setembro de 1989. **Disciplina o inciso XII, 'in fine', do artigo quinto da constituição federal e da outras providências**. Disponível em: <<http://www.camara.gov.br/proposicoesWeb/fichadetramitacao?idProposicao=213423>>. Acesso em: 31 out. 2018.

Como se observa, o legislador incluiu um rol de crimes as quais a utilização dos meios de gravações era admitida por policiais em suas investigações e também nos processos penais.

Devemos citar também o artigo 3º, que diz:

Art. 3º - A requerimento do Ministério público ou autoridade policial, o juiz competente, em decisão motivada, poderá autorizar as operações referidas no artigo 1º, quando houver indícios suficientes da prática ou da tentativa dos crimes nele previstos e as medidas forem absolutamente indispensáveis para as investigações ou a assecuração da prova.<sup>51</sup>

Sendo assim, seria necessário um pedido perante o poder judiciário para que tais recursos sejam utilizados, devendo haver fundamentação em decisão que motive a sua utilização, ressaltando que seria necessário haver indícios do cometimento ou tentativa de praticar os crimes previstos no artigo 1º.

Por fim, temos o artigo 12º que seria a regulamentação necessária a matéria deste trabalho e que diz “Não se considera ilícita a gravação de conversa entre presentes feita por um dos interlocutores, quando se destinar à prova de um direito seu ameaçado ou violado”<sup>52</sup>.

Fato é que esse artigo seria imprescindível na resolução da questão proposta por esse trabalho, contudo, devido ao arquivamento desse projeto no Senado Federal, se faz necessário recorrer a outros meios de legitimar esse meio de prova, como por exemplo, através da discussão do assunto pela via doutrinária e judicial.

---

<sup>51</sup> BRASIL. Projeto de Lei – PL 3.514/89 de 13 de setembro de 1989. **Disciplina o inciso XII, 'in fine', do artigo quinto da constituição federal e da outras providencias**. Disponível em: <<http://www.camara.gov.br/proposicoesWeb/fichadetramitacao?idProposicao=213423>>. Acesso em: 31 out. 2018.

<sup>52</sup> BRASIL. Projeto de Lei – PL 3.514/89 de 13 de setembro de 1989. **Disciplina o inciso XII, 'in fine', do artigo quinto da constituição federal e da outras providencias**. Disponível em: <<http://www.camara.gov.br/proposicoesWeb/fichadetramitacao?idProposicao=213423>>. Acesso em: 31 out. 2018.

### 1.5. Considerações sobre a lei 9.296/96

Visando também regulamentar as questões relativas às interceptações telefônicas, foi criada a lei 9.296/96 que, diferente da PL 3.514/89, foi aprovada e passou a regulamentar as condições de autorização e uso das interceptações nos processos penais. Por esse motivo, fazem-se necessárias breves considerações sobre esta lei.

No paragrafo único do artigo 1º da referida lei, foi disposto que tal norma também iria se aplicar as interceptações dos fluxos de comunicações em sistemas de informática e telemática, o que a tornou questionável quanto a sua constitucionalidade, pois, se observarmos o artigo 5º, inciso XII veremos que:

Art. 5º Todos são iguais perante a lei, sem distinção de qualquer natureza, garantindo-se aos brasileiros e aos estrangeiros residentes no País a inviolabilidade do direito à vida, à liberdade, à igualdade, à segurança e à propriedade, nos termos seguintes:

[...]

XII - 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;<sup>53</sup> (*grifo nosso*)

Como se observa, a expressão grifada não parece clara o suficiente, o que gerou dúvidas quanto a abrangência da ressalva presente no dispositivo, podendo levar ao aplicador a confusão sobre quais situações poderiam ser aplicadas a esta ressalva. Vicente diz que:

No texto do art. 5º, XII, da Constituição, são duas as interpretações possíveis: a ressalva, considerando-se a expressão “no último caso”, aplica-se às comunicações telegráficas, de dados e das comunicações telefônicas, ou aplica-se somente às comunicações telefônicas.<sup>54</sup>

Se a ressalva apenas abranger as comunicações telefônicas, então o paragrafo único do artigo 1º da lei 9.296/96 estaria em desacordo com a carta magna, pois, como dito acima, tal lei autoriza as interceptações dos fluxos de comunicações em sistemas de informática e telemática, porém, se a ressalva se

<sup>53</sup> BRASIL. Constituição (1988). **Constituição da República Federativa do Brasil**. Disponível em: <[http://www.planalto.gov.br/ccivil\\_03/Constituicao/Constituicao.htm](http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/Constituicao/Constituicao.htm)> Acessado em 10 ago. 2018.

<sup>54</sup> PAULO, V.; ALEXANDRINO, M. **Direito Constitucional descomplicado**. 16. ed. rev., atual. e ampl. São Paulo: MÉTODO, 2017. p. 346

entender as comunicações telegráficas, de dados e das comunicações telefônicas, teríamos uma norma de acordo com a atual constituição. No mais, tal situação parece estar se resolvendo e caminhando para uma interpretação mais abrangente, conforme diz Mougenot:

Todavia, essa questão hermenêutica já vai se apaziguando mercê do entendimento hegemônico de que os dados transmitidos pelo sistema de informática se assemelham à comunicação telefônica e, portanto, estriam enquadrados no permissivo constitucional.<sup>55</sup>

Com esse entendimento, a interceptação de dados transmitidos pelos sistemas de informática e telemática, também seria autorizada, ressaltando que, da mesma forma que as interceptações telefônicas, a interceptação destes dados devem ocorrer nas hipóteses previstas no artigo 2º da lei nº 9.296/96, as quais são: (a) quando houver indícios de autoria ou participação em infração penal; (b) quando a prova não puder ser obtida por outros meios; e (c) se o fato investigado não constituir infração penal punida, no máximo, com pena de detenção.

Outra questão que merece ser observada é a redação negativa apresentada pelo artigo 2º da lei nº 9.296/96, o qual dispõe:

Art. 2º **Não** será admitida a interceptação de comunicações telefônicas quando ocorrer qualquer das seguintes hipóteses:  
I - não houver indícios razoáveis da autoria ou participação em infração penal;  
II - a prova puder ser feita por outros meios disponíveis;  
III - o fato investigado constituir infração penal punida, no máximo, com pena de detenção.  
Parágrafo único. Em qualquer hipótese deve ser descrita com clareza a situação objeto da investigação, inclusive com a indicação e qualificação dos investigados, salvo impossibilidade manifesta, devidamente justificada.<sup>56</sup> (*grifo nosso*)

Com relação a esta redação negativa, Vicente diz que é uma situação “Lamentável, porque a redação negativa sempre dificulta a intelecção da vontade da lei e mais lamentável ainda porque pode dar a entender que a interceptação seja a regra, ao passo que, na verdade, a regra é o sigilo e aquela, a exceção.”<sup>57</sup>. Ou seja,

<sup>55</sup> BONFIM, Edilson Mougenot. **Curso de processo penal**. 12ª ed. São Paulo: Saraiva, 2017. p.531

<sup>56</sup> BRASIL. Decreto lei nº 9.296, de 24 de julho de 1996. **Regulamenta o inciso XII, parte final, do art. 5º da Constituição Federal**. Disponível em: <[http://www.planalto.gov.br/ccivil\\_03/leis/L9296.htm](http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/L9296.htm)>. Acesso em: 20 set. 2018.

<sup>57</sup> PAULO, V.; ALEXANDRINO, M. **Direito Constitucional descomplicado**. 16. ed. rev., atual. e ampl. São Paulo: MÉTODO, 2017. p. 348

o artigo traz a redação negativa, expondo os casos em que não se pode utilizar da interceptação, porém deixa em aberto uma grande quantidade de situações em que as interceptações podem ser utilizadas.

Por fim, observamos que, diferente da PL 3.514/89, esta lei não trouxe a hipótese de regulamentação das gravações clandestinas, talvez pelo motivo de que alguns acreditam que tais meios de prova não possam ser regulamentadas<sup>58</sup>, ou porque o legislador não quisesse entrar no mérito destas gravações, verdade que não saberemos. Fato é que tais gravações ainda são alvo de questionamentos doutrinários e jurisprudenciais, e que analisaremos posteriormente.

---

<sup>58</sup> De acordo com Vicente, tais gravações não podem ser regulamentadas, pois dependerá do confronto do direito a intimidade com a justa causa para sua utilização. PAULO, V.; ALEXANDRINO, M. **Direito Constitucional descomplicado**. 16. ed. rev., atual. e ampl. São Paulo: MÉTODO, 2017. p. 344

## 2. DIREITOS FUNDAMENTAIS EM RELAÇÃO ÀS GRAVAÇÕES CLANDESTINAS

### 2.1. Os direitos humanos e os direitos fundamentais

#### 2.1.1. Conceitos

Dentre diversas expressões relativas a direitos, como por exemplo, direitos individuais, direitos do homem e etc., têm duas expressões que se destacam dentre as outras, as quais são os “Direitos Humanos” e os “Direitos Fundamentais”. Apesar de serem expressões diferentes ambas possuem o mesmo propósito, que é descrito por Nathalia Masson:

Como tanto os direitos fundamentais quanto os direitos humanos buscam assegurar e promover a dignidade da pessoa humana, e são direitos ligados, sobretudo, a valores caros à sociedade - tais como a liberdade e a igualdade-, reconhece-se que, quanto à finalidade, as expressões, de fato, se assemelham.<sup>59</sup>

Apesar da mesma finalidade, a expressão direitos humanos é muito utilizada por filósofos, sociólogos, estudiosos e etc.<sup>60</sup>. No nosso texto constitucional existem artigos que utilizam a expressão, como por exemplo, o artigo 4º, inciso II que diz “prevalência dos direitos humanos”<sup>61</sup>, o artigo 5º, parágrafo 3º, que também diz:

Art. 5º Todos são iguais perante a lei, sem distinção de qualquer natureza, garantindo-se aos brasileiros e aos estrangeiros residentes no País a inviolabilidade do direito à vida, à liberdade, à igualdade, à segurança e à propriedade, nos termos seguintes:

[...]

§ 3º Os tratados e convenções internacionais sobre **direitos humanos** que forem aprovados, em cada Casa do Congresso Nacional, em dois turnos, por três quintos dos votos dos respectivos membros, serão equivalentes às emendas constitucionais.<sup>62</sup> (*grifo nosso*)

<sup>59</sup> MASSON, Nathália. **Manual de direito constitucional**. 4ª ed. rev. amp. e atual. Salvador: Ed. JusPodivm, 2016. p.190

<sup>60</sup> MARTINS, Flávio. **Curso de direito constitucional**. 1ª ed. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2017. p.727.

<sup>61</sup> BRASIL. Constituição (1988). **Constituição da República Federativa do Brasil**. Disponível em: <[http://www.planalto.gov.br/ccivil\\_03/Constituicao/Constituicao.htm](http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/Constituicao/Constituicao.htm)> Acessado em 10 ago. 2018.

<sup>62</sup> BRASIL. Constituição (1988). **Constituição da República Federativa do Brasil**. Disponível em: <[http://www.planalto.gov.br/ccivil\\_03/Constituicao/Constituicao.htm](http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/Constituicao/Constituicao.htm)> Acessado em 10 ago. 2018.

E o Artigo 134, caput, que diz:

Art. 134. A Defensoria Pública é instituição permanente, essencial à função jurisdicional do Estado, incumbendo-lhe, como expressão e instrumento do regime democrático, fundamentalmente, a orientação jurídica, a promoção dos **direitos humanos** e a defesa, em todos os graus, judicial e extrajudicial, dos direitos individuais e coletivos, de forma integral e gratuita, aos necessitados, na forma do inciso LXXIV do art. 5º desta Constituição Federal.<sup>63</sup> (*grifo nosso*)

Apesar das mais variadas aparições desta expressão em nossa Constituição, segundo as palavras de Flávio Martins sobre a referida expressão:

Podemos afirmar que *direitos humanos* são os direitos previstos em tratados e demais documentos internacionais, que resguardam a pessoa humana de uma série de ingerências que podem ser praticadas pelo Estado ou por outras pessoas, bem como obrigam o Estado a realizar prestações mínimas que assegurem a todos a existência digna (direitos sociais, econômicos, culturais). Ainda que não incorporados ao ordenamento jurídico de um país, são tidos como *direitos humanos*, e são capazes de influenciar o Direito Constitucional de todos os lugares, sobre tudo em razão do *transconstitucionalismo* (tema que vimos no capítulo I, desse livro). Em resumo, *direitos humanos* são os direitos previstos em tratados e outros documentos internacionais, ainda que não incorporados ao ordenamento jurídico de um país.<sup>64</sup>

Com relação a expressão direitos fundamentais, ela é grandemente utilizada por constitucionalistas<sup>65</sup>, para tanto, ela se faz presente na nomenclatura do Título II de nossa Constituição e no artigo 17, caput, o qual fala “É livre a criação, fusão, incorporação e extinção de partidos políticos, resguardados a soberania nacional, o regime democrático, o pluripartidarismo, os **direitos fundamentais** da pessoa humana e...”<sup>66</sup> (*grifo nosso*). Segundo Flávio Martins os direitos fundamentais são “aqueles direitos, normalmente direcionados à pessoa humana, que foram incorporados ao ordenamento jurídico de um país.”<sup>67</sup>

Observamos então que, apesar de terem a mesma finalidade, existe uma diferença em relação às duas expressões, sendo que uma é utilizada no direito

<sup>63</sup> BRASIL. Constituição (1988). **Constituição da República Federativa do Brasil**. Disponível em: <[http://www.planalto.gov.br/ccivil\\_03/Constituicao/Constituicao.htm](http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/Constituicao/Constituicao.htm)> Acessado em 10 ago. 2018.

<sup>64</sup> MARTINS, Flávio. **Curso de direito constitucional**. 1ª ed. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2017. p.727.

<sup>65</sup> MARTINS, Flávio. **Curso de direito constitucional**. 1ª ed. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2017. p.727

<sup>66</sup> BRASIL. Constituição (1988). **Constituição da República Federativa do Brasil**. Disponível em: <[http://www.planalto.gov.br/ccivil\\_03/Constituicao/Constituicao.htm](http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/Constituicao/Constituicao.htm)> Acessado em 10 ago. 2018.

<sup>67</sup> MARTINS, Flávio. **Curso de direito constitucional**. 1ª ed. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2017. p.727.

internacional e outra utilizada no ordenamento jurídico interno de algum país. Nathalia Masson expressa isto ao dizer que:

"Direitos fundamentais" e "direitos humanos" afastam-se, portanto, apenas no que tange ao plano de sua positivação, sendo os primeiros normas exigíveis no âmbito estatal interno, enquanto estes últimos são exigíveis no plano do Direito Internacional.<sup>68</sup>

Apesar desta diferença, doutrinadores acreditam que não existam diferenças dignas de destaque entre as duas expressões, e que, por estes doutrinadores, é rotineiramente tida como sinônimas.<sup>69</sup>

### **2.1.2. A limitação dos direitos fundamentais**

Falar em limitação aos direitos fundamentais dos seres humanos, a princípio, aparenta ser algo autoritário e que foge do significado pelo qual foram criados, porém, devemos ter em mente que tais limitações, se exercidas de forma proporcional, poderia vislumbrar a garantia de um direito que estaria sendo cerceado por um conflito com outro direito de menor importância.

Para Flávio Martins:

os direitos fundamentais não são absolutos, mas relativos. Como é absolutamente natural que haja um conflito de direitos fundamentais, na análise de um caso concreto, se tivéssemos um direito fundamental absoluto, qualquer outro direito que contra ele se opusesse, seria aprioristicamente afastado.<sup>70</sup>

De uma forma mais completa, temos as ideias tragas por Kildare Gonçalves de Carvalho, o qual diz que:

Não existe direito absoluto, entendido como o direito sempre obrigatório, sejam quais forem as consequências. Assim, os direitos fundamentais não são absolutos nem ilimitados. **Encontram limitações na necessidade de se assegurar aos outros o exercício desses direitos**, como têm ainda limites externos, decorrentes da necessidade de sua conciliação com as

---

<sup>68</sup> MASSON, Nathália. **Manual de direito constitucional**. 4ª ed. rev. amp. e atual. Salvador: Ed. JusPodivm, 2016. p.190.

<sup>69</sup> MASSON, Nathália. **Manual de direito constitucional**. 4ª ed. rev. amp. e atual. Salvador: Ed. JusPodivm, 2016. p.190.

<sup>70</sup> MARTINS, Flávio. **Curso de direito constitucional**. 1ª ed. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2017. p.777.

exigências da vida em sociedade, trazidas na ordem pública, ética social, autoridade do Estado, dentre outras delimitações, resultando, daí, restrições dos direitos fundamentais em função dos valores aceitos pela sociedade.<sup>71</sup>  
(grifo nosso)

Como observamos nesse trecho citado, as limitações estão inerentes à vida em sociedade, onde cada indivíduo teria seu direito limitado na medida em que este direito interferisse no direito alheio. Tais limitações são tão importantes para a convivência em sociedade que estão previstas na Declaração Universal dos Direitos Humanos (DUDH) e em alguns artigos da Constituição.

Na DUDH, mais precisamente em seu artigo 29, esta descrito:

2. No exercício de seus direitos e liberdades, todo ser humano estará sujeito apenas às limitações determinadas pela lei, exclusivamente com o fim de assegurar o devido reconhecimento e respeito dos direitos e liberdades de outrem e de satisfazer as justas exigências da moral, da ordem pública e do bem-estar de uma sociedade democrática.<sup>72</sup>

Já na constituição, temos diversos exemplos de direitos fundamentais sendo limitados, como por exemplo, o artigo 5<sup>a</sup>, inciso XII, o qual garante o sigilo das comunicações telefônicas, e que possui uma ressalva no mesmo texto em que se faz garantido tal sigilo. O artigo 5<sup>o</sup> inciso XI, que prevê a inviolabilidade da casa do indivíduo, porém ressaltando as hipóteses de flagrante, desastre, prestar socorro, ou em casos de ordem judicial. Conforme descreve Flávio Martins:

Inúmeros outros direitos podem ser limitados pela lei ou por outros direitos. A liberdade de manifestação encontra limites na intimidade, na honra alheia, por exemplo. A liberdade de religião igualmente não é absoluta, pois jamais admitiríamos uma seita que adote como prática religiosa o sacrifício de humanos etc.<sup>73</sup>

Até mesmo a vida, que é considerada o maior bem jurídico do indivíduo, também sofre limitações, como é o caso do aborto “sentimental”<sup>74</sup>, o qual está previsto no artigo 128 do Código Penal e que diz:

<sup>71</sup> CARVALHO, Kildare Gonçalves. **Direito constitucional**. 18. ed., rev. atual. e ampl. Belo Horizonte: Del Rey, 2012. p.633.

<sup>72</sup> ONU. **DECLARAÇÃO UNIVERSAL DOS DIREITOS HUMANOS**, 1948. Disponível em: <[https://www.unicef.org/brazil/pt/resources\\_10133.htm](https://www.unicef.org/brazil/pt/resources_10133.htm)>. Acessado em: 19 out 2018.

<sup>73</sup> MARTINS, Flávio. **Curso de direito constitucional**. 1<sup>a</sup> ed. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2017. p.778.

<sup>74</sup> MARTINS, Flávio. **Curso de direito constitucional**. 1<sup>a</sup> ed. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2017. p.777.

Art. 128 - Não se pune o aborto praticado por médico:

[...]

II - se a gravidez resulta de estupro e o aborto é precedido de consentimento da gestante ou, quando incapaz, de seu representante legal.<sup>75</sup>

Além das limitações expostas acima, temos a situações excepcionais de estado de defesa e estado de sitio, as quais não iremos explorar muito, mas sim brevemente. Estas situações estão previstas na Constituição e podem restringir e suspender temporariamente os direitos fundamentais, sem que seja necessária a intervenção do poder judiciário.<sup>76</sup>

Com relação ao estado de defesa, previsto no artigo 136 da CF, e que pode ser decretado pelo presidente em situações excepcionais, podem ser limitados os direitos a reunião, ainda que exercida no seio das associações, o sigilo de correspondência, e o sigilo de comunicação telegráfica e telefônica, dentre outros.

Sobre o estado de sítio, previsto no artigo 137 da CF, e que também é decretado pelo presidente, em situações específicas, apresenta limitações ainda mais rigorosas que estão previstas no texto constitucional, mais precisamente no artigo 139 da CF, o qual prevê a obrigação de permanência em localidade determinada, detenção em edifício não destinado a acusados ou condenados por crimes comuns, restrições relativas à inviolabilidade da correspondência, ao sigilo das comunicações, à prestação de informações e à liberdade de imprensa, radiodifusão e televisão, na forma da lei, suspensão da liberdade de reunião, busca e apreensão em domicílio, intervenção nas empresas de serviços públicos, e a requisição de bens. Em complemento Vicente diz que:

Se o estado de sítio for decretado com fundamento no inciso II do art. 137 (declaração de estado de guerra ou resposta a agressão armada estrangeira), a conclusão a que se chega - pela interpretação contrario sensu do art. 139 - é que poderão ser impostas restrições e suspensões temporárias a quaisquer direitos ou garantias fundamentais. Com efeito, o texto constitucional não explicitou qualquer limite à autoridade administrativa nessa hipótese de decretação de estado de sítio (afinal, estaremos em situação de guerra, circunstância em que o texto constitucional admite até mesmo a pena de morte - art. 5.º, XLVII, a).<sup>77</sup>

<sup>75</sup> BRASIL. Decreto lei nº 2.848, de 07 de dezembro de 1940. **Código Penal**. Disponível em: <[http://www.planalto.gov.br/ccivil\\_03/decreto-lei/del2848.htm](http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/decreto-lei/del2848.htm)>. Acesso em: 19 out 2018.

<sup>76</sup> PAULO, V.; ALEXANDRINO, M. **Direito Constitucional descomplicado**. 16. ed. rev., atual. e ampl. São Paulo: MÉTODO, 2017. p. p. 109.

<sup>77</sup> PAULO, V.; ALEXANDRINO, M. **Direito Constitucional descomplicado**. 16. ed. rev., atual. e ampl. São Paulo: MÉTODO, 2017. p. 110.

Como podemos observar até mesmo o Estado tem autonomia de limitar os direitos fundamentais dos indivíduos, logicamente que se trata de casos específicos, porém deve se ter em mente que as limitações devem ser excepcionais e não devem ultrapassar os limites impostos pela norma, ou nos casos da ausência de norma e na presença de conflitos, os limites serão baseados no princípio da proporcionalidade, como por exemplo, o conflito existente entre a tutela da intimidade e a proteção da segurança pública<sup>78</sup>.

## **2.2. O direito à privacidade e o sigilo das comunicações**

O direito a privacidade e o sigilo das comunicações são direitos fundamentais presentes em nossa constituição, e, por estarem diretamente ligados ao tema deste trabalho, iremos descrever um pouco sobre cada um deles.

### **2.2.1. O direito à privacidade e a intimidade**

Tanto o direito a privacidade quanto o direito a intimidade estão presentes em nossa Carta Magna, no rol de direitos e garantias fundamentais, mais precisamente descritos no artigo 5º, inciso X, o qual diz 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”<sup>79</sup>.

Apesar de haver vários autores e jurisprudência que não distingam os dois termos, a privacidade e a intimidade, existem alguns que dizem que o direito a intimidade seria parte do direito a privacidade, e que este seria mais amplo que aquele<sup>80</sup>. Nesse raciocínio Nathalia Masson diz:

O poder constituinte originário, contudo, deu destaque individualizado a cada uma, o que nos permite concluir que há **diferenças** entre as

---

<sup>78</sup> Como explicado no tópico 1.1.5 deste trabalho, o princípio da proporcionalidade serve de solução aos conflitos de valores, e Mougénot expõe como exemplo o conflito existente entre a intimidade e a proteção da segurança pública ao descrever sobre a aplicabilidade do princípio da proporcionalidade. BONFIM, Edilson Mougénot. **Curso de processo penal**. 12ª ed. São Paulo: Saraiva, 2017. p. 114.

<sup>79</sup> BRASIL. Constituição (1988). **Constituição da República Federativa do Brasil**. Disponível em: <[http://www.planalto.gov.br/ccivil\\_03/Constituicao/Constituicao.htm](http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/Constituicao/Constituicao.htm)> Acessado em 10 ago 2018.

<sup>80</sup> MENDES, G. F.; BRANCO, P. G. G. **Curso de direito constitucional**. 12. ed. rev. e atual. São Paulo: Saraiva, 2017. p.245.

expressões. Assim, **a vida privada é mais abrangente e contém a intimidade**, pois abarca as relações pessoais, familiares, negociais ou afetivas, do indivíduo, incluindo seus momentos de lazer, seus hábitos e seus dados pessoais, como os bancários e os fiscais.<sup>81</sup> (*grifo do autor*)

Ainda reafirmando e complementando o raciocínio acima, temos a ideia traga por Flávio Martins, o qual diz que:

Dessa maneira, podemos afirmar que intimidade e vida privada são dois círculos concêntricos que dizem respeito ao mesmo direito: o direito à privacidade ou direito de estar só. A intimidade é um círculo menor, que se encontra no interior do direito à vida privada, correspondendo as relações mais íntimas da pessoa e até mesmo a integridade corporal, não se admitindo as “intervenções corporais” como em outros países.<sup>82</sup>

Sendo assim, poderíamos dizer que existam dois conceitos diferentes, um para cada expressão. Para compreendermos melhor, temos o conceito do direito a privacidade descrito por Nathalia Masson, a qual diz que:

A **privacidade** representa a plena autonomia do indivíduo em reger sua vida do modo que entender mais correto, mantendo em seu exclusivo controle as informações atinentes à sua vida doméstica (familiar e afetiva), aos seus hábitos, escolhas, segredos, etc., sem se submeter ao crivo (e à curiosidade) da opinião alheia.<sup>83</sup> (*grifo do autor*)

Com relação a intimidade, Nathalia Masson também nos traz um conceito mais específico, demonstrando que esse direito visa proteger uma parte específica da vida das pessoas, parte essa que somente lhe diz respeito:

a **intimidade** compreende as relações e opções mais íntimas e pessoais do indivíduo, compondo uma gama de escolhas que se pode manter ocultas de todas as outras pessoas, até das mais próximas. Representa, pois, o direito de possuir uma vida secreta e inacessível a terceiros, evitando ingerências de qualquer tipo.<sup>84</sup> (*grifo do autor*)

Por fim, podemos observar que tanto o direito a privacidade, quanto o direito a intimidade estão diretamente ligados, apesar de que em graus de abrangência

---

<sup>81</sup> MASSON, Nathália. **Manual de direito constitucional**. 4ª ed. rev. amp. e atual. Salvador: Ed. JusPodivm, 2016. p.219.

<sup>82</sup> MARTINS, Flávio. **Curso de direito constitucional**. 1ª ed. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2017. p.875.

<sup>83</sup> MASSON, Nathália. **Manual de direito constitucional**. 4ª ed. rev. amp. e atual. Salvador: Ed. JusPodivm, 2016. p.218.

<sup>84</sup> MASSON, Nathália. **Manual de direito constitucional**. 4ª ed. rev. amp. e atual. Salvador: Ed. JusPodivm, 2016. p.218.

diferentes, ambos os direitos visam tutelar direitos inerentes a vida pessoal dos indivíduos e que não devem ser expostos ao público em geral. Por esse motivo podemos ter o pensamento de que, apesar das diferenciações entre ambos os termos, não observamos argumentos que impeçam o uso da expressão direito a privacidade para também tratar do direito a intimidade, afinal, como dito acima, a intimidade esta inserida no direito a privacidade, então, ao tratar do direito a privacidade, estaríamos também tratando da intimidade.

### **2.2.2. O sigilo das comunicações presentes na constituição**

Anterior a atual constituição, os direitos inerentes ao sigilo das comunicações eram tratados sem nenhuma ressalva, sendo terminantemente proibida a violação das correspondências e dos sigilos das comunicações. Tal proibição estava prevista no artigo 150, paragrafo 9º da CF/67, conforme observamos:

Art 150 - A Constituição assegura aos brasileiros e aos estrangeiros residentes no País a inviolabilidade dos direitos concernentes à vida, à liberdade, à segurança e à propriedade, nos termos seguintes:  
[...]  
§ 9º - São invioláveis a correspondência e o sigilo das comunicações telegráficas e telefônicas.<sup>85</sup>

Vigorando juntamente com a constituição vigente na época, a lei 4.117/62, o Código Brasileiro de Telecomunicações trazia em seu artigo 57 o seguinte texto:

Art. 57. Não constitui violação de telecomunicação:  
[...]  
II — o conhecimento dado:  
[...]  
e) ao juiz competente, mediante requisição ou intimação deste.<sup>86</sup>

Conforme observado, naquela época, e em detrimento desta lei, houve um questionamento muito grande a respeito de sua constitucionalidade, uma vez que este artigo autorizava ao juiz, mediante requisição ou intimação, o recebimento de

<sup>85</sup> BRASIL. **Constituição da República Federativa do Brasil de 1967**. Disponível em: <[http://www.planalto.gov.br/ccivil\\_03/Constituicao/Constituicao67EMC69.htm](http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/Constituicao/Constituicao67EMC69.htm)>. Acesso em 10 out 2018.

<sup>86</sup> BRASIL. Decreto lei nº 4.117, de 27 de agosto de 1962. **Institui o Código Brasileiro de Telecomunicações**. Disponível em: <[http://www.planalto.gov.br/ccivil\\_03/leis/L4117.htm](http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/L4117.htm)>. Acesso em: 10 out 2018.

dados inerentes às estas comunicações que eram invioláveis perante a constituição. Parte da doutrina e jurisprudência da época entendia que este artigo estava compatível com as normas constitucionais em vigor, considerando que a falta de uma ressalva no texto constitucional não poderia significar uma absoluta vedação a interceptação das comunicações, com base no entendimento de que as normas constitucionais não poderiam instituir direito absoluto.<sup>87</sup>

Com o surgimento da Constituição Federal de 1988, tal conflito foi superado através do artigo 5º, inciso XII, que diz, “[...] 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;”<sup>88</sup>

Apesar da criação de um dispositivo mais complexo, a nova constituição trouxe outra polêmica acerca dos sigilos das comunicações, a qual se tratava do questionamento a cerca da recepção ou não do artigo 57 do CBT. Após opiniões divergentes sobre o assunto, o STF resolveu a questão proferindo decisão do HC 73.351-4-SP, a qual decidiu que o artigo não foi recepcionado, tornando as comunicações invioláveis até a criação de uma lei específica sobre a matéria.<sup>89</sup>

Em primeiro momento a lei criada foi a lei nº 9.296/96, que surgiu oito anos depois do surgimento da atual constituição, contudo, conforme também dito anteriormente, tal lei não abrangeu as gravações clandestinas em seu texto.

### **2.2.3. Os limites ao direito à privacidade e ao sigilo das comunicações**

Como já dito anteriormente, os direitos fundamentais não são absolutos, dessa maneira, podemos dizer que o direito a privacidade do individuo também não se apresenta de maneira absoluta, afinal, trata-se também de um direito fundamental. Nesse sentido, é dito por Flávio Martins:

Assim como os demais direitos, não se trata de um direito absoluto, encontrando varias hipóteses de limitação. Há casos em que pode ser decretada a interceptação telefônica (art. 5º, XII, CF e lei 9.296/96), busca

---

<sup>87</sup> PAULO, V.; ALEXANDRINO, M. **Direito Constitucional descomplicado**. 16. ed. rev., atual. e ampl. São Paulo: MÉTODO, 2017. p. 341

<sup>88</sup> BRASIL. Constituição (1988). **Constituição da República Federativa do Brasil**. Disponível em: <[http://www.planalto.gov.br/ccivil\\_03/Constituicao/Constituicao.htm](http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/Constituicao/Constituicao.htm)> Acessado em 10 ago 2018.

<sup>89</sup> PAULO, V.; ALEXANDRINO, M. **Direito Constitucional descomplicado**. 16. ed. rev., atual. e ampl. São Paulo: MÉTODO, 2017. p.341.

domiciliar e busca pessoal, quebra de sigilo bancário, fiscal e telefônico etc.<sup>90</sup>

Também se tratando da privacidade, Gilmar Mendes diz que:

A vida em comunidade, com as suas inerentes interações entre pessoas, impede que se atribua valor radical à privacidade. É possível descobrir interesses públicos, acolhidos por normas constitucionais, que sobrelevem ao interesse do recolhimento do indivíduo. O interesse público despertado por certo acontecimento ou por determinada pessoa que vive de uma imagem cultivada perante a sociedade pode sobrepujar a pretensão de “ser deixado só”.<sup>91</sup>

É inegável que o direito de não ter suas relações privadas divulgadas é fator importante no respeito à vida privada do indivíduo, porém na vida em sociedade, as vezes se faz necessário que escolhas sejam feitas em situações de conflito com outro particular, ou pelo interesse público. Tal escolha, por parte do judiciário ou até mesmo por força de normas constitucionais, poderia limitar a privacidade do indivíduo.

Assim como o direito a privacidade o sigilo das comunicações também pode ser limitado, pois também se trata de um direito fundamental. A limitação deste direito, e não diferente dos outros, deve ser analisada com cautela, pois poderia acabar com a possibilidade da parte de escolher quem deveria ser a pessoa a receber o conteúdo de sua comunicação.

Conforme já apresentado anteriormente, o sigilo das comunicações pode ser limitado pela ressalva exposta na própria norma que o garante como direito, contudo, tal restrição não se atém somente a este caso, podendo haver restrições nos casos recomendados pelo princípio da proporcionalidade, como expressa Gilmar Mendes ao dizer que “Não havendo direitos absolutos, também o sigilo de correspondência e o de comunicações telegráficas são passíveis de ser restringidos em casos recomendados pelo princípio da proporcionalidade”<sup>92</sup>. Apesar de não estarem presentes nesta afirmação, as gravações de conversas telefônicas também podem ser utilizadas se forem adquiridas de maneira ilícita, quando “a gravação, em

---

<sup>90</sup> MARTINS, Flávio. **Curso de direito constitucional**. 1ª ed. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2017. p.876.

<sup>91</sup> MENDES, G. F.; BRANCO, P. G. G. **Curso de direito constitucional**. 12. ed. rev. e atual. São Paulo: Saraiva, 2017.. p.247.

<sup>92</sup> MENDES, G. F.; BRANCO, P. G. G. **Curso de direito constitucional**. 12. ed. rev. e atual. São Paulo: Saraiva, 2017. p.254.

princípio imprópria, é feita como meio de legítima defesa de quem grava, não se positiva a ilicitude.”<sup>93</sup>

### 2.3. As gravações clandestinas e o direito à privacidade

A gravação clandestina não é regulamentada em nosso ordenamento jurídico, nosso Código de Processo Penal não prevê estas gravações como meio de prova, assim como também não desautoriza a sua utilização. O exemplo mais próximo de liberdade na utilização de provas esta na descrição do artigo 369 do Novo Código de Processo Civil que diz:

Art. 369. As partes têm o direito de empregar todos os meios legais, bem como os moralmente legítimos, ainda que não especificados neste Código, para provar a verdade dos fatos em que se funda o pedido ou a defesa e influir eficazmente na convicção do juiz.<sup>94</sup>

Como se observa, o artigo autoriza a utilização de quaisquer meios de provas, mesmo as provas que não estão presentes naquele código, porém, devemos também observar que o próprio artigo nos traz a necessidade de que tais provas sejam pautadas na legalidade, ou na moralidade.

Devemos observar também que a gravação clandestina, em si, não constitui crime, apesar de sua clandestinidade, pois ninguém é proibido de gravar a própria conversa, sendo assim também podemos complementar esses dizeres trazendo uma parte das ideias de Avolio, que diz:

Dessa forma, a gravação clandestina não encontra óbice legal à sua admissibilidade no processo penal, enquanto meio atípico de prova, assim como outros meios não previstos em lei, a exemplo das perícias com base no DNA, hoje disseminadas no âmbito da moderna polícia científica como eficiente instrumento para o esclarecimento dos crimes.<sup>95</sup>

---

<sup>93</sup> MENDES, G. F.; BRANCO, P. G. G. **Curso de direito constitucional**. 12. ed. rev. e atual. São Paulo: Saraiva, 2017. p.255.

<sup>94</sup> BRASIL. Decreto lei nº 13.105, de 16 de março de 2015. **Código de Processo Civil**. Disponível em: <[http://www.planalto.gov.br/ccivil\\_03/\\_Ato2015-2018/2015/Lei/L13105.htm](http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_Ato2015-2018/2015/Lei/L13105.htm)>. Acesso em: 30 out. 2018.

<sup>95</sup> AVOLIO, Luiz Francisco Torquato. **Provas ilícitas: interceptação telefônica, ambientais e gravações clandestinas**. 6ª ed. ver. atual. e ampl. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2015. p.232.

Apesar dessa afirmação, devemos ter em mente que existem limites na apreciação das gravações clandestinas como meios de provas, pois, devido a peculiaridade de cada caso, caberá ao juiz a apreciação da prova produzida observando a existência de conflito com a lei ou com princípios morais. A questão de limites esta mais relacionada a divulgação da conversa, o que poderia, ou não, ferir o direito a intimidade, ou o direito à reserva. Em relação aos limites das gravações de conversa enquanto meio de prova licita, segundo o entendimento de Avolio:

A intimidade apontada como óbice pela doutrina, não deve ser encarada por limite genérico e intransponível, mas sob o peculiar aspecto do direito a reserva (proteção contra a divulgação do conteúdo íntimo). Adotando-se a mesma distinção que se faz com relação à correspondência, nem toda conversa pode ser reputada confidencial. Assim, inexistindo o caráter de privacidade, ou a obrigação legal de guardar sigilo, a parte que efetuou a gravação de conversa própria pode empregá-la como prova. Seria como se recebesse uma carta, de conteúdo não confidencial, e a exibisse em juízo.<sup>96</sup>

Nesse entendimento, podemos dizer que o limite da utilização das gravações de conversas se refere a análise do conteúdo das conversas, tendo em vista que esta análise poderia verificar a afronta à privacidade, ou à obrigação legal de guardar sigilo.

Outra questão relacionada aos limites das gravações clandestinas se deve ao fato de que tais gravações não são aceitas quando policiais realizam uma conversa informal com um preso ou um indiciado. Tal entendimento pode ser visto no acórdão do HC 80.949/RJ, em decisão proferida pelo Min. Sepúlveda Pertence, conforme 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.

---

<sup>96</sup> AVOLIO, Luiz Francisco Torquato. **Provas ilícitas: interceptação telefônica, ambientais e gravações clandestinas**. 6ª ed. ver. atual. e ampl. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2015. p.232.

Gravação clandestina de "conversa informal" do indiciado com policiais. 3. Ilícitude 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. [...] <sup>97</sup>

Como podemos observar na ementa citada acima, o limite sobre a licitude da gravação clandestina em desfavor do indivíduo, que foi realizada por policial, se deve ao fato de que tal procedimento de gravação foi realizado fora das formalidades legais, e por também não informar ao indivíduo os seus direitos, inclusive ao silêncio, pois cabe a ele o direito a não autoincriminação (*nemo tenetur se detegere*), como previsto em nossa Constituição, mais precisamente no artigo 5º, inciso LXIII, o qual diz que “o preso será informado de seus direitos, entre os quais o de permanecer calado, sendo-lhe assegurada a assistência da família e de advogado.” <sup>98</sup>.

Nos casos em que a gravação clandestina constituir prova ilícita por confrontar com o direito a intimidade, descreve Renato Brasileiro de Lima:

De mais a mais, mesmo que a gravação seja considerada ilícita, havendo outro interesse jurídico mais relevante que a proteção à intimidade, como a vida ou o direito à ampla defesa, há de se considerar lícita a gravação, por força do princípio da proporcionalidade. <sup>99</sup>

---

<sup>97</sup> BRASIL. Supremo Tribunal Federal. **Habeas Corpus HC 80949/RJ – Rio de Janeiro**. Relator: Ministro Sepúlveda Pertence. Pesquisa de Jurisprudência, Acórdãos, 30 outubro 2001. Disponível em: <<http://www.stf.jus.br/portal/jurisprudencia/pesquisarJurisprudencia.asp>>. Acesso em 09 out. 2018.

<sup>98</sup> BRASIL. Constituição (1988). **Constituição da República Federativa do Brasil**. Disponível em: [http://www.planalto.gov.br/ccivil\\_03/Constituicao/Constituicao.htm](http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/Constituicao/Constituicao.htm) Acessado em 10 ago. 2018

<sup>99</sup> LIMA, Renato Brasileiro de. **Manual de processo penal**. Volume único. 5. ed. rev. ampl. E atual. Salvador: Ed. JusPodivm, 2017. p.743.

Complementando, também temos Avolio, que diz:

Desse modo, a prova que favorece a defesa, ainda que ilícita, pode ser admitida com base no princípio da proporcionalidade, o que encontra ressonância na doutrina e no entendimento dos tribunais. Trata-se da chamada prova ilícita *pro reo*. É que no confronto dos interesses em jogo, o direito à liberdade ou à defesa deve prevalecer sobre a intimidade.<sup>100</sup>

Observando ambos os autores, podemos dizer que tais gravações poderão ser consideradas lícitas com base no princípio da proporcionalidade, tendo em vista o conflito de valores presentes em cada caso.

Com relação ao conflito existente entre estas gravações e o direito à privacidade, temos um acórdão, proferido pelo STF, que decidiu a matéria numa época em que ainda existia uma discussão mais incisiva sobre o tema. Trata-se do HC 75.338, que, em sua decisão, o Min. Nelson Jobim proferiu decisão favorável a utilização da gravação clandestina realizada por um Tabelião que estava sendo extorquido por um juiz de direito, segue ementa:

HABEAS CORPUS. PROVA. LICITUDE. GRAVAÇÃO DE TELEFONEMA POR INTERLOCUTOR. É LÍCITA A GRAVAÇÃO DE CONVERSA TELEFÔNICA FEITA POR UM DOS INTERLOCUTORES, OU COM SUA AUTORIZAÇÃO, SEM CIÊNCIA DO OUTRO, QUANDO HÁ INVESTIDA CRIMINOSA DESTE ÚLTIMO. É INCONSISTENTE E FERRE O SENSO COMUM FALAR-SE EM VIOLAÇÃO DO DIREITO À PRIVACIDADE QUANDO INTERLOCUTOR GRAVA DIÁLOGO COM SEQÜESTRADORES, ESTELIONATÁRIOS OU QUALQUER TIPO DE CHANTAGISTA. ORDEM INDEFERIDA. Não houve interceptação no sentido técnico. Um dos interlocutores gravou a conversa. Se a perícia demonstrar, na instrução criminal, a falsidade da fita, pelo fato responderão os seus autores. Se tal não ocorrer e a fita for autêntica, não há que se falar em prova ilícita. Tendo havido - autêntica a fita - justa causa. Não teria havido violação do direito à privacidade do inciso X do art. 5º.[...] Há momentos em que o direito a privacidade se conflita com outros direitos, quer de terceiros, quer do Estado.[...] O princípio da proporcionalidade é o instrumento de controle.[...] É inconsistente e fere o senso comum - fonte última da proporcionalidade - falar-se em violação do direito à privacidade quando a vítima grava diálogo com sequestradores, estelionatários ou qualquer tipo de chantagista.[...]. Decisão: Por unanimidade, a Turma deliberou afetar o julgamento do habeas corpus ao Plenário. Falaram, pelo paciente, o Dr. José Mauro Costa de Assis, e, pelo Ministério Público Federal, o Dr. Edinaldo de Holanda Borges. 2ª Turma, 17.02.98. Decisão: O Tribunal, por votação majoritária, indeferiu o pedido de habeas corpus, vencidos os Ministros Marco Aurélio e Presidente (Ministro Celso de Mello),

<sup>100</sup> AVOLIO, Luiz Francisco Torquato. **Provas ilícitas: interceptação telefônica, ambientais e gravações clandestinas**. 6ª ed. ver. atual. e ampl. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2015. p.232.

que o deferiam. Falou pelo paciente o Dr. José Mauro Couto de Assis. Plenário, 11.3.98.<sup>101</sup>

Como podemos observar, o ministro foi prudente ao adotar o princípio da proporcionalidade com o intuito de resolver tal conflito. É evidente que existe um conflito de direitos nesse processo, contudo, para o ministro ficou evidente que a privacidade não poderia se sobressair ao direito de defesa da vítima ante a investida do criminoso. Cabe ressaltar também que o ministro reconheceu que havia uma diferença entre a interceptação e a referida gravação, sendo observado que no caso discutido, não se tratava de interceptação, afastando assim o conflito entre as gravações clandestinas e o sigilo das comunicações, e focando no conflito ao direito a privacidade.

Apesar da incidência do princípio da proporcionalidade nos conflitos entre as gravações clandestinas e o direito a privacidade nas questões relacionadas a defesa, devemos ter em mente que quando este meio de prova é utilizada na acusação a tendência é não aceitar que o direito a prova e o interesse social em punir os delitos sejam superiores ao direito a intimidade do indivíduo acusado, sendo assim não haveria a incidência do princípio da proporcionalidade. Nesse sentido diz Avolio:

Defendemos que o direito à prova pela acusação não é oponível às liberdades individuais (intimidade, sigilo telefônico, exames invasivos, *lie detectors*, tortura, coação psicológica etc.). A razão é de ordem jurídica, moral e lógica: ao admitir-se a oponibilidade do direito à prova às liberdades públicas, indiscriminadamente, estar-se-ia criando um perigoso precedente para a liberdade e a dignidade da pessoa humana: não se poderia mais estabelecer qualquer vedação probatória – todas as provas, ainda que ilícitas, seriam utilizáveis em nome do direito a prova, do atingimento da verdade real. E tal não se mostra possível em nosso sistema, pois a Constituição reputa inadmissíveis no processo as provas ilícitas, ou seja, as que atentam contra princípios e garantias constitucionais e violam normas de direito material. Seria a derrocada do Estado de Direito.<sup>102</sup>

Outra questão que também gerou dúvidas seria o conflito entre as gravações clandestinas com o direito ao sigilo das comunicações. De forma mais incisiva, no Recurso Extraordinário RE 402.717/PR, o Min. Cezar Peluso, diz que:

---

<sup>101</sup> BRASIL. Supremo Tribunal Federal. **Habeas Corpus HC 75338/RJ – Rio de Janeiro**. Relator: Ministro Sepúlveda Pertence. Pesquisa de Jurisprudência, Acórdãos, 11 março 1998. Disponível em: <<http://www.stf.jus.br/portal/jurisprudencia/pesquisarJurisprudencia.asp>>. Acesso em 23 out. 2018.

<sup>102</sup> AVOLIO, Luiz Francisco Torquato. **Provas ilícitas: interceptação telefônica, ambientais e gravações clandestinas**. 6ª ed. ver. atual. e ampl. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2015. p.233.

A matéria nada se entende com o disposto no artigo 5º, XII, da constituição da República, o qual apenas protege o sigilo de comunicações telefônicas, na medida em que as põe a salvo da ciência não autorizada de terceiro, em relação ao qual se configura, por definição mesma, a interceptação ilícita.<sup>103</sup>

Nesse entendimento, podemos dizer que as gravações clandestinas realmente não possuem relação de conflito com o sigilo das comunicações presentes na Constituição, sendo assim, o mais correto dizer que tal prova conflita com o direito a privacidade, afastando a hipótese de ilegalidade baseada no sigilo protegido constitucionalmente.

Por fim, temos a afirmação traga por Avolio:

Qualquer pessoa tem o direito de gravar a sua própria conversa, haja ou não conhecimento da parte de seu interlocutor. O que a lei penal veda, tornando ilícita a prova decorrente, é a divulgação da conversa sigilosa, sem justa causa. A justa causa é exatamente a chave para se perquirir a licitude da gravação clandestina. E, dentro das excludentes possíveis, é de se afastar - frise-se - o direito à prova. Os interesses remanescentes devem ser suficientemente relevantes para ensejar o sacrifício da *privacy*. Assim, por exemplo, a vida, a integridade física, a liberdade, o próprio direito à intimidade e, sobretudo, o direito de defesa, que se insere entre as garantias fundamentais. Ocorrendo, pois, conflito de valores dessa ordem, a gravação clandestina é de se reputar lícita, tanto no processo criminal como no civil, independentemente do fato de a exceção à regra da inviolabilidade das comunicações haver sido regulamentada.<sup>104</sup>

Através dessa afirmação podemos observar que as gravações clandestinas são, de fato, provas lícitas que poderão ser utilizadas nos processos penais, e que nos casos de conflitos de valores, como por exemplo, a defesa da liberdade contra a privacidade, o direito a privacidade deve ser mitigado na medida em que é observado o conflito em cada caso.

---

<sup>103</sup> BRASIL. Supremo Tribunal Federal. **Recurso Extraordinário RE 402717/PR – Paraná**. Relator: Ministro Cezar Peluso. Pesquisa de Jurisprudência, Acórdãos, 02 dezembro 2008. Disponível em: <<http://www.stf.jus.br/portal/jurisprudencia/pesquisarJurisprudencia.asp>>. Acesso em 25 out. 2018. (fl.4)

<sup>104</sup> AVOLIO, Luiz Francisco Torquato. **Provas ilícitas: interceptação telefônica, ambientais e gravações clandestinas**. 6ª ed. ver. atual. e ampl. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2015. p.156.

### 3. GRAVAÇÕES CLANDESTINAS E O ENTENDIMENTO ATUAL DOS TRIBUNAIS

Depois de demonstrada a matéria, far-se-á necessário expor alguns julgados sobre o tema e que serão de extrema importância para uma melhor compreensão sobre como tem sido o entendimento dos tribunais no decorrer dos últimos anos.

#### 3.1. As gravações clandestinas na visão do STF

##### 3.1.1. *Recurso Extraordinário – RE 402717/PR*

Com o passar do tempo, a matéria retornou a discussão por diversas vezes no STF, como por exemplo, o RE 402.717/PR, o qual em 2008, o Min. Cezar Peluso negou recurso do Ministério Público Federal, que questionava a utilização das gravações clandestinas, por parte do indiciado que produziu provas em sua defesa. Neste recurso o relator expõe seus dizeres, reafirmando o seu entendimento sobre a matéria:

Como longamente já sustentei alhures, não há ilicitude alguma no uso de gravação de conversa telefônica feita por um dos interlocutores sem conhecimento do outro, com a intenção de produzir prova no intercurso, sobretudo para defesa própria em procedimento criminal, se não pese, contra tal divulgação, alguma específica razão jurídica de sigilo nem de reserva, como a que, por exemplo, decorra de relações profissionais ou ministeriais, de particular tutela da intimidade, ou doutro valor jurídico superior. A gravação aí é clandestina, mas não ilícita, nem ilícito é seu uso, em particular, como meio de prova.

[...]

Ora, quem revela conversa da qual foi participe, 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, a menos que esta seja recoberta por absoluta indisponibilidade legal proveniente de obrigação jurídica heterônoma, ditada pela particular natureza da relação pessoal vigente entre os interlocutores, ou por exigência de valores jurídicos transcendent<sup>105</sup>.

---

<sup>105</sup> BRASIL. Supremo Tribunal Federal. **Recurso Extraordinário RE 402717/PR – Paraná**. Relator: Ministro Cezar Peluso. Pesquisa de Jurisprudência, Acórdãos, 02 dezembro 2008. Disponível em: <<http://www.stf.jus.br/portal/jurisprudencia/pesquisarJurisprudencia.asp>>. Acesso em 25 out. 2018. (fls. 4 - 6).

Como podemos observar, o Ministro entende não haver ilicitude na utilização de gravações onde o interlocutor grava a conversa com outro interlocutor que não sabe que esta sendo gravado, defendendo que tal ato não constitui interceptação, e que por este motivo, a matéria não se confunde com o sigilo das comunicações previsto da constituição.

### **3.1.2. Recurso Extraordinário – RE 583937/RJ**

Em 2009 o Min. Cezar Peluso, relator do processo, proferiu uma decisão no RE 583.937/RJ, a qual reconheceu a repercussão geral e reafirmou o seu entendimento pelo reconhecimento das gravações de conversas por um dos interlocutores, e conseqüentemente, anulando o processo a partir do momento em que tal gravação foi inadmitida como meio de prova. Tal decisão saiu como notícia no site oficial do STF<sup>106</sup>, e também no informativo nº568<sup>107</sup>, os quais reafirmam a possibilidade de aproveitar as gravações como prova.

O caso em questão se trata de uma gravação ambiental, a qual o indiciado teria realizado a gravação da audiência, e que nesta audiência, o Juiz de Direito figurava como vítima de desacato por parte do indiciado.

Fato importante que o Min. Cezar Peluso nos trás nos começo de seus dizeres é que as gravações ambientais e as gravações telefônicas não se diferenciam no entendimento do tribunal. Como podemos ver nas palavras do Ministro, “É que este entendimento responde à mesma ratio da validade de gravação telefônica efetivada por um dos interlocutores, porque, nem em um caso, nem em outro, a gravação por um dos interlocutores pode ser vista como interceptação.”<sup>108</sup>

---

<sup>106</sup> STF, **STF reconhece repercussão geral e reafirma ser possível aproveitar gravação como prova**. 19 de novembro de 2009. Disponível em: <<http://www.stf.jus.br/portal/cms/verNoticiaDetalhe.asp?idConteudo=116314>> Acessado em 25 out. 2018.

<sup>107</sup> BRASIL. Supremo Tribunal Federal. Informativo nº568. **Informativos STF**. Disponível em: <<http://stf.jus.br/arquivo/informativo/documento/informativo568.htm>>. Acesso em 25 de outubro de 2018.

<sup>108</sup> BRASIL. Supremo Tribunal Federal. **Recurso Extraordinário RE 583937/RJ – Rio de Janeiro**. Relator: Ministro Cezar Peluso. Pesquisa de Jurisprudência, Acórdãos, 19 novembro 2009. Disponível em: <<http://www.stf.jus.br/portal/jurisprudencia/pesquisarJurisprudencia.asp>>. Acesso em 25 out. 2018.

Por fim, o recurso foi provido e a jurisprudência foi reafirmada pelo Ministro, o qual reconheceu a utilização da gravação ambiental como lícita, assim como já se tinha entendimento quanto a gravação telefônica.

Cabe ressaltar que neste caso, ao final do voto do relator, o Senhor Ministro Marco Aurélio, Presidente da corte, pediu ao relator para desprover o recurso, sob a alegação de:

Entendo que essa gravação escamoteada, camuflada, não se coaduna com ares realmente constitucionais, considerada a prova e, acima de tudo, a boa-fé que deve haver entre aqueles que mantêm, de alguma forma, um contato, que mantêm, portanto, um diálogo. Não imagino que cheguemos ao ponto de ter de revistar alguém que peça uma audiência para manter contato sobre esta ou aquela matéria, visando a saber se porta, ou não, um gravador. Portanto gravador e partindo para a gravação da conversa, adentra, a meu ver, campo contrário à boa-fé que deve ocorrer nas relações humanas, chegando a algo, sob a minha óptica, inconcebível.<sup>109</sup>

Como se observa, por mais que a jurisprudência tem se firmado em aceitar estes tipos de gravações como meios de provas, existem entendimentos contrários que ainda podem levar a discussão sobre o tema.

### **3.1.3. Ag.Reg. no Agravo de Instrumento – AI 560223/SP**

Trata-se de outro caso relacionado às gravações ambientais, no qual o agravante interpôs um agravo regimental, em desfavor de um agravo de instrumento, que foi negado pelo tribunal. O caso em questão é o AI 560.223/SP, julgado em 2011 e que teve como relator o Min. Joaquim Barbosa, que negou provimento, em detrimento da jurisprudência já sedimentada pela Corte. Segue ementa:

Ementa: AGRAVO REGIMENTAL EM AGRAVO DE INSTRUMENTO. GRAVAÇÃO AMBIENTAL FEITA POR UM INTERLOCUTOR SEM CONHECIMENTO DOS OUTROS: CONSTITUCIONALIDADE. AUSENTE CAUSA LEGAL DE SIGILO DO CONTEÚDO DO DIÁLOGO. PRECEDENTES. 1. A gravação ambiental meramente clandestina, realizada por um dos interlocutores, não se confunde com a interceptação,

---

<sup>109</sup> BRASIL. Supremo Tribunal Federal. **Recurso Extraordinário RE 583937/RJ – Rio de Janeiro**. Relator: Ministro Cezar Peluso. Pesquisa de Jurisprudência, Acórdãos, 19 novembro 2009. Disponível em: <<http://www.stf.jus.br/portal/jurisprudencia/pesquisarJurisprudencia.asp>>. Acesso em 25 out. 2018. (fl.1756)

objeto cláusula constitucional de reserva de jurisdição. 2. É lícita a prova consistente em gravação de conversa telefônica realizada por um dos interlocutores, sem conhecimento do outro, se não há causa legal específica de sigilo nem de reserva da conversação. Precedentes. 3. Agravo regimental desprovido.<sup>110</sup>

No caso em questão, o Sr. Marcelo José Dinamarco realizou uma gravação de conversa, em que ele também era um dos interlocutores, no interior de um escritório de advocacia. O questionamento do agravante era que tal gravação violava a Constituição, mais precisamente os artigos 5º, LVI, o qual trata da inadmissibilidade das provas obtidas por meios ilícitos, e o artigo 133, o qual trata da inviolabilidade do advogado no exercício de sua profissão.

Como já dito acima, o agravo foi desprovido sob o argumento de que o fato de tal gravação ter ocorrido no interior do escritório não é relevante, uma vez que “o conteúdo do diálogo não guarda qualquer relação com o exercício da profissão”<sup>111</sup>.

#### **3.1.4. Habeas Corpus com Medida Cautelar – HB 148864/ES**

Atualmente tramita no STF o HC 148.864 MC/ES, que se trata de um Habeas Corpus com pedido de Medida Cautelar. Tal Habeas Corpus foi impetrado questionando a decisão negativa de um acórdão expedido pelo STJ. Eis a Ementa:

PROCESSUAL PENAL. RECURSO ORDINÁRIO EM HABEAS CORPUS. DECISÃO DE RECEBIMENTO DA DENÚNCIA. FUNDAMENTAÇÃO EXAUSTIVA. PRESCINDIBILIDADE. GRAVAÇÃO DE CONVERSA POR UM DOS INTERLOCUTORES. PROVA LÍCITA. RECURSO DESPROVIDO. I - Na linha da jurisprudência desta Corte Superior e do col. STF, acerca da decisão de recebimento da peça acusatória, [...] o exame da admissibilidade da denúncia se limita à existência de substrato probatório mínimo e à validade formal da inicial acusatória' (Inq n. 3.113/DF, Primeira Turma, Rel. Min. Roberto Barroso, DJe de 6/2/2015). [...] Passo a decidir. Trata-se de habeas corpus no qual a defesa sustenta a ilicitude da gravação que deu ensejo o oferecimento da denúncia. Não é patente a relevância do fundamento da impetração. O Plenário do STF, no julgamento da Questão de Ordem no RE-RG-583.937/RJ, reafirmou a jurisprudência da Corte no sentido de que é válida a gravação obtida por um dos interlocutores sem o

<sup>110</sup> BRASIL. Supremo Tribunal Federal. **Ag.Reg. no Agravo de Instrumento AI 560223/SP – São Paulo**. Relator: Ministro Cezar Peluso. Pesquisa de Jurisprudência, Acórdãos, 12 abril 2011. Disponível em: <<http://www.stf.jus.br/portal/jurisprudencia/pesquisarJurisprudencia.asp>>. Acesso em 25 out. 2018.

<sup>111</sup> BRASIL. Supremo Tribunal Federal. **Ag.Reg. no Agravo de Instrumento AI 560223/SP – São Paulo**. Relator: Ministro Cezar Peluso. Pesquisa de Jurisprudência, Acórdãos, 12 abril 2011. Disponível em: <<http://www.stf.jus.br/portal/jurisprudencia/pesquisarJurisprudencia.asp>>. Acesso em 25 out. 2018. (fl.99)

conhecimento do outro. Confira-se a ementa: “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-QO-RG 583.937/RJ, Rel. Min. CEZAR PELUSO, REPERCUSSÃO GERAL - MÉRITO DJe 18.12.2009) Aliado a isso, está ausente a urgência em tutelar o direito da paciente. A ação penal tramite desde 2013, sem a imposição de medidas cautelares pessoais ou patrimoniais. Ante o exposto, indefiro a medida liminar. Dê-se vista à Procuradoria-Geral da República para parecer. Publique-se. Brasília, 27 de outubro de 2017. Ministro Gilmar Mendes Relator Documento assinado digitalmente (HC 148864 MC, Relator(a): Min. GILMAR MENDES, julgado em 27/10/2017, publicado em PROCESSO ELETRÔNICO DJe-250 DIVULG 30/10/2017 PUBLIC 31/10/2017)<sup>112</sup>

Observando esta decisão sobre a medida liminar, vemos que o Ministro Gilmar Mendes proferiu a sentença baseando-se no Recurso Extraordinário RE 583.937/RJ, já demonstrada acima, que aceita a gravação clandestina como lícita no processo. Sendo assim, sua decisão foi de indeferir tal medida.

Ao que tudo indica, atualmente o Supremo Tribunal Federal ainda possui um pensamento firme a respeito das gravações clandestinas, observamos que são aceitas nos processos penais até os dias atuais.

### **3.2. As gravações clandestinas na visão do STJ**

Não diferente do STF, o Superior Tribunal de Justiça também tem acatado o entendimento de que as gravações clandestinas são lícitas, e que podem ser utilizadas como meio de provas no processo penal. Abaixo mostraremos alguns julgados que confirmam esse entendimento.

---

<sup>112</sup> BRASIL. Supremo Tribunal Federal. **Habeas Corpus HC 148864/ES – Espírito Santo**. Relator: Ministro Gilmar Mendes. Pesquisa de Jurisprudência, Acórdãos, 27 novembro 2017. Disponível em: <<http://www.stf.jus.br/portal/jurisprudencia/pesquisarJurisprudencia.asp>>. Acesso em 25 out. 2018.

### 3.2.1. Habeas Corpus - HC 292858 / ES

Trata-se de um Habeas Corpus que foi julgado em 2015 e que, dentre outros questionamentos, o impetrante questiona a utilização da gravação clandestina como embasamento da denúncia do Ministério Público do Estado do Espírito Santo. Segue Ementa:

PROCESSUAL PENAL. HABEAS CORPUS. DENÚNCIA. PECULATO E ASSOCIAÇÃO CRIMINOSA. DESVIO DE VERBA PÚBLICA. FRAUDE A LICITAÇÃO. AUTORIA COLETIVA. DESCRIÇÃO FÁTICA GENÉRICA. SUFICIÊNCIA. DEMONSTRAÇÃO DE INDÍCIOS DE AUTORIA. INÉPCIA. NÃO OCORRÊNCIA. REEXAME DE PROVAS. IMPOSSIBILIDADE.

[...]4. Quanto à alegação de ilicitude de prova, conforme ressaltado pelo MPF, "o impetrante sustenta que a gravação ambiental utilizada pelo Ministério Público do Estado do Espírito Santo para embasar a denúncia seria uma "fraude" criada pelos Promotores de Justiça para prejudicar o paciente e beneficiar a Sra. Ana Lúcia Ferreira da Silva. Todavia, não havendo demonstração de plano das alegações feitas sobre a ilicitude da prova, o exame da matéria em questão demandaria aprofundada análise do conjunto probatório produzido, providência incabível pela via estreita do habeas corpus, remédio constitucional de rito célere e de cognição sumária." 5. Com efeito, esta Corte assentou entendimento de que, em tese, são válidos os atos investigatórios realizados pelo Ministério Público, cabendo-lhe ainda requisitar informações e documentos, a fim de instruir os seus procedimentos administrativos, com vistas ao oferecimento da denúncia.

6. Registre-se que as alegações sobre a ilicitude da prova utilizada pelo Ministério Público requerem o reexame do conjunto fático-probatório, incabível em sede de habeas corpus. Precedentes desta Corte. Em princípio, a gravação clandestina (realizada por um dos interlocutores, sem o consentimento dos demais), quando produzida com o intuito de comprovar a inocência do acusado ou investigado, no exercício de direito de defesa, mesmo na esfera policial, não se trata de prova ilícita.

7. Inexistência de constrangimento ilegal, hábil a justificar a concessão do writ.

8. Ordem denegada.

(HC 292.858/ES, Rel. Ministro REYNALDO SOARES DA FONSECA, QUINTA TURMA, julgado em 19/11/2015, DJe 26/11/2015)<sup>113</sup>

Como demonstrado no capítulo anterior, neste acórdão o Min. Rel. Reynaldo Soares da Fonseca proferiu a decisão apontando que as gravações clandestinas são consideradas provas lícitas se produzidas com o intuito de defesa do acusado, sendo assim, confirmando os dizeres narrados pela doutrina na defesa destas gravações.

<sup>113</sup> BRASIL. Superior Tribunal de Justiça. **Habeas Corpus HC 292858/ES – Espírito Santo**. Relator: Ministro Reynaldo Soares da Fonseca. Pesquisa de Jurisprudência, Acórdãos, 19 novembro 2015. Disponível em: <<http://www.stj.jus.br/SCON/>>. Acesso em 25 out. 2018.

### 3.2.2. Agravo Regimental no Recurso Especial - AgRg no AREsp 1084333/PR

Este caso, julgado em 2017, se trata de um Agravo Regimental no qual a defesa questiona o resultado do Recurso Especial e da sentença condenatória. A defesa pede a nulidade do processo, uma vez que, ao questionam a sentença, dizem que ela foi baseada em prova ilícita, gravação clandestina.

Segue Ementa:

PENAL. AGRAVO REGIMENTAL NO AGRAVO EM RECURSO ESPECIAL. ESTUPRO DE VULNERÁVEL. CONDENAÇÃO. VALIDADE. CONTRADITÓRIO E AMPLA DEFESA. NULIDADE. INEXISTÊNCIA. AUSÊNCIA DE PREJUÍZO. AGRAVO REGIMENTAL NÃO PROVIDO.

1. Quanto ao sistema de valoração das provas, certo é que, no processo penal brasileiro vigora o princípio do livre convencimento motivado, em que é dado ao julgador decidir o mérito da pretensão punitiva, para condenar ou absolver, desde que o faça fundamentadamente.

2. Na hipótese, conforme destacado pelo Tribunal estadual, não se constata prejuízo, uma vez que todas as provas produzidas foram submetidas ao contraditório e à ampla defesa, em juízo, além de a condenação não haver sido alicerçada, exclusivamente, na gravação feita por um dos interlocutores.

3. Agravo regimental não provido.

(AgRg no AREsp 1084333/PR, Rel. Ministro ROGERIO SCHIETTI CRUZ, SEXTA TURMA, julgado em 21/09/2017, DJe 02/10/2017)<sup>114</sup>

Neste caso, conforme observamos na ementa, o agravo não foi provido, uma vez que o Ministro Relator não constatou prejuízo ao condenado, tendo em vista que a gravação clandestina não foi o único meio de prova na qual se baseou a sentença condenatória.

Além disso, o Ministro também diz:

Dentro desse contexto, reafirmo que a jurisprudência desta Corte Superior é firme em assinalar que, "dando-se a gravação clandestina **por um dos interlocutores, válida é a prova obtida**" (RMS n. 49.277/SP, Rel. Ministro Nefi Cordeiro, 6ª T., DJe 26/4/2016, destaquei).<sup>115</sup> (citação e grifo do autor)

<sup>114</sup> BRASIL. Superior Tribunal de Justiça. **Agravo Regimental No Agravo Em Recurso Especial AgRg no AREsp 1084333/PR – Paraná**. Relator: Ministro Rogerio Schietti Cruz. Pesquisa de Jurisprudência, Acórdãos, 21 setembro 2017. Disponível em: <<http://www.stj.jus.br/SCON/>>. Acesso em 25 out. 2018.

<sup>115</sup> BRASIL. Superior Tribunal de Justiça. **Agravo Regimental No Agravo Em Recurso Especial AgRg no AREsp 1084333/PR – Paraná**. Relator: Ministro Rogerio Schietti Cruz. Pesquisa de Jurisprudência, Acórdãos, 21 setembro 2017. Disponível em: <<http://www.stj.jus.br/SCON/>>. Acesso em 25 out. 2018. p.03.

Como se observa através dessa afirmação e também nos acórdãos proferidos pelo STJ, incluindo os citados nesse processo, as decisões sobre estas gravações também condizem com os argumentos expostos e já vistos anteriormente, assim percebemos que a princípio não houve mudanças significativas relacionadas a esta matéria.

### 3.3. Entendimento de outros tribunais

Além dos tribunais superiores, outros tribunais também têm acatado a litude das gravações clandestinas. Temos como exemplo este acórdão proferido pelo Tribunal Regional Federal da 3ª Região (TRF3):

PROCEDIMENTO ORDINÁRIO - REMESSA OFICIAL ANULAÇÃO DE PENALIDADE ADMINISTRATIVA - SERVIDOR MILITAR - CONTRADITÓRIO E AMPLA DEFESA PRESERVADOS - GRAVAÇÃO CLANDESTINA DE CONVERSA - VALIDADE - AFASTAMENTO DE CARGO DE DIREÇÃO - DISCRICIONARIEDADE ADMINISTRATIVA - CONCESSÃO DE DISTINTIVO DE COMANDO - HONRARIA CONCEDIDA A QUEM PREENCHE REQUISITOS PREVISTOS EM PORTARIA - AUSÊNCIA - REVOGAÇÃO - POSSIBILIDADE - 'BIS IN IDEM' NÃO CARACTERIZADO.

I - A Portaria nº 019-RES-Sv Pol CMO determinou a abertura de sindicância para apurar fatos que chegaram ao conhecimento do Comando Militar do Oeste por meio da entrega de um CD com gravação de uma reunião de oficiais ocorrida no HGeCG - Hospital Geral de Campo Grande - e de conversas do Diretor do Hospital com oficiais de saúde daquela organização militar.

II - A Lei nº 6.880/80 veicula valores, preceitos de ética militar e deveres dos militares, dentre os quais o dever de probidade e de lealdade, o patriotismo e a dedicação e fidelidade à pátria, cuja honra, integralidade e instituições devem ser defendidas. Entende-se, com isso, que o militar que tiver conhecimento da ocorrência de alguma transgressão por parte de um colega tem o dever cívico de comunicar a autoridade competente.

**III - Para servir como início de prova, mostra-se lícita a gravação de conversa ambiental realizada por um dos participantes. Conforme já decidiu o STF (RE nº 402.717) "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, a menos que esta seja recoberta por absoluta indisponibilidade legal proveniente de obrigação jurídica heterômana, ditada pela particular natureza da relação pessoal vigente entre os interlocutores, ou por exigência de valores jurídicos transcendententes."**  
O Min. Nilson Naves

**IV - Pacificado o entendimento de ser lícita a gravação feita por um dos interlocutores, sem o conhecimento do outro, quando destinada a documentá-la em caso de negativa (STF, AI 666459 AgR/SP, AI 503617 AgR/PR e RE 402035 AgR/SP). Na espécie, não fosse a gravação, a transgressão disciplinar não teria sido desvendada.**

V - A sindicância militar encontra regramento nas Instruções Gerais para a Elaboração de Sindicância no Âmbito do Exército Brasileiro (IG 10-11),

aprovadas, à época dos fatos, pela Portaria do Comandante do Exército nº 202/2000. Busca-se, por este procedimento, apurar a ocorrência de transgressões disciplinares por parte dos militares.

VI - Verificada a ocorrência de transgressão, com a identificação do seu autor, entrega-se ao militar o Formulário de Apuração de Transgressão Disciplinar (item 4 do Anexo IV do Decreto nº 4.346/02). Após o recebimento, possui ele o prazo de três dias para apresentar defesa escrita. No caso, o militar recebeu o formulário e apresentou a defesa, deixando, entretanto, de arrolar testemunhas. Após, a autoridade competente, de forma fundamentada, decidiu pela ocorrência de transgressão disciplinar com a aplicação de penalidade.

VII - O fato de o militar ter sido ouvido como testemunha nos autos de sindicância não invalida o procedimento e não configura afronta aos princípios do devido processo legal, do contraditório e da ampla defesa. A sindicância foi instaurada para apurar, inclusive, a autoria da transgressão disciplinar, o que significa que, no momento em que ouvido, o militar ainda não ostentava a condição de sindicado.

VIII - O cargo de Diretor da Policlínica Militar de Porto Alegre (POLICL M P A) é daqueles considerados de livre nomeação e exoneração (artigo 37, II, CF), cujo preenchimento se faz de acordo com critérios de discricionariedade da Administração Pública. A nomeação é feita em caráter precário, de modo que não há direito subjetivo à nomeação e tampouco à permanência no cargo, pois a mesma autoridade que nomeia o agente pode, a seu critério, destituí-lo.

IX - O Distintivo de Comando é uma honraria com outorga regulada pela Portaria nº 442/2003 do Comandante do Exército. A sua concessão depende do preenchimento de requisitos objetivos previamente estabelecidos (art. 2º). Apurado, no caso, que o militar não preenchia um dos requisitos, a concessão foi tornada insubsistente. Por não se tratar de penalidade, não se pode falar em bis in idem.

X - Sucumbente o autor, deverá arcar com as custas e despesas processuais, além de honorários advocatícios da parte contrária, nos moldes fixados na sentença (R\$ 500,000).

XI - Remessa oficial e apelação da União providas. Improvido apelo do autor.

(TRF 3ª Região, QUINTA TURMA, ApReeNec - APELAÇÃO/REMESSA NECESSÁRIA - 1549519 - 0002123-47.2007.4.03.6000, Rel. JUÍZA CONVOCADA LOUISE FILGUEIRAS, julgado em 06/02/2017, e-DJF3 Judicial 1 DATA:13/02/2017 ).<sup>116</sup> (*grifo nosso*)

Nesse caso temos uma gravação ambiental que foi gravada em uma reunião de um Hospital, onde se faziam presentes o denunciado e outros servidores militares. Como observamos, a gravação que ensejou a abertura de sindicância foi aceita pelo tribunal, que a tratou como lícita, afirmando que sem ela a transgressão disciplinar não seria desvendada. Ressalta-se que a doutrina exposta neste trabalho, não é favorável a utilização deste meio de prova para condenação de alguém.

Também seguindo o mesmo entendimento, temos a decisão proferida pelo Tribunal Regional Federal da 4ª Região (TRF4), no processo nº, em que foi utilizada uma gravação clandestina por parte dos policiais rodoviários registrando o momento

<sup>116</sup> BRASIL. Tribunal Regional Federal da 3ª Região. **Apelação 1549519/MS. Processo nº 0002123-47.2007.4.03.6000**. Relator: Juíza Louise Filgueiras. Pesquisa de Jurisprudência, Acórdãos, 06 fevereiro 2017. Disponível em: <<http://web.trf3.jus.br/base-textual>>. Acesso em 31 out. 2018.

em que o autor do fato criminoso teria lhes oferecido vantagem indevida para que os policiais deixassem de praticar ato de ofício. Vejamos a ementa:

EMENTA: PENAL. PROCESSO PENAL. ART. 333 DO CÓDIGO PENAL. CORRUPÇÃO ATIVA. GRAVAÇÃO REALIZADA POR UM DOS INTERLOCUTORES. PROVA LÍCITA. MATERIALIDADE E AUTORIA. PROVA. CONDENAÇÃO. É lícita a prova obtida mediante gravação de conversa, por um dos interlocutores, com o objetivo de produzir elementos necessários à reconstituição da verdade e demonstração da ocorrência de fato criminoso. Materialidade, autoria e dolo do crime de corrupção ativa comprovada pelos testemunhos dos policiais responsáveis pela abordagem do réu, bem como pela gravação ambiental do diálogo que demonstra a oferta de vantagem indevida. (TRF4, ACR 5064041-25.2013.4.04.7100, SÉTIMA TURMA, Relator MÁRCIO ANTÔNIO ROCHA, juntado aos autos em 24/07/2015)<sup>117</sup>

Neste caso, como podemos observar que a gravação clandestina foi aceita como um dos meios de prova contra o réu, mesmo tendo sido realizada por policiais sem que o réu soubesse, apesar disso, devemos ter em mente que a gravação do fato criminoso difere dos casos em que o preso é interrogado informalmente e que é ilícito, como já visto. Ressaltam-se os dizeres do relator:

Consoante os já transcritos fundamentos da sentença, não é ilícita a gravação de conversa, por um dos interlocutores, com o objetivo de produzir prova necessária à reconstituição da verdade e à demonstração da ocorrência de fato em tese criminoso. A captação em áudio, nessa hipótese não ofende aos preceitos constitucionais, encontrando respaldo na jurisprudência do Supremo Tribunal Federal e do Superior Tribunal de Justiça, consoante os precedentes já citados na sentença [...].

Como podemos observar claramente nos dizeres acima, tal entendimento tem encontrado respaldo nas jurisprudências do STF e STJ, servindo de base para julgar casos semelhantes, o que demonstra um pensamento condizente com o que é de entendimento dos tribunais superiores em relação a matéria.

---

<sup>117</sup> BRASIL. Tribunal Regional Federal da 4ª Região. **Apelação Criminal. Processo nº 5064041-25.2013.4.04.7100**. Relator: Desembargador Federal Márcio Antônio Rocha. Pesquisa de Jurisprudência, Acórdãos, 21 julho 2015. Disponível em: <<https://jurisprudencia.trf4.jus.br/pesquisa/pesquisa.php>>. Acesso em 31 out. 2018.

## CONSIDERAÇÕES FINAIS

Como podemos observar na presente análise, as gravações clandestinas possuem uma diferença que lhes são peculiares em relação aos outros meios de gravação, pois se trata da gravação por parte de um dos interlocutores. Essa diferença nos mostra que tal matéria deve ser tratada de maneira distinta em relação às demais provas ao ser utilizada nos processos penais, também se fazendo necessária uma norma regulamentadora específica.

Logicamente, na falta de norma específica, cada caso deve ser analisado individualmente, até porque existe restrição na utilização deste meio de prova no processo penal, e que foi alcançada por decisões judiciais importantes, contudo, a chegada de uma norma que regulamente estas gravações seria de grande valia. Infelizmente temos observado que o poder legislativo tem tratado a matéria com desdém, deixando a livre interpretação do judiciário a da doutrina, os quais fizeram um belo trabalho em analisar ponderadamente sobre a matéria, porém, a aprovação da PL 3.514/89, a qual foi brevemente demonstrada no presente trabalho e que seu conteúdo traz um texto excelente sobre estas gravações, poderia encerrar a discussão de maneira efetiva.

Fato é que tais gravações devem ser consideradas lícitas, uma vez que, como já dito anteriormente, as pessoas não podem ser proibidas de gravar conversa em que elas façam parte do diálogo. Seria de uma limitação muito grande ao direito de prova, se o direito a privacidade fosse absoluto, impedindo que direitos mais importantes, como a exemplo o direito a liberdade, pudessem ser também efetivos na proteção do indivíduo. Nesse caso a utilização do princípio da proporcionalidade, e a visão de que os direitos fundamentais não são absolutos, são fatores de grande relevância nas sentenças proferidas pelo poder judiciário.

## REFERÊNCIAS

AVENA, Norberto Cláudio Pâncaro. **Processo penal**. 9.<sup>a</sup> ed. rev. e atual. Rio de Janeiro: Forense; São Paulo: MÉTODO, 2017.

AVOLIO, Luiz Francisco Torquato. **Provas ilícitas: interceptação telefônica, ambientais e gravações clandestinas**. 6.<sup>a</sup> ed. ver. atual. e ampl. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2015.

BARCELLOS, Ana Paula de. **Curso de direito constitucional**. Rio de Janeiro: Forense, 2018.

BRASIL. Constituição (1988). **Constituição da República Federativa do Brasil**. Disponível em: <[http://www.planalto.gov.br/ccivil\\_03/Constituicao/Constituicao.htm](http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/Constituicao/Constituicao.htm)> Acessado em 10 ago 2018.

BRASIL. **Constituição** (1967). **Constituição** da República Federativa do Brasil de 1967. Disponível em: <[http://www.planalto.gov.br/ccivil\\_03/Constituicao/Constituicao67EMC69.htm](http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/Constituicao/Constituicao67EMC69.htm)>. Acessado em 10 out 2018.

BRASIL. Decreto lei nº 2.848, de 07 de dezembro de 1940. **Código Penal**. Disponível em: <[http://www.planalto.gov.br/ccivil\\_03/decreto-lei/del2848.htm](http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/decreto-lei/del2848.htm)>. Acesso em: 19 out 2018.

BRASIL. Decreto lei nº 3.689, de 03 de outubro de 1941. **Código de Processo Penal**. Disponível em: <[http://www.planalto.gov.br/ccivil\\_03/Decreto-Lei/Del3689Compilado.htm](http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/Decreto-Lei/Del3689Compilado.htm)>. Acesso em: 09 set 2018.

BRASIL. Decreto lei nº 4.117, de 27 de agosto de 1962. **Institui o Código Brasileiro de Telecomunicações**. Disponível em: <[http://www.planalto.gov.br/ccivil\\_03/leis/L4117.htm](http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/L4117.htm)>. Acesso em: 10 out 2018.

BRASIL. Decreto lei nº 9.296, de 24 de julho de 1996. **Regulamenta o inciso XII, parte final, do art. 5º da Constituição Federal.** Disponível em: <[http://www.planalto.gov.br/ccivil\\_03/leis/L9296.htm](http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/L9296.htm)>. Acesso em: 20 set 2018.

BRASIL. Decreto lei nº 9.784, de 29 de janeiro de 1999. **Regula o processo administrativo no âmbito da Administração Pública Federal.** Disponível em: <[http://www.planalto.gov.br/ccivil\\_03/LEIS/L9784.htm](http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/LEIS/L9784.htm)>. Acesso em: 09 set 2018.

BRASIL. Decreto lei nº 13.105, de 16 de março de 2015. **Código de Processo Civil.** Disponível em: <[http://www.planalto.gov.br/ccivil\\_03/\\_Ato2015-2018/2015/Lei/L13105.htm](http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_Ato2015-2018/2015/Lei/L13105.htm)>. Acesso em: 30 out. 2018.

BRASIL. Projeto de Lei – PL 3.514/89 de 13 de setembro de 1989. **Disciplina o inciso XII, 'in fine', do artigo quinto da constituição federal e da outras providencias.** Disponível em: <<http://www.camara.gov.br/proposicoesWeb/fichadetramitacao?idProposicao=213423>>. Acesso em: 31 out. 2018.

BRASIL. Superior Tribunal de Justiça. **Agravo Regimental No Agravo Em Recurso Especial AgRg no AREsp 1084333/PR – Paraná.** Relator: Ministro Rogerio Schietti Cruz. Pesquisa de Jurisprudência, Acórdãos, 21 setembro 2017. Disponível em: <<http://www.stj.jus.br/SCON/>>. Acesso em 25 out. 2018.

BRASIL. Superior Tribunal de Justiça. **Habeas Corpus HC 292858/ES – Espírito Santo.** Relator: Ministro Reynaldo Soares da Fonseca. Pesquisa de Jurisprudência, Acórdãos, 19 novembro 2015. Disponível em: <<http://www.stj.jus.br/SCON/>>. Acesso em 25 out. 2018.

BRASIL. Supremo Tribunal Federal. Ag.Reg. no Agravo de Instrumento Al 560223/SP – São Paulo. Relator: Ministro Cezar Peluso. **Pesquisa de Jurisprudência,** Acórdãos, 12 abril 2011. Disponível em: <<http://www.stf.jus.br/portal/jurisprudencia/pesquisarJurisprudencia.asp>>. Acesso em 25 out. 2018.

BRASIL. Supremo Tribunal Federal. **Habeas Corpus HC 148864/ES – Espírito Santo**. Relator: Ministro Gilmar Mendes. Pesquisa de Jurisprudência, Acórdãos, 27 novembro 2017. Disponível em: <<http://www.stf.jus.br/portal/jurisprudencia/pesquisarJurisprudencia.asp>>. Acesso em 25 out. 2018.

BRASIL. Supremo Tribunal Federal. **Habeas Corpus HC 75338/RJ – Rio de Janeiro**. Relator: Ministro Sepúlveda Pertence. Pesquisa de Jurisprudência, Acórdãos, 11 março 1998. Disponível em: <<http://www.stf.jus.br/portal/jurisprudencia/pesquisarJurisprudencia.asp>>. Acesso em 23 out. 2018.

BRASIL. Supremo Tribunal Federal. **Habeas Corpus HC 80949/RJ – Rio de Janeiro**. Relator: Ministro Sepúlveda Pertence. Pesquisa de Jurisprudência, Acórdãos, 30 outubro 2001. Disponível em: <<http://www.stf.jus.br/portal/jurisprudencia/pesquisarJurisprudencia.asp>>. Acesso em 09 out. 2018.

BRASIL. Supremo Tribunal Federal. **Informativo nº197. Informativos STF**. Disponível em: <<http://stf.jus.br/arquivo/informativo/documento/informativo197.htm>>. Acesso em 01 out. 2018.

BRASIL. Supremo Tribunal Federal. **Informativo nº568. Informativos STF**. Disponível em: <<http://stf.jus.br/arquivo/informativo/documento/informativo568.htm>>. Acesso em 25 out. 2018.

BRASIL. Supremo Tribunal Federal. **Recurso Extraordinário RE 402717/PR – Paraná**. Relator: Ministro Cezar Peluso. Pesquisa de Jurisprudência, Acórdãos, 02 dezembro 2008. Disponível em: <<http://www.stf.jus.br/portal/jurisprudencia/pesquisarJurisprudencia.asp>>. Acesso em 25 out. 2018.

BRASIL. Supremo Tribunal Federal. **Recurso Extraordinário RE 583937/RJ – Rio de Janeiro**. Relator: Ministro Cezar Peluso. Pesquisa de Jurisprudência, Acórdãos,

19 novembro 2009. Disponível em:  
<<http://www.stf.jus.br/portal/jurisprudencia/pesquisarJurisprudencia.asp>>. Acesso em  
25 out. 2018.

BRASIL. Tribunal Regional Federal da 3ª Região. **Apelação 1549519/MS. Processo nº 0002123-47.2007.4.03.6000**. Relator: Juíza Louise Filgueiras. Pesquisa de Jurisprudência, Acórdãos, 06 fevereiro 2017. Disponível em:  
<<http://web.trf3.jus.br/base-textual>>. Acesso em 31 out. 2018.

BRASIL. Tribunal Regional Federal da 4ª Região. **Apelação Criminal. Processo nº 5064041-25.2013.4.04.7100**. Relator: Desembargador Federal Márcio Antônio Rocha. Pesquisa de Jurisprudência, Acórdãos, 21 julho 2015. Disponível em:  
<<https://jurisprudencia.trf4.jus.br/pesquisa/pesquisa.php>>. Acesso em 31 out. 2018.

BONFIM, Edilson Mougnot. **Curso de processo penal**. 12ª ed. São Paulo: Saraiva, 2017.

CAPEZ, Fernando. **Curso de processo penal**. 23. ed. São Paulo: Saraiva, 2016.

CARVALHO, Kildare Gonçalves. **Direito constitucional**. 18. ed., rev. atual. e ampl. Belo Horizonte: Del Rey, 2012.

GRECO FILHO, Vicente. **Manual de processo penal**. 9. ed. rev. e atual. São Paulo: Saraiva, 2012.

LIMA, Renato Brasileiro de. **Manual de processo penal**. Volume único. 5. ed. rev. ampl. E atual. Salvador: Ed. JusPodivm, 2017.

LOPES JR., Aury. **Direito processual penal**. 12ª ed. São Paulo: Saraiva, 2015.

MACHADO, Antônio Alberto. **Curso de processo penal**. 6ª ed. São Paulo, 2014.

MARTINS, Flávio. **Curso de direito constitucional**. 1ª ed. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2017.

MASSON, Nathália. **Manual de direito constitucional**. 4ª ed. rev. amp. e atual. Salvador: Ed. JusPodivm, 2016.

MENDES, G. F.; BRANCO, P. G. G. **Curso de direito constitucional**. 12. ed. rev. e atual. São Paulo: Saraiva, 2017.

NUCCI, Guilherme de Souza. **Manual de processo penal e execução penal**. 13. ed. rev., atual. e ampl. Rio de Janeiro: Forense, 2016.

ONU, **DECLARAÇÃO UNIVERSAL DOS DIREITOS HUMANOS**, 1948. Disponível em: <[https://www.unicef.org/brazil/pt/resources\\_10133.htm](https://www.unicef.org/brazil/pt/resources_10133.htm)>. Acessado em: 19 out 2018.

PAULO, V.; ALEXANDRINO, M. **Direito Constitucional descomplicado**. 16. ed. rev., atual. e ampl. São Paulo: MÉTODO, 2017.

STF, **STF reconhece repercussão geral e reafirma ser possível aproveitar gravação como prova**. 19 de novembro de 2009. Disponível em: <<http://www.stf.jus.br/portal/cms/verNoticiaDetalhe.asp?idConteudo=116314>> Acessado em 25 out. 2018.