



A gravação de conversas na visão do Supremo Tribunal Federal e sua disciplina no projeto do novo Código de Processo Penal

Autor: Marcelo Adriano Micheloti

Juiz Federal Substituto

publicado em 30.10.2013

 [enviar este artigo]

 [imprimir]

Resumo

Nossas Constituições sempre resguardaram o direito ao segredo da comunicação. Ao mesmo tempo em que o Estado deve respeitar os direitos fundamentais do cidadão investigado, tem ele o dever de proteção (segurança pública), cumprindo dar efetividade à persecução penal (segurança pública). São distintas a interceptação, a escuta e a gravação de conversas, cada qual merecendo análise judicial diversa para aceitação como prova penal. O Supremo Tribunal Federal entende que a gravação feita por um dos interlocutores, sem a ciência do outro, não depende de prévia ordem judicial. A prevalecer a redação do projeto do novo Código de Processo Penal, aprovada pelo Senado, será necessária prévia ordem judicial para a obtenção desse meio de prova, o que trará sérias dificuldades para o esclarecimento de crimes graves, como o sequestro e a corrupção.

Palavras-chave: Constituição. Investigação penal. Conflito constitucional. Gravação de conversas. Projeto do novo Código de Processo Penal.

Sumário: Introdução. 1 Breve histórico constitucional e legal. 2 Direitos fundamentais em conflito na investigação penal. 3 Alguns conceitos e a evolução da interceptação telefônica como meio de prova. 4 O Supremo Tribunal Federal e a gravação de conversas. 5 A disciplina das gravações feitas por interlocutores no projeto do novo Código de Processo Penal. Conclusão. Referências bibliográficas.

Introdução

Ao longo dos anos, sedimentou-se a definição do que se entende por interceptação, escuta e gravação de conversas, sejam elas por meio de telefones, seja pessoalmente. Fazendo a distinção, o Supremo Tribunal Federal fixou que, para a gravação de conversas, não há necessidade de autorização judicial, sendo esta exigível para a interceptação e a escuta, nas quais existe o elemento da terceira pessoa além dos próprios interlocutores.

Nosso atual Código de Processo Penal está defasado, sendo necessária a edição de um novo, principalmente para atualizá-lo em face do novo ordenamento constitucional instalado a partir da Constituição de 1988, bem como para voltar a ter sistematização, o que foi perdido com as inúmeras modificações que sofreu ao longo dos anos.

O texto parte da análise das Constituições brasileiras e também da legislação infraconstitucional acerca do resguardo do segredo da comunicação (intimidade do pensamento e sua forma de exposição), passando pela evolução das decisões do Supremo Tribunal Federal sobre as interceptações, escutas e gravações de conversas como meio de prova para, ao final, avaliar a proposta do novo Código de Processo Penal acerca da gravação realizada por um dos interlocutores, sem o conhecimento do outro.

1 Breve histórico constitucional e legal

A Constituição Federal de 1988 estabeleceu a inviolabilidade do sigilo da correspondência e das comunicações telegráficas, de dados e das comunicações telefônicas.**(1)**

Desde a nossa primeira Constituição, houve a preocupação em preservar o segredo da comunicação, como se vê nos textos respectivos:

Constituição Política do Império do Brasil, de 1824: “Art. 127 [...] XXVII. O Segredo das Cartas é inviolável. A Administração do Correio fica rigorosamente responsável por qualquer infracção deste Artigo”.

Constituição da República dos Estados Unidos do Brasil, de 1891: “Art. 72 [...] § 18 – É inviolável o sigilo da correspondência”.**(2)**

Constituição da República dos Estados Unidos do Brasil, de 1934: “Art. 113 [...] 8) É inviolável o sigilo da correspondência”.

Constituição dos Estados Unidos do Brasil, de 1937: “Art. 122 [...] 6º) a inviolabilidade do domicílio e de correspondência, salvas as exceções expressas em lei”.

Constituição dos Estados Unidos do Brasil, de 1946: “Art. [...] § 6º – É inviolável o sigilo da correspondência”.

Constituição da República Federativa do Brasil, de 1967: “Art. 150 [...] § 9º – São invioláveis a correspondência e o sigilo das comunicações telegráficas e telefônicas”.**(3)**

Emenda Constitucional nº 1/1969: “Art. 153 [...] § 9º É inviolável o sigilo da correspondência e das comunicações telegráficas e telefônicas”.

Sobre o aspecto histórico, explica Celso Ribeiro Bastos:

“O reclamo por um segredo de correspondência é muito antigo e pode-se dizer que surgiu ao mesmo passo em que se deu a criação de um serviço postal. Este novo meio de comunicação, embora propiciando grandes facilidades para os particulares, trouxe consigo, sem dúvida, a possibilidade de os reis assenhorearem-se do conteúdo das cartas. Nos reinados de Luís XIV e Luís XV, tornou-se prática corrente a passagem da correspondência por um chamado *cabine noar* (Rivero, *Les libertés publiques*, PUF, p. 77).

O fato de a Assembleia Constituinte de 1791 ter afirmado a regra do sigilo não impediu que, no período do Terror e do Diretório, as práticas do antigo regime se restaurassem ainda com mais vigor.

Elas nunca cessaram completamente. Mesmo na época moderna, são muito frequentes as interceptações de comunicações telefônicas, que ganham de resto uma importância cada vez maior, relativamente às epistolares.

Isso não reitera a essas práticas a reprovação moral e jurídica que as atinge em quase todo o mundo.

O próprio direito brasileiro vem consagrando esta condenação desde a sua primeira Constituição. É sem dúvida um dos alicerces sobre os quais a liberdade humana se materializa.

Adversamente, os Estados autoritários têm forte atração por desprezar esse direito, na procura constante de possíveis opositores ao regime, ou mesmo na desarticulação de movimentos contra ele.”**(4)**

No que toca à legislação infraconstitucional, passa-se à transcrição dos diplomas, começando pelo Código Criminal do Império:

“Art. 129. Serão julgados prevaricadores os empregados publicos, que por afeição, odio, ou contemplação, ou para promover interesse pessoal seu: [...] 9º Subtrahirem, supprimirem, ou abrirem carta depois de lançada no correio; ou concorrerem para que outrem o faça.

Penas – de perda do emprego; de prisão por dous a seis mezes, e de multa correspondente á metade do tempo.

Se com abuso de poder commetterem os crimes referidos á respeito da carta dirigida por portador particular.

Penas – de prisão por vinte a sessenta dias, e multa correspondente á metade do tempo.

As penas em qualquer dos casos serão duplicadas ao que descobrir em todo, ou em parte o que na carta se contiver; e as cartas assim havidas não serão admittidas em Juizo.

[...]

Art. 215. Tirar maliciosamente do Correio cartas, que lhe não pertencerem, sem autorização da pessoa, a quem vierem dirigidas.

Penas – de prisão por um a tres mezes, e de multa de dez a cincoenta mil réis.

Art. 216. Tirar, ou haver as cartas da mão, ou do poder de algum portador particular por qualquer maneira que seja.

Penas – as mesmas do artigo antecedente, além das em que incorrer, se para commetter este crime usar o réo de violencia, ou arrombamento.

Art. 217. As penas dos artigos antecedentes serão dobradas, em caso de se descobrir a outro o que nas cartas se contiver, em todo ou em parte.

Art. 218. As cartas, que forem tiradas por qualquer das maneiras mencionadas, não serão admittidas em Juizo.”

No Código Penal de 1890, havia o seguinte:

“Art. 189. Abrir maliciosamente carta, telegramma, ou papel fechado endereçado a outrem, apossar-se de correspondencia epistolar ou telegraphica alheia, ainda que não esteja fechada, e que por qualquer meio lhe venha ás mãos; tiral-a de repartição publica ou do poder de portador particular, para conhecer-lhe o conteúdo:

Pena – de prisão cellualar por um a seis mezes.

Paragrapho unico. No caso de ser revelado em todo, ou em parte, o segredo da correspondencia violada, a pena será augmentada de um terço.

Art. 190. Supprimir correspondencia epistolar ou telegraphica endereçada a outrem:

Pena – de prisão cellualar por um seis mezes.

Art. 191. Publicar o destinatario de uma carta, ou correspondencia, sem consentimento da pessoa que a endereçou, o conteúdo não sendo em defesa de direitos, e de uma ou outra resultando damno ao remetente:

Pena – de prisão cellualar por dous a quatro mezes.

Art. 192. Revelar qualquer pessoa o segredo de que tiver noticia, ou conhecimento, em razão de officio, emprego ou profissão:

Penas – de prisão cellualar por um a tres mezes e suspensão do officio, emprego ou profissão por seis mezes a um anno.

Art. 193. Nas mesmas penas incorrerá o empregado do Correio que se apoderar de carta não fechada, ou abril-a, si fechada, para conhecer-lhe o conteúdo, ou communicar-o a alguem, e bem assim o do telegrapho que, para fim identico, violar telegramma, ou propagar a comunicação nelle contida.

Paragrapho unico. Si os empregados supprimirem ou extraviarem a correspondencia, ou não a entregarem ou communicarem ao destinatario:

Penas – de prisão cellualar por um a seis mezes e perda do emprego.

Art. 194. A autoridade que de posse de carta ou correspondencia particular utilisal-a para qualquer intuito, seja, embora, o da descoberta de um crime, ou prova deste, incorrerá na pena de perda do emprego e na de multa de 100\$ a 500\$000.

Art. 195. As cartas obtidas por meios criminosos não serão admittidas em juizo.”

No atual Código Penal, são tipificadas as condutas de:

“Art. 151 – Devassar indevidamente o conteúdo de correspondência fechada, dirigida a outrem:

Pena – detenção, de um a seis meses, ou multa.

Sonegação ou destruição de correspondência

§ 1º – Na mesma pena incorre:

I – quem se apossa indevidamente de correspondência alheia, embora não fechada e, no todo ou em parte, a sonega ou destrói;

Violação de comunicação telegráfica, radioelétrica ou telefônica

II – quem indevidamente divulga, transmite a outrem ou utiliza abusivamente comunicação telegráfica ou radioelétrica dirigida a terceiro, ou conversação telefônica entre outras pessoas;

III – quem impede a comunicação ou a conversação referidas no número anterior;

IV – quem instala ou utiliza estação ou aparelho radioelétrico, sem observância de disposição legal.

§ 2º – As penas aumentam-se de metade, se há dano para outrem.

§ 3º – Se o agente comete o crime, com abuso de função em serviço postal, telegráfico, radioelétrico ou telefônico:

Pena – detenção, de um a três anos.

§ 4º – Somente se procede mediante representação, salvo nos casos do § 1º, IV, e do § 3º.

Correspondência comercial

Art. 152 – Abusar da condição de sócio ou empregado de estabelecimento comercial ou industrial para, no todo ou em parte, desviar, sonegar, subtrair ou suprimir correspondência, ou revelar a estranho seu conteúdo:

Pena – detenção, de três meses a dois anos.

Parágrafo único – Somente se procede mediante representação.”

Por fim, dispõe o Código de Processo Penal:

“Art. 233. As cartas particulares, interceptadas ou obtidas por meios criminosos, não serão admitidas em juízo.

Parágrafo único. As cartas poderão ser exibidas em juízo pelo respectivo destinatário, para a defesa de seu direito, ainda que não haja consentimento do signatário.”

Assim, desde a primeira Constituição, o legislador teve o cuidado de resguardar o segredo da comunicação, em respeito ao direito à intimidade do pensamento e à sua forma de exposição. Nota-se, na evolução histórica, sua adequação às tecnologias disponíveis (carta, correspondência, comunicações telegráficas e telefônicas, comunicações de dados), calhando a advertência de Pontes de Miranda: “À medida que se aprofundam e se estendem as descobertas de transmissores, físicos ou psíquicos, o conteúdo do princípio também se aprofunda e se estende”.**(5)**

A legislação penal não deixou de tipificar como crime condutas atentatórias ao sigilo da comunicação, sendo importante observar que, desde o Código Criminal do Império, houve dispositivo expresso não admitindo que a prova obtida por meio da infringência desse direito pudesse ser utilizada em juízo.

2 Direitos fundamentais em conflito na investigação penal

Neste momento histórico, não é mais possível ver o Estado simplesmente como adversário dos cidadãos.**(6)** Modernamente, cumpre-lhe papel decisivo na guarda dos direitos fundamentais, inclusive na proteção de cidadãos contra agressões praticadas por outros cidadãos. Nas palavras de Ingo Wolfgang Sarlet:

“[...] a função atribuída aos direitos fundamentais e desenvolvida com base na existência de um dever geral de efetivação atribuído ao Estado (por sua vez, agregado à perspectiva objetiva dos direitos fundamentais) na condição de deveres de proteção (*Schutzpflichten*) do Estado, no sentido de que a este incumbe zelar, inclusive preventivamente, pela proteção dos direitos fundamentais dos indivíduos não somente contra os poderes públicos, mas também contra agressões oriundas de particulares e até mesmo de outros Estados [...] desemboca na obrigação de o Estado adotar medidas positivas da mais diversa natureza com o objetivo precípuo de proteger de forma efetiva o exercício dos direitos fundamentais e os bens e interesses que constituem o objeto da tutela jusfundamental.”**(7)**

A Segunda Turma do Supremo Tribunal Federal já teve oportunidade de corroborar esse pensamento:

“Tal concepção legitima a ideia de que o Estado se obriga não apenas a observar os direitos de qualquer indivíduo em face das investidas do Poder Público (direito fundamental enquanto direito de proteção ou de defesa – *Abwehrrecht*), mas também a garantir os direitos fundamentais contra agressão propiciada por terceiros (*Schutzpflicht des Staats*).

A forma como esse dever será satisfeito constitui, muitas vezes, tarefa dos órgãos estatais, que dispõem de alguma liberdade de conformação. Não raras vezes, a ordem constitucional identifica o dever de proteção e define a forma de sua realização.

A jurisprudência da Corte Constitucional alemã acabou por consolidar entendimento no sentido de que do significado objetivo dos direitos

fundamentais resulta o dever do Estado não apenas de se abster de intervir no âmbito de proteção desses direitos, mas também de proteger tais direitos contra a agressão ensejada por atos de terceiros.

Essa interpretação da Corte Constitucional empresta, sem dúvida, uma nova dimensão aos direitos fundamentais, fazendo com que o Estado evolua da posição de 'adversário' para uma função de guardião desses direitos."**(8)**

Dentro dessa visão, o Estado tem que lançar mão de todos os meios possíveis para bem cumprir seu papel na apuração de infrações penais.**(9)** É lógico que ele está vinculado/subordinado aos princípios e regras que emanam da Constituição e da legislação infraconstitucional.

É, portanto, constante o conflito entre o direito coletivo à segurança pública (impedir a violação de um direito fundamental por quem quer que seja) e os direitos fundamentais à intimidade**(10)** e ao sigilo das comunicações.**(11)** Em ambas situações, invariavelmente, está-se diante da dificuldade de obtenção da prova (instantaneidade), em confronto com esses direitos constitucionais individuais. Como disse Luis Francisco Torquato Avolio: "Como valores de fundo, voltam a se confrontar, de modo geral, de um lado, a necessidade de se prover o Estado de meios eficazes de luta à criminalidade organizada e, de outro lado, as liberdades públicas".**(12)**

Já faz algum tempo que a investigação criminal não pode se valer apenas dos arcaicos métodos de investigação (*v.g.* interrogatórios, testemunhos, acareações etc.). Alguns tipos de crimes obrigam a busca de novas tecnologias de investigação; dentre elas, tem sido uma das mais eficazes a interceptação telefônica.

É claro que abusos já aconteceram e não se está imune a novas ocorrências.**(13)** Mas eles devem ser apurados, e os responsáveis, punidos. Simplesmente impedir a utilização desse meio de investigação ou criar restrições materialmente intransponíveis**(14)** pode ser entendido como ofensa ao direito fundamental que o cidadão tem na segurança pública.

3 Alguns conceitos e a evolução da interceptação telefônica como meio de prova

Interceptação, em sentido estrito, "é a captação da conversa telefônica por um terceiro, sem o conhecimento dos interlocutores".**(15)**

Escuta é aquela na qual há o consentimento de um dos interlocutores para a efetivação da interceptação telefônica, "o que, no entanto, não desnatura a característica de interceptação telefônica, uma vez que realizada por terceiro".**(16)**

Na gravação, não há o elemento da terceira pessoa. Ela é praticada pelo próprio interlocutor, que registra a conversa sem o conhecimento do outro.**(17)**

Nas duas primeiras, exige-se a prévia autorização judicial,**(18)** tendo o Supremo Tribunal Federal aceitado, mesmo sem ordem judicial, casos de gravação (escuta) de conversa com sequestradores feita pela polícia (com autorização de parentes) e com autorização de vítima de concussão/corrupção.**(19)**

Como se viu, a partir da Constituição de 1967, a inviolabilidade do sigilo das comunicações ficou expressa. Vigorava, então, o Código Brasileiro de Telecomunicações, o qual dispunha que não violava o sigilo o conhecimento dado a juiz competente, mediante requisição ou intimação.**(20)** Embora houvesse vozes contrárias,

"havia posições encontradas na doutrina e no direito pretoriano que acenavam com a possibilidade da violação legal do sigilo de comunicação com base no argumento da relatividade dos direitos e das garantias fundamentais. Em outras palavras: poderia haver interceptação telefônica, desde que fundada em ordem judicial, e para apuração de casos tidos por 'graves'".**(21)**

Com a Constituição de 1988, a possibilidade de violação do sigilo das comunicações telefônicas ficou expressa para fins de investigação criminal ou instrução processual penal, mediante ordem judicial, nas hipóteses e nas formas

que a lei estabelecesse. **(22)** O Supremo Tribunal Federal acabou se posicionando no sentido de que precisaria de lei específica, não sendo suficiente o contido no art. 57 do Código Brasileiro de Telecomunicações. Portanto, do início da vigência da Constituição de 1988 até a edição da Lei nº 9.296/1996, de 24.07.1996, as interceptações, mesmo autorizadas judicialmente, eram nulas. **(23)**

Acontece que a Lei nº 9.296/1996 ficou restrita à regulamentação do referido dispositivo constitucional, não abarcando as hipóteses de gravação, seja ela telefônica, seja ambiental. **(24)**

4 O Supremo Tribunal Federal e a gravação de conversas

O primeiro caso em que o Supremo Tribunal Federal foi chamado a se posicionar acerca da gravação realizada por um dos interlocutores foi o Inq 657/DF, **(25)** em que era investigado o ex-Ministro do Trabalho Antonio Rogério Magri. O Tribunal recebeu a denúncia por corrupção passiva. Segundo o relatório, o denunciado teria proposto ao Sr. Volnei Abreu Ávila a participação em um “esquema” para saírem “arrumados na vida”. Após conversar com uma deputada, Volnei, ao ser chamado novamente por Magri, decidiu gravar a conversa em um minigravador. No dia 28.11.1991, Magri confessou a Volnei que teria recebido trinta mil dólares de propina. **(26)** No ponto, disse o Relator Ministro Carlos Velloso: “Não há, ao que penso, ilicitude em alguém gravar uma conversa que mantém com outrem, com a finalidade de documentá-la, futuramente, em caso de negativa. A alegação talvez pudesse encontrar ressonância no campo ético, não no âmbito do direito”.

Outro que se posicionou pela admissibilidade da gravação foi o Ministro Francisco Rezek:

“Primeiro, quanto à prova ilícita: tal como ponderou o Ministro relator, dificilmente se encontraria na ordem jurídica reinante algo que nos autorizasse a ver como ilícita essa gravação de uma conversa a dois, por um dos interlocutores. É a ação do terceiro, é a interferência do terceiro – no grampeamento telefônico, na violação de correspondência alheia – que fere determinadas normas expressas na própria Carta da República. Quando, entretanto, uma dos participantes da comunicação oral ou escrita entende de documentá-la de algum modo, ainda que na inconsciência da outra parte, isso não configura, em princípio, afronta à regra protetiva do sigilo. O resultado pode variar entre a indiscrição inofensiva e a mais reprovável vilania; mas não há, aí, um ato ilícito. Admitiria que normas protetivas da privacidade, de estatura também constitucional, poderiam ser invocadas em repressão ao uso que um dos interlocutores queira fazer da carta ou da gravação do entendimento a dois, quando visa, por exemplo, a auferir lucro à custa da notoriedade da imagem alheia; um propósito bem diverso daquele de desencadear a ação da Justiça Pública.”

Pela ilicitude da prova, votaram os Ministros Marco Aurélio e Celso de Mello, mas admitiram a denúncia por outros fundamentos. Os demais Ministros receberam a denúncia, deixando para se manifestar sobre a ilicitude da prova posteriormente, o que não aconteceu pela perda superveniente da prerrogativa de foro.

Na AP nº 307/DF (caso Collor de Mello), o Supremo Tribunal Federal acolheu a preliminar para declarar inadmissível a prova consistente no laudo de degravação de conversa telefônica, **(27)** sendo vencidos os Ministros Carlos Velloso, Sepúlveda Pertence e Néri da Silveira. O Ministro Carlos Velloso reportou-se aos fundamentos que houvera exposto no caso Magri. Do voto do Ministro Sepúlveda Pertence, destaca-se:

“Com todas as vênias, continuo entendendo que não há diferença substancial entre a gravação do diálogo pessoal, face a face, e a da conversa telefônica. Segundo interpreto o preceito, o objeto específico da proteção constitucional da comunicação telefônica, como de outros tipos de comunicação, é o sigilo em relação a terceiros.

No Inquérito nº 657, tendo declarado impedimento, não votei; se votasse, contudo, por isso mesmo teria aderido ao voto proferido pelo eminente Ministro Francisco Rezek, que me permito recordar [...]”

Interessante o raciocínio do Ministro Néri da Silveira:

“No que concerne aos diálogos telefônicos gravados em fita magnética e apresentados ao ensejo do depoimento prestado em juízo pela testemunha Sebastião Curió, penso que, desde logo, cumpre estabelecer distinção: o conteúdo desses diálogos foi objeto de referência em diversos depoimentos. Assim, Sebastião Curió, em seu depoimento judicial, faz alusão ao diálogo que teria mantido com o segundo corréu e ao respectivo conteúdo. Também Luis Avelar Scheuer, em suas declarações, menciona conversa telefônica, com o segundo corréu e com Sebastião Curió. Então, aludidos em depoimentos esses diálogos, não se pode afastar referência a tal matéria, que consta inclusive do interrogatório dos dois primeiros acusados. Certo está, entretanto, que a prestabilidade e a coerência do conteúdo desses depoimentos são pontos examináveis ao ensejo do julgamento do mérito.

[...]

Em face das considerações anteriores, segundo as quais a matéria posta nessas ligações telefônicas é repetida em depoimentos, e estes, à evidência, não podem ser pura e simplesmente desprezados, pois foram tomados de forma regular, não vejo maior interesse em debater, aqui, para a objetividade deste julgamento, o tema relativo à licitude ou não da gravação de tais diálogos telefônicos.”

Em pesquisa na página do Supremo Tribunal Federal na Internet, é possível ver que, no ano de 1992, a Corte admitiu a gravação feita por um dos interlocutores como prova lícita,**(28)** posição que vem sendo mantida,**(29)** tanto que, em novembro de 2009, o tema foi julgado sob repercussão geral, restando decidido:

“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.”**(30)**

A 1ª Turma do Supremo Tribunal Federal lançou precedente admitindo a utilização de gravação de conversa pessoal feita por terceiro com a autorização de um dos interlocutores, mas sem o conhecimento do outro, havendo, no caso, excludente de ilicitude (vítima de corrupção passiva ou concussão).**(31)** No caso de gravação pela polícia de conversa entre os sequestradores e os parentes da vítima, igualmente a 1ª Turma do Supremo Tribunal Federal posicionou-se pela validade da prova.**(32)** Nessas hipóteses, não seria tecnicamente gravação, mas sim escuta.

Portanto, as primeiras decisões do Supremo Tribunal Federal taxavam de ilícita a prova decorrente de gravação realizada por um dos interlocutores. Na sequência, passou-se a admiti-la como válida, tendo-se, inclusive, sedimentado essa posição por meio de julgamento com repercussão geral. Em situações excepcionais (vítimas de corrupção passiva, concussão, sequestro), o Supremo Tribunal Federal acolheu como lícita a gravação feita por terceiros (escuta), mormente a polícia, com autorização da vítima ou de seus parentes.

5 A disciplina das gravações feitas por interlocutores no projeto do novo Código de Processo Penal

O atual Código de Processo Penal foi objeto do Decreto-Lei nº 3.689, de 03 de outubro de 1941, e, logicamente, foi marcado pelo autoritarismo da época. Por esses mais de setenta anos, sofreu várias intervenções legislativas, e, em especial, pelo advento da Constituição de 1988, demandou-se a releitura de vários de seus preceitos. É uníssono o reclamo por um novo Código de Processo Penal.**(33)**

Em junho de 2008, o Senado Federal criou uma Comissão para elaborar anteprojeto de lei para um novo Código de Processo Penal. Ela foi coordenada pelo então Ministro do Superior Tribunal de Justiça Hamilton Carvalhido e composta por Antonio Correa, Antonio Magalhães Gomes Filho, Eugênio Pacelli de Oliveira, Fabiano Augusto Martins Silveira, Felix Valois Coelho Júnior, Jacinto Nelson de Miranda Coutinho, Sandro Torres Avelar e Tito Souza do Amaral. Os trabalhos da Comissão resultaram no Projeto de Lei nº 156/2009, o qual teve sua redação final aprovada pelo Senado em dezembro de 2010, sendo encaminhado à Câmara dos Deputados em 23.03.2011. Consta que sua discussão deve ficar para 2014, haja vista que o Regimento Interno impede a

análise simultânea de mais de dois códigos, dependendo, pois, da tramitação dos projetos dos novos Códigos Comercial e de Processo Civil.**(34)**

O projeto “orienta-se por dois vetores interpretativos: a máxima proteção dos direitos fundamentais e a efetividade da tutela penal”.**(35)**

“[...] o processo penal caminha entre a necessidade de dar uma resposta razoavelmente rápida aos casos submetidos à apreciação do Poder Judiciário (efetividade) e a obrigatoriedade de garantir ao imputado todos os seus direitos fundamentais (garantia). O garantismo penal, entretanto, não se contrapõe à efetividade do processo penal. Ambos se completam na busca do **processo penal justo.**”**(36)**

No que diz respeito ao objeto deste texto, cumpre destacar que o Legislador do novo Código não se ateve aos conceitos que a doutrina e também a jurisprudência firmaram ao longo do tempo para diferenciar a interceptação, a escuta e a gravação. Restou disposto no art. 246, § 1º, que também se considera interceptação “escuta, gravação, transcrição, decodificação ou qualquer outro procedimento que permita a obtenção das informações e dados de que trata o *caput* deste artigo”.

“Art. 246. O sigilo das comunicações telefônicas compreende o conteúdo de conversas, sons, dados e quaisquer outras informações transmitidas ou recebidas no curso das ligações telefônicas.

§ 1º Considera-se interceptação das comunicações telefônicas a escuta, gravação, transcrição, decodificação ou qualquer outro procedimento que permita a obtenção das informações e dados de que trata o *caput* deste artigo.”

Não custa lembrar que interceptação, em sentido estrito, “é a captação da conversa telefônica por um terceiro, sem o conhecimento dos interlocutores”.**(37)** A escuta é aquela na qual há o consentimento de um dos interlocutores para a efetivação da interceptação telefônica, “o que, no entanto, não desnatura a característica de interceptação telefônica, uma vez que realizada por terceiro”,**(38)** e, por fim, na gravação não há o elemento da terceira pessoa. Esta é praticada pelo próprio interlocutor, que registra a conversa sem o conhecimento do outro.**(39)**

Nas duas primeiras, exige-se a prévia autorização judicial,**(40)** tendo o Supremo Tribunal Federal aceitado casos de gravação (escuta) de conversa com sequestradores feita pela polícia (com autorização de parentes) e com autorização de vítima de concussão/corrupção.**(41)**

Com a redação proposta, será necessária autorização judicial para que as conversas possam ser gravadas pelo próprio interlocutor.**(42)** Dispõe o art. 263 que “as informações obtidas por meio da interceptação de comunicações telefônicas realizada sem a observância dos procedimentos definidos no presente Capítulo não poderão ser utilizadas em nenhuma investigação, processo ou procedimento, seja qual for sua natureza”.

Do que se viu da evolução jurisprudencial do Supremo Tribunal Federal, de uma inicial consideração da gravação como ilícita, passou-se ao entendimento de sua validade, sendo esse entendimento, inclusive, confirmado por meio de julgamento com repercussão geral. Isso porque é inegável a licitude da sua utilização por parte daquele que sofre um ataque criminoso (vítimas de corrupção passiva, concussão, sequestro), ou ainda para defesa própria, ou quando se está diante de justa causa para sua divulgação (ex. comunicação de um crime de ação penal pública incondicionada).

A permanecer essa redação, dificilmente se conseguirá uma ordem judicial para, a partir daí, começar a “interceptar”, porque é pouco provável que se consiga apontar indícios suficientes de materialidade e/ou a qualificação do investigado (art. 249, I a III, do projeto). Além disso, se perderá a imediatidade necessária para o registro desse tipo de prova.**(43)**

Por esses motivos, é imperioso que a redação seja alterada para excluir a gravação da necessidade de ordem judicial. Se mantida, espera-se que a Presidência da República vete o § 1º do art. 246. Se vier a ser promulgada, o Supremo Tribunal Federal deve ser chamado a se pronunciar e declarar a sua

inconstitucionalidade, adotando, *mutatis mutandi*, o que decidiu na ADI 2797.(44) Enfim, porque, da forma como está, trata-se de atribuir enorme consideração à intimidade de uma pessoa que está a praticar um crime, em detrimento daquele que sofre o ataque criminoso.

Conclusão

Desde a primeira Constituição do Brasil, foi resguardado o direito ao segredo da comunicação, estampado, inicialmente, na inviolabilidade da correspondência. A legislação infraconstitucional a seguiu, tipificando condutas atentatórias e inadmitindo a prova obtida por meio dessa infringência.

O Estado, atualmente, não deve ser visto apenas como inimigo dos cidadãos, pois lhe cabe importante função na proteção dos direitos fundamentais, inclusive contra agressões de terceiros. Nessa perspectiva, deve lançar mão de todos os meios tecnológicos disponíveis para inibir a criminalidade, sempre tendo em conta o conflito entre a necessidade de obtenção da prova, de maneira eficaz, e os direitos fundamentais à intimidade e ao sigilo das comunicações.

Não se confundem interceptação, escuta e gravação, pois nesta não está presente a figura do terceiro, e na interceptação não há o conhecimento de nenhum dos interlocutores. Em regra, exige-se a prévia autorização judicial para as duas primeiras. A interceptação telefônica está prevista pelo art. 5º, XII, e foi regulamentada pela Lei nº 9.296/1996. A gravação não está disciplinada expressamente na Constituição nem na referida lei, sendo admitida com base na relatividade dos direitos e garantias fundamentais.

Nas primeiras apreciações, o Supremo Tribunal Federal teve como ilícita a prova decorrente da gravação realizada por um dos interlocutores (Inq 657/DF). A partir do ano de 1992 (HC 69204/SP), passou a admiti-la, reafirmando essa posição ao longo dos anos e a consolidando por meio de repercussão geral no RE 583937, julgado em novembro de 2009.

O vigente Código de Processo Penal não mais condiz com a necessidade dos dias atuais, sendo reclamada a elaboração de um novo. O Senado aprovou o Projeto 159/2009, que atualmente está em tramitação na Câmara dos Deputados. A redação aprovada passa a exigir autorização judicial para as hipóteses de escuta e gravação, equiparando essas duas figuras à da interceptação telefônica. Acontece que isso poderá prejudicar e até inviabilizar a gravação de conversas feitas por interlocutores que são vítimas de ataques criminosos. Assim, há necessidade de o projeto ser revisto nesse ponto ou, quando não, vetado. Se promulgado, o Supremo Tribunal Federal deve declarar sua inconstitucionalidade.

Referências bibliográficas

ARANTES FILHO, Marcio Geraldo Britto. A regulamentação do sigilo das comunicações entre pessoas presentes e do sigilo profissional no direito processual penal chileno. **Revista Brasileira de Ciências Criminais**, v. 80, p. 208, set. 2009. Disponível em: <<http://www.rtonline.com.br>> . Acesso em: 23 fev. 2013.

AVOLIO, Luiz Francisco Torquato. **Provas ilícitas: interceptações telefônicas, ambientais e gravações clandestinas**. 5. ed. rev., atual. e ampl. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2012.

BADARÓ, Gustavo Henrique Righi Ivahy. A boca do leão: validade das interceptações telefônicas decretadas com base em notícia criminis anônima. **Revista dos Tribunais**, v. 927, jan. 2013, p. 529. Disponível em: <<http://www.rtonline.com.br>>. Acesso em: 20 fev. 2013.

BALTAZAR JR., José Paulo. Dez anos da Lei da Interceptação Telefônica (Lei nº 9.296, de 24 de julho de 1996). Interpretação jurisprudencial e anteprojeto de mudança. **Revista da Ajufergs**, n. 03. Disponível em: <http://www.esmafe.org.br/web/sala_publicacoes_revista_03.php>. Acesso em: 08 nov. 2010.

BASTOS, Celso Ribeiro. **Comentários à Constituição do Brasil**. São Paulo: Saraiva, 1989. v. 2.

FELDENS, Luciano. Interceptações telefônicas e necessidade de prévio inquérito policial (um merecido elogio ao Ministério Público de São Paulo). **Boletim IBCCRIM**, a. 18, n. 215, out. 2010, p. 5-6.

GOMES, Luiz Flávio. **Interceptação telefônica**: prazo de duração, renovação e excesso. Disponível em: <<http://online.sintese.com>>. Acesso em: 11 jan. 2011.

GOMES FILHO, Antonio Magalhães. A inadmissibilidade das provas ilícitas no processo penal brasileiro. **Revista Brasileira de Ciências Criminais**, v. 3, jul. 2010, p. 393. Disponível em: <<http://www.rtonline.com.br>>. Acesso em: 07 fev. 2013.

_____. Princípios gerais da prova no projeto de Código de Processo Penal. Projeto nº 156/2009 do Senado Federal. **Revista de Informação Legislativa**, a. 46, n. 183, jul./set. 2009.

GONZÁLEZ, Lionel. La regla de exclusión por ilicitud probatoria en Chile. **Revista Brasileira de Ciências Criminais**, v. 85, jul. 2010, p. 353. Disponível em: <<http://www.rtonline.com.br>>. Acesso em: 21 jan. 2013.

GRECO FILHO, Vicente. **Interceptação telefônica**: considerações sobre a Lei nº 9.296, de 24 de julho de 1996. 2. ed. rev., atual. e ampl. São Paulo: Saraiva, 2005.

GRINOVER, Ada Pellegrini. Divulgação de conteúdo de conversa telefônica própria. Limites. **Revista de Processo**, v. 168, p. 291, fev. 2009. Disponível em: <<http://www.rtonline.com.br>>. Acesso em: 23 fev. 2013.

GRINOVER, Ada Pellegrini; FERNANDES, Antonio Scarance; GOMES FILHO, Antonio Magalhães. **As nulidades no processo penal**. 7. ed. rev. e atual. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2001.

MARTOS, José Antonio de Faria. **As interceptações telefônicas no ordenamento jurídico dos países do Mercosul**. Disponível em: <<http://www.publicadireito.com.br/artigos/?cod=645098b086d2f9e1>>. Acesso em: 06 fev. 2013.

MILTON, Aristides Augusto. **A Constituição do Brazil**: noticia historica, texto e comentario. 2. ed. Rio de Janeiro: Imprensa Nacional, 1898.

MIRANDA, Pontes de. **Comentários à Constituição de 1967**. Tomo V. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1968.

MOSSIN, Heráclito A. **Sigilo bancário e interceptação telefônica**. Disponível em: <<http://online.sintese.com>>. Acesso em: 11 jan. 2011.

NUCCI, Guilherme de Souza. **Leis penais e processuais penais comentadas**. 3. ed. rev., atual. e ampl. 2. tir. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2008.

PRADO, Geraldo. Sobre o Projeto de Código de Processo Penal. **Revista de Informação Legislativa**, a. 46, n. 183, jul./set. 2009.

RASSI, João Daniel; CASCALDI, Luís de Carvalho. Considerações sobre a quebra do sigilo de dados telefônicos. **Revista de Direito das Comunicações**, v. 3, p. 97, jan. 2011. Disponível em: <<http://www.rtonline.com.br>>. Acesso em: 23 fev. 2013.

SARLET, Ingo Wolfgang. Direitos fundamentais e proporcionalidade: notas a respeito dos limites e possibilidades da aplicação das categorias da proibição de excesso e de insuficiência em matéria criminal. **Revista da Ajuris**, Porto Alegre, a. XXXV, n. 109, mar. 2008.

SILVA JÚNIOR, Walter Nunes. **Audiência audiovisual ajuda na racionalização do processo penal**. Disponível em: <http://www.conjur.com.br/2008-ago-21/audiencia_audiovisual_racionaliza_processo_penal>. Acesso em: 24 fev. 2013.

SUXBERGER, Antonio Henrique Graciano. O regime jurídico do interrogatório no Projeto de Código de Processo Penal. **Revista de Informação Legislativa**, a.

46, n. 183, jul./set. 2009.

TOLDO, Nino de Oliveira. O novo Código de Processo Penal: recursos e habeas corpus. **Boletim IBCCRIM**, a. 18, edição especial, ago. 2010.

Notas

1. "Art. 5º [...] 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;"

2. "Por mais graves factos que a correspondencia denuncie, por mais importantes revelações que contenha, ella é sempre producto do nosso pensamento, que é intimo, só se expande escudado por um direito originário da natureza mesma; e, consequentemente, só pode ser coarctado quando se tornar – por meio da publicidade – nocivo ou perigoso. O mais seria francamente inquisitorial." (MILTON, Aristides Augusto. **A Constituição do Brazil**: noticia historica, texto e commentario. 2. ed. Rio de Janeiro: Imprensa Nacional, 1898. p. 406)

3. "[...] trata-se, apenas, de um dos casos de liberdade de pensamento – a **liberdade de não emitir o pensamento**. Assim, a inviolabilidade da correspondência, o segredo profissional, o segredo em geral, encontram o seu lugar sistemático. [...] Para bem apanharmos o lugar em que nasce a liberdade correspondente à inviolabilidade de correspondência, é suficiente atentarmos na gradação: liberdade de pensar, liberdade de não pensar; liberdade de emitir o pensamento, liberdade de não emitir o pensamento; liberdade de emitir o pensamento para todos, liberdade de só o emitir para alguns ou para alguém, ou para si mesmo." (MIRANDA, Pontes de. **Comentários à Constituição de 1967**. Tomo V. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1968. p. 157-158)

4. BASTOS, Celso Ribeiro. **Comentários à Constituição do Brasil**. São Paulo: Saraiva, 1989. v. 2. p. 71.

5. MIRANDA, Pontes de. **Comentários à Constituição de 1967**. Tomo V. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1968. p. 163.

6. "[...] dilema entre a busca da verdade e a proteção dos interesses da sociedade e do indivíduo na tarefa de acerto do fato apontado como delituoso" (GOMES FILHO, Antonio Magalhães. Princípios gerais da prova no projeto de Código de Processo Penal. Projeto nº 156/2009 do Senado Federal. **Revista de Informação Legislativa**, a. 46, n. 183, jul./set. 2009. p. 35). Destaco, apenas, que o interesse da sociedade é atendido não só quando se preservam os direitos fundamentais do cidadão investigado, como também quando a investigação é dotada de aparatos indispensáveis à busca da reconstrução dos fatos, com a máxima eficiência.

7. SARLET, Ingo Wolfgang. Direitos fundamentais e proporcionalidade: notas a respeito dos limites e possibilidades da aplicação das categorias da proibição de excesso e de insuficiência em matéria criminal. **Revista da Ajuris**, Porto Alegre, a. XXXV, n. 109, mar. 2008. p. 145-146.

8. STF, 2ª T., HC 104410, Rel. Gilmar Mendes, j. 06.03.2012.

9. Cabe aqui a lembrança da investigação a que se procedeu para elucidação das causas da morte da menina Isabella Nardoni, em que foram realizadas várias espécies de perícias, inclusive com exame de DNA (**TECNOLOGIA ajuda a esclarecer caso Isabella**: laudos técnicos foram fundamentais para formar convicção da polícia. Disponível em: <<http://goo.gl/vjsdP5>>. Acesso em: 27 jul. 2009). Infelizmente, trata-se de excelência pouco vista na investigação de crimes em nosso país. Isso, com certeza, acaba por ferir o direito à segurança dos demais cidadãos.

10. "Art. 5º [...] X – 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;"

11. "Art. 5º [...] 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;”

12. AVOLIO, Luiz Francisco Torquato. **Provas ilícitas**: interceptações telefônicas, ambientais e gravações clandestinas. 5. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2012. p. 95.

13. “A polícia britânica prendeu seis pessoas na manhã de quarta-feira (13/2) envolvidas na investigação do caso de escutas telefônicas no extinto tabloide britânico *News of the World*. As prisões são parte de uma nova linha de investigação.” (Disponível em: <<http://www.conjur.com.br/2013-fev-14/jornalistas-britanicos-sao-presos-investigacao-escutas-ilegais>>. Acesso em: 26 fev. 2013)

“Outubro foi o mês com o maior número de interceptações telefônicas autorizadas no Brasil em 2010. De acordo com o Sistema Nacional de Controle das Interceptações Telefônicas, coordenado pela Corregedoria Nacional de Justiça, 20 mil linhas foram monitoradas no mês. Em novembro, pelo menos 16,1 telefones foram monitorados, porém, o número pode ser maior, porque alguns tribunais ainda não informaram os dados referentes a este mês para a corregedoria. As interceptações se concentram mais nas Regiões Sul e Sudeste.

[...]

Os dados do sistema apontam que o Tribunal de Justiça de São Paulo é o que mais determinou interceptações telefônicas. No mês de outubro, 1.977 linhas foram monitoradas por ordem do TJ-SP, já em novembro, o número chegou a 1.844. Em segundo lugar no *ranking* geral, vem o Tribunal de Justiça de Mato Grosso, que no mês passado autorizou o monitoramento de 1.942 linhas; o Tribunal Federal da 4ª Região, com 1.019 autorizações no mesmo mês; e o Tribunal de Justiça do Paraná; com 1.708 determinações em novembro.

Maior monitoramento

Segundo o Sistema de Controle das Interceptações, o monitoramento das linhas telefônicas está concentrado nas Regiões Sul e Sudeste e na Justiça Estadual. Em outubro deste ano, a quantidade de linhas monitoradas pelos Tribunais Regionais Federais foi 3.375 e, em novembro, 3.543. Já os Tribunais de Justiça determinaram o monitoramento de 15.989 linhas em outubro e 12.562 no mês seguinte.” (Disponível em: <<http://www.conjur.com.br/2010-dez-23/outubro-20-mil-linhas-telefonicas-foram-interceptadas-todo-pais>>. Acesso em: 17 fev. 2011)

Matéria da Folha de São Paulo, de 10.06.2012, informa que a Polícia Federal utiliza interceptações (“grampos”) em 0,5% dos inquéritos. No levantamento, haveria cerca de cem mil investigações em andamento e apenas quinhentas com escutas. A mesma matéria relata que nos Estados Unidos, em 2010, foram autorizadas 2.311 interceptações; entre 2000 e 2010, lá foram presas 6.009 pessoas em investigações que utilizaram “grampos”, das quais 51% foram condenadas.

14. No dia 07.02.2013, o Plenário do Supremo Tribunal Federal decidiu que é necessária a degravação integral das interceptações telefônicas feitas no âmbito da Ação Penal nº 508 (até então, a posição era de que a degravação só se fazia indispensável em relação aos diálogos em que se apoiava a denúncia, disponibilizando a totalidade das gravações para as partes, mediante apresentação de meio magnético para tanto: “[...] PROVA. Criminal. Interceptação telefônica. Transcrição da totalidade das gravações. Desnecessidade. Gravações diárias e ininterruptas de diversos terminais durante período de 7 (sete) meses. Conteúdo sonoro armazenado em 2 (dois) DVDs e 1 (hum) HD, com mais de quinhentos mil arquivos. Impossibilidade material e inutilidade prática de reprodução gráfica. Suficiência da transcrição literal e integral das gravações em que se apoiou a denúncia. Acesso garantido às defesas também mediante meio magnético, com reabertura de prazo [...]” – STF, Plenário, Inq. 2424, Rel. Cezar Peluso, j. 26.11.2008). Se acaso não for uma decisão casuística (está na notícia: “constando em parte do processo apenas trechos de diálogos, obtidos em dias e horários diversos, não havendo a transcrição integral de nenhum debate ou conversa envolvendo o réu e os demais envolvidos”), passando a vingar esse precedente, será praticamente inviável proceder a investigações com interceptações telefônicas, pois não há sistema informatizado para tanto, requerendo, assim, a realização da degravação por ser humano. Acontece que, em média, para um minuto de gravação, leva-se dez para degravar (SILVA JÚNIOR, Walter Nunes. **Audiência audiovisual ajuda na racionalização do processo penal**. Disponível em:

<<http://www.conjur.com.br/2008-ago-21>

[/audiencia_audiovisual_racionaliza_processo_penal](#)>. Acesso em: 24 fev. 2013). Além disso, vai na contramão da economia de papel e outros suprimentos, pois a materialização desses conteúdos consumirá grandes quantidades de papel e tinta de impressora. Em sentido contrário: **Transcrição total de escutas permite defesa melhor** (Disponível em: <<http://www.conjur.com.br/2013-fev-12/transcricao-integral-escutas-permitira-defesa-melhor-dizem-advogados>>. Acesso em 27 fev. 2013).

15. AVOLIO, Luiz Francisco Torquato. **Provas ilícitas**: interceptações telefônicas, ambientais e gravações clandestinas. 5. ed. rev., atual. e ampl. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2012. p. 97.

16. AVOLIO, Luiz Francisco Torquato. **Provas ilícitas**: interceptações telefônicas, ambientais e gravações clandestinas. 5. ed. rev., atual. e ampl. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2012. p. 100.

17. AVOLIO, Luiz Francisco Torquato. **Provas ilícitas**: interceptações telefônicas, ambientais e gravações clandestinas. 5. ed. rev., atual. e ampl. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2012. p. 102.

18. AVOLIO, Luiz Francisco Torquato. **Provas ilícitas**: interceptações telefônicas, ambientais e gravações clandestinas. 5. ed. rev., atual. e ampl. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2012. p. 168; GRINOVER, Ada Pellegrini. Divulgação de conteúdo de conversa telefônica própria. Limites. **Revista de Processo**, v. 168, p. 291, fev. 2009. Disponível em: <<http://www.rtonline.com.br>>. Acesso em: 23 fev. 2013; “[...] III. 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 autoincriminação – *nemo tenetur se detegere* –, erigido em garantia fundamental pela Constituição – além da inconstitucionalidade superveniente da parte final do art. 186 C.Pr.Pen. –, importou compelir o inquiridor, na polícia ou em juízo, ao dever de advertir o interrogado do seu direito ao silêncio: a falta da advertência – e da sua documentação formal – faz ilícita a prova que, contra si mesmo, forneça o indiciado ou acusado no interrogatório formal e, com mais razão, em ‘conversa informal’ gravada, clandestinamente ou não. IV. Escuta gravada da comunicação telefônica com terceiro, que conteria evidência de quadrilha que integrariam: ilicitude, nas circunstâncias, com relação a ambos os interlocutores. 5. A hipótese não configura a gravação da conversa telefônica própria por um dos interlocutores – cujo uso como prova o STF, em dadas circunstâncias, tem julgado lícito –, mas, sim, escuta e gravação por terceiro de comunicação telefônica alheia, ainda que com a ciência ou mesmo a cooperação de um dos interlocutores: esta última, dada a intervenção de terceiro, compreende-se 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 da gravação não autorizadas de conversa alheia não aproveita, em princípio, ao interlocutor que, ciente, haja aquiescido na operação; aproveita-lhe, no entanto, se, ilegalmente preso na ocasião, o seu aparente assentimento na empreitada policial, ainda que existente, não seria válido. 8. A extensão ao interlocutor ciente da exclusão processual do registro da escuta telefônica clandestina – ainda quando livre o seu assentimento nela –, em princípio, parece inevitável, se a participação de ambos os interlocutores no fato probando for incindível ou mesmo necessária à composição do tipo criminal cogitado, qual, na espécie, o de quadrilha. V. Prova ilícita e contaminação de provas derivadas (*fruits of the poisonous tree*). 9. A imprecisão do pedido genérico de exclusão de provas derivadas daquelas cuja ilicitude se declara e o estágio do procedimento (ainda em curso o inquérito policial) levam, no ponto, ao indeferimento do pedido” (STF, 1ª T., HC 80949/RJ, Rel. Sepúlveda Pertence, j. 30.10.2001).

19. “[...] Interceptação telefônica e gravação de negociações entabuladas entre sequestradores, de um lado, e policiais e parentes da vítima, de outro, com o conhecimento dos últimos, recipiendários das ligações. Licitude desse meio de prova. Precedente do STF: (HC 74.678, 1ª Turma, 10.06.97) [...]” (STF, 1ª T., HC 75261/MG, Rel. Octavio Gallotti, j. 24.06.1997); “*Habeas corpus*. Utilização de gravação de conversa telefônica feita por terceiro com a autorização de um dos interlocutores sem o conhecimento do outro quando há, para essa utilização, excludente da antijuridicidade. – Afastada a ilicitude de tal conduta – a de, por legítima defesa, fazer gravar e divulgar conversa telefônica ainda que não haja o conhecimento do terceiro que está praticando crime –, é ela, por via de consequência, lícita e, também consequentemente, essa gravação não pode ser tida como prova ilícita, para invocar-se o artigo 5º, LVI, da Constituição com fundamento em que houve violação da intimidade (art. 5º, X, da Carta Magna). *Habeas corpus* indeferido” (STF, 1ª T., HC 74678/SP, Rel. Moreira Alves, j. 10.06.1997); “Captação, por meio de fita magnética, de conversa entre presentes, ou seja, a chamada gravação ambiental, autorizada por um dos interlocutores, vítima de concussão, sem o conhecimento dos demais. Ilícitude da prova excluída por caracterizar-se o exercício de legítima defesa de quem a produziu. Precedentes do Supremo Tribunal: HC 74.678, DJ de 15.08.97, e HC 75.261, sessão de 24.06.97, ambos da Primeira Turma” (STF, 1ª T., RE 212081/RO, Rel. Octavio Gallotti, j. 05.12.1997).

20. Art. 57 da Lei nº 4.117/1962: “Não constitui violação de telecomunicação: [...] II – O conhecimento dado: [...] e) ao juiz competente, mediante requisição ou intimação deste.”

21. RASSI, João Daniel; CASCALDI, Luís de Carvalho. Considerações sobre a quebra do sigilo de dados telefônicos. **Revista de Direito das Comunicações**, v. 3, p. 97, jan. 2011. Disponível em: <<http://www.rtonline.com.br>>. Acesso em: 23 fev. 2013; AVOLIO, Luiz Francisco Torquato. **Provas ilícitas**: interceptações telefônicas, ambientais e gravações clandestinas. 5. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2012. p. 131-132.

22. “Art. 5º [...] 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;”

23. “*HABEAS CORPUS*. ACUSAÇÃO VAZADA EM FLAGRANTE DE DELITO VIABILIZADO EXCLUSIVAMENTE POR MEIO DE OPERAÇÃO DE ESCUTA TELEFÔNICA, MEDIANTE AUTORIZAÇÃO JUDICIAL. PROVA ILÍCITA. AUSÊNCIA DE LEGISLAÇÃO REGULAMENTADORA. ART. 5º, XII, DA CONSTITUIÇÃO FEDERAL. *FRUITS OF THE POISONOUS TREE*. O Supremo Tribunal Federal, por maioria de votos, assentou entendimento no sentido de que, sem a edição de lei definidora das hipóteses e da forma indicada no art. 5º, inc. XII, da Constituição, não pode o Juiz autorizar a interceptação de comunicação telefônica para fins de investigação criminal. Assentou, ainda, que a ilicitude da interceptação telefônica – à falta da lei que, nos termos do referido dispositivo, venha a discipliná-la e viabilizá-la – contamina outros elementos probatórios eventualmente coligidos, oriundos, direta ou indiretamente, das informações obtidas na escuta. *Habeas corpus* concedido.” (STF, Pleno, HC 73351/SP, Rel. Ilmar Galvão, j. 09.05.1996)

24. AVOLIO, Luiz Francisco Torquato. **Provas ilícitas**: interceptações telefônicas, ambientais e gravações clandestinas. 5. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2012. p. 167-169; STF, Pleno, Inq. 2116 QO/RR, Rel. p/ acórdão: Ayres Britto, j. 15.09.2011.

25. Fato destacado no início da manifestação do Min. Marco Aurélio.

26. “PROCESSUAL PENAL. PENAL. DENÚNCIA: RECEBIMENTO. CORRUPÇÃO PASSIVA. Cód. Penal, art. 317. I. – A denúncia contém exposição pormenorizada do fato criminoso, com todas as suas circunstâncias, a qualificação do acusado e a classificação do crime. Atende, portanto, às exigências do art. 41, CPP. II. – Crime de corrupção passiva, consistente no fato de ter recebido trinta mil dólares para intermediar um negócio do FGTS, o que foi registrado em gravação que a perícia atesta ser autêntica. III. – Denúncia recebida, para o fim de ser instaurada a ação penal” (STF, Pleno, Inq 657/DF, Rel. Carlos Velloso, j. 30.09.1993). Com a saída do cargo, o caso foi encaminhado à primeira instância,

tendo havido condenação que foi confirmada pelo TRF1:

“PENAL. CORRUPÇÃO PASSIVA. ART. 317 DO CÓDIGO PENAL BRASILEIRO. PROVA DA BILATERALIDADE. DESNECESSIDADE. CRIME AUTÔNOMO. PRELIMINARES DE NULIDADE DA SENTENÇA POR AUSÊNCIA DE MOTIVAÇÃO, POR NÃO HAVER APRECIADO AS TESES DA DEFESA E POR BASEAR-SE EM GRAVAÇÃO CLANDESTINA. PENA-BASE. FIXAÇÃO CONSIDERANDO AS CIRCUNSTÂNCIAS JUDICIAIS.

1. “Incorre nulidade por falta de apreciação de tese defensiva quando a sentença acolhe, em sua fundamentação, posição oposta àquela apresentada pelo réu, que resta implicitamente rejeitada” (*In* MIRABETE, Julio Fabbrini. **Código de Processo Penal Interpretado**. 9. ed. São Paulo: Atlas, 2002).

2. Não há ilicitude da prova consistente na gravação de conversa por um dos interlocutores sem o conhecimento do outro, agente do crime.

[...]

3. Para fins de tipicidade/punibilidade do delito de corrupção passiva, é suficiente a prova do recebimento da vantagem indevida por funcionário público, em razão da função que exerce, independentemente da prova da bilateralidade.

4. Autoria e materialidade do delito capitulado no art. 317 do Código Penal provadas, por todo o conjunto probatório, que é conclusivo quanto à participação do acusado no delito de corrupção passiva.

5. Majoração da pena-base, considerando o grau elevado de culpa, bem como as demais circunstâncias judiciais do art. 59 do Código Penal [...].” (TRF1, 4ª T., AC 2000.01.00.033541-1/DF, Rel. Hilton Queiroz, j. 26.10.2004)

27. “[...] 1.1. Inadmissibilidade, como prova, de laudos de degravação de conversa telefônica e de registros contidos na memória de microcomputador, obtidos por meios ilícitos (art. 5º, LVI, da Constituição Federal); no primeiro caso, por se tratar de gravação realizada por um dos interlocutores, sem conhecimento do outro, havendo a degravação sido feita com inobservância do princípio do contraditório e utilizada com violação à privacidade alheia (art. 5º, X, da CF); [...].” (STF, 2ª T., AP 307/DF, Rel. Ilmar Galvão, j. 13.12.1994)

28. “PROCESSUAL PENAL. PENAL. PROVA CONSTANTE DE GRAVAÇÃO EM FITA MAGNÉTICA. PENA: FIXAÇÃO. CERCEAMENTO DE DEFESA. I. – PROVA CONSTANTE DE GRAVAÇÃO EM FITA MAGNÉTICA: INOCORRÊNCIA DE ILEGALIDADE. [...].” (STF, 2ª T., HC 69204/SP, Rel. p/ acórdão: Carlos Velloso, j. 26.05.1992)

29. “*HABEAS CORPUS*. ALEGAÇÕES DE INEXISTÊNCIA DE CRIME, DE FLAGRANTE PREPARADO E DE ILICITUDE DA PROVA EM QUE SE BASEOU A CONDENAÇÃO. Improcede a pretensão anulatória da condenação por crime inexistente. Não há falar em flagrante preparado, tendo em vista que se limitou a autoridade policial, alertada da intenção criminoso, a tomar providências necessárias para surpreender o criminoso, no ato da consumação do delito. Inocorrência de ilicitude na prova constante de gravação audiovisual de conversa da ré com a detetive e a repórter de TV, que se fizeram passar por interessadas no anúncio veiculado. *Habeas corpus* indeferido” (STF, 1ª T., HC 76397/RJ, Rel. Ilmar Galvão, j. 16.12.1997); “*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 SEQUESTRADORES, ESTELIONATÁRIOS OU QUALQUER TIPO DE CHANTAGISTA. ORDEM INDEFERIDA” (STF, HC Pleno, HC 75338/RJ, Rel. Nelson Jobim, j. 11.03.1998); “GRAVAÇÃO DE CONVERSA. INICIATIVA DE UM DOS INTERLOCUTORES. LICITUDE. PROVA CORROBORADA POR OUTRAS PRODUZIDAS EM JUÍZO SOB O CRIVO DO CONTRADITÓRIO. Gravação de conversa. A gravação feita por um dos interlocutores, sem conhecimento do outro, nada tem de ilicitude, principalmente quando destinada a documentá-la em caso de negativa. Precedente: Inq 657, Carlos Velloso. Conteúdo da gravação confirmada em juízo. AGRRE improvido” (STF, 2ª T., RE 402035 AgR/SP, Rel. Ellen Gracie, j. 09.12.2003); “*HABEAS CORPUS* – FILMAGEM REALIZADA, PELA VÍTIMA, EM SUA PRÓPRIA VAGA DE GARAGEM, SITUADA NO EDIFÍCIO EM QUE RESIDE – GRAVAÇÃO DE IMAGENS FEITA COM O OBJETIVO DE IDENTIFICAR O AUTOR DE DANOS PRATICADOS CONTRA O PATRIMÔNIO DA VÍTIMA – LEGITIMIDADE JURÍDICA DESSE COMPORTAMENTO DO OFENDIDO –

DESNECESSIDADE, EM TAL HIPÓTESE, DE PRÉVIA AUTORIZAÇÃO JUDICIAL – ALEGADA ILICITUDE DA PROVA PENAL – INOCORRÊNCIA – VALIDADE DOS ELEMENTOS DE INFORMAÇÃO PRODUZIDOS, EM SEU PRÓPRIO ESPAÇO PRIVADO, PELA VÍTIMA DE ATOS DELITUOSOS – CONSIDERAÇÕES EM TORNO DA QUESTÃO CONSTITUCIONAL DA ILICITUDE DA PROVA – ALEGAÇÃO DE INÉPCIA DA DENÚNCIA – EXISTÊNCIA, NO CASO, DE DADOS PROBATÓRIOS MÍNIMOS, FUNDADOS EM BASE EMPÍRICA IDÔNEA – PEÇA ACUSATÓRIA QUE SATISFAZ, PLENAMENTE, AS EXIGÊNCIAS LEGAIS – PEDIDO INDEFERIDO” (STF, 2ª T., HC 84203/RS, Rel. Celso de Mello, j. 19.10.2004); “CONSTITUCIONAL. PENAL. GRAVAÇÃO DE CONVERSA FEITA POR UM DOS INTERLOCUTORES: LICITUDE. PREQUESTIONAMENTO. Súmula 282-STF. PROVA: REEXAME EM RECURSO EXTRAORDINÁRIO: IMPOSSIBILIDADE. Súmula 279-STF. I. – A gravação de conversa entre dois interlocutores, feita por um deles, sem conhecimento do outro, com a finalidade de documentá-la, futuramente, em caso de negativa, nada tem de ilícita, principalmente quando constitui exercício de defesa. [...]” (STF, 2ª T., AI-AgR 503617/PR, Rel. Carlos Velloso, j. 01.02.2005); “HABEAS CORPUS. CRIME DE CONCUSSÃO. DESMEMBRAMENTO DOS AUTOS E SUA POSTERIOR REUNIÃO PARA PROLAÇÃO DE UMA ÚNICA SENTENÇA. AUSÊNCIA DE PARTICIPAÇÃO DO PACIENTE NA INSTRUÇÃO CRIMINAL. INEXISTÊNCIA. PREJUÍZO NÃO DEMONSTRADO DE FORMA INEQUÍVOCA. PRECEDENTES. Inexiste nulidade do feito por violação dos princípios da ampla defesa e do contraditório. A condenação baseou-se em amplo conjunto probatório, composto de depoimento de testemunhas tanto nos autos principais como nos autos desmembrados, gravações telefônicas licitamente realizadas pela vítima e reconhecimento fotográfico e pessoal” (STF, 2ª T., HC 84046/SP, Rel. Joaquim Barbosa, j. 12.04.2005); “HABEAS CORPUS. FALSIDADE IDEOLÓGICA. INTERCEPTAÇÃO AMBIENTAL POR UM DOS INTERLOCUTORES. ILICITUDE DA PROVA. INOCORRÊNCIA. REPORTAGEM LEVADA AO AR POR EMISSORA DE TELEVISÃO. NOTITIA CRIMINIS. DEVER-PODER DE INVESTIGAR. 1. Paciente denunciado por falsidade ideológica, consubstanciada em exigir quantia em dinheiro para inserir falsa informação de excesso de contingente em certificado de dispensa de incorporação. Gravação clandestina realizada pelo alistando, a pedido de emissora de televisão, que levou as imagens ao ar em todo o território nacional por meio de conhecido programa jornalístico. O conteúdo da reportagem representou *notitia criminis*, compelindo as autoridades ao exercício do dever-poder de investigar, sob pena de prevaricação. 2. A ordem cronológica dos fatos evidencia que as provas, consistentes nos depoimentos das testemunhas e no interrogatório do paciente, foram produzidas em decorrência da *notitia criminis* e antes da juntada da fita nos autos do processo de sindicância que embasou o Inquérito Policial Militar. 3. A questão posta não é de inviolabilidade das comunicações, e sim da proteção da privacidade e da própria honra, que não constitui direito absoluto, devendo ceder em prol do interesse público. (Precedentes). Ordem denegada” (STF, 1ª T., HC 87341/PR, Rel. Eros Grau, j. 07.02.2006); “ELEITORAL. PROCESSO CIVIL. AGRAVO REGIMENTAL EM AGRAVO DE INSTRUMENTO. COMPRA DE VOTOS. GRAVAÇÃO DE CONVERSA FEITA POR UM DOS INTERLOCUTORES: LICITUDE. SÚMULA 279 DO STF. I. – A gravação de conversa entre dois interlocutores, feita por um deles, sem conhecimento do outro, com a finalidade de documentá-la, futuramente, em caso de negativa, nada tem de ilícita, principalmente quando constitui exercício de defesa. Precedentes. II – Para se chegar à conclusão contrária à adotada pelo acórdão recorrido, necessário seria o reexame do conjunto fático-probatório constante dos autos, o que atrai a incidência da Súmula 279 do STF. III – Ausência de novos argumentos. IV – Agravo regimental improvido” (STF, 1ª T., AI 666459 AgR/SP, Rel. Ricardo Lewandowski, j. 06.11.2007); “PROVA. Criminal. Conversa telefônica. Gravação clandestina, feita por um dos interlocutores, sem conhecimento do outro. Juntada da transcrição em inquérito policial, em que o interlocutor requerente era investigado ou tido por suspeito. Admissibilidade. Fonte lícita de prova. Inexistência de interceptação, objeto de vedação constitucional. Ausência de causa legal de sigilo ou de reserva da conversação. Meio, ademais, de prova da alegada inocência de quem a gravou. Improvimento ao recurso. Inexistência de ofensa ao art. 5º, incs. X, XII e LVI, da CF. Precedentes. Como gravação meramente clandestina, que se não confunde com interceptação, objeto de vedação constitucional, é lícita a prova consistente no teor de 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,

sobretudo quando se predestine a fazer prova, em juízo ou inquérito, a favor de quem a gravou” (STF, 2ª T., RE 402717/PR, Rel. Cezar Peluso, j. 02.12.2008); “[...] A gravação de conversa telefônica feita por um dos interlocutores, sem conhecimento do outro, quando ausente causa legal de sigilo ou de reserva da conversação, não é considerada prova ilícita [...]” (STF, 2ª T., AI 578858 AgR/RS, Rel. Ellen Gracie, j. 04.08.2009); “[...] 4) GRAVAÇÃO AMBIENTAL FEITA POR UM INTERLOCUTOR SEM CONHECIMENTO DO OUTRO: CONSTITUCIONALIDADE. [...]” (STF, 1ª T., AI 769798 AgR/RO, Rel. Cármen Lúcia, j. 01.02.2011); “PROCESSUAL PENAL. RECURSO ORDINÁRIO EM *HABEAS CORPUS*. CONCUSSÃO (CP, ART. 316, *CAPUT*). GRAVAÇÃO DE IMAGEM DO PACIENTE E OUTRO, POLICIAIS CIVIS. ILICITUDE DA PROVA POR VIOLAR O ART. 5º, INC. X, DA CONSTITUIÇÃO FEDERAL. IMPROCEDÊNCIA. AUSÊNCIA DE VIOLAÇÃO À INTIMIDADE: ABORDAGEM DE AGENTE PÚBLICO, EM LOCAL PÚBLICO E NO EXERCÍCIO DE FUNÇÃO PÚBLICA. SENTENÇA CONDENATÓRIA AMPARADA TAMBÉM EM OUTRAS PROVAS. 1. A produção e divulgação de imagem de vídeo quando da abordagem policial em ‘local público’ não viola o art. 5º, inc. X, da Constituição Federal, posto preservar o referido cânone a ‘intimidade’, descaracterizando a ilicitude da prova. Precedentes: HC 87.341/PR, Rel. Min. Eros Grau, DJ de 03.03.2006, e RE 402717, Rel. Min. Cezar Peluso, 2ª T., DJe-030, pub. em 13.02.2009. 2. *In casu*, o recorrente e outrem, policiais civis, abordaram a vítima e apresentaram a ela um invólucro contendo droga, dizendo que o embrulho lhe pertencia e que iriam flagrá-la caso não obtivessem determinado valor, sendo certo que a condenação, confirmada em apelação e revisão criminal, teve esteio também em provas testemunhais. [...]” (STF, 1ª T., RHC 108156/SP, Rel. Luiz Fux, j. 28.06.2011); “*HABEAS CORPUS*. CRIME DE CONCUSSÃO. DESMEMBRAMENTO DOS AUTOS E SUA POSTERIOR REUNIÃO PARA PROLAÇÃO DE UMA ÚNICA SENTENÇA. AUSÊNCIA DE PARTICIPAÇÃO DO PACIENTE NA INSTRUÇÃO CRIMINAL. INEXISTÊNCIA. PREJUÍZO NÃO DEMONSTRADO DE FORMA INEQUÍVOCA. PRECEDENTES. Inexiste nulidade do feito por violação dos princípios da ampla defesa e do contraditório. A condenação baseou-se em amplo conjunto probatório, composto de depoimento de testemunhas tanto nos autos principais como nos autos desmembrados, gravações telefônicas lícitamente realizadas pela vítima e reconhecimento fotográfico e pessoal” (STF, 2ª T., HC 91613/MG, Rel. Gilmar Mendes, j. 15.05.2012).

30. STF, RE 583937 QO-RG/RJ, Rel. Cezar Peluso, j. 19.11.2009.

31. “*Habeas corpus*. Utilização de gravação de conversa telefônica feita por terceiro com a autorização de um dos interlocutores sem o conhecimento do outro quando há, para essa utilização, excludente da antijuridicidade. – Afastada a ilicitude de tal conduta – a de, por legítima defesa, fazer gravar e divulgar conversa telefônica ainda que não haja o conhecimento do terceiro que está praticando crime –, é ela, por via de consequência, lícita e, também consequentemente, essa gravação não pode ser tida como prova ilícita, para invocar-se o artigo 5º, LVI, da Constituição com fundamento em que houve violação da intimidade (art. 5º, X, da Carta Magna). *Habeas corpus* indeferido” (STF, 1ª T., HC 74678/SP, Rel. Moreira Alves, j. 10.06.1997); “Captação, por meio de fita magnética, de conversa entre presentes, ou seja, a chamada gravação ambiental, autorizada por um dos interlocutores, vítima de concussão, sem o conhecimento dos demais. Ilicitude da prova excluída por caracterizar-se o exercício de legítima defesa de quem a produziu. Precedentes do Supremo Tribunal: HC 74.678, DJ de 15.08.97, e HC 75.261, sessão de 24.06.97, ambos da Primeira Turma” (STF, 1ª T., RE 212081/RO, Rel. Octavio Gallotti, j. 05.12.1997).

32. “[...] Interceptação telefônica e gravação de negociações entabuladas entre sequestradores, de um lado, e policiais e parentes da vítima, de outro, com o conhecimento dos últimos, recipiendários das ligações. Lícitude desse meio de prova. Precedente do STF (HC 74.678, 1ª Turma, 10.06.97). [...]” (STF, 1ª T., HC 75261/MG, Rel. Octavio Gallotti, j. 24.06.1997)

33. “Há muito a comunidade jurídica ansiava por um novo Código de Processo Penal. Por motivos bem conhecidos, o estatuto de 1941 não dava mais conta das demandas destes tempos de sociedade de massas, industrializada e de conhecimento e informação. Mais até, para os brasileiros, a emergência de um novo paradigma processual penal era reclamada por conta das raízes históricas

autoritárias do diploma em vigor, ainda que atenuadas por modificações parciais, que lhe afetam sobremodo o sistema e, principalmente, a racionalidade” (PRADO, Geraldo. Sobre o Projeto de Código de Processo Penal. **Revista de Informação Legislativa**, a. 46, n. 183, jul./set. 2009. p. 95). No mesmo sentido, a própria Exposição de Motivos do Anteprojeto, p. 15.

34. **CÂMARA adia CPP e prioriza Código Comercial e CPC**. Disponível em: <<http://www.conjur.com.br/2013-mar-01/camara-prioriza-codigo-comercial-cpc-adia-analise-cpp>>. Acesso em: 04 mar. 2013.

35. SUXBERGER, Antonio Henrique Graciano. O regime jurídico do interrogatório no Projeto de Código de Processo Penal. **Revista de Informação Legislativa**, a. 46, n. 183, jul./set. 2009, p. 22.

36. TOLDO, Nino de Oliveira. O novo Código de Processo Penal: recursos e habeas corpus. **Boletim IBCCRIM**, a. 18, edição especial, ago. 2010. p. 23-24.

37. AVOLIO, Luiz Francisco Torquato. **Provas ilícitas**: interceptações telefônicas, ambientais e gravações clandestinas. 5. ed. rev., atual. e ampl. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2012. p. 97.

38. AVOLIO, Luiz Francisco Torquato. **Provas ilícitas**: interceptações telefônicas, ambientais e gravações clandestinas. 5. ed. rev., atual. e ampl. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2012. p. 100.

39. AVOLIO, Luiz Francisco Torquato. **Provas ilícitas**: interceptações telefônicas, ambientais e gravações clandestinas. 5. ed. rev., atual. e ampl. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2012. p. 102.

40. AVOLIO, Luiz Francisco Torquato. **Provas ilícitas**: interceptações telefônicas, ambientais e gravações clandestinas. 5. ed. rev., atual. e ampl. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2012. p. 168; GRINOVER, Ada Pellegrini. Divulgação de conteúdo de conversa telefônica própria. Limites. **Revista de Processo**, v. 168, p. 291, fev. 2009. Disponível em: <<http://www.rtonline.com.br>>. Acesso em: 23 fev. 2013; “[...] IV. Escuta gravada da comunicação telefônica com terceiro, que conteria evidência de quadrilha que integrariam: ilicitude, nas circunstâncias, com relação a ambos os interlocutores. 5. A hipótese não configura a gravação da conversa telefônica própria por um dos interlocutores – cujo uso como prova o STF, em dadas circunstâncias, tem julgado lícito –, mas, sim, escuta e gravação por terceiro de comunicação telefônica alheia, ainda que com a ciência ou mesmo a cooperação de um dos interlocutores: esta última, dada a intervenção de terceiro, compreende-se 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. [...]” (STF, 1ª T., HC 80949/RJ, Rel. Sepúlveda Pertence, j. 30.10.2001).

41. “[...] Interceptação telefônica e gravação de negociações entabuladas entre sequestradores, de um lado, e policiais e parentes da vítima, de outro, com o conhecimento dos últimos, recipiendários das ligações. Lícitude desse meio de prova. Precedente do STF (HC 74.678, 1ª Turma, 10.06.97). [...]” (STF, 1ª T., HC 75261/MG, Rel. Octavio Gallotti, j. 24.06.1997); “*Habeas corpus*. Utilização de gravação de conversa telefônica feita por terceiro com a autorização de um dos interlocutores sem o conhecimento do outro quando há, para essa utilização, excludente da antijuridicidade. – Afastada a ilicitude de tal conduta – a de, por legítima defesa, fazer gravar e divulgar conversa telefônica ainda que não haja o conhecimento do terceiro que está praticando crime –, é ela, por via de consequência, lícita e, também consequentemente, essa gravação não pode ser tida como prova ilícita, para invocar-se o artigo 5º, LVI, da Constituição com fundamento em que houve violação da intimidade (art. 5º, X, da Carta Magna). *Habeas corpus* indeferido” (STF, 1ª T., HC 74678/SP, Rel. Moreira Alves, j. 10.06.1997); “Captação, por meio de fita magnética, de conversa entre presentes, ou seja, a chamada gravação ambiental, autorizada por um dos interlocutores, vítima de concussão, sem o conhecimento dos demais. Ilícitude da prova excluída por caracterizar-se o exercício de legítima defesa de quem a produziu. Precedentes do Supremo Tribunal: HC 74.678, DJ de 15.08.97, e HC 75.261, sessão de 24.06.97, ambos da Primeira Turma” (STF, 1ª T., RE 212081/RO, Rel. Octavio Gallotti, j. 05.12.1997).

42. “Art. 245. Esta Seção disciplina a interceptação, por ordem judicial, de comunicações telefônicas, para fins de investigação criminal ou instrução processual penal.”

43. Mesmo com a dispensa de alguns requisitos do art. 249 (“Art. 250. O requerimento ou a representação será distribuído e autuado em separado, sob sigilo de justiça, devendo o juiz competente, no prazo máximo de 24 (vinte e quatro) horas, proferir decisão fundamentada, que atentar para o preenchimento, ou não, de cada um dos requisitos previstos no art. 249, indicando, se a interceptação for autorizada, o prazo de duração da diligência. § 1º Admite-se, de modo excepcional, que o pedido de interceptação seja formulado verbalmente quando a vida de uma pessoa estiver em risco, podendo o juiz dispensar momentaneamente um ou mais requisitos previstos no art. 249”).

44. “[...] III. Foro especial por prerrogativa de função: extensão, no tempo, ao momento posterior à cessação da investidura na função dele determinante. Súmula 394/STF (cancelamento pelo Supremo Tribunal Federal). Lei 10.628/2002, que acrescentou os §§ 1º e 2º ao artigo 84 do C. Processo Penal: pretensão inadmissível de interpretação autêntica da Constituição por lei ordinária e usurpação da competência do Supremo Tribunal para interpretar a Constituição: inconstitucionalidade declarada. 1. O novo § 1º do art. 84 do CPrPen constitui evidente reação legislativa ao cancelamento da Súmula 394 por decisão tomada pelo Supremo Tribunal no Inq 687-QO, 25.08.97, rel. o em. Ministro Sydney Sanches (RTJ 179/912), cujos fundamentos a lei nova contraria inequivocamente. 2. Tanto a Súmula 394 como a decisão do Supremo Tribunal que a cancelou derivaram de interpretação direta e exclusiva da Constituição Federal. 3. Não pode a lei ordinária pretender impor, como seu objeto imediato, uma interpretação da Constituição: a questão é de inconstitucionalidade formal, insita a toda norma de gradação inferior que se proponha a ditar interpretação da norma de hierarquia superior. 4. Quando, ao vício de inconstitucionalidade formal, a lei interpretativa da Constituição acresça o de opor-se ao entendimento da jurisprudência constitucional do Supremo Tribunal – guarda da Constituição –, às razões dogmáticas acentuadas se impõem ao Tribunal razões de alta política institucional para repelir a usurpação pelo legislador de sua missão de intérprete final da Lei Fundamental: admitir que pudesse a lei ordinária inverter a leitura pelo Supremo Tribunal da Constituição seria dizer que a interpretação constitucional da Corte estaria sujeita ao referendo do legislador, ou seja, que a Constituição – como entendida pelo órgão que ela própria erigiu em guarda da sua supremacia – só constituiria o correto entendimento da Lei Suprema na medida da inteligência que lhe desse outro órgão constituído, o legislador ordinário, ao contrário, submetido aos seus ditames. 5. Inconstitucionalidade do § 1º do art. 84 do C.Pr.Penal, acrescido pela lei questionada, e, por arrastamento, da regra final do § 2º do mesmo artigo, que manda estender a regra à ação de improbidade administrativa. [...]” (STF, Pleno, ADI 2797/DF, Rel. Sepúlveda Pertence, j. 15.09.2005)

Referência bibliográfica (de acordo com a NBR 6023:2002/ABNT):

MICHELOTTI, Marcelo Adriano. A gravação de conversas na visão do Supremo Tribunal Federal e sua disciplina no projeto do novo Código de Processo Penal. **Revista de Doutrina da 4ª Região**, Porto Alegre, n. 56, out. 2013. Edição especial 25 anos da Constituição de 1988. (Grandes temas do Brasil contemporâneo). Disponível em: <http://www.revistadoutrina.trf4.jus.br/artigos/edicao056/Marcelo_Michelotti.html> Acesso em: 18 dez. 2013.