



Gabriela Wolff

**GRAVAÇÕES CLANDESTINAS:
A (IN)VALIDADE DAS GRAVAÇÕES DE CONVERSAS PRODUZIDAS POR
PARTICULARES COMO PROVA NO PROCESSO PENAL.**

Dissertação de Mestrado em Ciências Jurídico-Criminais

Julho de 2016



UNIVERSIDADE DE COIMBRA



FDUC FACULDADE DE DIREITO
UNIVERSIDADE DE COIMBRA

GABRIELA WOLFF

GRAVAÇÕES CLANDESTINAS:

**A (in)validade das gravações de conversas produzidas por particulares como prova
no processo penal.**

Análise das decisões jurisprudenciais brasileiras.

CLANDESTINE RECORDINGS:

**The (in)validity of the recorded conversations produced by individuals as evidence in
criminal proceedings.**

Analysis of the brazilian case law.

*Dissertação apresentada à Faculdade de Direito
da Universidade de Coimbra no âmbito do 2º
Ciclo de Estudos em Direito (conducente ao grau
de Mestre), na Área de Especialização em
Ciências Jurídico-Criminais.*

Orientador: Professor Doutor Manuel da Costa Andrade

Coimbra, 2016

À minha avó materna – *Belinha* –
que iniciou esse sonho comigo,
mas quis o destino que, no
decorrer da caminhada, ela
acompanhasse o desfecho em outro
plano. *Saudades!*

AGRADECIMENTOS

Ninguém se faz sozinho!

E, ao longo desta caminhada, vocês sempre estiveram ao meu lado fazendo tudo por mim. Momentos maravilhosos, outros nem tanto, porém sempre unidos. É essa força que nos mantém. A vocês, o meu muito obrigada é pouco. Foi por vocês e sempre será, pai e mãe!

Agradeço também ao meu orientador, Professor Doutor Manuel da Costa Andrade. Será sempre um motivo de orgulho a sua orientação. Por toda atenção e humildade, pela disponibilidade sempre ofertada com bom humor, pelo compartilhamento dos seus nobres ensinamentos, que vão muito além da sala de aula. Muito obrigada!

Agradeço ao Professor Doutor Alexandre Moraes da Rosa, que mesmo com um oceano de distância sempre se mostrou pronto e disponível a solucionar minhas dúvidas e me ajudar no que fosse preciso.

Às minhas irmãs, Juliane Wolff e Patrícia Wolff e, às minhas sobrinhas Eduarda Wolff de Araújo Silva e Bruna Wolff por compreenderem a minha ausência e sempre me incentivarem a ir mais longe.

Aos amigos que, de forma direta ou indireta colaboraram comigo nessa jornada. Gustavo e Carol Danzmann, Aline Vitalis e Pedro Ribeiro por terem tornado a ausência de casa menos dolorosa. Em especial, Olinda Moreira e Ana Manuela João que souberam me fortalecer nos momentos difíceis, pela cumplicidade e amizade conquistada.

Ao Vinícius Morato por ter compartilhado muitas das minhas angústias, pelo estímulo, carinho e paciência em toda essa jornada.

Agradeço a Deus, pois foi Ele quem me proporcionou tudo.

RESUMO

A presente dissertação tem por escopo verificar a admissibilidade ou a inadmissibilidade das gravações clandestinas produzidas por particulares e a sua utilização como prova no processo penal, no âmbito dos ordenamentos jurídicos brasileiro e português. A relevância do tema decorre da ausência de legislação a regulamentar a matéria, no Brasil, e da existência de significativa controvérsia na doutrina e na jurisprudência dos tribunais brasileiros, com destaque para as decisões proferidas pelo Supremo Tribunal Federal e pelo Superior Tribunal de Justiça. Devido à ausência de consenso, o estudo engloba a verificação de questões atinentes à teoria da prova, tais como as regras de proibição e de valoração, com a respectiva repercussão no tema em análise. E para alcançar o objetivo acima proposto, procurou-se identificar quais os direitos fundamentais supostamente violados pela conduta, as respostas penais pertinentes diante da ofensa a estes direitos, bem como a possibilidade de restrição e a ponderação destes com os interesses da persecução penal. Por fim, procurou-se analisar as especificidades das normas incriminadoras no que se refere à tipicidade, diante da necessidade de se identificar e individualizar o bem jurídico protegido, prosseguindo na verificação de aspectos ligados à ilicitude da conduta, para então concluir pela validade ou não das gravações clandestinas em matéria penal.

Palavras-chave: DIREITO PROCESSUAL PENAL - PROVA – GRAVAÇÃO CLANDESTINA – VALIDADE – DIREITOS FUNDAMENTAIS.

ABSTRACT

This dissertation aims to verify the admissibility or inadmissibility of surreptitious recordings produced by individuals and their use as evidence in criminal proceedings, under the Brazilian and Portuguese legal systems. The relevance of the theme arises from the absence of legislation regulating the matter, in Brazil, and the existence of significant controversy in the doctrine and jurisprudence of the Brazilian courts, especially the decisions handed down by the Supreme Court and the Superior Court of Justice. Due to the absence of consensus, the study encompasses issues relating to verification of proof theory, such as the rules of prohibition and valuation, with its impact on the subject under review. And to achieve the objective proposed above, we tried to identify which fundamental rights allegedly violated by the conduct, the relevant criminal responses on the offense to these rights, as well as the possibility of restriction and weighting of these with the interests of the criminal persecution. Finally, we tried to analyze the specifics of incriminating standards as regards typicality, faced with the need to identify and individualize the well protected legal proceeding in the verification of aspects linked to the unlawfulness of the conduct, to conclude by the validity of the clandestine recordings in criminal matters.

Keywords: CRIMINAL PROCEDURAL LAW – EVIDENCE – ILLEGAL RECORDING – VALIDITY – FUNDAMENTAL RIGHTS.

SIGLAS E ABREVIATURAS

DUDH - Declaração Universal dos Direitos do Homem/Humanos

CP/BR – Código Penal Brasileiro

CP/PT – Código Penal Português

CRP – Constituição da República Portuguesa

CRFB – Constituição da República Federativa do Brasil

CPP/BR - Código de Processo Penal Brasileiro

CPP/PT - Código de Processo Penal Português

BGH – Em alemão, Bundesgerichtshof, Tribunal Federal de Justiça

SUMÁRIO

RESUMO	5
ABSTRACT	6
SIGLAS E ABREVIATURAS	7
INTRODUÇÃO	10
CAPÍTULO 1 – Dos Direitos Fundamentais	12
1.1 – Direito à vida privada (Privacidade/Intimidade).....	12
1.2 - Direito à autodeterminação comunicativa (Inviolabilidade da comunicação).....	21
1.3 – Direito à palavra	24
CAPÍTULO 2 – Das Gravações Clandestinas	29
2.1 – Aspectos relevantes das gravações clandestinas no panorama brasileiro.....	29
2.2 – Do crime de divulgação de gravação na realidade brasileira	32
2.3 – Da gravação e divulgação arbitrária no cenário português.....	34
2.3.1 – A palavra como bem jurídico-penal	34
2.3.2 – Excludentes da responsabilidade penal das gravações ilícitas	37
2.3.2.1 – Redução do tipo em sentido vitimodogmático.....	37
2.3.2.2 – As causas de justificação	39
2.4 – As gravações como método oculto de investigação no processo penal	40
2.4.1 – Da reserva de lei.....	42
2.4.2 – Da subsidiariedade	44
2.4.3 – Da proporcionalidade.....	45
2.4.4 – Da reserva de juiz	47
3 - Das gravações clandestinas como prova no processo penal	49
3.1 – Da inadmissibilidade das Provas	49
3.1.1 – A inadmissibilidade das provas ilícitas na perspectiva constitucional brasileira.....	51
3.1.3 – A inadmissibilidade das provas ilícitas no direito processual penal brasileiro	55
3.2 – A teoria da proporcionalidade	56
3.2.1 – A teoria da proporcionalidade <i>pro reo</i>	61
3.3 - Proibições de Prova no ordenamento jurídico português	61
3.3.1 - <i>Dos métodos proibidos de prova</i>	63
3.3.2 - <i>Dos meios de prova</i>	66
3.3.3 – <i>Proibição de valoração das gravações</i>	67
CONCLUSÃO	70

BIBLIOGRAFIA72

INTRODUÇÃO

Olhos postos no dia de ontem e nos parece longínquo o tempo em que o direito processual penal tinha na prova testemunhal a «rainha das provas». Hoje, diante das recentes e sempre inovadoras tecnologias, deparamo-nos com uma série de mecanismos de gravação de sons e de imagens que, em tempo real, permitem o compartilhamento de fatos e de informações que antes ficavam adstritas aos intervenientes e às testemunhas presenciais.

Os meios de comunicação de massa nos confrontam com uma realidade fática para a qual o ordenamento jurídico brasileiro ainda não se encontra suficientemente preparado, o que repercute nas escolhas feitas pelo Poder Legislativo e nas decisões proferidas pelo Poder Judiciário. Com efeito, nos últimos anos, e com uma intensidade nunca vista em território brasileiro, são noticiadas e publicadas gravações clandestinas envolvendo políticos, empresários e membros da cúpula dos três Poderes. Atualmente, os altos escalões da vida pública encontram-se receosos pelo que já se conhece, pelo que ainda não se conhece e pelo que, provavelmente, virá a ser conhecido em breve. Para o bem e para o mal, os microfones e os gravadores portáteis parecem ser os objetos mais cobiçados e temidos nas relações sociais.

Também na esfera do cidadão comum a ameaça à imagem e à vida privada se faz presente, com fotos e vídeos de caráter pessoal compartilhados indevidamente nas redes sociais, razão pela qual entende-se oportuno o presente estudo.

Afinal, nesse contexto, qual o papel do direito penal na proteção de valores e bens intrinsecamente ligados à dignidade da pessoa humana? Quais os instrumentos disponíveis para salvaguardar esse princípio de ordem constitucional? Como tutelar juridicamente o direito à reserva da vida privada, à palavra, ao livre desenvolvimento da personalidade e à integridade moral dos cidadãos que se encontram, muitas vezes, desprotegidos em razão de omissão do legislador, com reflexos na jurisprudência dos tribunais nacionais?

Na presente investigação recorre-se também à análise do ordenamento jurídico português e as decisões de seus tribunais, que já vêm reconhecendo, com amparo na lei, o direito à palavra e a privacidade como bens jurídicos autônomos. Assim, o estudo terá por objeto a verificação de questões relativas à valoração da prova no processo penal, em

particular quanto à validade das gravações clandestinas de conversas face-a-face e ambientais, produzidas por particulares.

Ainda, entende-se oportuno trazer-se à reflexão as seguintes questões, as quais se reputam importantes para o equilíbrio no eventual conflito entre direitos fundamentais dos cidadãos e o interesse estatal na persecução penal, bem como na busca por uma justiça efetiva: até que ponto a gravação clandestina constitui uma violação dos direitos fundamentais? Quais os limites do direito à palavra e à vida privada quando se está diante de legítimo *jus puniendi* estatal? E mais: nos casos de uma criminalidade de maior gravidade, o interesse do Estado na descoberta da verdade e na punição do agente legítima (ou não) a uma restrição dos direitos fundamentais individuais?

Em vista disso, no decorrer do trabalho analisam-se as Constituições portuguesa e brasileira (direito à palavra, à reserva da vida privada, inviolabilidade das telecomunicações, justiça penal eficaz, dignidade humana, etc.), bem como a legislação ordinária pertinente – em particular, os artigos 199 do Código Penal português e os artigos 153 e 154 do Código Penal brasileiro.

Por fim, fazem-se algumas observações sobre as normas que disciplinam as proibições de prova, métodos proibidos, valor probatório das reproduções mecânicas e seus enquadramentos nas legislações processuais portuguesa e brasileira. E devido à sua inegável importância na *teoria das proibições de provas*, serão feitas referências à doutrina e à jurisprudência alemã, pródigas em fundamentos técnico-jurídicos e em decisões judiciais paradigma.

CAPÍTULO 1 – Dos Direitos Fundamentais

1.1 – Direito à vida privada (Privacidade/Intimidade)

Em um Estado de Direito democrático¹, composto por regras e princípios constitucionais, condiciona-se o exercício do poder com a garantia da proteção dos direitos, liberdades e igualdades fundamentais de cada cidadão. Assim, além de respeitar os direitos e liberdades fundamentais, o Estado tem que garantir a sua real efetivação diante dele ou de terceiros².

A Declaração Universal dos Direitos do Homem/Humanos³ proclamada pela Resolução nº. 217 A (III), da Assembleia Geral das Nações Unidas, no intuito de atingir o reconhecimento e aplicação universal, com os fundamentos da justiça e paz mundial, buscou amparar a todos os indivíduos a proteção e respeito aos direitos e liberdades fundamentais.

Tanto a DUDH, em um contexto global de proteção aos direitos humanos, em seu artigo 12, como os pactos e convenções pelos sistemas regionais - Convenção Europeia dos Direitos do Homem e a Convenção Americana de Direitos Humanos - Pacto San José da Costa Rica – e, no direito interno, as Constituições Republicanas Portuguesa e Federativa do Brasil, nos artigos 26º, nº 1 e; artigo 5º, inciso X reconhecem o direito a todos os cidadãos à reserva da intimidade da vida privada e familiar, respectivamente⁴, além da proteção instituída em seus diplomas penal.

¹ Cf. CANOTILHO, J. J. Gomes. *Estado de Direito*. Coleção Fundação Mário Soares, Gradiva Publicações, 1999. Acerca da ideia e importância do Estado Democrático de Direito, bem como a ligação dos seus componentes “Estado de direito” e “Estado democrático”, fundindo-os em um único conceito ver: CANOTILHO, J. J. Gomes e MOREIRA, Vital. *CRP – Constituição da República Portuguesa anotada*. Artigos 1º a 107º, vol. I, 4ª edição. Coimbra Editora: Revista Reimpressão, Outubro/2014, p. 204, et seq.; MIRANDA, Jorge. *Manual de Direito Constitucional*, tomo IV, 2ª ed., Coimbra, 1993, p. 177, et. seq..

² CANOTILHO, J. J. Gomes e MOREIRA, Vital. Op. Cit. p. 208.

³ Logo após a 2ª Guerra Mundial, aos 10 de dezembro de 1948, foi realizada em Paris a Assembleia-Geral da ONU, obtendo a aprovação de Declaração Universal dos Direitos do Homem por 48 Estados-membros presentes. No entanto, houve a abstenção de oito países, sendo: a ex-União Soviética, Ucrânia, Rússia Branca, Tchecoslováquia, Polônia, Iugoslávia, Arábia Saudita e África do Sul. A DUDH encontra-se disponível em: <http://www.gddc.pt/direitos-humanos/textos-internacionais-dh/tidhuniversais/cidh-dudh.html>. Acesso em: 12/07/2015.

⁴ O artigo 12º, da DUDH afirma que: “Ninguém sofrerá intromissões arbitrarias na sua vida privada, na sua família, no seu domicílio ou na sua correspondência, nem ataques à sua honra e reputação. Contra tais intromissões ou ataques toda a pessoa tem direito a protecção da lei.” O artigo 26º, nº 1 da CRP: “A todos são reconhecidos os direitos à identidade pessoal, ao desenvolvimento da personalidade, à capacidade civil, à

Nesta esteira, todos os seres humanos possuem o direito à privacidade e à reserva da intimidade da sua vida privada e familiar. É assim um direito diretamente ligado à dignidade humana, tendo como principal aspecto, fundamentalmente, a proteção contra a invasão, obtenção e utilização de informações relativas às pessoas de forma abusiva.

Essa preocupação surge em decorrência de variadas transformações culturais e tecnológicas constantemente ocorridas, onde a privacidade dos indivíduos viu-se ameaçada por diversos meios de devassa, desde gravações de conversas, aparelhos de escutas telefônicas, câmeras e microfones escondidos, até invasão e divulgação de dados pessoais e informáticos.

Os pioneiros na discussão sobre o tema, como abordado por toda doutrina, foram os americanos Samuel Warren e Louis Brandeis, que há pouco mais de um século publicaram o influente artigo «*The Right to Privacy*»⁵, no qual restou consagrado o «*right to privacy*», como «o direito de ser deixado só». Foi a partir daí, que o direito à privacidade foi largamente discutido e acolhido mundialmente, pela legislação e jurisprudência, ainda que alguns locais não dispusessem de normas tão claras e específicas.

Desde então, o direito à *privacy* anglo-saxão, o qual remete à expressão de todos os direitos pessoais, assumindo contornos mais amplos, encontra uma enorme dificuldade para muitos doutrinadores na sua conceituação e delimitação do seu âmbito. Alguns arriscam dizer que é algo tão abrangente que se tornou impossível defini-lo.⁶ É algo indeterminado e ilimitado, devido a grande relatividade que existe na distinção do que é

cidadania, ao bom nome e reputação, à imagem, à palavra, à reserva da intimidade da vida privada e familiar e à protecção legal contra quaisquer formas de discriminação” e o artigo 5º, inciso X da CFB: “Todos são iguais perante a lei, sem distinção de qualquer natureza, garantindo-se aos brasileiros e aos estrangeiros residentes no País a inviolabilidade do direito à vida, à liberdade, à igualdade, à segurança e à propriedade, nos termos seguintes: (...) 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. (...) XXVIII - são assegurados, nos termos da lei: a) a proteção às participações individuais em obras coletivas e à reprodução da imagem e voz humanas, inclusive nas atividades desportivas.”

⁵ WARREN, Samuel e BRANDEIS, Louis. *The Right to Privacy*, Harvard Law Review, volume IV, nº 05, 1890.

Disponível em: http://groups.csail.mit.edu/mac/classes/6.805/articles/privacy/Privacy_brand_warr2.html
Acesso em: 22 de junho de 2015.

⁶ Assim, ao tratar em maior profundidade a discussão acerca de uma definição para o conceito de privacidade sob o aspecto filosófico, político, sociológico e psicológico, ver: PINTO, Paulo Mota. *O Direito à reserva sobre a intimidade da vida privada*, in: Boletim da Faculdade de Direito, vol. LXIX, Separata, Coimbra, 1993. Universidade de Coimbra.

público e privado. Entretanto, este não se confunde com o direito à reserva da intimidade da vida privada, consagrado como um direito autónomo⁷.

Constitucionalmente, algumas doutrinas distinguem a vida privada nas vertentes entre esfera pessoal íntima e privada simples.⁸ A esfera pessoal íntima é delimitada pela exclusão do conhecimento alheio em relação àquilo que só diz respeito à própria pessoa; é o resguardo da intromissão de terceiros na sua vida privada; é o direito de ficar só, devendo ser protegida de forma absoluta.

Em contrapartida, a esfera privada simples contempla os comportamentos e atitudes da pessoa, acessíveis ao público e susceptíveis de serem conhecidos por todos, sendo protegida de forma relativa, podendo ceder em casos de conflitos com outros interesses ou com a concordância do titular na divulgação de fatos a terceiros, deixando expor a sua privacidade, subsistindo assim a vontade de segredo⁹.

No entanto, para Canotilho e Moreira, o critério constitucional deve arrancar dos conceitos de «privacidade» e «dignidade humana», de modo a se definir um conceito da esfera privada de cada pessoa, culturalmente adequado à vida contemporânea. O âmbito normativo do direito fundamental à reserva da intimidade da vida privada e familiar deverá se delimitar, assim, com base num conceito da vida privada que tenha como referência três aspectos: (1) o respeito dos comportamentos; (2) o respeito do anonimato; (3) o respeito da vida em relação¹⁰.

Costuma-se distinguir uma dupla dimensão do direito à vida privada, sendo a proteção da personalidade, como uma essência da individualidade, e a proteção da

⁷ MIRANDA, Jorge e MEDEIROS, Rui. *Constituição da República Portuguesa Anotada*, Tomo I, 2.^a ed., Coimbra, 2010, p. 619.

⁸ O Tribunal Constitucional Português formulou uma definição do conteúdo do direito à reserva da vida privada no Acórdão nº 128/92, «constituindo o direito de cada um a ver protegido o espaço interior ou familiar da pessoa ou do seu lar contra intromissões alheias, *i.e.*, como um direito a uma esfera privada onde ninguém pode penetrar sem autorização do respectivo titular». Ainda, no Parecer da Procuradoria-Geral da República nº 121/80: «a intimidade da vida privada de cada um, que a lei protege, compreende aqueles actos que, não sendo secretos em si mesmo, devem subtrair-se à curiosidade pública por naturais razões de resguardo e melindre, como os sentimentos e afectos familiares».

⁹ Nesse sentido: CABRAL, Rita Amaral. *O Direito à intimidade da vida privada*. Breve reflexão acerca do artigo 80º do Código Civil, *in*: Separata dos estudos em memória do professor Doutor Paulo Cunha, Lisboa, 1988; RIBEIRO, Joaquim Sousa. *A Tutela de bens da personalidade na Constituição e na Jurisprudência constitucional portuguesas*, *in*: Estudos de Homenagem ao Prof. Doutor José Joaquim Gomes Canotilho, Vol. III, Coimbra Editora, p. 853.

¹⁰ CANOTILHO, J. J. Gomes e MOREIRA, Vital. *Op. Cit.* p. 468 et seq.

liberdade geral de ação da pessoa¹¹, como o «direito a não ser espiado»¹², impedindo que a pessoa seja submetida ao conhecimento dos demais.

O Tribunal Constitucional Português, na oportunidade¹³, manifestou-se assegurando que esse direito compreende a autonomia da pessoa, ou seja, o direito que cada um possui de regular essa esfera de intimidade, livre de ingerências e, por outro lado, o direito a não ver difundido, o que é próprio dessa esfera de intimidade, a não ser mediante autorização do interessado.

Ainda na jurisprudência constitucional, as comunicações privadas são reconhecidas como um meio através do qual se manifestam aspectos da vida privada da pessoa e que, por isso, caem no âmbito da proteção constitucional da respectiva área de reserva.

Sendo um direito ao livre desenvolvimento da personalidade, por ser algo que o indivíduo tem de mais próprio, qualquer ameaça ou agressão à privacidade é um ataque à dignidade da pessoa humana, necessitando, portanto, de tutela jurídica penal¹⁴. Todavia, o seu titular pode, em certa medida, consentir na sua limitação¹⁵.

Portugal, como também na Espanha, consagram em seus ordenamentos um delito geral de indiscrição¹⁶, proporcionando uma proteção global do bem jurídico devido a sua

¹¹ CANOTILHO, J. J. Gomes. *Privatizações e direitos, liberdades e garantias: a propósito do sigilo de correspondência no serviço de telecomunicações*, in: Belmonte, Cláudio Petrini; Melgaré, Plínio - *O direito na sociedade contemporânea: estudos em homenagem ao Ministro José Neri da Silva*. Editora Forense: Rio de Janeiro, 2005, p. 400 e sgs. Criticamente, PINTO, Paulo Mota. *A limitação voluntária do direito à reserva sobre a intimidade da vida privada*. In: Estudos em Homenagem a Cunha Rodrigues, v. II. Disponível em: <https://woc.uc.pt/fduc/getFile.do?tipo=6&id=2027>. Acesso em 23 de março de 2015.

¹² CANOTILHO, J. J. Gomes e MOREIRA, Vital. Op. Cit., p. 465;

¹³ Cf. Acórdãos n.ºs. 306/2003, 368/2002, 355/97, 442/07, 230/08 e 403/15.

¹⁴ COSTA ANDRADE, Manuel. Comentários ao artigo 192º in: Comentário Conimbricense do Código Penal: parte especial – Tomo I, artigos 131º a 201º, 2ª edição, Coimbra Editora, 2012, p. 1039 et seq., explana que mesmo sendo relativamente recente a necessidade de assegurar uma eficaz tutela jurídica à privacidade da pessoa, essa já foi, ao longo da história, uma das grandes preocupações conhecidas pelos gregos, onde Tucídides, general –historiador ao narrar sobre a Guerra de Peloponeso, afim de organizar politicamente Atenas como uma democracia, invocou ao cidadão uma área de reserva, entre o público e o privado, livre de controle e escrutínio.

¹⁵ Para aprofundamento acerca do regime do acordo e a concordância do portador do bem jurídico, ver: COSTA ANDRADE, Manuel da. *Consentimento e acordo em Direito Penal – contributo para a Fundamentação de um paradigma dualista*. 2ª ed., vol. 1, Coimbra Editora, 2004, p. 521 et seq.

¹⁶ «Artigo 192.º CP/PT- Devassa da vida privada: 1 - Quem, sem consentimento e com intenção de devassar a vida privada das pessoas, designadamente a intimidade da vida familiar ou sexual: a) Interceptar, gravar, registar, utilizar, transmitir ou divulgar conversa, comunicação telefónica, mensagens de correio electrónico ou facturação detalhada; b) Captar, fotografar, filmar, registar ou divulgar imagem das pessoas ou de objectos ou espaços íntimos; c) Observar ou escutar às ocultas pessoas que se encontrem em lugar privado; ou d) Divulgar factos relativos à vida privada ou a doença grave de outra pessoa; é punido com pena de prisão até um ano ou com pena de multa até 240 dias. 2 - O facto previsto na alínea d) do número anterior não é punível quando for praticado como meio adequado para realizar um interesse público legítimo e relevante».

relevância. Assim, tutela penalmente a privacidade/intimidade como um bem importantíssimo que é e, destaca Costa Andrade, que seu valor normativo deve ser protegido como uma liberdade fundamental “que assiste a cada pessoa de decidir quem e em que termos pode tomar conhecimento ou ter acesso a espaços, eventos ou vivências pertinentes à respectiva área de reserva” e compreende numa perspectiva material, para além do mais, “a vida familiar, sexual ou doença grave”.¹⁷

Diferente do que ocorre em Portugal, o direito penal brasileiro não dispõe de um delito geral de indiscrição diretamente voltado à tutela da privacidade/intimidade em sentido material¹⁸, ou seja, uma incriminação à proibição e punição da devassa da área de reserva pessoal, mas segue o modelo adotado pela Suíça, Áustria, França, Itália, limitando-se a criminalizar a violação da privacidade em seu sentido formal¹⁹, precisamente no contexto de infrações como violação de domicílio, correspondências e telecomunicações, dispositivos informáticos e violação de segredos, muitas vezes admitindo margens ampliadas para impunidade e atipicidade.

Ainda, o direito penal alemão também não logrou assegurar a privacidade/intimidade como delito de indiscrição, todavia apostou no alargamento progressivo do número de incriminações para a tutela da privacidade em sentido formal relativo à violação da área de reserva pessoal e de segredo, sem prejuízo de algumas das incriminações impostas abrirem margens para as soluções de tutela da privacidade em sentido material²⁰.

Convém anotar que, para o Direito Penal, esse conceito tentou ser demarcado e subdividido pelos tribunais alemães, ao darem origem à teoria das três esferas ou teoria dos três graus²¹, distinguindo assim uma esfera secreta ou íntima, a qual pertenceria tudo o que o indivíduo reconhece e encara como secreto, abrangendo informações como aspectos relativos à vida sentimental, vida sexual, estado de saúde, convicções políticas e religiosas; uma esfera privada, num plano igualmente protegido, mas menos impenetrável, que compreende a proteção da própria vida do indivíduo na publicidade, nas suas relações com

¹⁷ COSTA ANDRADE, Manuel. Op. Cit., (n.14). p. 1043.

¹⁸ Na terminologia utilizada pelo Tribunal Constitucional Federal alemão, privacidade temática. Cf em: COSTA ANDRADE, Manuel da. *A tutela penal da imagem na Alemanha e em Portugal (esboço comparatístico, em busca de um novo paradigma normativo)* in: Revista Jurídica da Universidade Portucalense nº 15. Porto: Universidade Portucalense, 2012. p. 173.

¹⁹ Na terminologia do Tribunal Constitucional alemão, privacidade espacial. Cf em: COSTA ANDRADE, Manuel da, op. cit. (n.18), loc. cit.

²⁰ COSTA ANDRADE, Manuel, op. cit. (n.18), p. 180.

²¹ COSTA ANDRADE, Manuel, op. cit. (n. 14), p. 1047.

o mundo, englobando a vida quotidiana e as informações que o indivíduo partilha no trabalho, com amigos, família e; uma esfera pública a qual não existe qualquer tipo de reserva, contemplando os comportamentos e atitudes deliberadamente acessíveis ao público e susceptíveis de serem conhecidos por todos.²²

No sentido de melhor compreender a referida teoria, há de se fazer uma separação entre área de reserva, que engloba a privacidade e seu núcleo mais essencial (intimidade)²³, com a esfera social, que compreende a dimensão pública da pessoa.²⁴ À medida que os fatos vão se deslocando da esfera social, passando pela privacidade (proteção relativa) até chegar na intimidade (proteção absoluta), se vai aumentando a necessidade de confidencialidade e, com isso, se vai, também, reforçando a tutela²⁵.

Constata-se, outrossim, que o conceito e a abrangência do que vem a ser a intimidade não é de todo pacífico pela doutrina. Todavia, não suscita divergência ao mencionar que esta abrange «a vivência da sexualidade na plasticidade incontável das suas manifestações e formas; a nudez do corpo enquanto objeto de observação, registro ou reprodução fotográficas; as reflexões de cunho pessoal e existencial registradas, por exemplo num diário e relativas a questões de fundo político, religioso, escatológico, etc.»^{26_27}

²² HUBMANN, Heinrich. *Der zivilrechtliche Schutz der Persönlichkeit gegen Indiskretion*, JZ, 1957, p. 524, *apud* PINTO, Paulo Mota, op. cit., p. 517.

²³ PIRES, Manuel. *Segurança e Protecção da Confiança Legítima do Contribuinte – A Intimidade da Vida Privada*. In *Segurança e Confiança Legítima do Contribuinte*. Coord. Manuel Pires, Rita Calçada Pires. Lisboa: Universidade Lusíada Editora, 2013. p. 64: «Intimidade está conexas com vocábulo latino “*intimu*” que significa o que está dentro, o “que é estreitamente ligado por afeição ou confiança”, algo de interno contraposto ao exterior, acarretando a ideia da exclusão. E se a intimidade também pode abranger a ligação com o próximo, essa ligação não pode ser movida pelo próximo, embora podendo ser por aquele que com ele tem ligação, de outro modo estar-se-ia face à violação da intimidade. Tal significa ser a intimidade de uma pessoa uma barreira à entrada na sua vida íntima e privada por parte de outrem. E se distingue entre vida íntima e privada, então temos que considerar aquela como algo necessitando maior protecção, maior protecção que implica maior justificação para que o correspondente direito possa ser limitado em nome do interesse público. E se é verdade que não existem direitos absolutos, tal não significa desrestricção sem mais, mas necessidade de justificação mais apurada, mais concreta ou, pleonasticamente, justificação mais justificada para a respectiva limitação, embora esta limitação possa ser enfraquecida pela natureza privada ou pública das pessoas, bem como envolvendo necessidade de apreciação dessa restrição de modo independente».

²⁴ Para a protecção constitucional da vida privada, esta relevância da distinção entre intimidade e vida privada simples é recusada, conforme PINTO, Paulo Cardoso Correia da Mota. *A protecção da vida privada e a Constituição*. In: *Separata do Boletim da Faculdade de Direito, Universidade de Coimbra*. Volume LXXVI, Coimbra, 2000, p. 160.

²⁵ COSTA ANDRADE, Manuel, op. cit. (n.14), p. 1049 et. seq.

²⁶ *Idem*. p. 1050.

²⁷ Para o Superior Tribunal de Justiça Brasileiro, uma pessoa que faz exposição de seu corpo semi-nu, em um local público, mesmo sendo alvo de reprodução e publicação fotográfica em um jornal não tem a sua intimidade ferida. Esse foi o entendimento ao julgar o Resp 595600, de 2004, o qual o ministro Cesar Rocha,

Indo mais adiante, o Tribunal Constitucional Federal alemão também incluiu na área da intimidade domínios como as telecomunicações, buscas *on-line*, recolhas de dados, bem como as conversas entre os cônjuges na habitação e as conversas de uma pessoa consigo própria, utilizando como referência o monólogo de um doente no quarto de um hospital, reportando-se a um crime de homicídio em que estava sendo acusado, constituindo uma prova decisiva. O BGH decretou a proibição de valoração da gravação por considerar arbitrária e obtida de forma oculta, conforme decisão de 2005 (BGHSt 31, 296) e (BGHSt 50, 2006 = NStZ 2005 700 ss.)²⁸.

Entretanto, esse entendimento é uma exceção se comparado àquilo que é sustentado pelo BGH quando se refere a não pertencerem à área nuclear da privacidade as comunicações concretas que se reportam a crimes, sejam eles planejados ou praticados, sobretudo em casos de crimes violentos, corrupção e *white-collar crimes*²⁹.

Pode-se perceber que a intimidade é uma área nuclear de condução da vida privada, que concerne aos pensamentos, à consciência e à individualidade de cada pessoa, garantindo que possa se manter, até certo ponto, isolada da vida em sociedade e cuja inviolabilidade constitui condição do livre desenvolvimento e afirmação da sua personalidade, sendo protegida de forma absoluta. Na esfera da intimidade não há possibilidade de qualquer ponderação com outros bens. Nesses casos, nem sequer os interesses superiores da comunidade podem justificar uma agressão à área nuclear da conformação privada da vida. Uma ponderação segundo o critério do princípio da proporcionalidade está aqui fora de causa³⁰.

Além dessa área nuclear da intimidade, encontra-se em segundo lugar a normal esfera da vida privada, protegida pela Constituição Federal e pelo direito ordinário como expressão e condição do livre desenvolvimento da personalidade ética da pessoa, porém dentro de um âmbito mais alargado, partilhando, por exemplo, detalhes da sua vida com

entendeu que a proteção à privacidade estaria limitada pela própria exposição pública realizada por ela de seu próprio corpo. Extrai-se: “Não se pode cometer o delírio de, em nome do direito de privacidade, estabelecer-se uma redoma protetora em torno de uma pessoa para torná-la imune de qualquer veiculação atinente a sua imagem”. Ainda: “Se a demandante expõe sua imagem em cenário público, não é ilícita ou indevida sua reprodução pela imprensa”.

²⁸ Citado por COSTA ANDRADE, Manuel da. Op. Cit. (n.14). p. 1050.

²⁹ No mesmo sentido é a decisão do Superior Tribunal de Justiça brasileiro, ao julgar o HC 142.205 - RJ 2009/0138947-8, de 13.12.2010 sobre crimes contra a ordem tributária.

³⁰ COSTA ANDRADE, Manuel da. *Sobre a valoração, como meio de prova em processo penal, das gravações produzidas por particulares. Estudos em Homenagem ao Prof. Doutor Eduardo Correia I. In: Boletim da Faculdade de Direito – Universidade de Coimbra, número especial. Coimbra, 1984. P. 587.*

pessoas da família, amigos próximos, etc³¹. O seu sacrifício já será, porém, justificado sempre que necessário e adequado à salvaguarda de valores ou interesses superiores, respeitadas as exigências do princípio da proporcionalidade.

A privacidade poderá ser relativizada em conformidade com a condição pessoal de cada um. É o caso das pessoas públicas³², celebridades, artistas, políticos, que estão sujeitos a limitações da sua privacidade, só se justificando quando houver necessidade informativa que seja relevante para o interesse geral e público e não no âmbito recreativo ou publicitário.

Em suma, pode-se dizer que essas figuras públicas também possuem o direito e o respeito da intimidade, mas devido ao “peso da fama”, sofrem limites mais estreitos na esfera da privacidade³³⁻³⁴.

Outro fator que tende a restringir a tutela penal da privacidade diz respeito às chamadas pessoas da história do tempo em sentido relativo, ou seja, pessoas que por um determinado período se tornam de interesse público, como as vítimas de um grande acidente, protagonistas ou testemunhas de um fato inusitado, de uma catástrofe.³⁵ De igual modo ocorre com as pessoas da história do tempo em sentido absoluto, que devido o interesse histórico na vida privada de determinadas pessoas, o qual fundamenta certos “direitos da História”³⁶, ou em decorrência do cargo, profissão que desempenham, pelo

³¹ GUERRA, Sidney. *A Liberdade de Imprensa e o Direito à Imagem*. Rio de Janeiro: Renovar, 2004. p. 47.

³² Na contramão desse entendimento, CAMPOS afirma que não é admissível que alguém interfira na esfera privada de toda pessoa pública, por maior que seja o seu relevo social, apenas de pessoas que exerçam uma função política, encarregadas de governar e administrar as coisas, devendo ter seus hábitos pessoais, as suas aventuras conjugais devassadas e controladas pelo público, por poderem influenciar na sua capacidade governativa ou administrativa, seu equilíbrio psicológico e disponibilidade de tempo e, eventualmente a sua probidade *in*: CAMPOS, Diogo Leite de. *Lições de Direitos da Personalidade*. *In*: Separata do vol. LXVI (1990), do Boletim da Faculdade de Direito da Universidade de Coimbra. 2ª edição, Coimbra, 1995. p. 98.

³³ PINTO, Paulo Mota, *op. cit.*, p. 571.

³⁴ No julgamento recente do Resp 984.803, apreciado pela 3ª Turma do STJ, que teve origem com a divulgação de fotos de um conhecido ator de televisão brasileiro casado beijando outra mulher em uma revista, o STJ manteve a decisão da segunda instância da Justiça fluminense que havia condenado a editora da revista a indenizar o artista. O fundamento da decisão foi exatamente que o ator, pessoa pública conhecida por participar de várias novelas, possui direito de imagem mais restrito, “mas não afastado”. Os ministros concluíram que houve abuso no uso da imagem, publicada com “nítido propósito de incrementar as vendas” da revista.

³⁵ CABRAL, Rita Amaral. *Op. Cit.* p. 27.

³⁶ PINTO, Paulo Mota. *Op. Cit.* (n. 06). p. 577, menciona a respeito das limitações de liberdade dos historiadores ao tratar da vida de personagens cuja privacidade é importante para esclarecer acontecimentos de relevos históricos, no intuito de aclarar a influência que as relações pessoais de um rei tenham tido sobre as suas decisões, por exemplo.

destaque social que possuem, poder e influência, têm como regra a exclusão de ilicitude pela prossecução de interesses legítimos³⁷.

Cabe ainda referir que também é observada a redução da área da tutela da privacidade pelo chamado princípio vitimológico ou vitimodogmático, isto é, uma espécie de autorresponsabilidade do portador do bem jurídico. O que sucede é que o indivíduo que conscientemente se comporta de maneira com que sua conversa, segredo, palavra ou imagem sejam facilmente captadas por outras pessoas só pode imputar a si próprio o fato de terceiros tomarem conhecimento, não devendo assim contar com a proteção do direito penal.

Em terceiro e último lugar, aparece a zona de interação social em que a realização pessoal assume uma dimensão claramente intersubjetiva e comunitária. Nesta área estão fora de consideração qualquer ofensa à integridade pessoal e qualquer afronta à reserva da vida privada³⁸.

Como bem denota, as circunstâncias que delimitam a privacidade/intimidade como bem jurídico-penal são relativas e variáveis. Deste modo, a crítica que se faz à teoria das três esferas é, justamente, por essa não oferecer critérios que permitam delimitar com rigor o seu alcance e pela impossibilidade de fazer menção a todas as situações e eventos de cada esfera referenciada, eis que se deve construir o conceito a partir de aspectos históricos e culturais, tendo em conta a oscilação das fronteiras entre o público e o privado, definidas pela relevância de fatos sociais, limitando assim a área de reserva.

Em termos similares, Costa Andrade evidencia que «a sua compreensão e a sua extensão estão incindivelmente ligadas à pessoa do portador concreto, à sua conduta e circunstâncias».³⁹ Para isso, saber se pertence ou não uma área nuclear da privacidade depende de que forma e com que intensidade os fatos ou eventos contendem com a esfera de terceiros ou com os interesses da comunidade, configurando ou não objetos legítimos de devassa e discussão pública⁴⁰.

³⁷ COSTA ANDRADE, Manuel. Op. Cit. (n. 14). p. 1052, a privacidade configura um valor susceptível de ponderação para efeitos de justificação do fato quando for praticado como um meio adequado para realizar um interesse público, legítimo e relevante.

³⁸ COSTA ANDRADE, Manuel, op. cit. (n. 27), p. 587.

³⁹ COSTA ANDRADE, Manuel, op. cit. (n. 14). p. 1054.

⁴⁰ ARTZ, Der strafrechtliche Schutz der Intimsphäre, 1970, p. 174 *apud* COSTA ANDRADE, Manuel, op. cit. (n. 14), loc. cit.

Por estas razões, é cediço que o direito fundamental à reserva da vida privada, em sentido estrito, não é absoluto, pois se admite a sua relativização, necessitando de uma reflexão pontual de cada situação.

1.2 - Direito à autodeterminação comunicativa (Inviolabilidade da comunicação)

Intimamente ligado ao direito à reserva da vida privada e ao direito ao desenvolvimento da personalidade está a liberdade de comunicação dos cidadãos.

A liberdade de comunicação abarca a faculdade de comunicar com segurança e confiança, o domínio e autocontrole sobre a comunicação, enquanto expressão e exteriorização da própria pessoa⁴¹.

Dessa forma, permitir que o cidadão se manifeste de forma livre, dentro de uma sociedade plural, como a que se vive, é importante para propiciar a concreção de um ambiente verdadeiramente democrático, pois, nas lições de Habermas⁴²: «...quanto mais se prejudica a força socializadora do agir comunicativo, sufocando a fagulha da liberdade comunicativa nos domínios da vida privada, tanto mais fácil se torna formar uma massa de atores isolados e alienados entre si, fiscalizáveis e mobilizáveis plebiscitariamente».

Assim, em Portugal, no sentido de assegurar tal liberdade de forma autônoma e com uma maior amplitude, o artigo 34º da CRP consagrou o sigilo dos meios de comunicação privada⁴³, também conhecido como um «direito à autodeterminação comunicativa».⁴⁴

⁴¹ Nesse sentido: Acórdão nº 403/2015, do Tribunal Constitucional Português.

⁴² HABERMAS, Jürgen. Direito e Democracia – Entre Facticidade e Validade. Tradução: Flávio Beno Siebeneichler. vol. II., Rio de Janeiro: Tempo Brasileiro, 1997. p. 102.

⁴³ CRP - Artigo 34.º - Inviolabilidade do domicílio e da correspondência: 1. O domicílio e o sigilo da correspondência e dos outros *meios de comunicação privada são invioláveis*. 2. (...) 3. (...) 4. É proibida toda a ingerência das autoridades públicas na correspondência, nas telecomunicações e nos demais meios de comunicação, salvos os casos previstos na lei em matéria de processo criminal. (grifo nosso) Importante destacar, apesar de tratarmos sobre a liberdade de comunicação, a ocorrência também da violação de domicílio quando, mesmo sem presença física, há a ultrapassagem ou invasão dos limites físicos do domicílio para recolha de sons (conversas, monólogos...). Cf.: MIRANDA, Jorge e MEDEIROS, Rui. Op. Cit. p. 764 et seq.

⁴⁴ *In casu*, o artigo 34 refere-se também a uma ação positiva por parte do Estado e dos operadores em assegurar a confidencialidade de dados e das comunicações à distância. Todavia, por não ser objeto do presente estudo a abrangência das interceptações telefônicas e tráfego de dados, mas tão-somente as gravações de conversas entre particulares, nos ataremos apenas neste último aspecto.

Verifica-se no direito à autodeterminação comunicativa, um direito de liberdade de comunicação, sem receio ou constrangimentos de que a comunicação ou as circunstâncias em que a mesma é realizada possam ser investigadas ou divulgadas. «Sem essa confiança, o indivíduo sentir-se-á coartado na liberdade de poder comunicar com quem quiser, quando quiser, pelo tempo que quiser e quantas vezes quiser»⁴⁵. Trata-se de possibilitar um livre desenvolvimento das relações interpessoais e de proteger a confiança que os indivíduos depositam nas suas comunicações privadas.

O artigo 34, nº 4, da CRP assegura aos cidadãos a proteção da reserva da vida privada ao proibir a ingerência pública ou privada nas comunicações, garantindo que todas as conversações privadas não sejam controladas, nem divulgadas, independentemente de tratarem ou não sobre a intimidade dos interlocutores. Percebe-se uma dupla vertente ao direito à autodeterminação comunicativa, entre a liberdade de comunicação e o segredo dessas comunicações.

A garantia de não ingerência se configura na inviolabilidade das comunicações, que protege o indivíduo de ingerências do Estado ou de terceiros. É uma garantia de sentido negativo, cabendo ao Estado um dever de não intromissão e não divulgação do conteúdo das comunicações privadas. E, por outro lado, a garantia de não ingerência pode, ainda, reclamar um correspondente dever a ações positivas por parte do Estado, obrigando-o a adotar leis destinadas a proteção contra a obtenção e utilização abusivas, ou contrárias à dignidade humana, de informações⁴⁶⁻⁴⁷.

É importante ressaltar que a autodeterminação comunicativa não se confunde com a autodeterminação informativa, prevista no artigo 35º da CRP. Enquanto o objeto de proteção do direito à autodeterminação comunicativa se refere a comunicações individuais efetivamente realizadas ou tentadas que estão cobertas pelo sigilo de comunicações, no segundo o que se pretende é a proteção das pessoas perante o tratamento de dados pessoais informatizados⁴⁸.

⁴⁵ Cf. Acórdão 403/2015, do Tribunal Constitucional Português. Disponível em: <http://www.tribunalconstitucional.pt/tc/acordaos/20150403.html> Acesso em 02 de janeiro de 2016.

⁴⁶ CRP - «Artigo 26.º - Outros direitos pessoais: 1. A todos são reconhecidos os direitos à identidade pessoal, ao desenvolvimento da personalidade, à capacidade civil, à cidadania, ao bom nome e reputação, à imagem, à palavra, à reserva da intimidade da vida privada e familiar e à protecção legal contra quaisquer formas de discriminação. 2. **A lei estabelecerá garantias efectivas contra a obtenção e utilização abusivas, ou contrárias à dignidade humana, de informações relativas às pessoas e famílias.** (...)» (grifo nosso)

⁴⁷ Cf. Acórdão nº 486/2009 do TCP.

⁴⁸ CANOTILHO, J. J. Gomes e MOREIRA, Vital. Op. Cit. p. 554.

Diferente da proteção constitucional conferida pela legislação portuguesa ao tutelar a inviolabilidade das comunicações privadas, o ordenamento brasileiro em seu artigo 5º, inciso XII assegura tão-somente como inviolável o sigilo da correspondência e das comunicações telegráficas, de dados e das comunicações telefônicas⁴⁹.

Ora, há um largo consenso na doutrina e na jurisprudência brasileira no sentido de que estão excluídas do alcance deste dispositivo constitucional as conversas entre particulares⁵⁰.

Segundo o Tribunal Europeu de Direitos do Homem, entende-se por «correspondência» um direito «clássico» decorrente da liberdade de expressão ou comunicação tradicionalmente protegido pela lei e desde logo pela lei penal. Trata-se de «um direito instrumental dos direitos de personalidade, protegendo todas as conversas, públicas ou privadas, relativamente a terceiros, sendo indiferente a este respeito o grau de intimidade dos seus interlocutores e as circunstâncias da conversa»⁵¹.

Tucci, ao tratar sobre a matéria, afirma que indiscutivelmente, esses casos têm seu fulcro sempre na violação da esfera privada do indivíduo, principalmente por ser algo particular, íntimo e, por sua vontade, impublicizável⁵².

Depois de larga discussão doutrinal, é assente que a comunicação entre particulares, bem como as gravações realizadas entre eles – objetos do presente estudo –, estão, a rigor, submetidas à norma constitucional brasileira genérica de proteção do direito à intimidade e à vida privada⁵³, prevista no artigo 5º, inciso X, como visto no título 1.1.

Assim como nos demais direitos fundamentais mencionados, o direito à inviolabilidade das comunicações também não é absoluto, sendo admitida a sua restrição⁵⁴. Contudo, o tipo de restrição a esse direito é muito mais exigente do que as restrições

⁴⁹ CRFB - «Art. 5º Todos são iguais perante a lei, sem distinção de qualquer natureza, garantindo-se aos brasileiros e aos estrangeiros residentes no País a inviolabilidade do direito à vida, à liberdade, à igualdade, à segurança e à propriedade, nos termos seguintes: (...) XII - é inviolável o sigilo da correspondência e das comunicações telegráficas, de dados e das comunicações telefônicas, salvo, no último caso, por ordem judicial, nas hipóteses e na forma que a lei estabelecer para fins de investigação criminal ou instrução processual penal.»

⁵⁰ GRINOVER, Ada Pellegrini, GOMES FILHO, Antonio Magalhaes e FERNANDES, Antonio Scaranse. As nulidades no processo penal, 11ª ed., rev. e at., Editora Revista dos Tribunais, 2009. p. 148.

⁵¹ SOUSA, João Ramos de. Escutas telefônicas em Estrasburgo: o activismo jurisprudencial do Tribunal Europeu dos Direitos Humanos, Sub Judge: Justiça e sociedade. n. 28, 2004. p. 49.

⁵² TUCCI, Rogério Lauria. Direitos e Garantias Individuais no Processo Penal Brasileiro, Saraiva: São Paulo, 1993. p. 430.

⁵³ Cf. PRADO, Geraldo. A interceptação das comunicações telefônicas e o sigilo constitucional de dados operados em sistemas informáticos e telemáticos, *in*: Boletim Instituto Brasileiro de Ciência Criminais nº 55/13, jun. 1997.

⁵⁴ Sobre a questão da restrição, conferir Capítulo 3 (Teoria da Proporcionalidade).

toleradas pelos demais direitos fundamentais tratados e que protegem os mesmos bens jurídicos – dignidade da pessoa, desenvolvimento da personalidade, garantia da privacidade⁵⁵.

Tal exigência à restrição deriva da leitura da parte final do artigo 34º, nº 4 da CRP, quando menciona «*salvos os casos previstos na lei em matéria de processo criminal*» (nota 43). Diante disso, percebe-se, de modo geral, uma norma proibitiva e, de forma excepcional, uma norma permissiva de ingerência nos casos previstos na lei em matéria de processo penal.

Sendo assim, as restrições legais ao direito à inviolabilidade das comunicações que o legislador está autorizado a estabelecer devem obedecer à ponderação do princípio da proporcionalidade, somente em matéria de processo penal, buscando a harmonização possível dos preceitos divergentes⁵⁶.

1.3 – Direito à palavra

Além do direito à reserva da vida privada, outro direito pessoal fundamental garantido por força do princípio da dignidade humana e correlacionado com a gravação clandestina ou arbitrária é o direito à palavra, que se encontra descrito no mesmo artigo constitucional português (art. 26, nº 1).

A importância da palavra se mostra relevante por ser um dos direitos práticos em ação. Para que o particular possa efetivamente apossar-se, assenhorar-se do seu direito à palavra, importa que o deixem falar livremente⁵⁷.

Durante os debates produzidos na Assembleia da República de Portugal quando tratou do projeto de revisão constitucional proposto a fim de dar guarida ao direito à palavra, o então Deputado Senhor Doutor Costa Andrade se manifestou sobre a importância de salvaguardar a palavra em si e de *per si*, distinguindo da honra e da privacidade da vida privada quando diz que «(...) o que está em causa neste direito à

⁵⁵ CANOTILHO, J. J. Gomes e MOREIRA, Vital. Op. Cit. p. 391.

⁵⁶ CONDE CORREIA, João. Qual o significado de abusiva intromissão na vida privada, no domicílio, na correspondência e nas telecomunicações (art. 32, n. 8, 2. parte, da C.R.P.)? Revista do Ministério Público de Lisboa. n. 79, v. 20, 1999, p. 46.

⁵⁷ CUNHA, Paulo Ferreira da, Direito à Palavra & Crime de Palavra, in: Revista Portuguesa de Ciência Criminal, ano 24, nº 4, Outubro-Dezembro, 2014, Coimbra Editora. p. 508 et seq.

palavra, não é tanto um certo direito de confidencialidade no sentido de preservar a confiança na palavra, isto é, no sentido de que a palavra que transmitimos a determinada pessoa ou círculo de pessoas seja alargada indevidamente a outro tipo de pessoas, não é tanto uma lógica de segredo, digamos assim, mas aquilo que pode definir-se, em termos extremamente curtos, como o chamado direito à palavra falada. O que é isto? Do nosso ponto de vista, é o direito a historicidade e transitoriedade absoluta da palavra, isto é, aquilo que foi dito num determinado momento e num determinado contexto em relação a determinadas pessoas, acompanhado de certos gestos, não pode ser desarrancado deste contexto (...) e contrapô-la depois a pessoa»⁵⁸.

E complementa, «é também para preservar a inocência, a pureza, a ausência de coação que consagramos o direito à palavra. Se soubéssemos, ou pelo menos suspeitássemos ou receássemos que as nossas conversas fossem elas quais fossem estavam a ser gravadas, a nossa comunicação seria drasticamente prejudicada»⁵⁹.

No horizonte constitucional português, Gomes Canotilho e Vital Moreira asseguram que o direito à palavra desdobra-se em mais três direitos: «(a) *direito à voz*, como atributo de personalidade, sendo ilícito, sem consentimento da pessoa, registrar e divulgar a sua voz (com ressalva, é claro do lugar em que ela foi utilizada); (b) *direito às «palavras ditas»*, que pretende garantir a autenticidade e o rigor da reprodução dos termos, expressões, metáforas escritas e ditas por uma pessoa; (c) *direito ao auditório*, ou seja, a decidir o círculo de pessoas a quem é transmitida a palavra.»⁶⁰

Ao tratar sobre o tema, o Tribunal Constitucional Federal alemão importou assegurar uma tutela sem lacunas ao direito geral da personalidade, particularmente em relação as novas ameaças para o direito ao livre desenvolvimento da personalidade de que o progresso técnico-científico se faz acompanhar⁶¹.

No Direito Constitucional brasileiro, o direito à palavra não tem previsão expressa da sua proteção. Todavia, encontra guarida de forma implícita, enquanto direito da personalidade, quando faz referência ao direito à imagem, abarcando o amparo da palavra

⁵⁸ Debate parlamentar, reunião de 20 de abril de 1989, 5ª Legislatura, 2ª Sessão Legislativa, 1ª Série, nº 67, p. 3234. Disponível em: <http://debates.parlamento.pt/catalogo/r3/dar/01/05/02/067/1989-04-20/3234>

⁵⁹ Debate parlamentar, reunião de 20 de abril de 1989, 5ª Legislatura, 2ª Sessão Legislativa, 1ª Série, nº 67, p. 3234. Disponível em: <http://debates.parlamento.pt/catalogo/r3/dar/01/05/02/067/1989-04-20/3234>

⁶⁰ CANOTILHO, J. J. Gomes e MOREIRA, Vital. Op. Cit. p. 467.

⁶¹ COSTA ANDRADE, Manuel da. Op. Cit. (n. 18). p. 165.

por via reflexa, por ser um elemento identificador da pessoa e pelo fato de ser reconhecida pelo som da sua voz⁶².

Em sede de legislação penal ordinária portuguesa – analisada detalhadamente no capítulo 2, 2.3 – a palavra é tutelada em si e de *per si*, como bem jurídico autônomo no artigo 199, do Código Penal Português. Contudo, incide uma tutela particularmente reduzida, que fica muito aquém da proteção generalizada, quando menciona apenas a gravação ou utilização de gravações da palavra de alguém. A sua vinculação ao tipo penal é feita pelo uso do gravador, mas independe do seu conteúdo.

O direito à palavra tem como alicerce principal a proteção contra gravações de conversas sem consentimento dos interlocutores, da utilização dessas gravações e, de igual modo, da manipulação de palavras da conversa criando um contexto absolutamente diferente do que foi proferido.

Neste caso, o direito à palavra segue a formulação de que toda pessoa tem o direito de decidir quem pode gravar sua voz e, depois de gravada, determinar perante a quem a sua voz pode ser ouvida⁶³.

Gallas afirma que a proteção à palavra trata de impedir que «aquilo que se pretendeu que fosse uma expressão fugaz e transitória da vida se converta num produto registrado e suscetível de ser utilizado a todo o tempo»⁶⁴.

E, nesta linha, para o modelo oferecido pelo direito positivo português basta, como bem jurídico penal, a própria palavra falada não interessando precisamente o seu teor, a existência ou não de um segredo, ou que revele alguma ideia própria ou de outrem⁶⁵. É, tão-somente, a palavra, tendo em vista que as pessoas se caracterizam e se definem por ela, independente da sua relevância por atentado a outros bens jurídicos, nomeadamente à área de reserva e de privacidade⁶⁶.

Totalmente diverso é o ordenamento penal brasileiro ao não constituir nenhum ilícito penal o ato de gravar palavras proferidas por outra pessoa, mesmo sem o seu

⁶² BORGES, Roxana Cardoso Brasileiro. Disponibilidade dos direitos de personalidade e autonomia privada. São Paulo: Saraiva, 2005. p. 160.

⁶³ COSTA ANDRADE, Manuel da. Liberdade de Imprensa e Inviolabilidade Pessoal: uma perspectiva jurídico-criminal. Coimbra: Coimbra Editora, 1996. p. 125.

⁶⁴ GALLAS, ZStW, 1963, p. 19 *apud* COSTA ANDRADE, Manuel da. Op. Cit. (n. 63). p. 125.

⁶⁵ LENCKNER, *in*: SCHÖNKE/SCHRÖDER, § 201, Rn. 5 *apud* COSTA ANDRADE, Manuel da. Op. Cit. (n. 63). p. 125.

⁶⁶ COSTA ANDRADE, Manuel da. Op. Cit. (n. 18). p. 166.

consentimento. Apesar disso, configura uma invasão à privacidade alheia, podendo responder civilmente com a reparação de danos.

O que a lei brasileira constitui como crime é a divulgação indevida dessa gravação, desde que envolva divulgação de segredo ou violação de segredo profissional. Ou seja, mesmo que alguém capte a conversa, o que se pretende é a não divulgação daquilo que foi clandestinamente gravado.

Como se vê, sobra fácil o contraste ao tratamento que é dado a palavra entre as legislações brasileira e portuguesa, que será melhor debatida e confrontada no capítulo a seguir.

No Direito Penal germânico é possível encontrar algumas controvérsias a respeito do §201, quando trata da «Violação da confidencialidade da palavra», em quatro modalidades de condutas. À vista dessa pluralidade não é fácil identificar com enorme clareza e segurança o bem jurídico ou bens jurídicos protegidos.

Assim, a discussão gira em torno de uma parte da doutrina afirmar que se trata de resguardar a confidencialidade da palavra, o que remeteria a um crime de indiscrição e de outro lado, tão-somente, a palavra. Contudo, o Tribunal Constitucional Federal aclarou para a proteção da palavra falada «sem mais», como bem jurídico penal autônomo⁶⁷. Em geral, é definido pela «inocência da palavra»⁶⁸.

As demais legislações europeias, na sua maioria, condicionam a tutela penal da palavra à sua confidencialidade e à reserva da vida privada, punindo apenas a gravação não consentida desde que atente à privacidade de alguém.

Para melhor compreensão das situações, há de se fazer uma clara separação entre privacidade e direito à palavra. O direito à palavra como um bem jurídico autônomo, reconhecido em si e de *per si*, refere-se a uma danosidade social e ilicitude material, distintas e independentes da danosidade social e do ilícito de indiscrição e da devassa em que se atualizam os atentados a privacidade⁶⁹.

Deste modo, o direito à palavra é violado com a gravação arbitrária (não consentida) ou com a audição ou utilização igualmente arbitrárias, da palavra gravada.

⁶⁷ COSTA ANDRADE, Manuel. Comentários ao artigo 199º *in* Comentário Conimbricense do Código Penal: parte especial – Tomo I, artigos 131º a 201º, 2ª edição, Coimbra: Coimbra Editora, 2012. p. 1192.

⁶⁸ COSTA ANDRADE, Manuel da. Op. Cit. (n.18). p. 176 et seq.

⁶⁹ Idem. p. 170.

Diferentemente, a privacidade/intimidade pressupõe uma área de reserva, um «*right to be let alone*» e é violada por intromissão arbitrária ou por divulgação arbitrária⁷⁰.

Ora, como exposto, as Constituições Portuguesa e Brasileira consagram como direito fundamental a reserva da vida privada e a palavra, dentre outros. Todavia, devido ao estatuto de direitos, liberdades e garantias recebem ainda a máxima e reforçada proteção.

Cabe ressaltar que mesmo gozando de tal abrigo, em casos de estado de sítio ou de emergência, a suspensão desses direitos é admitida, diferente do que ocorre com o direito à vida ou à integridade física.

No que tange à restrição destes direitos fundamentais, as constituições dos dois países em análise admitem algumas restrições, devendo «limitar-se o necessário para salvaguardar outros direitos constitucionais protegidos»⁷¹, buscando o equilíbrio e uma ponderação segundo o princípio da proporcionalidade como proibição do excesso, além de outros requisitos que serão analisados no Capítulo 3. Havendo dúvida, os direitos devem sempre prevalecer sobre as restrições⁷².

⁷⁰ COSTA ANDRADE, Manuel da. “Bruscamente no verão passado”, a reforma do Código de Processo Penal: Observações críticas sobre uma Lei que podia e devia ter sido diferente. Coimbra Editora, 2009. p. 39 et seq.

⁷¹ Artigo 18, n° 2 da Constituição da República Portuguesa.

⁷² MIRANDA, Jorge. *Processo penal e direito à palavra*, in: Separata de direito e justiça, revista da faculdade de Direito da UCP, Vol. XI, Tomo 2, Lisboa, 1997. p. 55; CANOTILHO, J. J. Gomes e MOREIRA, Vital. Op. Cit. p. 392 et seq.

CAPÍTULO 2 – Das Gravações Clandestinas

2.1 – Aspectos relevantes das gravações clandestinas no panorama brasileiro

Antes de adentrarmos precisamente no tema sobre a valoração das gravações como prova no processo penal produzidas por particulares, é importante definirmos o conceito de gravações clandestinas, a sua diferença em relação à interceptação telefônica e a drástica discrepância do tratamento legislativo dispensado ao tema entre Portugal e Brasil.

Assim, de início, importante destacar que a principal problemática das gravações clandestinas que ocorre no Brasil decorre justamente da ausência de disciplina jurídica própria, sendo corriqueiro o abuso causado pelas inovações tecnológicas e pelo difundido uso de gravações de conversas entre particulares.

Inclusive, ultimamente, o assunto volta à tona no cenário brasileiro, devido às constantes divulgações de conversas entre parlamentares, que utilizam desse artifício como uma forma de retaliação política e social, para fins de chantagens, denúncias e ameaças com a nítida violação dos direitos fundamentais⁷³.

Sendo assim, demonstra-se como necessária e emergencial a regulamentação da matéria no plano nacional, a fim de estabelecer limites a essas condutas e assegurar a tutela constitucional da vida privada dos cidadãos.

Além do mais, é também pela ausência legislativa que se justifica o termo gravações clandestinas⁷⁴. Como denota em nosso dicionário, a definição de clandestino é algo «1. feito sem as formalidades legais, e até evitando-as» e ainda «2. feito às escondidas»⁷⁵.

⁷³ No último ano, entre 2015-2016, com a realização da Operação Lava-Jato no Brasil, diversas gravações clandestinas, tanto telefônicas como ambientais, entre particulares estampam as capas de jornais e sites no cenário mundial. Uma delas acabou servindo de fundamentação para a decretação de pedido de prisão cautelar do Senador Delcídio Amaral, analisada no Capítulo 4.

⁷⁴ Cf. GRINOVER, Ada Pellegrini; GOMES FILHO, Antonio Magalhaes; FERNANDES, Antonio Scaranse. Op. Cit. p. 153.

⁷⁵ Dicionário Priberam da Língua Portuguesa, 2008-2013. Disponível em: <<https://www.priberam.pt/DLPO/clandestino>>. Acesso: 01 de fevereiro de 2016.

Por outro lado, já nas palavras de Oliveira, o termo utilizado é gravação clandestina, não pela falta da lei, mas sim pelo fato de serem desconhecidas por um interlocutor⁷⁶.

Distante desse paradigma, como antevisto no Capítulo 1, Portugal protege a palavra como bem jurídico autônomo e o tratamento da matéria se apresenta sob um enfoque melhor delineado e sem maiores transtornos, como ver-se-á a seguir com a análise do crime de Gravações Ilícitas previsto no artigo 199º do CP/PT, epigrafado no Capítulo VIII – Dos Crimes contra outros bens jurídicos pessoais.

Cabe ressaltar que as gravações clandestinas podem ser tanto telefônicas quanto ambientais. A primeira situação ocorre pela gravação, por um interlocutor, de uma comunicação telefônica própria. Já a ambiental ocorre quando um interlocutor capta uma conversação entre pessoas em um ambiente.

Porém, entende-se que nas duas situações deve ocorrer o desconhecimento do outro interlocutor. No caso específico das gravações ambientais, essa também poderá ocorrer na presença de dois ou mais interlocutores, todavia, a gravação tem que ser efetuada, obrigatoriamente, por um comunicador ativo com o desconhecimento dos demais.

Grinover, Fernandes e Gomes Filho reforçam o entendimento da ocorrência das gravações clandestinas quando um dos interlocutores efetua a gravação sub-repticiamente da sua própria conversa telefônica ou entre presentes, não configurando interceptações⁷⁷.

O que diferencia as gravações clandestinas telefônicas das interceptações telefônicas é o fato de não haver um terceiro na comunicação. Neste contexto, repete-se, a gravação clandestina, sendo ela telefônica ou ambiental, é feita por um dos interlocutores com o desconhecimento do outro. É também chamada pela doutrina de gravação unilateral⁷⁸.

A relevância em diferenciar as gravações telefônicas das interceptações telefônicas, encontra-se no fato de que estas tem previsão legal com limites regulados pela

⁷⁶ OLIVEIRA, Eugenio Pacelli de. Curso de Processo Penal. Belo Horizonte: Del Rey, 2006. p. 299.

⁷⁷ GRINOVER, Ada Pellegrini; GOMES FILHO, Antonio Magalhaes; FERNANDES, Antonio Scaranse. Op. Cit. p. 173.

⁷⁸ GRECO FILHO, Vicente. Interceptação telefônica. Considerações sobre a Lei nº 9.296/96. 3ª edição. Saraiva. p. 04 et. seq.

Lei nº 9.296/96⁷⁹, sendo lícita a restrição da inviolabilidade de sigilo⁸⁰ das telecomunicações previsto nos termos do artigo 5º, inciso XII da CRFB/88.

Por seu turno, as gravações clandestinas ficam adstritas ao inciso constitucional que assegura a inviolabilidade da intimidade e da vida privada, previsto no artigo 5º, inciso X⁸¹.

Em suma, no aspecto do direito material, não há lei que trate sobre as gravações clandestinas. Não existe, até o momento, qualquer legislação que tipifique e regule a captação da palavra proferida por outro interlocutor.⁸² O que, no entanto, é vedado pelo ordenamento brasileiro é a divulgação da conversa sigilosa e sem «justa causa». Já na legislação adjetiva, a validade dessas gravações como prova no processo penal, tem convergido na doutrina e jurisprudência, cabendo uma análise pormenorizada a respeito, no capítulo sobre a valoração das provas produzidas no processo penal, especificamente.

Oportuno ressaltar que, no âmbito da Lei nº 12.850/13, ao dispor sobre os Crimes Organizados, investigação criminal e os meios de obtenção de prova, o legislador preocupou-se em tratar sobre as gravações ambientais, exigindo autorização judicial prévia e respeito às condições de admissibilidade para assim obter a licitude da prova⁸³.

⁷⁹ Uma das maiores críticas da Lei nº 9.296/96 foi a falta de regulamentação das gravações telefônicas e ambientais, que certamente devido a omissão, acabaria por gerar inúmeras controvérsias sobre a licitude da prova obtida por esses meios, preocupando-se o legislador somente com as interceptações telefônicas. Cf. FERNANDES, Antonio Scarance. Interceptações telefônicas: aspectos processuais da nova lei, *in*: Boletim Instituto Brasileiro de Ciências Criminais nº 45/15.

⁸⁰ A inviolabilidade de sigilo que a CRFB/88 prevê abrange o domicílio, correspondência e das comunicações telegráficas, de dados e das comunicações telefônicas. Artigo 5º, incisos XI e XII.

⁸¹ Logo após a promulgação da CRFB/88, muito se discutiu na doutrina e jurisprudência brasileira, se a gravação telefônica clandestina se incluía no regime jurídico das interceptações, em seu artigo 5º, inciso XII, devido a vedação constitucional. Destarte, essa questão foi superada pelo STF ao reconhecer a necessidade de um terceiro nas interceptações, recaindo as gravações na tutela da vida privada e intimidade. Cf. STF – RE 402717/PR

⁸² Anterior a aprovação da Lei 9.296/96 que regulou sobre as interceptações telefônicas, havia em tramitação no Senado Federal, o Projeto de autoria do Deputado Miro Teixeira nº 3.514/89, já aprovado pela Câmara dos Deputados que previa sobre as gravações clandestinas, não as considerando ilícitas, desde que se destinassem a provar um direito ameaçado ou violado do interlocutor. A matéria foi arquivada pela aprovação do Projeto de Lei nº 1.156/95 – Atual Lei 9.296/96, que nada trata sobre a matéria. Cf. <http://www25.senado.leg.br/web/atividade/materias/-/materia/20913> Acesso em: 13 de abril de 2016.

⁸³ LEI Nº 12.850/13 - «(...) Art. 3º Em qualquer fase da persecução penal, serão permitidos, sem prejuízo de outros já previstos em lei, os seguintes meios de obtenção da prova: (...) II - captação ambiental de sinais eletromagnéticos, ópticos ou acústicos...».
Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_ato2011-2014/2013/lei/112850.htm> Acesso: 05 de fevereiro de 2016.

Por ora, conclui-se que a regulamentação da matéria é uma medida necessária e impostergável⁸⁴, pois é imperioso obstar os abusos contra a dignidade da pessoa humana, pela grave violação dos direitos fundamentais, o agravamento da danosidade social que é causado e, ainda, tratar sobre as formas de obtenção desse meio oculto de prova que, na conjuntura atual, acaba por gerar uma enorme insegurança jurídica devido à variedade de decisões conflitantes que suporta o cenário brasileiro, em total desrespeito ao Estado Democrático de Direito.

2.2 – Do crime de divulgação de gravação na realidade brasileira

Muito embora a gravação clandestina, telefônica e ambiental, não seja considerada como ilícito penal, a sua divulgação é tutelada pelo ordenamento brasileiro, com algumas peculiaridades e reservas, nos artigos 153 e 154 do Código Penal, ao tratar sobre a divulgação de segredo e violação de segredo profissional, respectivamente⁸⁵.

De início, é de extrema importância a análise do tipo penal a fim de apurar a identificação do bem jurídico protegido e a sua área de tutela, para posteriormente verificar se subsiste, dessa forma, uma prova lícita ou ilícita que permita ou não a sua admissão no processo penal.

Os artigos citados do Código Penal brasileiro representam um aspecto da liberdade individual e tipificam os crimes de divulgação de segredo, que consiste na preservação de fatos secretos ou confidenciais, cuja divulgação acaba por criar constrangimento aos cidadãos e perturbar as suas relações na vida social.

⁸⁴ Essa preocupação é tão acentuada que em 2009 foi assinado o II Pacto Republicano de Estado por um sistema de Justiça mais acessível, ágil e efetivo entre os três Poderes que previa, principalmente, «definir novas condições para o procedimento de interceptação telefônica, informática e telemática, atualizando-se, para esse efeito, a Lei nº 9.296, de 1996, objetivando evitar violação aos direitos fundamentais». Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/Outros/IIpacto.htm Acesso: 07 de fevereiro de 2016. Nesse sentido também: GRINOVER, Ada Pellegrini. Liberdades públicas e processo penal: as interceptações telefônicas. 2ª ed., atualizada, São Paulo: Revista dos Tribunais, 1982 e, AVOLIO, Luiz Francisco Torquato. Provas Ilícitas: interceptações telefônicas, ambientais e gravações clandestinas. 6ª edição, São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2015.

⁸⁵ CP/BR - «Art. 153 - Divulgar alguém, sem justa causa, conteúdo de documento particular ou de correspondência confidencial, de que é destinatário ou detentor, e cuja divulgação possa produzir dano a outrem (...)» CP/BR - «Art. 154 - Revelar alguém, sem justa causa, segredo, de que tem ciência em razão de função, ministério, ofício ou profissão, e cuja revelação possa produzir dano a outrem (...)» Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/decreto-lei/Del2848.htm Acesso em: 06 de junho de 2016.

Entretanto, uma parte da doutrina discorre que a violação de segredo, sobretudo o profissional, não ofende propriamente a liberdade individual, mas sim a coletiva, por afrontar um bem público que é a confiança entre os cidadãos, devendo ser resguardada pelo Direito Penal⁸⁶.

Contudo, um dos grandes debates existentes na doutrina antiga recaía sobre o que poderia ser considerado segredo. Atualmente, afirma-se que pode dizer a respeito à honra, saúde, bens, patrimônio, negócios, ou até mesmo a própria vaidade. Ou seja, não há uma limitação ou uma restrição específica.

Nas palavras de Garcia, «pode-se conceituar como o informe, referente a um acontecimento, que não deve, pela sua natureza ou por efeito de manifestação da vontade do interlocutor» ser divulgado⁸⁷.

Na doutrina mais recente e seguindo o entendimento jurisprudencial do Supremo Tribunal Federal, Avolio assegura que «a tutela penal dirige-se a um segundo momento do direito à intimidade, qual seja, o direito à reserva. Enquanto o direito ao segredo (*segretezza*, ou “direito ao respeito da vida privada”) está em impedir que a atividade de terceiro se dirija a desvendar as particularidades da *privacy* alheia, o direito à reserva (*riservatezza* ou “direito à privacidade”) surge, sucessivamente, em prol da defesa da pessoa contra a divulgação de notícias particulares legitimamente conhecidas pelo divulgador»⁸⁸.

Desta feita, o tipo penal visa restringir que os comunicadores procedam à revelação de uma informação que não querem ver divulgada, excepcionando-se em casos de justa causa para tal. Essa «justa causa», por sua vez, tem de ser relevante, para permitir que um terceiro a conheça.

No entendimento doutrinário e jurisprudencial, para que essa divulgação ocorra sem o cometimento do ilícito penal é necessário a presença da «justa causa» descrita, que se entende possível somente se for usada em defesa de direitos violados ou ameaçados de quem gravou e divulgou a conversa⁸⁹. Ou seja, a exclusão de ilicitude circunscreve-se a

⁸⁶ GARCIA, Basileu. Violação de segredo *in* Revista da Faculdade de Direito, Universidade de São Paulo. 1949. p. 52.

⁸⁷ *Idem.* p. 56.

⁸⁸ AVOLIO, Luiz Francisco Torquato. *Op. Cit.* p. 112.

⁸⁹ GRINOVER, Ada Pellegrini, GOMES FILHO, Antonio Magalhaes e FERNANDES, Antonio Scaranse. *Op. Cit.* p. 222 et. seq.. No mesmo sentido: PITOMBO, Sérgio. Sigilo nas comunicações. Aspecto processual penal, *in*: Boletim Instituto Brasileiro de Ciência Criminal n° 49/07, dez/96.

conduta do agente em efetuar a gravação e divulgá-la, em razão protetiva de sua pessoa ante possível envolvimento em ilícito criminal⁹⁰.

Por fim, frisa-se que tanto no plano conceitual-categorial como no plano jurídico-positivo o que fica dito para as gravações clandestinas telefônicas servem, no mesmo sentido, para as gravações clandestinas ambientais.

2.3 – Da gravação e divulgação arbitrária no cenário português

2.3.1 – A palavra como bem jurídico-penal

Bem distante da realidade brasileira, a legislação portuguesa é uma das mais delineadas quando trata do direito à palavra, das regras de proibição e produção de prova que envolve esse direito fundamental, e ao erigir uma tutela como bem jurídico autônomo merecedor de dignidade penal.

Como já adiantado no capítulo anterior, a legislação portuguesa faz referência às gravações e a sua divulgação como ilícito penal em seu artigo 199º do CP/PT⁹¹.

O direito à palavra teve seu afloramento nos anos 60, como uma forma de defesa dos interlocutores a fim de impedir a conservação, manipulação e perpetuação de suas falas impetradas pelo uso indiscriminado que os gravadores poderiam causar. Em razão disso,

Neste sentido, o entendimento majoritário na jurisprudência do Supremo Tribunal Federal brasileiro tem acompanhado a doutrina: EMENTA: 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. II. - Existência, nos autos, de provas outras não obtidas mediante gravação de conversa ou quebra de sigilo bancário. III. - A questão relativa às provas ilícitas por derivação "the fruits of the poisonous tree" não foi objeto de debate e decisão, assim não prequestionada. Incidência da Súmula 282-STF. IV. - A apreciação do RE, no caso, não prescindiria do reexame do conjunto fático-probatório, o que não é possível em recurso extraordinário. Súmula 279-STF. V. - Agravo não provido. (AI 503617 AgR / PR - Relator: Min. CARLOS VELLOSO - Julgamento: 01/02/2005). Mais, cf. HC 74.678, DJ de 15-8- 97; HC 75.261; RE 212081/RO, de 05/12/1997, (STF, RTJ 167/206, 168/1022).

⁹⁰ FONTELES, Cláudio Lemos. Gravação clandestina operada por servidor público: quando se constitui em prova ilícita, in: Boletim dos Procuradores da República nº 42, v. 4, 2001. 3-4.

⁹¹ CP/PT - «Art. 199º - Gravações e fotografias ilícitas: 1 - Quem sem consentimento: a) Gravar palavras proferidas por outra pessoa e não destinadas ao público, mesmo que lhe sejam dirigidas; ou b) Utilizar ou permitir que se utilizem as gravações referidas na alínea anterior, mesmo que lícitamente produzidas; é punido com pena de prisão até 1 ano ou com pena de multa até 240 dias. (...)».

tencionou-se, primordialmente, na decisão que cabe a qualquer pessoa de optar «quem pode gravar a palavra falada e, depois de gravada, se e perante quem ela pode ser ouvida».⁹²

Posteriormente, essa preocupação inicial alargou-se devido às inovações tecnológicas, ameaçando aos interlocutores no alcance em que suas palavras poderiam ser atingidas, ao permitir chegar a palavra proferida a diversas pessoas a quem não era dirigida por um «prolongamento técnico fora do alcance sonoro».⁹³

O direito à palavra, sendo uma expressão direta da personalidade da pessoa, tem por finalidade assegurar a autodeterminação das comunicações, cabendo a cada um decidir quem pode gravar a sua voz e a quem pode fazer ser ouvido. Visa-se que a palavra seja ouvida no momento e no contexto em que ela foi proferida, como um «direito à transitoriedade da palavra».⁹⁴ O que se tutela é, então, «a própria personalidade na sua comunicação inocente com os outros membros da sociedade»⁹⁵. Busca-se, assim, primordialmente, a confiança na liberdade de comunicação com a prevenção do sentimento de estar sempre sob a ameaça do gravador oculto.

Assim, o tipo penal português veio prever a ilicitude da simples gravação da palavra⁹⁶ obtida sem o consentimento da pessoa, não exigindo intenção de devassa, justamente por já ter autonomizado infração neste sentido no artigo 192 do mesmo diploma legal⁹⁷.

⁹² COSTA ANDRADE, Manuel da. Op. Cit. (n.18). p. 184.

⁹³ Idem.

⁹⁴ COSTA ANDRADE, Manuel da. Op. Cit. (n. 67). p. 1197.

⁹⁵ Alternativ-Entwurf eines Strafgesetzbuches. Besonderer Teil. Straftaten gegen die Person, Zweiter Halbband, Tübingen: J. C. B. Mohr, 1971, p. 37 *apud* COSTA ANDRADE, Manuel. Sobre a reforma do Código Penal Português. Dos crimes contra as pessoas, em geral, e das gravações e fotografias ilícitas, em particular. In: Revista Portuguesa de Ciências Criminais, ano 3, fasc. 2-4, Abril – Dezembro/1993, Coimbra, p. 467.

⁹⁶ Apenas a título de comparação, no direito penal germânico não é consensual entre os autores a caracterização do bem jurídico protegido que concerne o delito das gravações, manifestando-se em torno da confidencialidade da palavra, como um crime de indiscrição e, tão-somente, o direito a palavra falada, como no direito português. Na oportunidade de se manifestar sobre o assunto, o Tribunal Constitucional alemão apontou o direito à palavra falada «sem mais» como bem jurídico típico. Cf. JZ 1973, p. 505 *apud* COSTA ANDRADE, Manuel. Sobre a valoração, como meio de prova em processo penal, das gravações produzidas por particulares. Estudos em Homenagem ao Prof. Doutor Eduardo Correia I, Boletim da Faculdade de Direito – Universidade de Coimbra, número especial. Coimbra, 1984, p. 596.

⁹⁷ CP/PT – Devassa da vida privada: «Art. 192 - 1 - Quem, sem consentimento e com intenção de devassar a vida privada das pessoas, designadamente a intimidade da vida familiar ou sexual: a) Interceptar, gravar, registar, utilizar, transmitir ou divulgar conversa, comunicação telefónica, mensagens de correio electrónico ou facturação detalhada; b) Captar, fotografar, filmar, registar ou divulgar imagem das pessoas ou de objectos ou espaços íntimos; c) Observar ou escutar às ocultas pessoas que se encontrem em lugar privado; ou d) Divulgar factos relativos à vida privada ou a doença grave de outra pessoa; é punido com pena de prisão até

Do mesmo modo que não se exige a intenção de devassa, também não é relevante ao tipo penal o conteúdo da conversa gravada. Não demanda, portanto, qualquer conotação de segredo, ou que a conversa tenha referência com a reserva da vida privada ou da intimidade, bastando tão-só a gravação arbitrária ou a audição não consentidas para caracterização do ilícito⁹⁸.

Assim, a única exigência que o artigo refere é que a palavra seja destinada a outra pessoa ou mais, mas que não seja destinada ao público⁹⁹, e ao referir palavras «proferidas por outra pessoa» afasta, de imediato, a tutela penal de quem grava as suas próprias palavras, tendo apenas relevância quanto à divulgação (utilização) arbitrária.

Ainda, optou o ordenamento português pela teoria dualista do tipo penal, ou seja, mesmo que a gravação seja obtida de forma lícita, com o consentimento do interlocutor, pune-se a título de divulgação arbitrária.

Apesar da existência de preocupação e da proteção com a palavra, a tutela penal está limitada à gravação e divulgação das palavras, seja por qualquer meio mecânico, eletromagnético ou digital¹⁰⁰. O direito português não pune a simples transmissão à distância da palavra em tempo real, que não passe pelo momento da gravação.

A nosso ver, apesar de todos os anseios em proteger à palavra e pela existência de uma legislação tão contenta, nos dias atuais, onde os meios tecnológicos estão cada vez de mais fácil acesso, há de se levar em consideração a oportunidade de criminalizar estas práticas, pela lesividade em relação ao domínio e da autodeterminação da pessoa sobre a palavra¹⁰¹.

Por fim, ressalta-se, que o acordo¹⁰² da pessoa, sendo expresso ou tácito, em possibilitar a outrem gravar ou utilizar as suas palavras exclui a tipicidade do delito, dando

um ano ou com pena de multa até 240 dias. 2 - O facto previsto na alínea d) do número anterior não é punível quando for praticado como meio adequado para realizar um interesse público legítimo e relevante».

⁹⁸ COSTA ANDRADE, Manuel. Op. Cit. (n. 30). p. 596.

⁹⁹ Serão consideradas palavras destinadas ao público as proferidas em órgãos abertos ao público – Câmara e Assembleia Municipal, tribunal, etc. –, comícios, conferências de imprensa, entrevistas radiofônicas ou televisivas, conferências em que a presença é condicionada pela aquisição prévia de entrada... Cf. COSTA ANDRADE, Manuel da. Op. Cit. (n. 67). p. 1207.

¹⁰⁰ Idem. p. 1194.

¹⁰¹ No mesmo sentido, COSTA ANDRADE, Manuel. Op. Cit. (n. 30). p. 603.

¹⁰² Nos casos de criminalidade organizada e econômico-financeira, a Lei nº 5/2002, de 11-01, prevê em seu artigo 6º, disposição única do Capítulo III sobre os meios de produção de prova a admissibilidade «quando necessário para investigações dos crimes referidos no artigo 1º, o registro de voz e de imagem, por qualquer meio sem consentimento do visado», fazendo depender, obviamente, de prévia autorização do juiz, ser o crime de catálogo e a necessidade de investigação de utilização desse meio. Entretanto, esses casos de

causa a gravação atípica ou consentida. Nestes casos, a exclusão da tipicidade se dá pela ausência de lesão ao bem jurídico, diferente das hipóteses que redundam o crime de gravações ilícitas analisadas a seguir.

2.3.2 – *Excludentes da responsabilidade penal das gravações ilícitas*

O crime tipificado das gravações ilícitas depara-se com uma problemática que é dividida entre os doutrinadores em sede de tipicidade e ilicitude/causas de justificação, que procedem a uma redução do tipo penal. São elas: redução teleológica do tipo em sentido vitimodogmático¹⁰³, no que concerne a teoria da caducidade (*Verwirkungstheorie*) – (tipicidade) e como causa de justificação (ilicitude)¹⁰⁴.

A situação que se coloca é da gravação por parte da vítima de um crime de extorsão ou de coação, injúria, propostas de corrupção ou de instigação ao crime e gravação de comunicações que elucubram um comportamento ilícito diretamente com o agente.

Em decorrência dessas hipóteses, a doutrina e a jurisprudência têm convergido no sentido da não responsabilização penal dos autores da gravação. Enquanto uns privilegiam a tipicidade, excluindo a conduta da área de tutela da norma incriminadora, outros remetem para a sede da ilicitude¹⁰⁵.

2.3.2.1 – *Redução do tipo em sentido vitimodogmático*

Na redução teleológica do tipo penal das gravações ilícitas, o pensamento vitimodogmático tem em conta, em nome do princípio da subsidiariedade ou de *ultima ratio* do direito penal, a possibilidade de autotutela que está ao alcance da vítima, ao realizar o impedimento de uma gravação baixando o seu tom de voz. Para esse

ausência de consentimento são para investigações pelas instâncias formais de controle e não para os particulares.

¹⁰³ COSTA ANDRADE, Manuel da. Op. Cit. (n. 67). p. 1218.

¹⁰⁴ COSTA ANDRADE, Manuel da. Op. Cit. (n. 95). p. 464.

¹⁰⁵ COSTA ANDRADE, Manuel da. Op. Cit. (n. 30), p. 603.

pensamento, quem pode impedir uma gravação baixando a voz não deve contar com a tutela da lei¹⁰⁶.

Ainda, o pensamento vitimodogmático baseia-se nos limites imanentes dos direitos fundamentais e quem os ultrapassa, pelo comportamento ilícito, vê caducar a sua proteção jurídica. A ideia principal é de quem atua contra a ordem jurídica, não deve contar com ela. Em outros termos, aquele que é vítima de um crime e grava o diálogo veria afastada a sua responsabilidade penal pelo crime de gravações ilícitas.

Essa tese obteve amparo do BGH alemão, ao limitar a tutela da palavra no «caso do gravador» onde se sustentou que «o que se tutela com os direitos fundamentais é o desenvolvimento da personalidade e não a sua degradação»¹⁰⁷.

Nesses casos, uma vítima de um crime de extorsão está legitimada a registrar em um gravador as ameaças proferidas por outrem no intuito de obter a sua condenação, pois o agente da extorsão faz caducar a proteção sobre a palavra falada que lhe é assegurada.

Todavia, esse posicionamento quanto à tipicidade sofre censura em razão dos princípios basilares do Estado Democrático de Direito, como o da legalidade, pois compete somente ao legislador definir os bens jurídicos e demarcar a devida área de tutela, não cabendo ao aplicador do direito sobrepor e frustrar o que foi inscrito na lei penal¹⁰⁸.

Ainda, outra crítica a esse posicionamento deriva em razão da tutela penal não amparar os agentes de ato ilícito, sob pena de incorrer em uma tolerância ou quiçá a estimulação de «santuários da imoralidade e da ilegalidade»¹⁰⁹.

É diante disso, que a doutrina majoritária busca uma fundamentação para a problemática da não punibilidade das gravações em sede de ilicitude, ou seja, nas causas de justificação¹¹⁰.

¹⁰⁶ COSTA ANDRADE, Manuel. Op. Cit. (n. 67). p. 1218.

¹⁰⁷ NJW 1964, p. 1143 *apud* COSTA ANDRADE, Manuel da. Op. Cit. (n. 30). p. 607.

¹⁰⁸ *Idem*. p. 608.

¹⁰⁹ COSTA ANDRADE, Manuel da. Sobre as proibições de prova em processo penal. Reimpressão, Editora Coimbra, 2006. p. 257.

¹¹⁰ Para resolução de toda problemática que toma o delito das gravações ilícitas, já foram invocadas todas as causas de justificação, desde legítima defesa, direito de necessidade, critério geral de ponderação até prossecução de interesses legítimos. Quem introduziu o conceito *de situação-de-quase-legítima-defesa* foi Larenz, em 1957. Todavia, foi Suppert quem realizou um estudo mais apurado da matéria acabando por restringir o campo de sua aplicação. Cf. SUPPERT, *Studien zur Notwehr und «notwehrähnlichen Lage»*, Bonn: Ludwig Röhrscheid, 1973, p. 65 et seq. *apud* COSTA ANDRADE, Manuel da. *Idem*. p. 258.

2.3.2.2 – As causas de justificação

As causas de justificação até então invocadas pela doutrina, em sede de exclusão da ilicitude, caracterizam-se, sobretudo pelos desencontros conceituais e pelo alcance no preenchimento de seus requisitos.

Apesar de toda divergência, muito mais doutrinal do que prática, o enquadramento atual corresponde de forma consensual no regime da legítima defesa, não havendo dúvidas de que configura um meio necessário e idôneo a afastar a agressão atual e ilícita das gravações e a devida utilização.

Adeptos a este posicionamento estão Suppert e Amelung. Com ressalvas, Schmitt observa que ela transcende os pressupostos desta causa de justificação, fazendo ressaltar que nestes casos enquadrar-se-ia em uma *situação-de-quase-legítima-defesa*¹¹¹.

Sabe-se que os pressupostos que a legítima defesa exige são: de atualidade (da agressão), a necessidade (da defesa) e idoneidade (do meio). Para tanto, a agressão tem de ser atual, na medida em que a legítima defesa deva ocorrer para vislumbrar o sucesso para afastamento da agressão. Assim, a ação tem que ocorrer entre o começo e o fim da agressão, ainda que não tenha sido concluída¹¹².

Desta maneira, enquadram-se as condutas de extorsão, coação, sequestro, etc., que acabam por provocar uma compreensão duradoura e ilícita da liberdade da vítima.

Outrossim, a divergência recai no que tange à falta de atualidade da agressão, deixando de subsistir a justificação da legítima defesa. Ou seja, não cabe às hipóteses de gravações de palavras a fim de comprovar um crime de injúria, por esgotar a agressão ou, nos casos em que a gravação apenas possa prevenir um perigo futuro e ainda, no caso de o autor da extorsão recuar e não proceder a sua repetição¹¹³. Nessas situações, deixa de haver lugar a justificação de legítima defesa partindo para o regime do direito de necessidade.

¹¹¹ De maneira crítica, a doutrina majoritária considera desnecessário e inconveniente a criação de novas excludentes de ilicitude, devendo explorar as causas de justificação já consagradas. Cf. SUPPERT, H. *Studien zur Notwehr und «notwehrähnlichen Lage»*, Bonn: Ludwig Röhrscheid, 1973, p. 290 et seq.; AMELUNG, «Das Problem der heimlichen Notwehr gegen de erpresserische Androhung kompromittierender Enthüllugen», GA, 1982, p. 398 et seq. e; SCHMITT, R. «Tonbänder im Strafprozess», JuS 1956, p. 24 *apud* COSTA ANDRADE, Manuel da. Op. Cit. (n. 95). p. 484.

¹¹² FARIA COSTA, José de. *Noções Fundamentais de Direito Penal: (Fragmenta iuris poenalis)*. 4ª edição, 2015, Coimbra Editora, p. 285.

¹¹³ COSTA ANDRADE, Manuel. *Comentários ao artigo 199º in Comentário Conimbricense do Código Penal: parte especial – Tomo I, artigos 131º a 201º*, 2ª edição, Coimbra Editora, 2012, p. 1224.

Acerca dos demais requisitos, como meio necessário e idôneo, o questionamento só se poderia relevar em relação à salvaguarda de interesses, valores ou bens jurídicos transcendentais ao próprio processo penal¹¹⁴. Vale ratificar, ainda, que não basta a existência de um interesse qualquer, mas sim de um interesse de sensível superioridade.

Em vista disso, os particulares não estão legitimados a realizar gravações sem o consentimento, de quem de direito, tendo como propósito a produção de provas no processo penal, pois essas não têm o condão de excluir a ilicitude do tipo valendo-se das causas de justificação, porquanto o que se outorga é um direito de defesa e não um direito de garantia de prova¹¹⁵, em respeito à dignidade humana e o Estado de Direito.

Por outro lado, de forma contrária ocorre com as instâncias formais de controle, desde que respeitados os limites dos artigos 167 e 187 e seguintes do Código de Processo Penal português¹¹⁶.

2.4 – As gravações como método oculto de investigação no processo penal

Nas palavras de Costa Andrade, os métodos ocultos de investigação¹¹⁷ «representam uma intromissão nos processos de ação, interação e comunicação das pessoas visadas, sem que estas tenham conhecimento do fato nem dele se apercebam». Em decorrência, «continuam a agir, interagir e a comunicar-se de forma “inocente”, fazendo ou dizendo coisas de sentido claramente autoincriminatório ou incriminatório daqueles que com elas interagem ou comunicam»¹¹⁸.

De uma forma geral e nos casos em análise, os meios ocultos de investigação acabam por sacrificar direitos fundamentais como a privacidade, a palavra, a autodeterminação comunicativa, além dos direitos ao silêncio e o princípio *nemo tenetur se*

¹¹⁴ COSTA ANDRADE, Manuel. Sobre a valoração, como meio de prova em processo penal, das gravações produzidas por particulares. Estudos em Homenagem ao Prof. Doutor Eduardo Correia I, Boletim da Faculdade de Direito – Universidade de Coimbra, número especial. Coimbra, 1984, p. 609/11.

¹¹⁵ SUPPERT, H. *Studien zur Notwehr und «notwehrähnlichen Lage»*, Bonn: Ludwig Röhrscheid, 1973, p. 291 *apud* COSTA ANDRADE, Manuel da. Op. Cit. (n. 109). p. 261.

¹¹⁶ COSTA ANDRADE, Manuel da. Op. Cit. (n. 30). p. 612.

¹¹⁷ Atualmente, um dos meios ocultos de investigação mais difundidos são as intromissões nas telecomunicações, especialmente, representada na figura das interceptações telefônicas e dados. Todavia, são demais meios ocultos os agentes encobertos e «homens de confiança», observação oculta, videovigilância, buscas on-line, gravação de imagem com câmeras ocultas, GPS, IMSI-Catcher e etc., além do abordado *in casu* das gravações de conversa face-a-face.

¹¹⁸ COSTA ANDRADE, Manuel da. Op. Cit. (n. 70). p. 105/106.

*ipsum accusare*¹¹⁹, uma vez que levam os «investigados» a produzir provas e a fornecer inconscientemente para o processo fatos, ou em certa medida, até confissões, não esclarecidas e nem livres.

Mas nem só circunstâncias negativas o rodeiam. Como aspecto positivo, também deve-se reconhecer o seu lado imprescindível no âmbito da investigação ao tratar da perseguição na repressão da criminalidade organizada, transnacional e criminalidade qualificada. Aires de Sousa corrobora ao afirmar «ser um meio necessário ao eficaz combate à criminalidade objetivamente grave e de elevada danosidade social»¹²⁰.

Ademais, nas últimas duas décadas esses meios apareceram em larga escala e se instalaram definitivamente no processo penal, com a tendência de um aumento cada vez mais frequente devido aos avanços das inovações tecnológicas.

No Brasil, uma das grandes críticas aos meios ocultos de investigação, em geral, é a benevolência com a qual age o aplicador do direito no deferimento destas medidas. Em Portugal¹²¹, o cenário apresentado pela doutrina não parece ser diferente ao afirmar que o que deveria ser um meio de investigação e de obtenção de prova de última *ratio*, portanto, um meio excepcional por conta da danosidade que causa com a violação dos direitos e liberdades individuais, tornou-se *prima ratio*, vulgarmente admitido¹²².

A fim de evitar o avanço drástico desses meios ocultos com a violação dos direitos fundamentais, e buscando reduzir a complexidade que esses meios causam, a preocupação provém da elaboração de um programa político-criminal compatível com o processo penal de um Estado de Direito.

Em razão dessa demora, Prado critica a omissão do legislador de não agir «na mesma velocidade para estipular critérios e definir mecanismos que protejam este âmbito essencial contra as intrusões repudiadas constitucionalmente»¹²³.

¹¹⁹ MUÑOZ CONDE, Francisco. De las prohibiciones probatorias al derecho procesal penal del enemigo, Buenos Aires: Hammurabi, 2008, p. 65 e MARTELETO FILHO, Wagner. O direito à não autoincriminação no Processo Penal Contemporâneo. Belo Horizonte: Del Rey Editora, 2012. p. 184 et. seq.

¹²⁰ AIRES DE SOUSA, Susana. *Agent provocateur* e meios enganosos de prova. Algumas reflexões. In: Separata de Liber Discipulorum para Jorge Figueiredo Dias. Coimbra Editora, 2003, p. 1208.

¹²¹ Principalmente na legislação portuguesa, as maiores críticas ao meio oculto de investigação podem ser observadas por: FARIA COSTA, José Francisco. As telecomunicações e a privacidade: o olhar (in)discreto de um penalista. Direito penal da comunicação: alguns escritos. Coimbra, 1998, p. 174 et seq.. e; COSTA ANDRADE, Manuel da. Op. Cit. (n. 70). p. 104 et seq.

¹²² VALENTE, Manuel Monteiro Guedes. Escutas telefônicas: da excepcionalidade à vulgaridade. 2ª edição. Coimbra: Almedina, 2008. p. 17.

¹²³ PRADO, Geraldo. Prova penal e sistema de controles epistêmicos: a quebra da cadeia de custódia das provas obtidas por métodos ocultos. 1ª edição, São Paulo: Marcial Pons, 2014. p. 59.

Costa Andrade, a exemplo do ocorrido na experiência germânica, destaca a importância, antes de mais, da elaboração de uma teoria geral das formas ocultas de investigação capaz de servir como suporte ao respectivo regime jurídico, identificando e definindo as categorias e os princípios basilares comuns às formas típicas de investigação e à sua aplicação. À vista disso, portanto, socorreria a resolução de possíveis conflitos, inconsistências e assimetrias que o ordenamento positivo poderia oferecer¹²⁴.

Ora, é certo que esses meios vieram para ficar, sendo por muitas vezes necessários, pois essas tecnologias oferecem ao processo penal uma infinidade de possibilidades de investigação.

Contudo, é pacífico na doutrina que esses métodos devem ser regulamentados sob reserva de um conjunto articulado e exigente de pressupostos de índole material e formal-procedimental, cujo preenchimento cumulativo vinculará a legitimidade e validade desses meios de recolha de provas no quadro do Estado de Direito¹²⁵. Entre os quais, ressalta-se uma expressa exigência de legalidade e de reserva de lei, como tem-se percebido, nesse sentido, um empenho nas decisões do Tribunal Europeu de Direitos Humanos¹²⁶, mirando sempre a proteção dos direitos fundamentais.

2.4.1 – Da reserva de lei

Como antevisto, configurando um sacrifício aos direitos fundamentais dos cidadãos, os meios ocultos de investigação criminal estão sujeitos à uma exigência de reserva de lei.

¹²⁴ COSTA ANDRADE, Manuel da. Métodos ocultos de investigação. (Pläydoer para uma teoria geral), *in*: Que futuro para o direito processual penal? Simpósio em homenagem a Jorge de Figueiredo Dias, por ocasião dos 20 anos do Código de Processo Penal Português. Coimbra Editora, 2009. p. 537.

¹²⁵ COSTA ANDRADE, Manuel da. Op. Cit. (n. 70). p. 107.

¹²⁶ Em 1993, o caso A. c. França – O Tribunal Europeu dos Direitos Humanos decidiu que uma médica de Paris foi acusada de envolvimento numa tentativa de homicídio juntamente com mais cinco suspeitos. A prova obtida contra ela incluía a gravação de uma conversa telefônica com um dos suspeitos que se tornara informante da polícia e havia consentido na gravação. Segundo o Tribunal, como a gravação não foi autorizada pelo juiz de instrução e aquela ingerência, não estava prevista em lei, foi violado o direito ao respeito da “correspondência”, no sentido do artigo 8º da Convenção.

Já no ano 2000, no caso Khan c. Reino Unido – tráfico internacional de heroína, o Tribunal inglês teve em conta prova decorrente de gravações de conversa telefônica que ele tinha no apartamento de um amigo, obtidas graças a um aparelho de escuta instalado pela própria polícia. Na altura dos fatos não havia no Reino Unido um sistema legal para regular a utilização de aparelhos de escutas telefônicas. Por não estar previsto em lei, como exigido no artigo 8-2 da Convenção, Tribunal concluiu que foi violado. Cf. SOUSA, João Ramos de. Op. Cit. p. 53.

A ideia de um Estado de Direito contra o exercício ilegítimo e incontrolável do *ius puniendi* tem como escopo o corolário de que só a lei pode autorizar e legitimar medidas. Em função desse postulado há de se erguer uma tutela que se distende à algumas exigências normativas e implicações prático-jurídicas.

Uma delas, a começar, trata-se da previsão na lei de forma clara da identificação tanto do bem jurídico ou o direito fundamental lesado ou atingido, bem como a demarcação com rigor dos limites da agressão permitida e o seu fundamento. Ainda, deve conter a previsão da forma e a modalidade técnica da invasão¹²⁷.

Portanto, somente uma lei expressa, clara e determinada, capaz de definir as condições de aplicação, delimitar o conteúdo das intromissões e especificar a respectiva medida de invasividade e devassa pode legitimar a utilização desses meios de obtenção de prova em processo penal.

Com isso, em caso de existência de lei regulamentadora, essas formas legítimas de intromissão e devassa terão de ser interpretadas e aplicadas no estrito respeito pelos seus limites legais.

Deste modo, conclui-se que, se no decorrer dos avanços tecnológicos surgirem novas medidas invasivas, esse preceito normativo não poderá ser «encarado como uma espécie de norma penal em branco» ou, em caso de silêncio, ser interpretado por princípios constitucionais, uma vez que a previsão legal é um pressuposto de exigência de validade dessas medidas.

De forma indiscutível, só é possível o recurso a um novo método oculto de investigação em processo penal depois de prévia, explícita e autônoma intervenção do legislador ordinário. Em sentido contrário, é de considerar que a produção e valoração das provas obtidas com esses meios ocultos de investigação serão ilegais e ilegítimas, enquanto não for adotada nova e pertinente lei de autorização¹²⁸.

Na visão de Costa Andrade, é um entendimento que obriga o legislador ordinário a uma atitude de perseverante vigilância sobre as possibilidades técnicas de investigação susceptíveis de contender com os direitos de máxima grandeza¹²⁹.

Acresce ainda a reserva de lei outros pressupostos de carácter material-substantivo e formal, a fim da sua complementariedade. Cita-se: um catálogo de infrações cuja

¹²⁷ COSTA ANDRADE, Manuel da. Op. Cit. (n. 70) .p. 112.

¹²⁸ COSTA ANDRADE, Manuel da. Op. Cit. (n. 70). p. 112/113.

¹²⁹ Idem. p. 113.

perseguição pode legitimar cada um dos meios ocultos em causa, observados pelo princípio da proporcionalidade, devido à danosidade social em geral associada a esses meios ocultos¹³⁰.

Assim, referindo-se às gravações entre presentes, esse catálogo de crimes deverá, em comparação ao catálogo das escutas telefônicas, ser mais reduzido e circunscrito a crimes de maior gravidade, sob pena de inconstitucionalidade da norma, pelo princípio da proporcionalidade¹³¹.

Ainda, a admissibilidade do meio deverá ser avaliada em uma relação concreta de uma suspeita fundada da ocorrência de um ato ilícito¹³², tratando-se de fatos concretos e não sobre uma simples suspeita infundada.

Como requisitos finais, consta ainda a subsidiariedade e a autorização/ordenação da medida por uma autoridade competente (reserva de juiz), exemplificadas a seguir, respectivamente.

2.4.2 – *Da subsidiariedade*

O regime jurídico-processual dos meios ocultos de investigação deve obedecer a um estrito princípio de subsidiariedade. Por conseguinte, não deve recorrer-se a meios ocultos quando for possível alcançar os mesmos resultados de investigação com a aplicação de meios «descobertos».

Tendo em vista a recente proclamação realizada pelo Tribunal alemão, pode-se concluir que só pelo fato dos meios de investigação serem ocultos já os tornam mais gravosos que os demais. Destaca-se: «a intensidade de devassa de um meio de intromissão é determinada pelo seu secretismo. Num Estado de Direito, a *Heimlichkeit* [sigilo] das medidas estaduais de investigação é a exceção e carece de especial justificação»¹³³.

¹³⁰ COSTA ANDRADE, Manuel da. Op. Cit. (n. 124). p. 545.

¹³¹ Justifica-se essa medida pelo grau de devassa e invasão da privacidade e da violação da autodeterminação comunicativa que as gravações de conversas entre presentes apresentam. Enquanto escutas telefônicas, o indivíduo ao confiar nos serviços de telecomunicações sabe que perde o domínio e controle das coisas, tendo uma expectativa mais baixa do que quem se comunica pessoalmente, num ambiente que acredita ser alheio a intromissões. Cf. Idem. p. 538.

¹³² PRADO, Geraldo. Op. Cit., 2014. p. 59.

¹³³ Proclamação do Tribunal Constitucional Federal alemão em 27.02.2008, citado por COSTA ANDRADE, Manuel da. “Bruscamente no verão passado”, a reforma do Código de Processo Penal: Observações críticas sobre uma Lei que podia e devia ter sido diferente. Coimbra Editora, 2009, p. 115.

Dessa forma, é diante disso que a subsidiariedade exerce o importante papel de vedar a utilização de qualquer meio oculto de investigação sempre que seja possível lançar mão de um meio menos gravoso e igualmente idôneo para o andamento da investigação. A título de ilustração, não se deve, por exemplo, proceder à gravação de conversa entre presentes, se puder se valer das escutas telefônicas.

Por fim, outra importante função da subsidiariedade é limitar a utilização de diversos meios ocultos, abonando somente a utilização de duas ou mais medidas, face às manifestações extremadas da criminalidade, em conformidade com a proporcionalidade.

2.4.3 – Da proporcionalidade

No que tange à proporcionalidade, prepondera no plano material, o importante papel do princípio da proporcionalidade ao reger os limiares dos pressupostos materiais já explanados.

Para além disso, o regime dos meios ocultos deverá obedecer a um princípio de proporcionalidade em sentido estrito, visando estabelecer uma ponderação para que a gravidade da intromissão de determinada medida não seja desproporcionada face ao peso das razões que a justificam.

Seguindo o que Canotilho e Vital Moreira lecionam, o princípio da proporcionalidade em sentido restrito «significa que os meios legais restritivos e os fins obtidos devem situar-se numa «justa medida», impedindo-se a adoção de medidas legais restritivas desproporcionadas, excessivas em relação aos fins visados»¹³⁴.

Com efeito, *in casu*, cabe ao legislador um recurso a uma metodologia de ponderação de valores, interesses e contra interesses e a concordância prática desses direitos contrapostos, buscando encontrar um ponto de equilíbrio entre eles. De um lado, o direito fundamental que é objeto de restrição legal; e de outra banda, o direito que justificará essa restrição. Isto é, o universo dos direitos e dos sujeitos atingidos, a

¹³⁴ CANOTILHO, J. J. Gomes e MOREIRA, Vital, CRP – Constituição da República Portuguesa anotada, vol. I, artigos 1º a 107º, 4ª edição, Revista Reimpressão, Coimbra Editora, Outubro, 2014, p. 392 et. seq.. No mesmo sentido: ALEXY, Robert. Teoria dos direitos fundamentais. Tradução de Virgílio Afonso da Silva. São Paulo: Malheiros, 2008, p. 157 et seq.. e; GRINOVER, Ada Pellegrini. Do regime das interceptações telefônicas no projeto de novo CPP - proposta de emendas do IBDP, Boletim IBCCRIM. 213 - Edição Especial, v. 18, 2010, p. 02.

eminência e dignidade dos bens jurídicos a salvaguardar um bem, como a idoneidade da medida, para conseguir.

Assim, «o que se prescreve a proporcionalidade *strictu sensu* é uma exigência de racionalidade e de justa medida, no sentido de que o órgão competente proceda a uma correta avaliação da providência adotada em termos qualitativos e quantitativos e, bem assim, para que esta não fique aquém ou além do que importa para se obter o resultado devido – nem mais, nem menos»¹³⁵.

Importante ressaltar que um dos aspectos da proporcionalidade em sentido estrito, como analisado, baseia-se na exigência de que o sacrifício imposto a uma das partes não vá além de uma justa medida. O desígnio na proporcionalidade *strictu sensu* é evitar soluções legais desequilibradas, ao passo que ao ceder um direito em face de outro se transforme ou se aniquile, por falta de contenção do legislador.

Por essa razão, os meios ocultos de investigação têm de integrar as soluções normativas que garantam a inviolabilidade da área nuclear da intimidade. Nesse seguimento, mesmo com a ausência legal nos países tratados¹³⁶, já antecipa Costa Andrade que «pela natureza das coisas, em se tratando de meios ocultos de investigação, muitos deles integrando não raro procedimentos automatizados, em princípio, será difícil, se não mesmo impossível, assegurar a tutela da área nuclear da intimidade logo no momento da recolha de dados ou de produção de prova. Tal só poderá normalmente lograr-se, num segundo e ulterior momento de exame e apreciação dos dados recolhidos ou, mesmo, já só na 25ª hora, em sede de proibição de valoração»¹³⁷, devendo ser imediatamente destruídos, estando definitivamente preclusa a admissibilidade de sua valoração.

¹³⁵ MIRANDA, Jorge e SILVA, Jorge Pereira da. Comentários ao artigo 18º *in*: MIRANDA, Jorge e MEDEIROS, Rui. Constituição da República Portuguesa Anotada, Tomo I, 2.ª ed., Coimbra, 2010, p. 373.

¹³⁶ Em vista da transposição da Directiva 2006/24 da União Europeia, entrou em vigor em 01/01/2008 na Alemanha, a lei para o novo regime da intromissão nas telecomunicações e de outros meios ocultos de investigação (§§ 81 ss. e 100a ss.). Aproveitando a oportunidade, assegurou neste domínio o respeito da área nuclear inviolável da intimidade. Cf. COSTA ANDRADE, Manuel da. “Bruscamente no verão passado”, a reforma do Código de Processo Penal: Observações críticas sobre uma Lei que podia e devia ter sido diferente. Coimbra Editora, 2009, p. 24.

Directiva 2006/24 da União Europeia disponível em: <http://eur-lex.europa.eu/legal-content/PT/TXT/HTML/?uri=CELEX:32006L0024&from=PT> Acesso: 14/04/2016.

¹³⁷ COSTA ANDRADE, Manuel da. “Bruscamente no verão passado”, a reforma do Código de Processo Penal: Observações críticas sobre uma Lei que podia e devia ter sido diferente. Coimbra Editora, 2009, p. 117.

2.4.4 – Da reserva de juiz

Por fim, como último pressuposto, exige-se ainda a reserva de juiz, pela competência em decidir sobre a medida ou autorizar a sua realização.

Entretanto, em decorrência da experiência prática apresentada pelos tribunais e debatidas pela doutrina, mostra-se extremamente importante ressaltar o papel (sentido e função) de como a reserva de juiz deve ser interpretada e aplicada.

Dessa maneira, seu primordial e medular sentido é de assegurar a tutela preventiva dos direitos de uma pessoa exposta à invasão e à devassa e, que, devido ao seu desconhecimento, não possui qualquer possibilidade de garantir a sua própria defesa.

Outrossim, é conhecido que – sendo certos e drásticos – existem diversos danos advindos dos meios ocultos de investigação, além de suas vantagens serem incertas e muitas vezes inexistentes. Sabe-se também, dos efeitos que a violação e interferência que esses métodos ocasionam aos direitos fundamentais. E é tendo em conta essas justificações, mas não só, que se vê necessário uma autoridade neutra e independente, empenhada a proteger efetivamente ou minimizar as agressões a esses direitos.

A função do juiz, nesses casos, é assegurar a paridade de armas para que o processo penal não seja apenas uma cerimônia protocolar antecedente ao castigo ou, meramente um jogo de cena¹³⁸.

Então, o juiz ao analisar o pedido de concessão/deferimento da medida, deve ponderar os argumentos que a pessoa atingida poderia invocar se tivesse possibilidade de gozar do contraditório. Assim, «Deve escrutinar autonomamente a versão carreada pela acusação, submetendo a apreciação crítica a sua pertinência e plausibilidade»¹³⁹. Além de que não deve tomar os fatos abarcados como verdadeiros, pois apenas lhe chega a versão pelos interessados na investigação.

Procedendo desta forma, não correria o risco de figurar reduzido ao *status* de *longa manus* do Ministério Público. Ou seja, se na prática assim realmente o fosse, evitaria a principal crítica à reserva de juiz, da qual dá-se pela desconfiança difusa e generalizada quanto a eficácia da tutela preventiva.

Dados empíricos confirmam a propensão para, em praticamente todos os casos, o juiz decidir, conforme o solicitado. Em função disso, acrescem as vozes que dão sentido as

¹³⁸ PRADO, Geraldo. Op. Cit. (n. 123). p. 44.

¹³⁹ COSTA ANDRADE, Manuel da. Op. Cit. (n. 70). p. 118.

críticas corroboradas pela frustração e desencanto generalizado das expectativas colocadas na reserva de juiz¹⁴⁰.

Não difere em nada a realidade brasileira, ficando, na sua maioria, os juízes adstritos praticamente aos pedidos e pareceres do Ministério Público e órgãos policiais. Pelo visto, conforme alude Costa Andrade, de igual forma é o quadro retratado em Portugal¹⁴¹.

O direito comparado, a fim de resolver essa problemática que também se faz presente na experiência germânica, resolveu como medida possível a realização de uma fundamentação autônoma e suficiente da decisão de autorização da medida oculta de investigação.

Assim, essa fundamentação deverá versar, sobretudo, a respeito da suspeita e da subsidiariedade da medida. Destaca Costa Andrade que «se o juiz não pode deferir a medida só porque o Ministério Público a solicita, também não pode, pura e simplesmente, remeter-se à fundamentação por ele apresentada»¹⁴².

Isto posto, a falta de fundamentação ou a sua insuficiência só poderá ter como resultado a ilegalidade da medida, e por conta disso, a proibição de valoração dos meios de prova por ela produzidos.

Dessa forma, como se vê, é um trabalho complexo que exige ao legislador, mas que não pode furtar-se da elaboração do regime jurídico dessas formas de investigação. A falta ou ausência da legalidade e pela clandestinidade desse meio de obtenção de prova, por si só, caracterizam o desrespeito do princípio do *due process of law*, basilar ao Estado Democrático de Direito.

Como consequência, só resta afirmar a ilegalidade de todas as medidas e a consequente proibição de valoração dos meios de prova por ela obtidos.

¹⁴⁰ Crítica na expressão de Brüning, como um «tigre sem dentes» em que a reserva de juiz pode ter se transformado. Schünemann, por sua vez, a fim de superar as comprovadas debilidades deste «sedativo», avança ao propor a intervenção de um advogado nomeado pela Ordem para estar presente junto ao juiz de instrução, sindicando a admissibilidade e legalidade da medida, em concreto. BRÜNING, Janique. «Privatisierungstendenzen im Strafprozess – Chancen und Risiken der Mitwirkung sachverständiger Privatpersonen in strafrechtlichen Ermittlungsverfahren», StV, 2008, p. 100 et. seq., *apud* COSTA ANDRADE, Manuel da. Op. Cit. (n. 70). p. 119.

¹⁴¹ COSTA ANDRADE, Manuel da. Op. Cit. (n. 124). p. 547.

¹⁴² *Idem*. p. 550.

3 - Das gravações clandestinas como prova no processo penal

Após expostos os conceitos normativos e doutrinários que servem de base para a análise do tema central que nos propomos, passa-se à averiguação da admissibilidade/inadmissibilidade e possibilidade de valoração ou não dessas gravações produzidas pelos particulares, como prova no processo penal.

É de conhecimento dos operadores e estudiosos do Direito toda a problemática existente quando se refere ao tema de proibições de prova devido à pluralidade de valores ou interesses em conflitos. A complementar e acrescer ainda mais essa dificuldade, precisamente nos casos em análise, tem-se a questão da tentativa de auferir a legitimidade das gravações clandestinas realizadas por particulares, sem autorização legal.

Justifica-se a isso toda controvérsia e polêmica que a matéria envolve no horizonte brasileiro e por possuir ensinamentos, doutrinários e jurisprudenciais, resvalando para infinitos lados, como se analisou até então e sopesar-se-á pormenorizadamente no capítulo a seguir.

Em termos abruptos, diferente dessa circunstância, encontra-se o panorama português, tanto pelo fato do alinhamento que seu ordenamento jurídico nos remonta, como também pela mínima divergência doutrinária e jurisprudencial existente. Todavia, não está a salvo de críticas, como se verá.

3.1 – Da inadmissibilidade das Provas

As Constituições Portuguesa e Brasileira são as principais fontes de proibição de provas, seguidas pela legislação penal e processual, ordem estabelecida pelas instâncias normativas que compõem o sistema jurídico romano-germânico.

Após aspectos históricos, os quais proporcionaram transformações na compreensão do sentido e função dos direitos fundamentais – que eram referenciados como individuais e que, em um Estado Democrático de Direito, perfilam-se como valores essenciais à ordenação social e à subsistência e promoção do próprio Estado¹⁴³ –, o processo penal passou a ser visto de outra forma.

¹⁴³ COSTA ANDRADE, Manuel. Op. Cit. (n. 30). p. 553.

Como se sabe, os direitos fundamentais não servem apenas para proteger o cidadão, mas também para o interesse de toda sociedade, inclusive para que o processo penal siga conforme as regras do Estado Democrático de Direito, assegurando igualdade, paz jurídico-social e a confiança nas leis. Em decorrência, em vez de posicionarem-se numa relação antagônica, passam a se estruturar cada vez mais numa relação de maior equilíbrio e ponderação normativa¹⁴⁴.

Dessa forma, ao considerar que o ser humano é visto como sujeito de direitos, a recolha das provas deve respeitar esse entendimento.

Assim é que a doutrina jurídica moderna tem entendido que se encontra superada a visão do processo penal como instrumento voltado à busca da verdade real ou material. Isso porque, a busca pela verdade no processo penal não deve se dar de forma desmedida¹⁴⁵, a ponto de se transmutar «num valor mais precioso do que do que a proteção da liberdade individual», com a violação da dignidade humana em prol da defesa social¹⁴⁶.

Figueiredo Dias assegura no sentido de que «uma verdade que, não sendo «absoluta» ou «ontológica» há de ser antes de tudo uma verdade judicial, prática e, sobretudo, não uma verdade obtida a todo preço mas processualmente válida»¹⁴⁷.

Assim sendo, a perseguição penal pelo Estado está legitimada pelas regras do processo penal que impõe limites¹⁴⁸ quanto à forma de obtenção de provas. Com isso, «O aproveitamento de um meio de prova, obtido à custa da violação da exigência de respeito da dignidade humana do arguido, para a sua condenação e punição contraria a ideia de direito e cuja realização o processo penal está preordenado»¹⁴⁹.

Destarte, a fim de estabelecer esses limites, passou a vigorar a inadmissibilidade das provas ilícitas.

¹⁴⁴ Idem. p. 557.

¹⁴⁵ HUNGRIA, Nelson. A liberdade dos meios de prova. Revista jurídica, vol. 33, 1958. p. 05 et. seq.

¹⁴⁶ GRINOVER, Ada Pellegrini, GOMES FILHO, Antonio Magalhaes e FERNANDES, Antonio Scaranse. Op. Cit. p. 149 et. seq.

¹⁴⁷ DIAS, Jorge Figueiredo. Direito Processual Penal, 1º vol., Coimbra: Coimbra Editora, 1974. p. 194.

¹⁴⁸ Define que esses limites corresponderiam a regimes rigorosos, devendo haver um controle judicial forte para alcançar um maior equilíbrio e assim delimitar a busca da verdade. Cf. BRAZ, José. Investigação criminal: a organização, o método e a prova: os desafios da nova criminalidade. 3ª ed. Coimbra: Almedina, 2013. p.75; TEIXEIRA, António de Jesus. Os limites do efeito-à-distância: nas proibições de prova no processo penal português. Lisboa: Universidade Católica Editora, 2014. p. 13 et. seq.

¹⁴⁹ H. Otto, Die strafprozessuale Verwertbarkeit von Beweismitteln, die durch Eingriff in Rechte anderer von Privaten erlangt wurden, in Festschrift für Th. Kleinknecht, München, 1985, p. 330 *apud* COSTA ANDRADE, Manuel da. Op. Cit. (n. 30). p. 555.

Atualmente, há uma corrente minoritária que defende, de forma irrestrita, o princípio da proibição de todas as provas obtidas de maneira ilícita. Dentro dessas vozes destaca-se SYDOW, ao argumento de que a não aceitação das provas obtidas de forma ilícita respeita as normas do Estado de Direito propiciando a segurança jurídica e, por outro lado, ter um processo baseado em provas contrárias ao ordenamento possui um caráter com «dupla moral»¹⁵⁰.

Contrariando esse posicionamento, a doutrina alemã dominante – entre eles Roxin, Schmidt e Otto – assevera que as normas de proibições de prova se dirigem apenas às instâncias formais de controle, sendo suscetíveis de valoração. Quanto às provas ilicitamente produzidas por particulares, deve haver uma maior cautela em sua valoração. Para essa corrente doutrinária, portanto, não há qualquer princípio no processo penal que impeça a utilização de um meio de prova mesmo que obtida à custa de uma conduta ilícita por particular¹⁵¹.

No entanto, para essa aceitação devem ser respeitados os limiares mínimos de respeito pela integridade dos direitos humanos fundamentais ou por condições atinentes à salvaguarda da credibilidade do processo penal como forma privilegiada de revelação do Estado de Direito¹⁵². Dessa forma, sempre que o processo da sua obtenção atenta contra os direitos humanos do arguido, o particular deverá abrir mão da prova em nome da respeitabilidade e credibilidade da ideia de direito¹⁵³.

Outrossim, essas correntes doutrinárias, como visto, têm origem na doutrina germânica. Dessa feita, importante para o objeto do presente estudo é saber qual a regra adotada nos ordenamentos jurídicos dos países em análise, como ver-se-á a seguir.

3.1.1 – A inadmissibilidade das provas ilícitas na perspectiva constitucional brasileira

¹⁵⁰ SYDOW, F, Kritik der Lehre von den «Beweisverbote», Würzburg, 1976, p. 100 et seq. *apud* COSTA ANDRADE, Manuel da. Op. Cit. (n. 30). p. 573.

¹⁵¹ COSTA ANDRADE, Manuel. Op. Cit. (n. 30). p. 574.

¹⁵² Há de ressaltar, que os autores que sustentam a tese da admissibilidade da valoração dos meios de prova obtidos de modo penalmente ilícito por particulares apõem limites, dado que nenhum autor defende de modo absoluto. Entretanto, de modo consensual defendem que sempre que a obtenção do meio de prova estiver manchada pelo atentado contra os direitos fundamentais do arguido essa prova não poderá ser valorada. Admitir tal valoração significaria a concretização da mensagem de que «o crime, afinal, compensa.» AMELUNG, Informationsbeherrschungsrechte, p. 60 et. seq. *apud* COSTA ANDRADE, Manuel da. Op. Cit. (n. 109). p. 46.

¹⁵³ KLEINKNECHT, TH., «Die Beweisverbote im Strafprozess», NJW 1966, p. 1543 *apud* COSTA ANDRADE, Manuel. Op. Cit. (n. 30). p. 575.

Hodiernamente, o ordenamento jurídico constitucional brasileiro veda, expressamente, a utilização de provas ilícitas em seu artigo 5º, inciso LVI¹⁵⁴ ao dispor sobre a sua inadmissibilidade, de forma geral.

Por sua vez, o Código Processual Penal, em seu artigo 157¹⁵⁵ vem a definir o conceito de provas ilícitas, até então suprido pela doutrina. Assim, entende-se por prova ilícita a prova colhida com infração às normas constitucionais ou de direito material. Como consequência, se a obtenção da prova for ilícita, deverá ser afastada, ainda que isso propicie o risco da impunidade do culpado¹⁵⁶.

Em aspectos conceituais não se nota grandes problemas. Todavia, as maiores dificuldades acerca das provas ilícitas decorrem das questões das liberdades públicas, em que estão assegurados os direitos e garantias fundamentais da intimidade, liberdade e da dignidade humana.

A primeira grande discussão envolvendo as gravações clandestinas, hoje superada, era aquela que envolvia saber se a sua obtenção violaria a garantia constitucional prevista no 5º, inciso XII¹⁵⁷ acerca da inviolabilidade telefônica, e por isto, ser inadmissível como prova.

O Plenário do colendo Supremo Tribunal Federal brasileiro supriu essa questão ao dispor que a matéria em nada se entende com o disposto no artigo 5º, XII da CF, o qual apenas protege o sigilo de comunicações telefônicas. Faz ainda referência, que o inciso citado se refere a uma ciência não autorizada de terceiro, como já visto, a diferença conceitual entre a gravação clandestina da interceptação telefônica¹⁵⁸.

¹⁵⁴ Artigo 5º Todos são iguais perante a lei, sem distinção de qualquer natureza, garantindo-se aos brasileiros e aos estrangeiros residentes no País a inviolabilidade do direito à vida, à liberdade, à igualdade, à segurança e à propriedade, nos termos seguintes: (...) LVI - - são inadmissíveis, no processo, as provas obtidas por meios ilícitos.

¹⁵⁵ CPP/BR - Art. 157. São inadmissíveis, devendo ser desentranhadas do processo, as provas ilícitas, assim entendidas as obtidas em violação a normas constitucionais ou legais.

¹⁵⁶ GRINOVER, Ada Pellegrini, GOMES FILHO, Antonio Magalhaes e FERNANDES, Antonio Scaranse. Op. Cit. p. 126 et seq.

¹⁵⁷ Artigo 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;

¹⁵⁸ *Habeas-corpus* 75.338-RJ, 1998, Rel. Min. Nelson Jobim: «*Considera-se prova lícita a gravação telefônica feita por um dos interlocutores da conversa, sem o conhecimento do outro. Afastou-se o argumento de afronta ao art. 5º, XII, da CF (...), uma vez que esta garantia constitucional refere-se à interceptação de conversa telefônica feita por terceiros, o que não ocorre na hipótese. Com esse entendimento, o Tribunal, por maioria, indeferiu o pedido de habeas-corpus em que se pretendia o trancamento da ação penal contra magistrado denunciado por crime de exploração de prestígio (...), com*

Observa-se no voto da jurisprudência citada, que o Tribunal indeferiu um pedido de habeas corpus para trancamento de uma ação penal baseado na gravação clandestina considerando-a lícita por não se tratar de interceptação, ou seja, não abrangida pela regra constitucional de inviolabilidade. Contudo, cabe ressaltar que em nenhum momento se posicionou sobre constituir ou não uma prova ilícita, por violar o direito a inviolabilidade da vida privada, previsto no artigo 5º, inciso X¹⁵⁹, do mesmo diploma legal.

Desta forma, deu início a segunda problemática e até os dias atuais não apresenta uma solução unívoca.

Por um lado, há adeptos na doutrina, e novamente decisões jurisprudenciais de que a gravação clandestina viola o preceito constitucional da garantia da intimidade e da vida privada.

Bulos vai mais adiante e afirma que além da privacidade, a gravação clandestina atinge o princípio da dignidade humana e vulnera o da legalidade, previstos no art. 1º, inciso III e 5º, inciso LV, respectivamente¹⁶⁰.

No direito português, Almeida afirma que «o registro de voz e de imagem pode lesar não só o direito à imagem e à palavra falada, mas também determinadas circunstâncias, o direito à privacidade, bens jurídicos com expressa consagração constitucional e objeto de autônoma tutela penal»¹⁶¹. Aqui se percebe um claro distanciamento da legislação lusitana. A tutela penal que reveste o direito à palavra como um bem jurídico autônomo no ordenamento, minimiza ou quiçá exclui toda a controvérsia.

De maneira clara, Gomes corrobora a esse entendimento ao afirmar que a discussão se dá, justamente, pela ausência de lei que discipline essas gravações. Fundamenta que o direito fundamental à privacidade pode ser restringido, mas somente pelo legislador. Pela falta de lei que restrinja o direito fundamental, deve prevalecer o seu sentido amplo. E, desta forma, conclui que admitir a gravação clandestina como meio lícito

base em conversa telefônica gravada em secretária eletrônica pela própria pessoa objeto da proposta. Vencidos os Ministros Marco Aurélio e Celso de Mello, que deferiam a ordem. Mesmo sentido: RE 402.717-8/PR, 2ª Turma, de 02/12/2008

¹⁵⁹ Artigo 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;

¹⁶⁰ BULOS, Uadi Lammêgo. Curso de Direito Constitucional, 5ª edição, Saraiva. p. 582.

¹⁶¹ ALMEIDA, Carlos Rodrigues de, O registro de voz e de imagem : notas ao artigo 6. da lei n. 5/2002, de 11 de janeiro, Revista Portuguesa de Ciência Criminal. n. 3, v. 14, 2004. p. 375.

de prova, de maneira ampla, é abolir um dos mais importantes direitos fundamentais, o da privacidade¹⁶².

A doutrina majoritária brasileira ressoa no sentido de serem refutadas como prova no processo penal todas as gravações clandestinas, por serem patentemente ilícitas, tendo seu fulcro sempre na violação da esfera privada do indivíduo, não importando o conteúdo do diálogo captado¹⁶³.

Pouco importa também se o «ilícito foi cometido por agente público ou por particulares, porque, em ambos os casos, a prova terá sido obtida com infringência aos princípios constitucionais que garantem os direitos da personalidade. (...) toda vez que uma prova for colhida em desrespeito aos princípios constitucionais, expressos ou implícitos, no que concerne à tutela do direito à intimidade e de seus desdobramentos, a referida prova não poderá ser admitida no processo, por subsumir-se no conceito de inconstitucionalidade»¹⁶⁴.

Face estes casos, o Superior Tribunal de Justiça tem se manifestado no sentido de não admitir as gravações clandestinas como meio de prova, porquanto violam a privacidade do participante do diálogo¹⁶⁵.

De maneira antagônica ao apresentado, uma parte da doutrina tem sustentado que, diferente do que ocorre na interceptação telefônica, nas gravações clandestinas quem efetua a gravação é um o interlocutor ativo na conversa e, em razão disso, acaba por dividir a sua intimidade com outra pessoa. Assim, não se pode interpretar, nesse caso, a existência

¹⁶² GOMES, Luiz Flávio. Interceptação telefônica: comentários à lei 9.296, de 24.07.1996, 2ª edição, 2013. p. 65 et. seq.

¹⁶³ Cf. CABETTE, Eduardo Luiz Santos. Gravações clandestinas e ambientais: tutela constitucional da intimidade e os agentes públicos, Boletim IBCCRIM. nº. 65, 1998. 05-06; GOMES, Luiz Flavio; CERVINI, Raúl. *Interceptação telefônica*. São Paulo, Revista dos Tribunais, 1997 e GRINOVER, Ada Pellegrini; GOMES FILHO, Antonio Magalhaes; FERNANDES, Antonio Scaranse. Op. Cit.

¹⁶⁴ GRINOVER, Ada Pellegrini. Op. Cit. p. 151 et. seq.

¹⁶⁵ STJ - HABEAS CORPUS HC 57961 SP 2006/0085861-4 (STJ) Data de publicação: 12/11/2007
Ementa: PROCESSUAL PENAL. HABEAS CORPUS SUBSTITUTIVO DE RECURSO ORDINÁRIO. ART. 121 , DO CÓDIGO PENAL . GRAVAÇÃO DE CONVERSA TELEFÔNICA POR UM DOS INTERLOCUTORES. AUTOR DA GRAVAÇÃO QUE NÃO A REALIZOU PARA A PRÓPRIA DEFESA E, TAMPOUCO, EM RAZÃO DE INVESTIDA CRIMINOSA. INDEVIDA VIOLAÇÃO DA PRIVACIDADE. ILICITUDE DA PROVA. No mesmo sentido: TRE-PR - RECURSO ELEITORAL RE 8886 PR (TRE-PR) Data de publicação: 19/07/2010 Ementa: RECURSOS ELEITORAIS. REPRESENTAÇÃO. CAPTAÇÃO ILÍCITA DE SUFRÁGIO. ART. 41-A , DA LEI N. 9.504 /97. GRAVAÇÃO DE CONVERSA POR UM DOS INTERLOCUTORES. AUTOR DA GRAVAÇÃO QUE NÃO A REALIZOU PARA DEFESA PRÓPRIA OU EM RAZÃO DE INVESTIDACRIMINOSA. INDEVIDA VIOLAÇÃO DA PRIVACIDADE. ANÁLISE DA LICITUDE DA PROVA A DEPENDER DO CASO CONCRETO. ILICITUDE DA PROVA. ALEGAÇÃO DE OFERTA DE BENS EM TROCA DO VOTO. NECESSIDADE DE PROVA CABAL DO FATO E DA PARTICIPAÇÃO DOS REPRESENTADOS. RECURSOSDESPROVIDOS.

de violação de intimidade ou privacidade, já que esta é, na verdade, compartilhada e, uma vez externada, ou mesmo confidenciada ao conhecimento do seu interlocutor, aberto também o seu sigilo. Não pode, por isso ser considerada prova produzida por meio ilícito, já que o ilícito reside no fato de se invadir conversa alheia e não própria¹⁶⁶.

Para o STF, a garantia da inviolabilidade da vida privada e intimidade instituída decorre sempre de uma relação de confiança. Esse foi o posicionamento do Ementário nº 1.804-11, Ministro Sepúlveda Pertence: «não é o simples fato de a conversa se passar entre duas pessoas que dá, ao diálogo, a nota de intimidade, a confiabilidade na descrição do interlocutor, a favor da qual, aí sim, caberia invocar o princípio constitucional da inviolabilidade do círculo de intimidade, assim como da vida privada»¹⁶⁷.

Outra situação em que o STF e o STJ têm se manifestado no sentido da não ocorrência de violação da privacidade, diz respeito ao local em que o diálogo é travado pelos indivíduos. Daí a conclusão de que não se pode inferir uma expectativa de privacidade quando os diálogos são tratados em locais públicos¹⁶⁸.

Como se vê, o conflito na jurisprudência brasileira acerca da violação ou não da norma constitucional, ainda gera muita controvérsia. Percebe-se também, que em toda pesquisa efetuada, não foi colacionado nenhum julgado referindo-se de forma expressa a teoria das três esferas. Contudo, em determinadas decisões referem-se a violação da garantia da vida privada e intimidade, quando o conteúdo da conversa envolver segredo, confiança.

3.1.3 – A inadmissibilidade das provas ilícitas no direito processual penal brasileiro

Muito embora desde 1988 a Constituição tenha instituído a inadmissibilidade das provas ilícitas, somente com a reforma processual penal de 2008, pela Lei nº 11.690, de 9 de junho, que o legislador a recepcionou no Código de Processo Penal, em seu artigo 157¹⁶⁹.

¹⁶⁶ MENDRONI, Marcelo Batlouni. *Crime Organizado. Aspectos gerais e mecanismos legais*, 2ª. Ed. São Paulo: Editora Atlas S/A, 2007. p. 66.

¹⁶⁷ Neste sentido: STF - RTJ 148/213.

¹⁶⁸ Cf. STF - RTJ 165/934; RTJ 128/745; HC 74.356/SP. STJ – HC 87.339/SP.

¹⁶⁹ Art. 157 – CPP/BR: “São inadmissíveis, devendo ser desentranhadas do processo, as provas ilícitas, assim entendidas as obtidas em violação a normas constitucionais ou legais”.

Apesar dos proclames da doutrina no sentido de uma reforma do sistema de provas, o legislador ordinário permanece omissivo e, quando opera, faz pequenas alterações pontuais. No estudo das normas processuais portuguesas se percebem diferenças significativas quanto ao afinado sistema dos meios de obtenção da prova.

Retornando ao artigo 157, basta uma própria leitura da norma para retirar o conceito e a sanção das provas ilícitas.

Convém sublinhar, entretanto, que a Constituição ao estabelecer a inadmissibilidade da gravação como prova no processo penal por violar o direito à intimidade e a vida privada, além dos direitos da personalidade abarcados pelo princípio da dignidade humana, prescreve também a sua inadmissibilidade processual.

A norma instituída na Carta Magna faz considerar a prova materialmente ilícita também processualmente ilícita, estabelecendo, assim, «a ponte entre a ilicitude material e a sanção processual da inadmissibilidade»¹⁷⁰.

A título de argumentação e em função do objeto do estudo, cabe observar que se desse modo não entendesse – da inadmissibilidade da prova –, a gravação clandestina ainda deveria ser analisada sob o crivo da ilicitude/licitude da tutela penal, para posteriormente ser admitida e valorada no processo penal.

3.2 – A teoria da proporcionalidade¹⁷¹

Em um sistema de inadmissibilidade de prova obtida ilicitamente, como estudado, a teoria da proporcionalidade consiste em possibilitar que se proceda a uma ponderação

¹⁷⁰ AVOLIO, Luiz Francisco Torquato. Op. Cit. p. 89/90.

¹⁷¹ Deixa-se de elaborar a evolução histórica da teoria da proporcionalidade, seu conceito, bem como seus requisitos por não ser o estudo principal deste trabalho. Apenas refere-se à teoria da proporcionalidade, em virtude do seu papel delimitador fundamental que deve sempre guiar o legislador em caso de uma futura lei restritiva de direitos. Contudo, para um aprofundamento da matéria, cf. Ainda, para uma perspectiva dos limites de restrições dos direitos fundamentais fundados na teoria externa e teoria interna, cf. ALEXYS, Robert. Teoria dos Direitos Fundamentais. Tradução: Virgílio Afonso da Silva. São Paulo: Malheiros, 2008; VIEIRA DE ANDRADE, José Carlos. *Os Direitos Fundamentais na Constituição Portuguesa de 1976*. 3ª ed., Coimbra: Almedina, 2004. NOVAIS, Jorge Reis. *As restrições aos Direitos Fundamentais não expressamente autorizadas pela Constituição*. Coimbra: Coimbra Editora, 2003. CANOTILHO, J.J. Gomes. *Direito Constitucional e Teoria da Constituição*. 7ª. Ed., Coimbra: Almedina, 2003; FELDENS, Luciano. *Direitos fundamentais e direito penal*. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2008; GUERRA FILHO. *O princípio constitucional da proporcionalidade*. Ensaios de teoria constitucional, 1989.

dos valores entre os direitos fundamentais em confronto, nos casos concretos, permitindo a admissão e valoração da prova.

Como referido anteriormente, não há no Brasil uma legislação que discipline as gravações clandestinas e, em vista disso, a garantia fundamental da inviolabilidade da intimidade e da vida privada deve ser compreendida em seu amplo sentido.

Assim, sabe-se que nenhum direito fundamental é absoluto. Esse é o caso, também, da privacidade. Dessa maneira, tal direito pode ser relativizado pelas regras do princípio da proporcionalidade, desde que atenda aos ditames da legalidade, propiciando a segurança jurídica de um Estado Democrático de Direito.

A discussão da teoria da proporcionalidade decorre em duas vertentes conexas: ora, na ponderação dos direitos a fim de obtenção de uma prova no processo penal; ora, do princípio da legalidade e seu corolário da reserva de lei para restrição.

Na primeira, alguns doutrinadores e operadores do direito afirmam ser possível, com base na proporcionalidade, uma ponderação entre os direitos em causa.

Esse é o caso do tribunal alemão, que na oportunidade entenderam que nos casos de uma criminalidade de maior gravidade acresce um peso ao interesse do Estado na perseguição penal, no intuito de uma eficaz justiça penal. Contudo, a doutrina diverge desse posicionamento. Acolá, de forma majoritária, o entendimento é de que em nome do interesse público na perseguição da criminalidade mais grave, os órgãos das instâncias formais de controle podem recorrer a microfones ocultos para gravar conversas não telefônicas dos suspeitos¹⁷².

A fundamentação se dá, principalmente, ao afirmar que nesses casos, o direito da reserva da vida privada deve recuar em razão da «necessidade da perseguição penal na obtenção da verdade à luz do princípio da proporcionalidade e sob a ponderação do significado do direito fundamental ao respeito da dignidade humana e ao livre desenvolvimento da personalidade – prevalecentes necessidades da administração da justiça penal reclamam a admissibilidade do meio de prova»¹⁷³.

¹⁷² COSTA ANDRADE, Manuel da. Op. Cit. (n. 30). p. 564 et seq.

¹⁷³ SCHÄFER, K. in: Löwe/Rosenberg, Die Strafprozessordnung und das Gerichtsverfassungsgesetz, Grosskommentar, Berlin, 1979, Einleitung, p.279 e ss. *apud* COSTA ANDRADE, Manuel da. Op. Cit. (n. 30). p. 565.

Nesses casos, a jurisprudência alemã retém alguns limites quanto à utilização e valoração das gravações de conversas diretas, por meio de microfones ocultos¹⁷⁴, devendo observar se estão em causa manifestações particularmente graves de criminalidade e, que as gravações sejam realizadas por membros das instâncias formais de controle¹⁷⁵.

Todavia, a doutrina majoritária destaca que o uso da proporcionalidade não poderá ser entoado em face de uma vedação probatória, afinal se tem como premissa que o direito à prova e o interesse na investigação criminal não deve preponderar sobre a intimidade, de modo a se admitir uma prova ilícita *pro societate*¹⁷⁶.

Schmitt advoga a propósito das gravações ocultas: «o interesse do Estado na perseguição do agente nunca pode valer como interesse prevalecente sobre a tutela do direito da personalidade. Uma vez que aquele interesse existe sempre, admitir a valorização num caso concreto, mesmo que a título puramente excepcional, corresponderia a abrir a porta à valorização generalizada, e contra a vontade do interessado, das gravações ocultas»¹⁷⁷.

Em sentido amplo, Avolio defende «que o direito à prova pela acusação não é oponível às liberdades individuais (intimidade, sigilo telefônico, exames invasivos, *lie detectors*, tortura, coação psicológica etc.). A razão é de ordem jurídica, moral e lógica: ao admitir-se a oponibilidade do direito à prova às liberdades públicas, indiscriminadamente, estar-se-ia criando um perigoso precedente para a liberdade e a dignidade da pessoa humana: não se poderia mais estabelecer qualquer vedação probatória – todas as provas, ainda que ilícitas, seriam utilizáveis em nome do direito à prova, do atingimento da verdade real. (...) Seria a derrocada do Estado de Direito»¹⁷⁸.

¹⁷⁴ Em Portugal, anterior a tipificação do crime previsto do artigo 199 do CP português referente ao direito à palavra, Eduardo Correia já manifestava preocupação a respeito da utilização sem reservas de microfones ocultos para gravação de conversas privadas. Ao discorrer sobre o princípio da liberdade das provas, assegurava que esses tipos de medidas violam a intimidade do interlocutor, impondo a sua proibição. «(...) *Par contre, l'usage sans réserves de microphones chacés, d'enregistrements relatifs à des conversations privées et qu'un des interlocuteurs ignore, viole l'intimité et heurte les règles élémentaires de loyauté à un point tel que les raisons éthiques qui imposent précisément la vérité matérielle ne peuvent manquer de l'interdire. Ajoutons à cela le danger des altérations et la possibilité de compositions artificielles que l'utilisation de ces moyens permet.*» Cf. CORREIA, Eduardo. «Les preuves em droit penal portugais», Revista de Direito e Estudos Sociais, 1967. p. 39.

¹⁷⁵ COSTA ANDRADE, Manuel da. Op. Cit. (n.30). p. 568.

¹⁷⁶ BADARÓ, Gustavo Henrique Righi Ivahy. Direito processual penal, tomo I. Campos Jurídicos. 2008, p.205 et. seq.

¹⁷⁷ JuS 1967, p. 25. *apud* COSTA ANDRADE, Manuel. Op. Cit. (n. 109). p. 34.

¹⁷⁸ De igual forma: AVOLIO, Luiz Francisco Torquato. Op. Cit. p. 112.

É perceptível a complexidade em achar um equilíbrio entre a proteção dos direitos fundamentais envolvidos do cidadão e o interesse do Estado na perseguição penal.

Para ARZT, o Código de Processo Penal legitima as autoridades de se intrometerem, ou seja, gravarem e escutarem as conversações telefônicas, mas em hipótese alguma as conversações normais podem ser escutadas e secretamente gravadas, especialmente por considerar um atentado ao direito à palavra.

O fato de o legislador ter se omitido em relação às conversas privadas não permite que as autoridades do processo penal e os tribunais ponderem entre os direitos de personalidade e, por outro lado, os interesses da comunidade na perseguição dos criminosos. Diante disso, já que o CPP não legitima aos órgãos da justiça penal realizar gravações ocultas, significa dizer que um particular não deterá competência material mais extensiva que a dos órgãos competentes¹⁷⁹.

O fato da ponderação, mesmo com o cumprimento de todos os requisitos impostos pela proporcionalidade, tais quais necessidade, adequação e proporcionalidade (em sentido estrito), ser elaborado de modo casuístico por uma autoridade judicial abre uma exceção no princípio da legalidade, retirando dele a sua finalidade de limite das restrições, permitindo o Estado agir de forma arbitrária¹⁸⁰. Somente mediante lei em sentido formal é que se operam quaisquer restrições às liberdades públicas¹⁸¹.

A teoria da proporcionalidade é alvo de crítica de quase a generalidade dos autores brasileiros, devido ao subjetivismo que impõe, podendo vir a ser «um parâmetro excessivamente vago e perigoso para uma satisfatória sistematização das vedações probatórias»¹⁸². Por um lado, a incerteza que se reveste a sua aplicação; por outro, na impossibilidade de formular os valores e interesses num plano abstrato.

A realidade no cenário português é distinta do alemão. A ordem jurídica portuguesa assenta, nas palavras de Costa Andrade que «(...) a gravidade do crime ao perseguir não será, só por si e enquanto tal, razão bastante para legitimar a danosidade social da violação das proibições de prova. Menos o será ainda nos casos em que a violação da proibição de prova releva também do ilícito jurídico-penal»¹⁸³.

¹⁷⁹ ARTZ, G. «Anmerkung», JZ 1973, p. 506 *apud* COSTA ANDRADE, Manuel. Op. Cit. (n. 30). p. 567.

¹⁸⁰ GONZALES-CUELLAR SERRANO, Nicolas. *Proporcionalidad y derechos fundamentales en el proceso penal*. Madri:Colex, 1990. p. 71.

¹⁸¹ BULOS, Uadi Lammêgo. Op. Cit. p. 582.

¹⁸² AVOLIO, Luiz Francisco Torquato. Op. Cit. p. 68.

¹⁸³ COSTA ANDRADE, Manuel da. Op. Cit. (n. 109). p. 201.

Ademais, é a própria Constituição Portuguesa, em seu artigo 18, nº 2¹⁸⁴ que permite ao legislador ordinário ponderar e apresentar soluções com base na restrição dos direitos fundamentais. Em nenhuma hipótese a restrição poderá afetar o conteúdo essencial do direito em causa, isto é, a dignidade da pessoa humana¹⁸⁵.

Cabe esclarecer que a CRFB, diferente da norma portuguesa, não prevê expressamente como deve ocorrer a restrição dos direitos fundamentais. A teoria, porém, com base em dispositivos constitucionais menciona como «limites aos limites», o da legalidade¹⁸⁶, a proteção ao núcleo essencial dos direitos fundamentais, o princípio da proporcionalidade e a proibição de restrições casuístas (fundada no princípio da isonomia)¹⁸⁷.

Por esses motivos, a nossa convicção é de que a Constituição brasileira impede essa solução por não abrir nenhuma exceção expressa ao princípio da proporcionalidade, já que vigora a regra constitucional da inadmissibilidade das provas ilícitas no processo.¹⁸⁸ Preocupa-se somente com o momento de admissibilidade da prova e, sendo ilícita, já impede os momentos posteriores¹⁸⁹.

Contudo, verifica-se decisões jurisprudenciais saltitando pelos Tribunais brasileiro, mostrando ser possível a aplicação do princípio da proporcionalidade¹⁹⁰.

¹⁸⁴ Artigo 18.º - Força jurídica: 1. Os preceitos constitucionais respeitantes aos direitos, liberdades e garantias são directamente aplicáveis e vinculam as entidades públicas e privadas. 2. A lei só pode restringir os direitos, liberdades e garantias nos casos expressamente previstos na Constituição, devendo as restrições limitar-se ao necessário para salvaguardar outros direitos ou interesses constitucionalmente protegidos. 3. As leis restritivas de direitos, liberdades e garantias têm de revestir carácter geral e abstracto e não podem ter efeito retroactivo nem diminuir a extensão e o alcance do conteúdo essencial dos preceitos constitucionais.

¹⁸⁵ Canotilho, J. Gomes. *Direito Constitucional*, Coimbra, Almedina, 1986, p. 487; Andrade, J Carlos Vieira. *Os direitos fundamentais na Constituição Portuguesa de 1976*, Coimbra, Almedina, 1987, p. 285 e ss.

¹⁸⁶ Artigo 5º (...) inciso II - ninguém será obrigado a fazer ou deixar de fazer alguma coisa senão em virtude de lei.

¹⁸⁷ MENDES, Gilmar Ferreira. *Hermenêutica Constitucional e Direitos Fundamentais*. Brasília: Brasília Jurídica, 2000. p. 241 et. seq.

¹⁸⁸ Sentido contrário: PRADO, Geraldo. *Op. Cit.* (n. 53).

¹⁸⁹ GRINOVER, Ada Pellegrini. A eficácia dos atos processuais à luz da Constituição Federal, *RPGESP*, 1992, n. 37, p. 46/47. Igualmente: HENTZ, Luiz Antonio Soares. Gravação clandestina: prova no processo penal, *in: Boletim IBCCRIM*. nº 30, 1995. p. 04.

¹⁹⁰ STF, RSTF 82/321, ao afirmar que a regra da inadmissibilidade das provas cede em favor da acusação, no combate aos crimes mais graves, principalmente se praticadas por organizações criminosas.

STF - HC 70.814-5, decidiu à luz da proporcionalidade para assegurar a preservação da ordem pública.

STJ - RHC 7216-SP, manifestou-se no sentido de admissão de uma gravação de conversa clandestina por não considerá-la ilícita, tendo como fundamento o princípio da proporcionalidade para restringir o direito à intimidade.

TJ-DF - RCL RCL 120351120098070000 DF 0012035-11.2009.807.0000 (TJ-DF), o direito à prova prevaleceu face ao da intimidade para prosseguimento penal de um crime de estelionato.

3.2.1 – A teoria da proporcionalidade *pro reo*

A situação da admissibilidade das provas ilícitas muda de contorno quando se destinam ao benefício do réu. Trata-se da chamada prova ilícita *pro reo*.

Mesmo consistindo em prova ilícita, a gravação clandestina pode vir a ser admitida como prova, por força da aplicação do princípio da proporcionalidade.

Como desenhado, a proporcionalidade no sistema brasileiro vigente não pode ser admitida em favor da acusação, pois o direito à prova não pode sobrepor ao da intimidade. Se assim fosse, nas palavras de Artz seria «uma lamentável sobrevalorização do interesse público do Estado na perseguição penal e reflexamente como uma subvalorização do interesse público numa investigação que respeite os direitos da personalidade do arguido»¹⁹¹.

Aqui, o entendimento deve ocorrer de modo diverso, a prova deve ser entendida como admissível a favor do réu. Nessa seara, os valores em confronto são outros, a ponderação deve ocorrer entre o direito à intimidade e o direito à liberdade e a ampla defesa, valores atinentes à dignidade moral.

Desse modo, de maneira praticamente unânime na doutrina e na jurisprudência, a prova que favorece a defesa, destinada a provar a inocência do acusado, ainda que ilícita, pode ser admitida com base no princípio da proporcionalidade.

3.3 - Proibições de Prova no ordenamento jurídico português

No processo penal português vigora o princípio da legalidade da prova, conforme previsto no artigo 125 do Código de Processo Penal, Livro III, Título I, que dispõe: «são admissíveis as provas que não forem proibidas por lei».¹⁹²

Ao discorrer sobre o tema, Figueiredo Dias afirma que «a legalidade dos meios de provas, bem como as regras gerais de produção da prova e as chamadas «proibições de

¹⁹¹ Artz, *Der strafrechtliche Schutz*, p. 76 *apud* COSTA ANDRADE, Manuel. Sobre as proibições de prova em processo penal. Reimpressão, Editora Coimbra, 2006, p. 40.

¹⁹² Disponível em:

http://www.pgdlisboa.pt/leis/lei_mostra_articulado.php?ficha=101&artigo_id=&nid=199&pagina=2&tabela=leis&nversao=&so_miolo=

prova» (narco-análises, polígrafos ou lie-detectores, etc.) são condições de validade processual da prova e, por isso mesmo, critérios da própria *verdade material*.¹⁹³

Rodrigues afirma que a verdade material liga-se aos pressupostos do Estado de Direito limitando-o pela observância «escrupulosa» dos direitos, liberdades e garantias dos cidadãos.¹⁹⁴

Neste diapasão e sem mais delongas, é fácil compreender que são aceites todas as provas, desde que não haja regra em sentido contrário, proibindo o seu uso.

Assume primacial importância, como garantia de um processo criminal segundo as regras de um Estado democrático de direito, o artigo 32, n.º 8¹⁹⁵ da CRP, ao instituir a regra das proibições de prova, considerando que: «são nulas todas as provas obtidas mediante tortura, coação, ofensa da integridade física ou moral da pessoa, abusiva intromissão na vida privada, no domicílio, na correspondência ou nas telecomunicações». Por força jurídica do artigo 18 da CRP¹⁹⁶, essa norma vincula tanto as entidades públicas como as privadas, nas suas relações em si.¹⁹⁷

A proibição de prova corresponde à sua inadmissibilidade no processo. Acerca dos efeitos de uma prova proibida, ensina Silva: «a questão da proibição de provas respeita, sobretudo à admissibilidade do meio de prova; a proibição significa que dado meio de prova não pode ser tido em conta no processo. Esta inadmissibilidade pode ser efeito de qualquer ato da atividade probatória ou respeitar a própria idoneidade do meio, mas há de resultar sempre de proibição legal, já que o princípio geral é o de que todos os meios são admissíveis.»¹⁹⁸

¹⁹³ FIGUEIREDO DIAS, Jorge. Direito Processual Penal. Reimpressão 1ª edição 1974. Coimbra: Editora Coimbra, 2004. p. 197.

¹⁹⁴ RODRIGUES, Anabela Miranda. A defesa do arguido: uma garantia constitucional em perigo no «admirável mundo novo». In: Revista Portuguesa de Ciência Criminal. Lisboa: Aequitas e Editorial Notícias. Ano 12, N. 4, 2002, p. 549.

¹⁹⁵ Artigo 32.º Garantias de processo criminal – n.º 8. São nulas todas as provas obtidas mediante tortura, coação, ofensa da integridade física ou moral da pessoa, abusiva intromissão na vida privada, no domicílio, na correspondência ou nas telecomunicações.

¹⁹⁶ Artigo 18.º - Força jurídica: 1. Os preceitos constitucionais respeitantes aos direitos, liberdades e garantias são directamente aplicáveis e vinculam as entidades públicas e privadas. 2. A lei só pode restringir os direitos, liberdades e garantias nos casos expressamente previstos na Constituição, devendo as restrições limitar-se ao necessário para salvaguardar outros direitos ou interesses constitucionalmente protegidos. 3. As leis restritivas de direitos, liberdades e garantias têm de revestir carácter geral e abstracto e não podem ter efeito retroactivo nem diminuir a extensão e o alcance do conteúdo essencial dos preceitos constitucionais.

¹⁹⁷ CANOTILHO, J. J. Gomes e MOREIRA, Vital. Op. Cit. p. 379-387.

¹⁹⁸ SILVA, Germano Marques da. Curso de processo penal. 5ª ed., rev. e actual. Lisboa: Verbo, 2008, vol.2, p. 117.

Percebe-se, portanto, que as proibições de prova têm como função principal impedir que as instâncias formais de controle e os particulares produzam provas sob “a qualquer preço”, ou seja, mesmo que para a sua obtenção ou produção seja necessário violar direitos fundamentais, com particular ofensa à dignidade da pessoa humana¹⁹⁹. Se por um lado aquela norma pressupõe a liberdade de prova, impede, por outro, o uso dos meios de prova proibidos pelo legislador.

Como se observa, o artigo constitucional das proibições de prova não é taxativo, ficando a mercê do aplicador do direito a verificação e aplicação do regime das proibições de prova.

Entretanto, é importante esclarecer a diferença entre as proibições de prova das regras de produção de prova. Aquelas, «são verdadeiras limitações à descoberta da verdade, barreiras colocadas à determinação dos fatos que constituem o objeto do processo. Diferentemente, as regras de produção de prova visam apenas disciplinar o procedimento exterior da prova na diversidade dos seus meios e métodos, não determinando sua violação e reafirmação contrafática através da proibição da valoração. Aquelas não podem ser utilizadas, essas podem ser utilizadas se não for declarada sua invalidade.»²⁰⁰

3.3.1 - Dos métodos proibidos de prova

Dando cumprimento à célebre frase que o «direito processual penal é o direito constitucional aplicado»²⁰¹, observa-se que as normas de proibições de prova constitucionalmente definidas estão ordinariamente consagradas no artigo 126 do CPP.²⁰²

¹⁹⁹ MIRANDA, Jorge e MEDEIROS, Rui. Op. Cit. p. 737.

²⁰⁰ COSTA ANDRADE, Manuel. Op. cit. (nota 109), p. 83

²⁰¹ Frase atribuída a HENKEL, citado por FIGUEIREDO DIAS, Jorge. Op. Cit. p. 74.

²⁰² Artigo 126.º - Métodos proibidos de prova: 1 - São nulas, não podendo ser utilizadas, as provas obtidas mediante tortura, coacção ou, em geral, ofensa da integridade física ou moral das pessoas.

2 - São ofensivas da integridade física ou moral das pessoas as provas obtidas, mesmo que com consentimento delas, mediante:

- a) Perturbação da liberdade de vontade ou de decisão através de maus tratos, ofensas corporais, administração de meios de qualquer natureza, hipnose ou utilização de meios cruéis ou enganosos;
- b) Perturbação, por qualquer meio, da capacidade de memória ou de avaliação;
- c) Utilização da força, fora dos casos e dos limites permitidos pela lei;
- d) Ameaça com medida legalmente inadmissível e, bem assim, com denegação ou condicionamento da obtenção de benefício legalmente previsto;
- e) Promessa de vantagem legalmente inadmissível.

A regra geral no ordenamento português e no brasileiro é a admissibilidade de todas as provas, como anteriormente observado. Todavia, no artigo citado estão consagrados os métodos proibidos de prova. Neles se inserem as intromissões mais graves à dignidade da pessoa humana, ao abordar sobre as provas colhidas mediante tortura; como as que envolvem os direitos pessoais da vida privada.

Silva afirma que «um dos meios de que a lei se serve para proteger os cidadãos contra ingerências abusivas nos seus direitos é a proibição de obtenção de provas por certos métodos ou meios, vulgarmente designada simplesmente por métodos proibidos de prova».²⁰³

Pela disparidade dos bens jurídicos envolvidos na disciplina dos métodos proibidos, há que se fazer, necessariamente, uma diferenciação e graduação das suas valorações.²⁰⁴ Assim, tornou-se necessária a divisão do artigo 32, n.º 8 da CRP pelo legislador ordinário para assim, determinar as suas sanções.

De forma simplista e reduzida, deu-se ao artigo 126, n.º 1 e 2, que trata a respeito das provas colhidas com violação à dignidade humana uma inadmissibilidade absoluta e insanável e, pelo artigo 126, n.º 3, no âmbito da vida privada, em que só será inadmissível a utilização da prova se produzida com uma abusiva intromissão, uma nulidade relativa, podendo ser sanável²⁰⁵, por não compreender no artigo 119.º do CPP^{206, 207}.

Neste sentido, afirma Albuquerque que «a nulidade das provas proibidas obedece a um regime distinto da nulidade insanável e da nulidade sanável. Trata-se de um regime

3 - Ressalvados os casos previstos na lei, são igualmente nulas, não podendo ser utilizadas, as provas obtidas mediante intromissão na vida privada, no domicílio, na correspondência ou nas telecomunicações sem o consentimento do respectivo titular.

4 - Se o uso dos métodos de obtenção de provas previstos neste artigo constituir crime, podem aquelas ser utilizadas com o fim exclusivo de proceder contra os agentes do mesmo.

²⁰³ SILVA, Germano Marques da. Op. Cit. (nota 197) p. 173.

²⁰⁴ COSTA ANDRADE, Manuel da. Op. Cit. (n.30). p. 213.

²⁰⁵ SILVA, Germano Marques da. Produção e valoração da prova em processo penal *in*: Revista do CEJ. Lisboa. ISSN 1645-829X. N.º 4 Esp., sem. 1.º (2006). p. 37-53.

²⁰⁶ Artigo 119.º - Nulidades insanáveis: Constituem nulidades insanáveis, que devem ser oficiosamente declaradas em qualquer fase do procedimento, além das que como tal forem cominadas em outras disposições legais: a) A falta do número de juizes ou de jurados que devam constituir o tribunal, ou a violação das regras legais relativas ao modo de determinar a respectiva composição; b) A falta de promoção do processo pelo Ministério Público, nos termos do artigo 48.º, bem como a sua ausência a actos relativamente aos quais a lei exigir a respectiva comparência; c) A ausência do arguido ou do seu defensor, nos casos em que a lei exigir a respectiva comparência; d) A falta de inquérito ou de instrução, nos casos em que a lei determinar a sua obrigatoriedade; e) A violação das regras de competência do tribunal, sem prejuízo do disposto no n.º 2 do artigo 32.º; f) O emprego de forma de processo especial fora dos casos previstos na lei.

²⁰⁷ ANTUNES, Maria João. Direito Processual Penal. Almedina: Coimbra, 2016, p. 166.

complexo, que distingue dois tipos de proibições de provas consoante as provas atinjam a integridade física e moral da pessoa humana ou a privacidade da pessoa humana».²⁰⁸

Desta maneira, por se tratar de um direito disponível, seu titular pode consentir na “invasão” sanando a nulidade imposta pela intromissão abusiva, podendo ser anterior ou posterior ao fato.

Ressalta-se que, diferente do aventado por uma parte da doutrina brasileira, o fato de comunicar-se com outra pessoa não pode considerado como consentimento, pois os titulares do direito desconheciam a existência de gravadores ou qualquer outro meio técnico. Por conseguinte, não se pode considerar a simples liberdade de comunicação como uma manifesta vontade livre, específica e informada para admitir que seja objeto de captação.

É importante esclarecer que os métodos de proibição de provas obtidas mediante intromissão na vida privada não se destinam às provas produzidas por particulares.²⁰⁹

O artigo 126, nº 3 do CPP faz remissão às instâncias formais de controle. Assim, deverão observar o regime e os limites impostos no artigo 187 do CPP²¹⁰, que regem a matéria.

²⁰⁸ ALBUQUERQUE, Paulo Pinto de. Comentário do Código de Processo Penal à luz da Constituição da República e da Convenção Europeia dos Direitos do Homem, Lisboa: Universidade Católica Editora, 2007, p. 326.

²⁰⁹ Cf. Ac. STJ de 14-07-2010 e Ac. TRL de 28-05-2009; CJ, 2009, T3, pág.135: I. As regras de proibição constitucionalmente definidas ou concretizadas pelo legislador ordinário na legislação processual penal, mormente o CPP, dirigem-se, em primeira mão, Às instâncias formais de controlo, designadamente, aos investigadores, Ministério Público e Juiz de Instrução. II. No que respeita a provas obtidas por particulares e á tutela da vida privada, o legislador remete-nos para a tipificação dos ilícitos criminais previsto no CP como tutela do direito fundamental á privacidade. III. Não é a existência ou não de licença concedida pela CNPD para a colocação de câmaras de videovigilância que define a licitude ou ilicitude penal da recolha ou utilização das imagens, mas sim o artº 199º do CP que tipifica o crime de gravações e fotografias ilícitas.IV. Nada impede que o dono da câmara de videovigilância, antes de instaurado procedimento criminal, por crime de dano, contra as pessoas filmadas, procedesse á visualização das imagens recolhidas de forma penalmente não ilícita - já que captadas á vista de toda a gente e sem qualquer surpresa para os filmados. V. Mesmo no caso de confirmação da invalidade do uso das imagens recolhidas, nada obstará á consideração do testemunho de quem, através da prévia visualização das filmagens captadas, identificou os autores do dano, prova esta a apreciar livremente pelo tribunal nos termos do artº 127º do CPP. VI. O uso de imagens captadas por câmara de videovigilância colocada pelo assistente na entrada do seu prédio rústico, desde que limitada á identificação dos autores dos danos praticados na sua propriedade, e enquanto reportado ao momento da prática dos factos integradores dos referidos danos, configura um meio necessário e apto para repelir a agressão ilícita contra a propriedade do assistente.

²¹⁰ Artigo 187 – Admissibilidade:

1 - A interceptação e a gravação de conversações ou comunicações telefónicas só podem ser autorizadas durante o inquérito, se houver razões para crer que a diligência é indispensável para a descoberta da verdade ou que a prova seria, de outra forma, impossível ou muito difícil de obter, por despacho fundamentado do juiz de instrução e mediante requerimento do Ministério Público, quanto a crimes:

a) Puníveis com pena de prisão superior, no seu máximo, a 3 anos;
b) Relativos ao tráfico de estupefacientes;

No que respeita às provas obtidas por particulares, como a gravação, o legislador remete a verificação da existência ou não de ilícito penal.

3.3.2 - *Dos meios de prova*

Diferente da legislação brasileira e também neste aspecto, da alemã, a legislação lusitana consagrou como direitos autônomos, dignos de tutela penal, os direitos fundamentais consagrados no artigo 26, nº 1 da Constituição da República – ressalta-se os analisados direito à privacidade e à palavra. Ainda, em um alinhamento com a legislação

-
- c) De detenção de arma proibida e de tráfico de armas;
 - d) De contrabando;
 - e) De injúria, de ameaça, de coacção, de devassa da vida privada e perturbação da paz e do sossego, quando cometidos através de telefone;
 - f) De ameaça com prática de crime ou de abuso e simulação de sinais de perigo; ou
 - g) De evasão, quando o arguido haja sido condenado por algum dos crimes previstos nas alíneas anteriores.
- 2 - A autorização a que alude o número anterior pode ser solicitada ao juiz dos lugares onde eventualmente se puder efectivar a conversação ou comunicação telefónica ou da sede da entidade competente para a investigação criminal, tratando-se dos seguintes crimes:
- a) Terrorismo, criminalidade violenta ou altamente organizada;
 - b) Sequestro, rapto e tomada de reféns;
 - c) Contra a identidade cultural e integridade pessoal, previstos no título iii do livro ii do Código Penal e previstos na Lei Penal Relativa às Violações do Direito Internacional Humanitário;
 - d) Contra a segurança do Estado previstos no capítulo i do título v do livro ii do Código Penal;
 - e) Falsificação de moeda ou títulos equiparados a moeda prevista nos artigos 262.º, 264.º, na parte em que remete para o artigo 262.º, e 267.º, na parte em que remete para os artigos 262.º e 264.º, do Código Penal;
 - f) Abrangidos por convenção sobre segurança da navegação aérea ou marítima.
- 3 - Nos casos previstos no número anterior, a autorização é levada, no prazo máximo de setenta e duas horas, ao conhecimento do juiz do processo, a quem cabe praticar os actos jurisdicionais subsequentes.
- 4 - A intercepção e a gravação previstas nos números anteriores só podem ser autorizadas, independentemente da titularidade do meio de comunicação utilizado, contra:
- a) Suspeito ou arguido;
 - b) Pessoa que sirva de intermediário, relativamente à qual haja fundadas razões para crer que recebe ou transmite mensagens destinadas ou provenientes de suspeito ou arguido; ou
 - c) Vítima de crime, mediante o respectivo consentimento, efectivo ou presumido.
- 5 - É proibida a intercepção e a gravação de conversações ou comunicações entre o arguido e o seu defensor, salvo se o juiz tiver fundadas razões para crer que elas constituem objecto ou elemento de crime.
- 6 - A intercepção e a gravação de conversações ou comunicações são autorizadas pelo prazo máximo de três meses, renovável por períodos sujeitos ao mesmo limite, desde que se verifiquem os respectivos requisitos de admissibilidade.
- 7 - Sem prejuízo do disposto no artigo 248.º, a gravação de conversações ou comunicações só pode ser utilizada em outro processo, em curso ou a instaurar, se tiver resultado de intercepção de meio de comunicação utilizado por pessoa referida no n.º 4 e na medida em que for indispensável à prova de crime previsto no n.º 1.
- 8 - Nos casos previstos no número anterior, os suportes técnicos das conversações ou comunicações e os despachos que fundamentaram as respectivas intercepções são juntos, mediante despacho do juiz, ao processo em que devam ser usados como meio de prova, sendo extraídas, se necessário, cópias para o efeito.

penal adjetiva, lançou valor probatório de meios de prova como as gravações, previstas no artigo 167 do Código de Processo Penal²¹¹.

Outrossim, as gravações constituem um tópico de relevo na perspectiva das proibições de prova por configurarem como valiosos meios de prova. Entretanto, em conformidade com o artigo 167, nº 1 do CPP português, as gravações só valem como prova «se não forem ilícitas, nos termos da lei penal».

Para efeito, admitir ou não a valoração das gravações como prova, captadas por particulares, no âmbito do processo penal terá de ser uma situação analisada em conformidade com o artigo 167º do CPP que faz depender a validade da prova produzida da sua não ilicitude penal.

Segundo Costa Andrade²¹², referido preceito visa reduzir a descontinuidade e a complexidade das relações que em geral medeiam entre o Direito Penal e o Processo Penal.

A ocorrência da licitude ou ilicitude penal não é determinante para solucionar o problema da admissibilidade ou inadmissibilidade (validade/invalidade) de uma gravação como meio de prova. Sabe-se, pelas peculiaridades dos tipos penais estudados, que são, sobretudo, as especificidades em sede de tipicidade e de ilicitude que definirão ou não a ocorrência da conduta ilícita.

Em sede de tipicidade avultam as questões relativas à identificação do bem jurídico protegido e à delimitação da área da tutela típica; acerca da ilicitude, a determinação do espectro das pertinentes causas de justificação.

3.3.3 – Proibição de valoração das gravações

Chegados nesta seara e, embora o regime das proibições de prova entre os órgãos de perseguição criminal e dos particulares seja diferenciado, o regime das proibições de valorações de prova é unidimensional.

²¹¹ Artigo 167.º Valor probatório das reproduções mecânicas: 1 - As reproduções fotográficas, cinematográficas, fonográficas ou por meio de processo electrónico e, de um modo geral, quaisquer reproduções mecânicas só valem como prova dos factos ou coisas reproduzidas se não forem ilícitas, nos termos da lei penal. 2 - Não se consideram, nomeadamente, ilícitas para os efeitos previstos no número anterior as reproduções mecânicas que obedecerem ao disposto no título iii deste livro.

²¹² COSTA ANDRADE. Manuel da. Op. Cit. (n. 30). p. 594.

A unidimensionalidade das proibições de valoração de prova prende-se essencialmente da ideia de Estado de Direito que impõe limites à prova válida.

Hermann a esse respeito acentua: «as proibições de valoração não passam de meios processuais para a imposição da proteção do direito material»²¹³.

Com isso, pode-se dizer que sempre que a produção de prova for atingida pelo atentado contra os direitos fundamentais, concretizados, quer pela lei adjetiva, quer pela lei substantiva, ela não poderá ser valorada, no âmbito do processo penal, quer seja carreada para os autos pelas instâncias formais de controle, quer seja carreada pelos particulares.

Desta maneira, as gravações não consentidas que configurem um ilícito penal, serão objetos de uma expressa proibição de valoração, pois comina na regra do artigo 167, nº 1 do CPP.

Todavia, isso não significa dizer que uma gravação consentida ou que não corresponda a um ilícito penal, de igual forma, poderá ser valorada. A este respeito, a proibição de valoração das gravações penalmente ilícitas não tem como correlato a admissibilidade da valoração das gravações lícitas à luz do direito penal.

Para uma melhor compreensão, basta analisar o ordenamento penal português que adota a teoria dualista nos crimes de gravações ilícitas. Ilustrando, uma gravação pode ser consentida no momento da sua produção, mas a sua utilização contra a vontade configurará ilícito penal.

Partindo da premissa de que a gravação clandestina é conduta atípica no ordenamento e que também é omissa a legislação adjetiva, não dispendo sobre um valor probatório que trate sobre reproduções fonográficas, a questão tem que ser observada de duas formas.

Inicialmente, tendo em consideração que a divulgação/audição duma gravação sem consentimento de quem de direito configura uma lesão ao bem jurídico, admite-se a sua valoração desde que contenda as exigências do tipo penal. É o caso do ordenamento brasileiro, no qual a tutela típica corresponde ao de divulgação de segredo.

Por outro lado, caso não haja uma tutela penal pela gravação e nem para a divulgação, não significa dizer que o intérprete tenha de operar num espaço vazio de direito. Além da tutela constitucional da dignidade e da integridade moral, não pode

²¹³ COSTA ANDRADE. Manuel da. Op. Cit. (n. 30). p. 591.

desatender-se ao preceito da inadmissibilidade das provas ilícitas²¹⁴, permitindo a valoração²¹⁵.

Outra situação, e neste plano é de relevar a valoração probatória das gravações ilícitas no processo penal, que deneguem dessa situação pela exclusão da ilicitude em razão da «justa causa», cuja peculiaridade faz emergir valores ou interesses superiores capazes de justificar a lesão ao bem jurídico protegido.

Ainda com algumas exceções, atualmente o STF tem decidido que, mesmo nos casos de obtenção clandestina, mas desde que se trate de conversa sem secretismo ou privada, em que não haja violação do dever constitucional de sigilo devem ser consideradas lícitas e valoradas no processo²¹⁶.

²¹⁴ COSTA ANDRADE, Manuel da. Op. Cit. (n. 30). p. 619.

²¹⁵ Cf. HABEAS CORPUS Nº 57.961 - SP (2006/0085861-4); AÇÃO PENAL Nº 479 - RJ (2005/0132002-3), do STJ; e HC 80949-9/RJ; do STF.

²¹⁶ STF - RHC 67.058-0

CONCLUSÃO

Das discussões enfrentadas na presente investigação, chega-se de imediato a uma primeira conclusão – a de que *a teoria das provas*, por sua indiscutível relevância, não poderá ser alocada na vala comum de um suposto «direito meramente instrumental ou acessório». Ao contrário, a cada dia, o imbrincado contexto das relações sociais e da convivência menos pacífica e mais intolerante, faz com nos deparemos com a necessidade de enfrentar as violações a direitos individuais, especialmente vinculados à reserva da vida privada, da palavra, imagem, ao livre desenvolvimento da personalidade e, acima de tudo, da dignidade humana.

Mas, se por um lado esses direitos fazem parte do patrimônio de cada cidadão, por outro, também o Estado tem o poder-dever de manter a paz social, ainda que para isso faça uso da restrição às liberdades individuais. O ponto de equilíbrio entre esses opostos demanda uma ação coordenada entre Poder Legislativo e Poder Judiciário, circunstância que, em muitos ordenamentos jurídicos ainda não se perfectibilizou.

E, do quanto analisado, podemos concluir que o modelo brasileiro se encontra submetido a um enorme déficit legislativo que, entretanto, poderia ser satisfatoriamente suprido pela aplicação de princípios e normas já em vigor.

Isso porque, da observação das decisões proferidas pelo Superior Tribunal de Justiça e pelo Supremo Tribunal Federal pode-se perceber decisões com maior relevo político do que jurídico. Jurisprudências sendo produzidas pelo Pleno com total discrepância, a cada momento sob uma fundamentação diversa versando sobre a mesma matéria.

Distante, entretanto, é a solução encontrada em Portugal, que conta com uma legislação regulando de maneira específica esses direitos decorrentes do direito à personalidade, elevando à palavra e a privacidade a bens jurídicos tutelados autonomamente em si e de per si. Uma legislação que apesar de não passar incólume pelas críticas, porém devido a sua complementariedade e interpenetração garantem e oferecem uma maior segurança jurídica aos seus cidadãos.

O referente alemão (doutrina e jurisprudência), no qual teve origem a chamada teoria das provas, orienta pelo trabalho minucioso de casuística que cabe ao aplicador do direito, analisando pontualmente as especificidades a fim de moldar as devidas soluções.

Conclui-se, portanto, que no panorama jurídico brasileiro o peso que a doutrina remete à falta de legislação para justificar os diversos (des)entendimentos aplicáveis ao problema da validade ou da invalidade da prova resultante de uma gravação clandestina não se resume a apenas isso.

É indelegável e urgente a necessidade de regulamentação da matéria. É um apelo que se faz há mais de duas décadas, porém o Direito Penal é fragmentário por vocação, não prejudicando com isso a sua aplicação movendo-se em princípios e regras para solucionar complexas situações. Desta forma, pode-se dizer que muito mais do que boas leis, importa ter bons aplicadores.²¹⁷

²¹⁷ BISMARCK *apud* COSTA ANDRADE, Manuel da. Op. Cit. (n.18). p. 25.

BIBLIOGRAFIA

AIRES DE SOUSA, Susana. *Agent provocateur* e meios enganosos de prova. Algumas reflexões. *In: Separata de Liber Discipulorum para Jorge Figueiredo Dias*. Coimbra: Coimbra Editora, 2003.

ALEXY, Robert. *Teoria dos Direitos Fundamentais*. Tradução: Virgílio Afonso da Silva. São Paulo: Malheiros, 2008.

ALMEIDA, Carlos Rodrigues de, O registro de voz e de imagem : notas ao artigo 6. da Lei n. 5/2002, de 11 de janeiro, *Revista Portuguesa de Ciência Criminal*. n. 3, v. 14, 2004.

ANTUNES, Maria João. *Direito Processual Penal*. Almedina: Coimbra, 2016.

AVOLIO, Luiz Francisco Torquato. *Provas Ilícitas: interceptações telefônicas, ambientais e gravações clandestinas*. 6ª edição, São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2015.

BADARÓ, Gustavo Henrique Righi Ivahy. *Direito processual penal, tomo I*. Campos Jurídicos. 2008.

BORGES, Roxana Cardoso Brasileiro. *Disponibilidade dos direitos de personalidade e autonomia privada*. São Paulo: Saraiva, 2005.

BRAZ, José. *Investigação criminal: a organização, o método e a prova: os desafios da nova criminalidade*. 3ª ed. Coimbra: Almedina, 2013.

BULOS, Uadi Lammêgo. *Curso de Direito Constitucional*, 5ª edição, Saraiva.

CABETTE, Eduardo Luiz Santos. *Gravações clandestinas e ambientais: tutela constitucional da intimidade e os agentes públicos*, *Boletim IBCCRIM*. nº. 65, 1998. 05-06.

CABRAL, Rita Amaral. *O Direito à intimidade da vida privada*. Breve reflexão acerca do artigo 80º do Código Civil, *in: Separata dos estudos em memória do professor Doutor Paulo Cunha*, Lisboa, 1988.

CAMPOS, Diogo Leite de. *Lições de Direitos da Personalidade*. In: Separata do vol. LXVI (1990), do Boletim da Faculdade de Direito da Universidade de Coimbra. 2ª edição, Coimbra, 1995.

CANOTILHO, J. J. Gomes. *Estado de Direito*. Coleção Fundação Mário Soares, Gradiva Publicações, 1999.

_____. *Direito Constitucional e Teoria da Constituição*. 7ª. Ed., Coimbra: Almedina, 2003.

_____. *Privatizações e direitos, liberdades e garantias: a propósito do sigilo de correspondência no serviço de telecomunicações*, in: Belmonte, Cláudio Petrini; Melgaré, Plínio - *O direito na sociedade contemporânea: estudos em homenagem ao Ministro José Neri da Silva*. Editora Forense: Rio de Janeiro, 2005.

_____ e MOREIRA, Vital. *CRP – Constituição da República Portuguesa anotada*. Artigos 1º a 107º, vol. I, 4ª edição. Coimbra: Coimbra Editora. Revista Reimpressão, Outubro/2014.

CONDE CORREIA, João. Qual o significado de abusiva intromissão na vida privada, no domicílio, na correspondência e nas telecomunicações (art. 32, n. 8, 2. parte, da C.R.P.)? *Revista do Ministério Público de Lisboa*. n. 79, v. 20, 1999.

CORREIA, Eduardo. «Les preuves em droit penal portugais», *Revista de Direito e Estudos Sociais*, 1967.

COSTA ANDRADE, Manuel da. *Sobre a valoração, como meio de prova em processo penal, das gravações produzidas por particulares*. *Estudos em Homenagem ao Prof. Doutor Eduardo Correia I*. In: Boletim da Faculdade de Direito – Universidade de Coimbra, número especial. Coimbra, 1984.

_____. Sobre a reforma do Código Penal Português. Dos crimes contra as pessoas, em geral, e das gravações e fotografias ilícitas, em particular. In: *Revista Portuguesa de Ciências Criminais*, ano 3, fasc. 2-4, Abril – Dezembro/1993, Coimbra.

_____. *Liberdade de Imprensa e Inviolabilidade Pessoal: uma perspectiva jurídico-criminal*. Coimbra: Coimbra Editora, 1996.

_____. *Consentimento e acordo em Direito Penal – contributo para a Fundamentação de um paradigma dualista*. 2ª ed., vol, 1. Coimbra: Coimbra Editora, 2004.

_____. Sobre as proibições de prova em processo penal. Reimpressão, Editora Coimbra, 2006.

_____. “Bruscamente no verão passado”, a reforma do Código de Processo Penal: Observações críticas sobre uma Lei que podia e devia ter sido diferente. Coimbra Editora, 2009.

_____. Métodos ocultos de investigação. (Pläydoer para uma teoria geral), *in*: Que futuro para o direito processual penal? Simpósio em homenagem a Jorge de Figueiredo Dias, por ocasião dos 20 anos do Código de Processo Penal Português. Coimbra: Coimbra Editora, 2009.

_____. *A tutela penal da imagem na Alemanha e em Portugal (esboço comparatístico, em busca de um novo paradigma normativo)* *in*: Revista Jurídica da Universidade Portucalense nº 15. Porto: Universidade Portucalense, 2012.

_____. Comentários ao artigo 192º *in*: Comentário Conimbricense do Código Penal: parte especial – Tomo I, artigos 131º a 201º, 2ª edição. Coimbra: Coimbra Editora, 2012.

_____. Comentários ao artigo 199º *in* Comentário Conimbricense do Código Penal: parte especial – Tomo I, artigos 131º a 201º, 2ª edição, Coimbra: Coimbra Editora, 2012. (n. 67)

CUNHA, Paulo Ferreira da, Direito à Palavra & Crime de Palavra, *in*: Revista Portuguesa de Ciência Criminal, ano 24, nº 4, Outubro-Dezembro, 2014. Coimbra: Coimbra Editora, 2014.

DIAS, Jorge Figueiredo. Direito Processual Penal, 1º vol., Coimbra: Coimbra Editora, 1974.

FARIA COSTA, José Francisco. As telecomunicações e a privacidade: o olhar (in)discreto de um penalista. Direito penal da comunicação: alguns escritos. Coimbra, 1998.

_____. Noções Fundamentais de Direito Penal: (Fragmenta iuris poenalis). 4ª edição. Coimbra: Coimbra Editora, 2015.

FELDENS, Luciano. Direitos fundamentais e direito penal. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2008.

FERNANDES, Antonio Scarance. Interceptações telefônicas: aspectos processuais da nova lei, *in*: Boletim Instituto Brasileiro de Ciências Criminais nº 45/15.

FIGUEIREDO DIAS, Jorge. Direito Processual Penal. Reimpressão 1ª edição 1974. Coimbra: Editora Coimbra, 2004.

FONTELES, Cláudio Lemos. Gravação clandestina operada por servidor público: quando se constitui em prova ilícita, *in*: Boletim dos Procuradores da República nº 42, v. 4, 2001. 3-4.

GARCIA, Basileu. Violação de segredo *in* Revista da Faculdade de Direito, Universidade de São Paulo. 1949.

GOMES, Luiz Flávio. A gravação ambiental clandestina é uma prova lícita? *in*: *Boletim do Instituto de Ciências Penais*, nº 66, v. 5, 2006.

_____. Interceptação telefônica: comentários à lei 9.296, de 24.07.1996, 2ª edição, 2013.

_____; CERVINI, Raúl. *Interceptação telefônica*. São Paulo, Revista dos Tribunais, 1997.

GONZALES-CUELLAR SERRANO, Nicolas. *Proporcionalidad y derechos fundamentales en el proceso penal*. Madri:Colex, 1990.

GRECO FILHO, Vicente. Interceptação telefônica. Considerações sobre a Lei nº 9.296/96. 3ª edição. Saraiva.

GRINOVER, Ada Pellegrini. Liberdades públicas e processo penal: as interceptações telefônicas. 2ª ed., atualizada, São Paulo: Revista dos Tribunais, 1982.

_____. A eficácia dos atos processuais à luz da Constituição Federal, *RPGESP*, 1992, n. 37.

_____; GOMES FILHO; Antonio Magalhaes e FERNANDES, Antonio Scaranse. *As nulidades no processo penal*, 11ª ed., rev. Editora Revista dos Tribunais, 2009.

GUERRA FILHO. *O princípio constitucional da proporcionalidade. Ensaio de teoria constitucional*, 1989.

GUERRA, Sidney. *A Liberdade de Imprensa e o Direito à Imagem*. Rio de Janeiro: Renovar, 2004.

HABERMAS, Jürgen. *Direito e Democracia – Entre Facticidade e Validade*. Tradução: Flávio Beno Siebeneichler. vol. II., Rio de Janeiro: Tempo Brasileiro, 1997.

HENTZ, Luiz Antonio Soares. Gravação clandestina: prova no processo penal, *in*: Boletim IBCCRIM. n° 30, 1995.

HUNGRIA, Nelson. A liberdade dos meios de prova. *Revista jurídica*, vol. 33, 1958.

MENDES, Gilmar Ferreira. *Hermenêutica Constitucional e Direitos Fundamentais*. Brasília: Brasília Jurídica, 2000.

MENDRONI, Marcelo Batlouni. *Crime Organizado. Aspectos gerais e mecanismos legais*, 2ª. Ed. São Paulo: Editora Atlas S/A, 2007.

MIRANDA, Jorge. *Manual de Direito Constitucional*, tomo IV, 2ª ed., Coimbra, 1993.

_____. *Processo penal e direito à palavra*, *in*: Separata de direito e justiça, revista da faculdade de Direito da UCP, Vol. XI, Tomo 2, Lisboa, 1997.

_____ e MEDEIROS, Rui. *Constituição da República Portuguesa Anotada*, Tomo I, 2.ª ed., Coimbra, 2010.

MARTELETO FILHO, Wagner. *O direito à não autoincriminação no Processo Penal Contemporâneo*. Belo Horizonte: Del Rey Editora, 2012.

MUÑOZ CONDE, Francisco. De las prohibiciones probatorias al derecho procesal penal del enemigo, Buenos Aires: Hammurabi, 2008.

NOVAIS, Jorge Reis. *As restrições aos Direitos Fundamentais não expressamente autorizadas pela Constituição*. Coimbra: Coimbra Editora, 2003.

OLIVEIRA, Eugenio Pacelli de. Curso de Processo Penal. Belo Horizonte: Del Rey, 2006.

PINTO, Paulo Cardoso Correia da Mota. *A proteção da vida privada e a Constituição*. In: Separata do Boletim da Faculdade de Direito, Universidade de Coimbra. Volume LXXVI, Coimbra, 2000.

_____. *O Direito à reserva sobre a intimidade da vida privada*, in: Boletim da Faculdade de Direito, vol. LXIX, Separata, Coimbra, 1993. Universidade de Coimbra.

_____. *A limitação voluntária do direito à reserva sobre a intimidade da vida privada*. In: Estudos em Homenagem a Cunha Rodrigues, v. II. Disponível em: <https://woc.uc.pt/fduc/getFile.do?tipo=6&id=2027>. Acesso em 23 de março de 2015.

PIRES, Manuel. *Segurança e Protecção da Confiança Legítima do Contribuinte – A Intimidade da Vida Privada*. In Segurança e Confiança Legítima do Contribuinte. Coord. Manuel Pires, Rita Calçada Pires. Lisboa: Universidade Lusíada Editora, 2013.

PITOMBO, Sérgio. Sigilo nas comunicações. Aspecto processual penal, in: Boletim Instituto Brasileiro de Ciência Criminal nº 49/07, dez/96.

PRADO, Geraldo. A interceptação das comunicações telefônicas e o sigilo constitucional de dados operados em sistemas informáticos e telemáticos, in: Boletim Instituto Brasileiro de Ciência Criminais nº 55/13, jun. 1997.

_____. Prova penal e sistema de controles epistêmicos: a quebra da cadeia de custódia das provas obtidas por métodos ocultos. 1ª edição, São Paulo: Marcial Pons, 2014.

RIBEIRO, Joaquim Sousa. *A Tutela de bens da personalidade na Constituição e na Jurisprudência constitucional portuguesas*, in: Estudos de Homenagem ao Prof. Doutor José Joaquim Gomes Canotilho, Vol. III, Coimbra Editora.

RODRIGUES, Anabela Miranda. A defesa do arguido: uma garantia constitucional em perigo no «admirável mundo novo». *In: Revista Portuguesa de Ciência Criminal*. Lisboa: Aequitas e Editorial Notícias. Ano 12, N. 4, 2002, p. 549.

SILVA, Germano Marques da. **Produção e valoração da prova em processo penal**. *In: Revista do CEJ*. Lisboa. ISSN 1645-829X. N.º 4 Esp., sem. 1.º (2006).

SILVA, Germano Marques da. Curso de processo penal. 5ª ed., rev. e actual. Lisboa: Verbo, 2008, vol.2.

SOUSA, João Ramos de. Escutas telefônicas em Estrasburgo: o activismo jurisprudencial do Tribunal Europeu dos Direitos Humanos, *Sub Judice: Justiça e sociedade*. n. 28, 2004.

TEIXEIRA, António de Jesus. Os limites do efeito-à-distância: nas proibições de prova no processo penal português. Lisboa: Universidade Católica Editora, 2014.

TUCCI, Rogério Lauria. Direitos e Garantias Individuais no Processo Penal Brasileiro, Saraiva: São Paulo, 1993.

VALENTE, Manuel Monteiro Guedes. Escutas telefônicas: da excepcionalidade à vulgaridade. 2ª edição. Coimbra: Almedina, 2008.

VIEIRA DE ANDRADE, José Carlos. *Os Direitos Fundamentais na Constituição Portuguesa de 1976*. 3ª ed., Coimbra: Almedina, 2004.

WARREN, Samuel e BRANDEIS, Louis. *The Right to Privacy*, Harvard Law Review, volume IV, n.º 05, 1890.