

LUIZ FRANCISCO TORQUATO AVOLIO

PROVAS ILÍCITAS

INTERCEPTAÇÕES TELEFÔNICAS,
AMBIENTAIS E GRAVAÇÕES
CLANDESTINAS

6.ª edição
revista, atualizada
e ampliada

THOMSON REUTERS
**REVISTA DOS
TRIBUNAIS™**

PROVAS ILÍCITAS

Interceptações telefônicas, ambientais e gravações clandestinas

LUIZ FRANCISCO TORQUATO AVOLIO

6.^a edição revista, atualizada e ampliada

1.^a edição: 1995 – 2.^a edição: 1999 – 3.^a edição: 2003 – 4.^a edição: 2010 – 5.^a edição: 2012.



© desta edição [2015]

EDITORA REVISTA DOS TRIBUNAIS LTDA.

MARISA HARMS
Diretora responsável

Rua do Bosque, 820 – Barra Funda
Tel. 11 3613-8400 – Fax 11 3613-8450
CEP 01136-000 – São Paulo, SP, Brasil

TOCOS OS DIREITOS RESERVADOS. Proibida a reprodução total ou parcial, por qualquer meio ou processo, especialmente por sistemas gráficos, microfílmicos, fotográficos, reprográficos, fonográficos, videográficos. Vedada a memorização e/ou a recuperação total ou parcial, bem como a inclusão de qualquer parte desta obra em qualquer sistema de processamento de dados. Essas proibições aplicam-se também às características gráficas da obra e à sua editoração. A violação dos direitos autorais é punível como crime (art. 184 e parágrafos, do Código Penal), com pena de prisão e multa, conjuntamente, com busca e apreensão e indenizações diversas (arts. 101 a 110 da Lei 9.610, de 19.02.1998, Lei dos Direitos Autorais).

CENTRAL DE RELACIONAMENTO RT
(atendimento, em dias úteis, das 8 às 17 horas)
Tel. 0800-702-2433

e-mail de atendimento ao consumidor: sac@rt.com.br

Visite nosso site: www.rt.com.br

Impresso no Brasil [04-2015]

Profissional

Fechamento desta edição [20.03.2015]



ISBN 978-85-203-6295-2

SUMÁRIO

NOTA SOBRE A 6. ^a EDIÇÃO.....	11
NOTA SOBRE A 5. ^a EDIÇÃO.....	13
NOTA SOBRE A 4. ^a EDIÇÃO.....	15
NOTA SOBRE A 3. ^a EDIÇÃO.....	17
PREFÁCIO À 2. ^a EDIÇÃO.....	19
APRESENTAÇÃO À 1. ^a EDIÇÃO.....	21
1. INTRODUÇÃO.....	29
1.1 Liberdades públicas e processo penal.....	29
1.2 Crise da justiça e impunidade.....	30
1.3 O problema das provas ilícitas e das interceptações telefônicas.....	31
2. O DIREITO À PROVA E O DOGMA DA VERDADE REAL.....	33
2.1 A prova: considerações gerais.....	33
2.2 O princípio do contraditório.....	34
2.3 O direito à prova e a garantia de ação e de defesa.....	37
2.3.1 A jurisprudência das cortes alemãs e a afirmação do <i>rechtlisches Gehör</i>	37
2.3.2 A corte constitucional italiana e as limitações desarrazoadas ao direito à prova.....	39
2.3.3 A jurisprudência da Corte Federal Alemã e a noção de relevância da prova.....	40
2.4 O direito à prova no processo penal.....	42
2.5 O dogma da verdade real.....	45
3. AS PROVAS ILÍCITAS.....	49
3.1 Conceito.....	49

3.1.1	Terminologia.....	49
3.1.2	Evolução do conceito	50
	a) Pela admissibilidade das provas ilícitas	51
	b) Pela inadmissibilidade das provas ilícitas.....	52
	b.1) A inadmissibilidade das provas ilícitas no direito com- parado	52
	b.1.1) Itália	52
	b.1.2) Alemanha	55
	b.1.3) Estados Unidos da America	57
	b.1.4) Espanha.....	60
	b.1.5) França	61
	b.1.6) Portugal.....	61
3.2	A teoria da proporcionalidade.....	62
3.2.1	O conceito e sua evolução.....	62
	a) A Suprema Corte norte-americana e a doutrina da razoabilida- de	67
	b) A Corte Constitucional alemã e o princípio da proporcionali- dade	69
3.2.2	Crítica à teoria da proporcionalidade.....	72
3.2.3	Teoria da proporcionalidade e prova ilícita <i>pro reo</i>	73
3.3	As provas ilícitas por derivação	73
3.3.1	Prova emprestada	81
3.4	A proibição das provas ilícitas no sistema constitucional vigente	83
3.5	As categorias da proibição: inadmissibilidade e impedimento de utiliza- ção.....	89
3.5.1	Atipicidades e nulidades.....	90
	a) Tipicidade processual	90
	b) Consequências da atipicidade e o sistema de nulidades	93
3.5.2	Atipicidade constitucional.....	95
3.6	A inadmissibilidade das provas ilícitas no direito processual penal brasi- leiro	98
3.6.1	Provas ilícitas por derivação.....	99
3.7	Conclusão parcial.....	100

4. INTERCEPTAÇÕES TELEFÔNICAS E GRAVAÇÕES CLANDESTINAS.....	103
4.1 Conceitos	104
4.1.1 Interceptação: considerações gerais.....	104
a) Interceptação telefônica stricto sensu	106
a.1) Definição	106
a.2) Natureza jurídica.....	106
a.3) Documentação das interceptações e seu valor probante	107
b) Escuta telefônica.....	108
c) Interceptação ambiental.....	109
d) Escuta ambiental	111
e) Gravações clandestinas – telefônicas e ambientais	111
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	118
a) Estados Unidos da América	118
b) Grã-Bretanha.....	125
c) Republica Federal Alemã.....	126
d) Italia	127
e) França	131
f) Espanha	134
g) Portugal.....	136
4.3 Direito brasileiro.....	138
4.3.1 O sistema anterior a Constituição de 1988	138
4.3.2 Evolução da jurisprudência do Supremo Tribunal Federal.....	144
a) RE 85.439/RJ, j. 11.11.1977.....	145
b) RE 100.094-5/PR, j. 28.06.1984.....	145
c) RHC 63.834-1/SP, j. 18.12.1986.....	146
4.3.3 A perspectiva constitucional: questões decorrentes.....	147
a) As balizas da Constituição de 1988.....	147
b) Interceptações na doutrina e jurisprudência pos-1988.....	148
c) As linhas de divergência no Supremo Tribunal Federal	150
d) Interceptações ilícitas e princípio da proporcionalidade.....	153
e) Gravações clandestinas: evolução da jurisprudência brasileira – primeiros julgados.....	154
f) O pioneiro projeto de lei sobre interceptações e escutas telefônicas	156

g) <i>De lege ferenda</i> : os recentes projetos de lei e o papel regulador e controlador da Corte Suprema	158
4.4 Considerações finais	162
5. CONSIDERAÇÕES SOBRE A LEI 9.296/1996	167
5.1 O contexto do advento da nova lei	167
5.2 O texto	175
5.3 Questões.....	176
5.3.1 “Interceptação” englobaria a escuta telefônica?	177
5.3.2 O que se deve entender por “interceptação de comunicações telefônicas, de qualquer natureza”?.....	180
5.4 A questão do juiz competente.....	185
5.5 Requisitos gerais para a interceptação telefônica.....	193
5.5.1 Interceptação fundada em “denúncia anônima”	194
5.6 Requisitos específicos da interceptação e quebra do princípio da proporcionalidade.....	198
5.7 A garantia contra interceptações desarrazoadas.....	200
5.7.1 Encontro fortuito de outros fatos e sua utilização como <i>notitia criminis</i>	200
5.7.2 Interceptação sobre pessoa não investigada	202
5.7.3 Utilização do resultado probatório em outro processo	202
5.7.4 Indeassabilidade do sigilo profissional	203
5.8 O crime de interceptação	220
5.9 Consequências civis da interceptação ilegal	225
6. GRAVAÇÕES CLANDESTINAS E INTERCEPTAÇÕES AMBIENTAIS.....	227
6.1 A polêmica sobre as gravações clandestinas e as interceptações ambientais.....	227
6.2 Gravações clandestinas no processo civil	228
6.3 Gravações clandestinas e ambientais no processo penal	230
6.4 Interceptação ambiental.....	237
7. PROVAS ILÍCITAS E SIGILO.....	249
7.1 Sigilo de bancos de dados	249
7.1.1 Sigilo bancário.....	250

7.1.2 Sigilo dos dados das ligações telefônicas.....	253
7.2 Correspondência eletrônica (<i>e-mail</i>)	256
7.3 <i>E-mail</i> corporativo	258
7.4 Uso de documentos sigilosos.....	260
7.5 O Marco Civil da Internet e a inviolabilidade da intimidade e do sigilo	261
8. AS PROVAS IMORAIS	265
8.1 Colocação do tema.....	265
8.2 Direito e moral.....	265
8.3 O conteúdo do art. 332 do CPC	267
8.4 <i>As leading questions</i>	269
8.5 Inaplicabilidade do cânone da proporcionalidade às provas imorais	272
8.6 Conclusões.....	272
BIBLIOGRAFIA	277