

LUIZ FRANCISCO TORQUATO AVOLIO



PROVAS ILÍCITAS

INTERCEPTAÇÕES TELEFÔNICAS,
AMBIENTAIS E GRAVAÇÕES
CLANDESTINAS

7ª edição

revista, atualizada
e ampliada

THOMSON REUTERS

REVISTA DOS
TRIBUNAIS™

Diretora de Conteúdo e Operações Editoriais

JULIANA MAYUMI ONO

Gerente de Conteúdo

MILISA CRISTINE ROMERA

Editorial: Aline Marchesi da Silva, Diego Garcia Mendonça, Karolina de Albuquerque Araújo e Marcella Pâmela da Costa Silva

Gerente de Conteúdo Tax: Vanessa Miranda de M. Pereira

Direitos Autorais: Viviane M. C. Carmezim

Assistente Editorial: Francisca Lucélia Carvalho de Sena

Analista de Projetos: Camilla Dantara Ventura

Produção Editorial

Coordenação

ANDRÉIA R. SCHNEIDER NUNES CARVALHAES

Especialistas Editoriais: Gabriele Lais Sant'Anna dos Santos e Maria Angélica Leite

Analista de Projetos: Larissa Gonçalves de Moura

Analistas de Operações Editoriais: Caroline Vieira, Damares Regina Felício, Danielle Castro de Moraes, Mariana Plastino Andrade, Mayara Macioni Pinto e Patrícia Melhado Navarra

Analistas de Qualidade Editorial: Carina Xavier, Fernanda Lessa, Leonardo Rocha e Rafael Ribeiro

Estagiárias: Beatriz Fialho e Diene Ellen

Capa: Chrisley Figueiredo

Adaptação de capa: WK Editoração

Controle de Qualidade da Diagramação: Carla Lemos

Equipe de Conteúdo Digital

Coordenação

MARCELLO ANTONIO MASTROROSA PEDRO

Analistas: Ana Paula Cavalcanti, Jonatan Souza, Luciano Guimarães e Maria Cristina Lopes Araujo

Administrativo e Produção Gráfica

Coordenação

MAURICIO ALVES MONTE

Analista de Produção Gráfica: Aline Ferrarezi Regis

Dados Internacionais de Catalogação na Publicação (CIP)
(Câmara Brasileira do Livro, SP, Brasil)

Avolio, Luiz Francisco Torquato

Provas ilícitas: interceptações telefônicas, ambientais e gravações clandestinas / Luiz Francisco Torquato Avolio. – 7. ed. rev., atual. e ampl. – São Paulo: Thomson Reuters Brasil, 2019.

Bibliografia.

ISBN 978-85-5321-611-6

1. Gravações clandestinas 2. Interceptações telefônicas 3. Prova (Direito) I. Título.

19-26783

CDU-343.14

Índices para catálogo sistemático:

1. Provas ilícitas: Gravações clandestinas: Processo penal 343.14
2. Provas ilícitas: Interceptações telefônicas: Processo penal 343.14

Cibele Maria Dias – Bibliotecária – CRB-8/9427

SUMÁRIO

NOTA SOBRE À 7. ^a EDIÇÃO.....	7
NOTA SOBRE À 6. ^a EDIÇÃO.....	9
NOTA SOBRE À 5. ^a EDIÇÃO.....	11
NOTA SOBRE À 4. ^a EDIÇÃO.....	13
NOTA SOBRE À 3. ^a EDIÇÃO.....	15
PREFÁCIO À 2. ^a EDIÇÃO	17
APRESENTAÇÃO À 1. ^a EDIÇÃO.....	19
1. INTRODUÇÃO.....	27
1.1 Liberdades públicas e processo penal	27
1.2 Crise da justiça e impunidade.....	28
1.3 O problema das provas ilícitas e das interceptações telefônicas	29
2. O DIREITO À PROVA E O DOGMA DA VERDADE REAL	31
2.1 A prova: considerações gerais.....	31
2.2 O princípio do contraditório.....	32
2.3 O direito à prova e a garantia de ação e de defesa.....	35
2.3.1 A jurisprudência das cortes alemãs e a afirmação do <i>rechtliches Gehör</i>	35
2.3.2 A corte constitucional italiana e as limitações desarrazoadas ao direito à prova.....	37
2.3.3 A jurisprudência da Corte Federal Alemã e a noção de relevância da prova	38
2.4 O direito à prova no processo penal	40
2.5 O dogma da verdade real	43
3. AS PROVAS ILÍCITAS.....	47
3.1 Conceito.....	47

3.1.1 Terminologia.....	47
3.1.2 Evolução do conceito	48
a) Pela admissibilidade das provas ilícitas	49
b) Pela inadmissibilidade das provas ilícitas.....	50
b.1) A inadmissibilidade das provas ilícitas no direito com- parado	50
b.1.1) Itália.....	50
b.1.2) Alemanha	53
b.1.3) Estados Unidos da América.....	55
b.1.4) Espanha	58
b.1.5) França.....	59
b.1.6) Portugal	59
3.2 A teoria da proporcionalidade.....	60
3.2.1 O conceito e sua evolução	60
a) A Suprema Corte norte-americana e a doutrina da razoabili- dade	65
b) A Corte Constitucional alemã e o princípio da proporcionali- dade	67
3.2.2 Crítica à teoria da proporcionalidade	70
3.2.3 Teoria da proporcionalidade e prova ilícita <i>pro reo</i>	71
3.3 As provas ilícitas por derivação	72
3.3.1 Prova emprestada	79
3.4 A proibição das provas ilícitas no sistema constitucional vigente	81
3.5 As categorias da proibição: inadmissibilidade e impedimento de utiliza- ção.....	90
3.5.1 Atipicidades e nulidades.....	91
a) Tipicidade processual	91
b) Consequências da atipicidade e o sistema de nulidades.....	94
3.5.2 Atipicidade constitucional.....	96
3.6 A inadmissibilidade das provas ilícitas no direito processual penal brasi- leiro	99
3.6.1 Provas ilícitas por derivação	101
3.7 Conclusão parcial.....	102

4. INTERCEPTAÇÕES TELEFÔNICAS E GRAVAÇÕES CLANDESTINAS.....	103
4.1 Conceitos	104
4.1.1 Interceptação: considerações gerais.....	104
a) Interceptação telefônica <i>stricto sensu</i>	106
a.1) Definição	106
a.2) Natureza jurídica	107
a.3) Documentação das interceptações e seu valor probante...	107
b) Escuta telefônica.....	109
c) Interceptação ambiental	109
d) Escuta ambiental	111
e) Gravações clandestinas – telefônicas e ambientais.....	112
4.2 Direito comparado e ordem internacional	114
4.2.1 As interceptações telefônicas e a ordem internacional	114
4.2.2 As interceptações telefônicas no direito comparado	119
a) Estados Unidos da América	119
b) Grã-Bretanha	126
c) República Federal Alema	127
d) Itália	128
e) França.....	132
f) Espanha	135
g) Portugal	137
4.3 Direito brasileiro	139
4.3.1 O sistema anterior à Constituição de 1988	139
4.3.2 Evolução da jurisprudência do Supremo Tribunal Federal.....	145
a) RE 85.439/RJ, j. 11.11.1977	146
b) RE 100.094-5/PR, j. 28.06.1984	146
c) RHC 63.834-1/SP, j. 18.12.1986	147
4.3.3 A perspectiva constitucional: questões decorrentes.....	147
a) As balizas da Constituição de 1988.....	147
b) Interceptações na doutrina e jurisprudência pós-1988	149
c) As linhas de divergência no Supremo Tribunal Federal	151
d) Interceptações ilícitas e princípio da proporcionalidade	154
e) Gravações clandestinas: evolução da jurisprudência brasileira – primeiros julgados.....	155

f) O pioneiro projeto de lei sobre interceptações e escutas telefônicas.....	157
g) <i>De lege ferenda</i> : os recentes projetos de lei e o papel regulador e controlador da Corte Suprema	159
4.4 Considerações finais	164
5. CONSIDERAÇÕES SOBRE A LEI 9.296/1996	169
5.1 O contexto do advento da nova lei	169
5.2 O texto	177
5.3 Questões.....	178
5.3.1 “Interceptação” englobaria a escuta telefônica?	179
5.3.2 O que se deve entender por “interceptação de comunicações telefônicas, de qualquer natureza”?.....	182
5.4 A questão do juiz competente.....	187
5.5 Requisitos gerais para a interceptação telefônica.....	195
5.5.1 Interceptação fundada em “denúncia anônima”	197
5.6 Requisitos específicos da interceptação e quebra do princípio da proporcionalidade.....	201
5.7 A garantia contra interceptações desarrazoadas.....	203
5.7.1 Encontro fortuito de outros fatos e sua utilização como <i>notitia criminis</i>	204
5.7.2 Interceptação sobre pessoa não investigada	205
5.7.3 Utilização do resultado probatório em outro processo	206
5.7.4 Indevassabilidade do sigilo profissional	207
5.8 O crime de interceptação	228
5.9 Consequências civis da interceptação ilegal	233
6. GRAVAÇÕES CLANDESTINAS E INTERCEPTAÇÕES AMBIENTAIS	235
6.1 A polêmica sobre as gravações clandestinas e as interceptações ambientais.....	235
6.2 Gravações clandestinas no processo civil	236
6.3 Gravações clandestinas e ambientais no processo penal	238
6.4 Interceptação ambiental.....	246
6.5 Gravações e interceptações ambientais na jurisprudência do STF	256

7. PROVAS ILÍCITAS E SIGILO.....	259
7.1 Sigilo de bancos de dados	259
7.1.1 Sigilo bancário	260
7.1.2 Sigilo dos dados das ligações telefônicas.....	264
7.2 Correspondência eletrônica (<i>e-mail</i>)	267
7.3 <i>E-mail</i> corporativo	269
7.4 Uso de documentos sigilosos.....	271
7.5 O Marco Civil da Internet e a inviolabilidade da intimidade e do sigilo	272
7.6 Violação do conteúdo de mensagens sem autorização judicial	276
8. AS PROVAS IMORAIS	279
8.1 Colocação do tema	279
8.2 Direito e moral.....	279
8.3 O conteúdo do art. 369 do CPC vigente.....	281
8.4 <i>As leading questions</i>	283
8.5 Inaplicabilidade do cânone da proporcionalidade às provas imorais	286
8.6 Conclusões.....	287
BIBLIOGRAFIA	293