



UNIVERSIDADE FEDERAL DO CEARÁ
FACULDADE DE DIREITO
CURSO DE DIREITO

SUZANA MAURÍCIO NOGUEIRA

**A SERENDIPIDADE NA INTERCEPTAÇÃO TELEFÔNICA LÍCITA:
VALIDADE DA PROVA ENCONTRADA FORTUITAMENTE**

FORTALEZA

2013

SUZANA MAURÍCIO NOGUEIRA

**A SERENDIPIDADE NA INTERCEPTAÇÃO TELEFÔNICA LÍCITA:
VALIDADE DA PROVA ENCONTRADA FORTUITAMENTE**

Monografia apresentada ao Curso de Direito da Universidade Federal do Ceará, como requisito parcial à obtenção do título de Bacharel em Direito.

Orientador: Prof. Dr. Samuel Miranda Arruda.

FORTALEZA

2013

Dados Internacionais de Catalogação na Publicação
Universidade Federal do Ceará
Biblioteca Setorial da Faculdade de Direito

-
- N778s Nogueira, Suzana Maurício
A serendipidade na interceptação telefônica lícita: validade da prova encontrada fortuitamente /
Suzana Maurício Nogueira. – 2013.
87 f. : enc. ; 30 cm.
- Monografia (graduação) – Universidade Federal do Ceará, Faculdade de Direito, Curso de
Direito, Fortaleza, 2013.
Área de Concentração: Direito Processual Penal.
Orientação: Prof. Dr. Samuel Miranda Arruda.
1. Processo penal - Brasil. 2. Proporcionalidade (Direito) - Brasil. 3. Interceptação telefônica -
Brasil. 4. Prova (Direito) - Brasil. 5. Prova ilícita - Brasil. I. Arruda, Samuel Miranda (orient.). II.
Universidade Federal do Ceará – Graduação em Direito. III. Título.

CDD 343.9

SUZANA MAURÍCIO NOGUEIRA

**A SERENDIPIDADE NA INTERCEPTAÇÃO TELEFÔNICA LÍCITA:
VALIDADE DA PROVA ENCONTRADA FORTUITAMENTE**

Monografia apresentada à Faculdade de Direito da Universidade Federal do Ceará, como requisito parcial à obtenção do título de Bacharel em Direito. Áreas de concentração: Direito Público e Direito Processual.

Aprovada em: 22 de julho de 2013.

BANCA EXAMINADORA

Prof. Dr. Samuel Miranda Arruda (Orientador)
Universidade Federal do Ceará (UFC)

Prof. Me. Francisco de Araújo Macêdo Filho
Universidade Federal do Ceará (UFC)

Mestranda Débora Bezerra de Menezes Serpa Maia
Universidade Federal do Ceará (UFC)

A Deus.

Aos meus pais, Raimundo Nilson e Iva.

AGRADECIMENTOS

Primeiramente, a Deus, por me reerguer sem demora nos momentos em que mais precisei e por me dar perseverança, firme companheira. Este trabalho é mais uma vitória que se fez possível em virtude das condições que a graça divina me proporcionou, suficientes para me fazer conseguir trilhar meu caminho em busca dos objetivos que alimento.

Aos meus pais, Raimundo Nilson e Iva, meu orgulho e minha eterna gratidão pelo apoio incessante, pelo incansável propósito de oferecer aos filhos o melhor que conseguem, pelo amor incondicional e pelas diversas formas como demonstram esse amor. A sua sincera felicidade ante as minhas conquistas são o meu impulso maior.

Aos meus irmãos, Ícaro e Lara, grandes amores, com quem me desentendo, mas com quem mais ainda me identifico. A vocês, minha torcida constante, minha admiração e meu carinho desmedidos.

Aos demais familiares, pelo incentivo entusiasmado que se converte em autêntica alegria.

Aos amigos que a Faculdade de Direito me trouxe, em especial os que me socorreram nos momentos de dúvida e angústia surgidos no decorrer da feitura deste trabalho: o legítimo anjo monográfico Rahym, pessoa diferenciada, que todos queremos por perto; a amiga linda Sabrina, que reúne as mais diversas qualidades e esteve sempre presente, transmitindo foco, força e fé, sabendo ser amiga de verdade; Taliana, com a solicitude e o companheirismo de costume; Sidney, grande apoiador intelectual; Adriano, que me ajudou porque vive chorando por mim (*Ooh, Shujana!*). Juntamente com Iara, Jamille, Janayna, Luciano, Renata e Vevé, formamos os imbatíveis *Lizeiras*. Nessa jornada, contei ainda com Davi, Dieguinho, Haylton, Júnior, Mariana, Renatinha e outros. A todos, agradeço pelas boas risadas e momentos de diversão. Espero que a amizade e a prazerosa companhia se mantenham apesar da ausência do convívio diário.

Ao Prof. Dr. Samuel Miranda Arruda, pela humildade e boa vontade ínsitas aos verdadeiros mestres, bem como pelas lições repassadas com destreza em sala de aula, as quais foram responsáveis por despertar em mim o gosto que tenho hoje pelo Direito Penal.

Aos demais integrantes da banca examinadora, Prof. Me. Francisco de Araújo Macêdo Filho, professor muito querido por todos, dedicado e inspirador, e Mestranda Débora Bezerra de Menezes Serpa Maia, pela atenção e disponibilidade.

À Universidade Federal do Ceará, da qual tenho orgulho de ser aluna.

Ao Cartório Eleitoral de Pedra Branca, pela boa acolhida na cidade e em minha primeira experiência profissional, permeada por vivências ora instigantes, ora cômicas, e, sobretudo, engrandecedoras.

Ao escritório de advocacia Gomes e Uchôa e à Procuradoria da República em Fortaleza, estágios enriquecedores, com cotidianos aprendizados.

A todos que, em algum momento, demonstraram seu apoio ou se fizeram fonte de inspiração, obrigada por me mostrar que o impossível é só questão de opinião.

“Ama-se mais o que se conquista com esforço” (Benjamin Disraeli).

RESUMO

O presente trabalho tem como objeto de estudo a validade da prova encontrada fortuitamente no curso de interceptação telefônica lícita, fenômeno denominado serendipidade. Inicialmente, estuda-se a prova no processo penal, com especial incursão na análise das provas ilícitas e sua inadmissibilidade em nosso ordenamento jurídico, inclusive apreciando a temática sob o enfoque da teoria da proporcionalidade. Em seguida, aborda-se a Lei n.º 9.296/96, que regulamentou o mandamento constitucional inserto na parte final do art. 5º, inciso XII, da Constituição Federal de 1988, tratando das interceptações de comunicações telefônicas. Criticam-se os pontos relevantes da referida lei, bem como se examina o direito constitucional à intimidade em confronto com o necessário combate à criminalidade. Norteadas por uma sondagem bibliográfica e jurisprudencial, a pesquisa finda por demonstrar a possibilidade – desde que restem observados determinados critérios – de admissão no processo da prova fruto de serendipidade.

Palavras-chave: Serendipidade. Interceptação telefônica. Prova.

ABSTRACT

The present research aims to study the validity of the evidence found fortuitously in the course of telephone tapping, a phenomenon known as serendipity. Firstly, the research studies the evidence in criminal procedure, with particular incursion into the analysis of illegal evidence and its admissibility in our legal system, including describing the theme from the standpoint of the theory of proportionality. Then addresses the Bill n. 9.296/96, which regulates the constitutional mandamus insert at the end of art. 5, item XII of the Federal Constitution of 1988, dealing with telephone communications interceptions. It criticizes up relevant points of the aforementioned Bill, as well as examining the constitutional right to privacy in confrontation with the necessary fight against criminality. Guided by a literature survey and case, the search confirms the possibility – provided that certain criteria have been observed – of admission of an evidence result of serendipity in the criminal process.

Keywords: Serendipity. Telephone tapping. Evidence.

SUMÁRIO

1	INTRODUÇÃO	11
2	O DIREITO À PROVA	13
2.1	A prova: considerações iniciais	13
2.1.1	<i>Objeto da prova e objeto de prova</i>	15
2.1.2	<i>Os meios de prova</i>	16
2.1.3	<i>O princípio do contraditório</i>	17
2.2	O direito à prova no processo penal	18
2.2.1	<i>Sistemas de apreciação da prova</i>	18
2.2.2	<i>A problemática da verdade real</i>	21
2.2.3	<i>As vedações probatórias</i>	24
2.3	As provas obtidas por meios ilícitos	26
2.3.1	<i>As provas ilícitas e as provas ilegítimas</i>	26
2.3.2	<i>A inadmissibilidade das provas ilícitas</i>	28
2.3.2.1	<i>As provas ilícitas por derivação</i>	31
2.3.3	<i>A teoria da proporcionalidade</i>	35
2.3.3.1	<i>A proporcionalidade pro reo</i>	37
2.3.3.2	<i>A proporcionalidade pro societate</i>	39
3	A INTERCEPTAÇÃO TELEFÔNICA	43
3.1	O direito à intimidade	43
3.2	Breve histórico das interceptações telefônicas no Brasil	46
3.3	Análise da Lei n.º 9.296, de 24 de julho de 1996	49
3.3.1	<i>A abrangência da Lei n.º 9.296/96</i>	49
3.3.2	<i>Ordem emanada de juiz competente</i>	51
3.3.3	<i>Hipóteses de cabimento da interceptação telefônica</i>	52
3.3.4	<i>Interceptação telefônica autorizada pelo juiz de ofício</i>	56
3.3.5	<i>O requerimento de interceptação</i>	57
3.3.6	<i>A fundamentação da decisão judicial autorizadora</i>	58
3.3.7	<i>Possibilidade de prorrogação do prazo da medida</i>	59
3.3.8	<i>A execução da interceptação telefônica</i>	60

3.3.9	<i>Procedimentos</i>	62
3.3.10	<i>Contraditório postergado e princípio da publicidade interna restrita</i>	63
3.3.11	<i>O incidente de inutilização</i>	64
4	A SERENDIPIDADE NA INTERCEPTAÇÃO TELEFÔNICA LÍCITA: VALIDADE DA PROVA ENCONTRADA FORTUITAMENTE	66
4.1	Delimitação da situação objeto e individualização do investigado	66
4.2	O fenômeno da serendipidade nas interceptações telefônicas	67
4.2.1	<i>Origem do termo</i> serendipidade	68
4.3	Encontro fortuito na interceptação telefônica: prova válida?	69
4.4	O critério da conexão e da continência	72
4.5	A serendipidade na jurisprudência pátria	73
	CONCLUSÃO	78
	REFERÊNCIAS	81
	ANEXO – Lei n.º 9.296, de 24 de julho de 1996	85

1 INTRODUÇÃO

O processo penal se observa permeado por questionamentos os mais diversos, mormente por envolver o direito indisponível à liberdade de locomoção. Tal característica é avultada ao focar-se na matéria relativa à prova, considerando que esta, ao cumprir sua função de demonstrar fatos ocorridos, não se restringe aos limites do processo, transbordando-o e repercutindo na sociedade.

Nesse contexto, destaca-se a relevância do estudo da serendipidade nas interceptações telefônicas, mais precisamente a abordagem acerca da validade da prova encontrada fortuitamente.

Com a finalidade de analisar o tema, o presente trabalho se estrutura em três capítulos.

Primeiramente, pondera-se acerca da prova no processo penal, percorrendo-se, especialmente, a temática das provas obtidas por meios ilícitos e seus desdobramentos, a sua inadmissibilidade, perquirindo, ainda, as possibilidades de aplicação da chamada teoria da proporcionalidade.

No segundo capítulo, parte-se da garantia que a Constituição Federal de 1988 assegura de inviolabilidade das comunicações telefônicas, excepcionadas as hipóteses legais, mediante ordem judicial e para fins de investigação criminal ou instrução processual penal. Apenas em 24 de julho de 1996 adveio a lei regulamentadora da determinação constante do art. 5º, inciso XII, da Carta Magna. Procede-se, então, a considerações no tocante à celeuma havida entre a persecução penal manifestada através das interceptações telefônicas e o direito constitucional do indivíduo à intimidade.

Em seguida, partindo-se dos aspectos mais genéricos já referidos, realiza-se um corte epistemológico a fim de centralizar as explanações em torno da interceptação telefônica. Empreende-se uma análise crítica das disposições concernentes à Lei n.º 9.296/96.

Após tecer as considerações necessárias no primeiro e segundo capítulos, finalmente se adentra no tema propriamente dito. Discutir a possibilidade de, no decorrer das diligências, descobrirem-se novos fatos ou envolvidos se faz necessário principalmente tendo em vista o silêncio do legislador.

Utilizou-se metodologia consistente em revisão bibliográfica e jurisprudencial, pretendendo-se uma compreensão clara no que tange às divergências doutrinárias.

Cabível, portanto, ponderar acerca da validade da prova encontrada fortuitamente, considerando ainda que qualquer das interceptações telefônicas cotidianamente realizadas no Brasil encontra-se suscetível de deparar-se com o fenômeno da serendipidade.

2 O DIREITO À PROVA

2.1 A prova: considerações iniciais

Derivado do latim *proba*, o vocábulo *prova* possui distintos significados: mostra, sinal, ensaio, competição, verificação, inspeção, exame, degustação, argumento, razão, aprovação, experiência, confirmação, certame.

Em uma acepção jurídica, tem-se a prova como um instrumento que é levado ao processo com o fim de possibilitar uma reconstrução histórica dos fatos ocorridos. Por conseguinte, pode vir a exercer uma influência na formação do convencimento do julgador.

Preleciona Michele Taruffo:

La *prueba* es el instrumento que utilizan las partes desde hace siglos para demostrar la veracidad de sus afirmaciones, y del cual se sirve el juez para decidir respecto a la verdad o falsedad de los enunciados fácticos. En términos muy generales se entiende como prueba cualquier instrumento, método, persona, cosa o circunstancia que pueda proporcionar información útil para resolver dicha incertidumbre (TARUFFO, 2003, grifo do autor).

Sintetiza Claus Roxin (2003, p. 185) que “probar significa convencer al juez sobre la certeza de la existencia de un hecho”. Nos dizeres de Tourinho Filho:

É, antes de mais nada, estabelecer a existência da verdade; e as provas são os meios pelos quais se procura estabelecê-la. Entendem-se, também, por prova, de ordinário, os elementos produzidos pelas partes ou pelo próprio juiz visando a estabelecer, dentro do processo, a existência de certos fatos. É o instrumento de verificação do *thema probandum* (TOURINHO FILHO, 2003, p. 215).

Essa necessidade que se verifica de demonstração da verdade dos fatos diz respeito à história do Direito desde os tempos mais remotos, de acordo com a lição de Eugênio Pacelli:

Ao longo de toda a sua história, o Direito defrontou-se com o tema da construção da verdade, experimentando diversos métodos e formas jurídicas de obtenção da verdade, desde as ordálias e juízos de deus (ou dos deuses), na Idade Média, em que o acusado submetia-se a determinada prova física (ou suplício), de cuja superação, quando vitorioso, se lhe reconhecia a veracidade de sua pretensão, até a introdução da racionalidade nos meios de prova (OLIVEIRA, 2008, p. 281).

Guilherme de Souza Nucci evidencia três sentidos juridicamente possíveis para o termo *prova*: primeiramente, tem-se a prova como *ato* de provar, através do qual se pretende verificar a verdade de um fato alegado; observa-se a prova também enquanto *meio* de se demonstrar algo; por fim, a prova pode ser ainda o *resultado* da ação de provar, alcançado a

partir dos instrumentos utilizados (NUCCI, 2012, p. 356). Infere-se que, em todos os casos, a prova encontra-se intrinsecamente relacionada à noção de *verdade*.

Sublinhe-se que os atos concernentes à prova podem ser praticados não apenas pelas partes, mas também pelo magistrado e, ainda, por terceiros, como ocorre com os peritos.¹

Sedimentando a importância da produção probatória, aduz Vicente Greco Filho:

De nada adianta o direito em tese ser favorável a alguém se não consegue demonstrar que se encontra numa situação que permite a incidência da norma. Ou ao contrário, especialmente o que ocorre no plano penal: de nada adianta haver suspeita de que alguém violou a lei criminal, mas de nada adianta essa suspeita, que não passa de uma opinião íntima, se não se trouxer aos autos a prova de que estão presentes os elementos necessários à condenação. Aliás, no plano prático é mais importante para a atividade das partes a demonstração dos fatos do que a interpretação do direito, porque esta ao juiz compete, ao passo que os fatos a ele devem ser trazidos, em princípio, pelas partes (GRECO FILHO, 2012, p. 193).

Gomes Filho vai além, atribuindo à prova uma finalidade social, observada a partir da compreensão do caráter de instrumentalidade do processo:

Em outras palavras, a prova judiciária não se destina ao estabelecimento de uma verdade circunscrita ao processo, até porque este não é um fim em si mesmo, mas um instrumento de conflitos sociais; e, para que essa finalidade última seja alcançada, a produção do convencimento judicial deve obedecer a determinados padrões e rituais, através dos quais a coletividade possa reconhecer-se (GOMES FILHO, 1997, p. 18 *apud* SILVA, 2007, p. 8).

Fernando Capez (2012, p. 360) assevera que, sem provas válidas, debates doutrinários e jurisprudenciais perderiam o sentido, na medida em que as discussões não teriam objeto. Assere: “o tema referente à prova é o mais importante de toda a ciência processual, já que as provas constituem os olhos do processo, o alicerce sobre o qual se ergue toda a dialética processual”.

De fato, a busca pela verdade dos fatos é ínsita ao sentido da existência do processo, sendo essa perquisição possibilitada justamente pela produção probatória. Desse

¹ Vários dispositivos do Código de Processo Penal noticiam a possibilidade de iniciativa probatória por parte do juiz, a exemplo dos arts. 156, incisos I e II, 209 e 234:

Art. 156. A prova da alegação incumbirá a quem a fizer, sendo, porém, facultado ao juiz de ofício:

I – ordenar, mesmo antes de iniciada a ação penal, a produção antecipada de provas consideradas urgentes e relevantes, observando a necessidade, adequação e proporcionalidade da medida;

II – determinar, no curso da instrução, ou antes de proferir sentença, a realização de diligências para dirimir dúvida sobre ponto relevante

Art. 209. O juiz, quando julgar necessário, poderá ouvir outras testemunhas, além das indicadas pelas partes.

Art. 234. Se o juiz tiver notícia da existência de documento relativo a ponto relevante da acusação ou da defesa, providenciará, independentemente de requerimento de qualquer das partes, para sua juntada aos autos, se possível.

modo, as provas assumem a função de evidenciar as questões de fato alegadas, logo, podem vir a influir diretamente sobre o teor da decisão judicial a ser proferida. Tanto é que Cintra, Grinover e Dinamarco (1991, p. 310) assentam: “falar em prova significa pensar na formação do convencimento do juiz, no processo”. Pode-se afirmar até que a finalidade maior da prova reside justamente nessa tentativa de, sob a ótica das partes, direcionar a convicção do juiz no sentido que lhes for mais propício.

O papel que a prova exerce no processo já seria suficiente para justificar a sua indispensabilidade. Todavia, mesmo assim, ainda não expressa por completo o quão se faz essencial. Isso porque seus reflexos não se restringem à esfera processual, incidindo inexoravelmente sobre a sociedade, direcionando a vida das pessoas. Indiscutível, portanto, a relevância que contém para o processo e para além dele.

2.1.1 Objeto da prova e objeto de prova

Objeto da prova consiste naquilo que o juiz deve conhecer, a fim de reunir condições para a resolução da demanda. Já objeto de prova é tudo aquilo que necessita ser provado.

Existem fatos que independem de prova. Primeiramente, excepcionam-se os fatos notórios, que são aqueles de domínio de parcela significativa da população informada, também chamados de verdade sabida. Um exemplo são os feriados nacionais, que não precisam ser provados (TÁVORA, 2011, p. 359).

Os fatos irrelevantes, como se infere da própria nomenclatura, igualmente não carecem de prova, pois inúteis ao processo. Por fim, não se fazem objeto de prova os fatos que contêm uma presunção legal absoluta, na medida em que prova alguma seria capaz de se sobrepor a essa presunção. É nesse sentido que Nestor Távora (2011, p. 360) exemplifica que “não adianta o Ministério Público tentar demonstrar que um menor de dezoito anos tinha capacidade de entender e querer à época do fato delitivo, pois, por presunção insuperável do art. 27 do CP, ele é inimputável”.

O direito, em regra, não precisa ser provado, já que o juiz conhece a lei, segundo o brocardo *iura novit curia*. A exceção se faz presente quando se devem provar os direitos estadual, municipal, consuetudinário ou estrangeiro, no caso de serem invocados (artigo 337 do Código de Processo Civil).² Nessa situação, a prova assume a função de possibilitar que o

²Art. 337. A parte, que alegar direito municipal, estadual, estrangeiro ou consuetudinário, provar-lhe-á o teor e a vigência, se assim o determinar o juiz.

respectivo direito seja aplicado, a partir de sua demonstração ao julgador. Dessa maneira, busca-se destacar o direito concernente ao caso para, indiretamente, influenciar a decisão judicial.

Por fim, cabe o registro de Aury Lopes Jr. (2012, p. 566) de que “somente são considerados atos de prova e, portanto, aptos a fundamentarem a sentença, aqueles praticados dentro do processo, à luz da garantia da jurisdição e demais regras do devido processo penal”. Assim, os atos praticados no curso do inquérito policial são tidos como atos de investigação, que possuem limitado valor probatório.

2.1.2 Os meios de prova

Os meios de prova abrangem tudo aquilo que pode ser utilizado para atestar o que se alega no processo.

Nas palavras de Fernando Capez (2012, p. 394), meio de prova “compreende tudo quanto possa servir, direta ou indiretamente, à demonstração da verdade que se busca no processo”.

São exemplos de meios de prova o exame do corpo de delito, a perícia e a acareação, previstos, respectivamente, nos artigos 158, 169 e 197 do Código de Processo Penal.³

Haja vista a busca pela verdade no processo, vigora em nosso ordenamento o princípio da liberdade da prova, sendo aceitos meios que não se encontram disciplinados em lei.

A partir do artigo 332 do Código de Processo Civil⁴, infere-se que todos os meios de prova são acolhidos, isto é, não existe um rol taxativo; entretanto, o mesmo artigo determina que, para o meio de prova ser aceito, deve ser legal ou, quando não previsto em lei, moralmente legítimo, caso em que é chamado de prova inominada.

³Art. 158. Quando a infração deixar vestígios, será indispensável o exame de corpo de delito, direto ou indireto, não podendo supri-lo a confissão do acusado.

Art. 169. Para o efeito de exame do local onde houver sido praticada a infração, a autoridade providenciará imediatamente para que não se altere o estado das coisas até a chegada dos peritos, que poderão instruir seus laudos com fotografias, desenhos ou esquemas elucidativos.

Art. 229. A acareação será admitida entre acusados, entre acusado e testemunha, entre testemunhas, entre acusado ou testemunha e a pessoa ofendida, e entre as pessoas ofendidas, sempre que divergirem, em suas declarações, sobre fatos ou circunstâncias relevantes.

⁴ Art. 332. Todos os meios legais, bem como os moralmente legítimos, ainda que não especificados neste Código, são hábeis para provar a verdade dos fatos, em que se funda a ação ou a defesa.

O Código de Processo Penal apresenta um rol de meios de prova em seu Título VII – Da Prova. No mesmo sentido da legislação processual civil, reforça a não taxatividade dos meios de prova. Isso ocorre muito em razão da evolução da tecnologia que temos a nosso dispor, visto que a redação do Código remete à década de 40, insuficiente, pois, ante os progressos alcançados desde então. A gravação de um vídeo é um exemplo, pois não seria natural que o CPP previsse o mencionado meio de prova na época em que entrou em vigor.

Ensina Greco Filho:

É admissível, portanto, uma inspeção judicial, não disciplinada expressamente no Código de Processo Penal, mas adequada ao processo ocidental, tanto que está prevista no Código de Processo Civil. Não serão admissíveis as ordálias, ou juízos divinos, segundo as quais as pessoas eram submetidas a provas físicas para demonstrar que tinham razão. Igualmente inadmissível a prova fundada em crença sobrenatural que escapa às limitações da razão, conforme atualmente reconhecida (GRECO FILHO, 2012, p. 195).

Em consequência, tem-se como dispensável qualquer tipo de autorização ou previsão legal para se utilizar determinada prova: basta que não haja proibição. Atenta-se, contudo, para a necessidade de se ater às limitações constitucionais e processuais pertinentes.

2.1.3 O princípio do contraditório

Contradizer, em termos processuais, significa dizer – e provar – o contrário. A prova não é privilégio apenas daquele que ocupa o polo ativo na relação processual, pois é consectária do princípio do devido processo legal, o qual deve garantir o contraditório e a ampla defesa.

Esclarece Eugênio Pacelli:

Lembraremos apenas que o contraditório, cuja compreensão até a década de 1970 limitava-se à garantia de participação das partes no processo, com o direito à informação oportuna de toda prova ou alegação feita nos autos, bem como a possibilidade de reação a elas, passou, com a doutrina do italiano Élio Fazzalari, a incluir também o critério de *igualdade* ou da *par conditio* (paridade de armas), no sentido de que a participação, então garantida, se fizesse em *simétrica paridade* (OLIVEIRA, 2008, p. 282-283).

Acerca da imprescindibilidade do contraditório, Aury Lopes Jr.:

O contraditório pode ser inicialmente tratado como um método de confrontação da prova e comprovação da verdade, fundando-se não mais sobre um juízo potestativo, mas sobre o conflito, disciplinado e ritualizado entre partes contrapostas: a acusação (expressão do interesse punitivo do Estado) e a defesa (expressão do interesse do acusado [e da sociedade] em ficar livre de acusações infundadas e imune a penas arbitrárias e desproporcionadas). É imprescindível para a própria existência da estrutura dialética do processo (LOPES JR., 2012, p. 573).

Dessa forma, o contraditório não possui uma conotação tão-somente de rebater, resistir. Figura também como um instrumento positivo, conferindo uma posição de participação ativa àquele que contradiz, o qual, portanto, pode se utilizar de provas em seu favor.

2.2 O DIREITO À PROVA NO PROCESSO PENAL

No processo civil, os fatos confessados não dependem de prova, conforme o artigo 334, inciso II, do Código de Processo Civil.⁵ Já no processo penal, mesmo que o cometimento do crime seja confessado pelo réu, a produção de outras provas não se torna dispensável. Isso porque a confissão não possui um valor absoluto, devendo ser avaliada em conjunto com as demais provas do processo, nos termos do artigo 197 do Código de Processo Penal.⁶

Assim, salvo os fatos que independem de prova, exceções referidas anteriormente (2.1.1), mesmo aqueles fatos não controvertidos devem ser provados, haja vista a indisponibilidade do direito à liberdade de locomoção.

2.2.1 Sistemas de apreciação da prova

O procedimento probatório abrange as seguintes fases: propositura, quando as provas são indicadas pelas partes; admissibilidade, resolvida pelo juiz; produção, oportunidade em que são confeccionadas as provas requeridas e admitidas; por fim, apreciação em sentença.

Aury Lopes Jr. relata a necessária observância ao princípio do contraditório em cada um dos quatro momentos da prova:

1º Postulação (denúncia ou resposta escrita): contraditório está na possibilidade de também postular a prova, em igualdade de oportunidades e condições.

2º Admissão (pelo juiz): contraditório e direito de defesa concretizam-se na possibilidade de impugnar a decisão que admite a prova.

⁵ Art. 334 - Não dependem de prova os fatos:

(...)

II - afirmados por uma parte e confessados pela parte contrária.

⁶ Art. 197. O valor da confissão se aferirá pelos critérios adotados para os outros elementos de prova, e para a sua apreciação o juiz deverá confrontá-la com as demais provas do processo, verificando se entre ela e estas existe compatibilidade ou concordância.

3º Produção (instrução): o contraditório manifesta-se na possibilidade de as partes participarem e assistirem a produção da prova.

4º Valoração (na sentença): o contraditório manifesta-se através do controle da racionalidade da decisão (externada pela fundamentação) que conduz à possibilidade de impugnação pela via recursal.

Sublinhe-se a imprescindibilidade do contraditório, que deve permear todos os atos e momentos da prova (LOPES JR., 2012, p. 576).

Existem critérios ou sistemas que podem ser adotados pelo juiz quando da última fase, a de valoração das provas. Três foram os principais sistemas adotados: sistema da íntima convicção ou da certeza moral do juiz, sistema das regras legais ou certeza moral do legislador ou da prova tarifada; sistema do livre convencimento motivado ou da persuasão racional.

O sistema da íntima convicção ou da certeza moral do juiz confere total liberdade ao magistrado na medida em que suas decisões não necessitam ser motivadas, podendo se basear em experiências pessoais, inclusive levando em consideração provas que sequer foram carreadas aos autos. Assim, a certeza moral é o que prevalece. É o sistema adotado pelo Tribunal do Júri, já que os votos emitidos pelos jurados não são fundamentados, bastando que optem pela resposta positiva ou negativa a cada quesito, sigilosamente, conforme disciplinado no Código de Processo Penal.⁷

Nas palavras de Paulo Rangel:

O sistema da íntima convicção foi assim abandonado, pois revelou-se em verdadeiro atentado contra o indivíduo, deixando-o ao prudente arbítrio do juiz. Diante disso, o legislador, desconfiando do juiz, passou a dizer a ele qual seria o valor de cada prova, não lhe dando margem para discricionariedade (RANGEL, 2010, p. 512).

Passou-se, então, ao sistema das regras legais ou certeza moral do legislador ou da prova tarifada. Por esse sistema, o juiz deve obedecer ao valor que é previamente fixado em lei para cada prova. É nesse contexto que a confissão assume a posição de “rainha das provas” e que tem lugar o brocardo *testis unus, testis nullus*, pelo qual o depoimento de uma só testemunha, por mais detalhado e verossímil que seja, não tem qualquer valor (CAPEZ, 2012, p. 399).

Um resquício de utilização da prova tarifada é o artigo 158 do Código de Processo Penal, o qual estabelece: “Quando a infração deixar vestígios, será indispensável o exame de

⁷Art. 486. Antes de proceder-se à votação de cada quesito, o juiz presidente mandará distribuir aos jurados pequenas cédulas, feitas de papel opaco e facilmente dobráveis, contendo 7 (sete) delas a palavra *sim*, 7 (sete) a palavra *não*.

Art. 487. Para assegurar o sigilo do voto, o oficial de justiça recolherá em urnas separadas as cédulas correspondentes aos votos e as não utilizadas.

corpo de delito, direto ou indireto, não podendo supri-lo a confissão do acusado”. Critica Paulo Rangel:

Ou seja, para a lei, somente poderá ser provado o fato se houver exame de corpo de delito, pois, do contrário, haverá nulidade do processo. Pensamos que, se não há provas, a hipótese é de absolvição e não de nulidade. Porém, entendemos, como vamos mostrar no próximo sistema, que há que se admitir outros elementos de prova além do exame de corpo de delito. Só o exame de corpo de delito pode não ser necessário para condenação, bem como sua ausência não impedirá a condenação se outros elementos de provas existirem (RANGEL, 2010, p. 513).

No Brasil, vigora o sistema do livre convencimento motivado ou da persuasão racional, embora, como se demonstrou, existam traços dos sistemas explanados. O juiz possui ampla liberdade para decidir, contudo, está adstrito às provas reunidas nos autos. Além de seu entendimento, devem ser expostas também as razões que o nortearam, alicerçadas no conjunto probatório.

Nota-se que o sistema da persuasão racional é intermediário, sendo um meio-termo entre o sistema da íntima convicção e o da prova tarifada. Difere do primeiro por não permitir ao julgador gozar de uma liberdade desmedida, que dispensaria inclusive fundamentação das ideias expostas, divergindo também do segundo por não instituir uma hierarquia entre as provas. Estas devem ser avaliadas em como um todo, não devendo o julgador tomar por base uma única prova de maneira isolada das outras.

Lembra Fernando Capez (2012, p. 400) que o magistrado não pode “buscar como fundamento elementos estranhos aos autos (*quod neon est in actis non est in mundo*: o que não está nos autos não está no mundo)”.

O sistema em análise é consagrado pelo ordenamento jurídico pátrio, haja vista o artigo 93, inciso IX, da Constituição Federal, que impõe a necessidade de motivação de todas as decisões proferidas pelos órgãos do Poder Judiciário, sob pena de nulidade, e os artigos 155 e 381, inciso III, do Código de Processo Penal:

Art. 93. Lei complementar, de iniciativa do Supremo Tribunal Federal, disporá sobre o Estatuto da Magistratura, observados os seguintes princípios:

[...]

IX todos os julgamentos dos órgãos do Poder Judiciário serão públicos, e fundamentadas todas as decisões, sob pena de nulidade, podendo a lei limitar a presença, em determinados atos, às próprias partes e a seus advogados, ou somente a estes, em casos nos quais a preservação do direito à intimidade do interessado no sigilo não prejudique o interesse público à informação

Art. 155. O juiz formará sua convicção pela livre apreciação da prova produzida em contraditório judicial, não podendo fundamentar sua decisão exclusivamente nos elementos informativos colhidos na investigação, ressalvadas as provas cautelares, não repetíveis e antecipadas.

Art. 381. A sentença conterà:

[...]

III - a indicação dos motivos de fato e de direito em que se fundar a decisão.

Assere Vicente Greco Filho:

Finalmente, completa o sistema da persuasão racional, e daí o seu nome, o dever de fundamentar a decisão, apresentando as razões do convencimento. A obrigação de fundamentar permite às partes aferir que a convicção foi realmente extraída do material probatório constante dos autos, e também que os motivos levam logicamente à conclusão. Essa garantia não só assegura o exame cuidadoso dos autos, mas também permite que, em grau de recurso, se faça o eventual reexame em face de novos argumentos apresentados (GRECO FILHO, 2012, p. 209).

Aury Lopes Jr. (2012, p. 581) anota que, ao mesmo tempo em que o julgador é livre para formar a sua convicção, essa liberdade é tolhida pela necessidade de fundamentação das decisões: “o livre convencimento é, na verdade, muito mais limitado do que livre. E assim deve sê-lo, pois se trata de poder e, no jogo democrático do processo, todo poder tende a ser abusivo. Por isso, necessita de controle”.

Vê-se que, sendo proferida decisão sem a necessária fundamentação, a sua nulidade se impõe, nos termos do inciso IX do artigo 93 da Constituição acima transcrito. A motivação das decisões mostra-se uma forma de controle da atividade jurisdicional pela sociedade:

A motivação surge como instrumento por meio do qual as partes e o meio social tomam conhecimento da atividade jurisdicional; as partes para, se for o caso, impugnarem os fundamentos da sentença, buscando seja reformada; a sociedade, a fim de que possa formar opinião positiva ou negativa a respeito da qualidade dos serviços prestados pela Justiça.

[...]

O trabalho do juiz, como toda decisão humana, implica uma escolha entre alternativas. No conteúdo da motivação devem estar claramente expostas as escolhas e seleções feitas.

[...]

A garantia da motivação, conforme acentuado, compreende, em síntese: 1) o enunciado das escolhas do juiz com relação à individualização das normas aplicáveis e às consequências jurídicas que delas decorrem; 2) os nexos de implicação e coerência entre os referidos enunciados; 3) a consideração atenta dos argumentos e provas trazidos aos autos. (GRINOVER; FERNANDES; GOMES FILHO, 2001, p. 212-213).

2.2.2 A problemática da verdade real

No processo penal, encontra-se em jogo a liberdade, bem essencial à pessoa humana. Em virtude disso, infere-se que, em comparação com o processo civil, há uma maior flexibilidade quanto à produção da prova, ao mesmo tempo em que esta é valorada de forma

mais rigorosa. Em suma, permite-se um amplo campo de atuação na geração das provas, as quais devem ser apreciadas meticolosamente.

Tradicionalmente, afirma-se que, enquanto o processo civil busca a verdade formal, o processo penal preocupa-se com a verdade real dos fatos. Nas palavras de Tourinho Filho:

Enquanto o Juiz não penal deve satisfazer-se com a verdade formal ou convencional que surja das manifestações formuladas pelas partes, e a sua indagação deve circunscrever-se aos fatos por elas debatidos, no Processo Penal o Juiz tem o dever de investigar a verdade real, procurar saber como os fatos se passaram na realidade, que realmente praticou a infração e em que condições a perpetrou, para dar base certa à justiça (TOURINHO FILHO, 2000, p. 41).

Para Mirabete (2006, p. 44), o princípio da verdade real exclui "os limites artificiais da verdade formal, eventualmente criados por atos ou omissões das partes, presunções ficções, transações etc., tão comuns no processo civil".

O princípio da verdade real encontra-se intrinsecamente relacionado com o princípio da liberdade da prova. Ora, a verdade é o que se busca. Logo, nada mais justo do que se permitir a utilização de todas as provas exequíveis, com o fim direto de evidenciar tal verdade tão ansiada. Assim, tem-se que devem ser empreendidos todos os meios possíveis para se investigar a verdade dos fatos, visando a atingir a fiel reprodução da realidade para, então, alcançar-se a finalidade última de concretização do ideal de justiça.

Corolário do princípio da verdade real no sistema processual penal é a possibilidade de participação ativa do juiz na instrução probatória, a exemplo do estabelecido no artigo 156 do Código de Processo Penal.⁸

Obviamente, busca-se, com o processo penal, alcançar a verdade. Ocorre que, na visão de Avolio, por exemplo, faz-se criticável essa distinção calcada na relação entre a verdade e a realidade, sustentada pela doutrina tradicional, para a qual se buscaria, no processo penal, a verdade pura, enquanto, no processo civil, chegar-se-ia ao ponto de reputar provados os fatos incertos, simplesmente porque ambas as partes assim admitiram (AVOLIO, 2012, p. 40).

⁸Art. 156. A prova da alegação incumbirá a quem a fizer, sendo, porém, facultado ao juiz de ofício:

I – ordenar, mesmo antes de iniciada a ação penal, a produção antecipada de provas consideradas urgentes e relevantes, observando a necessidade, adequação e proporcionalidade da medida;

II – determinar, no curso da instrução, ou antes de proferir sentença, a realização de diligências para dirimir dúvida sobre ponto relevante.

É assim que, para muitos doutrinadores, a verdade no processo penal não se deve denominar real, na medida em que não haveria distinções entre ela e a verdade “formal” objetivada pelo processo civil. Uma adepta desse entendimento é Ada Pellegrini Grinover:

Vê-se daí que não há qualquer razão para continuar sublinhando a distinção entre 'verdade real' e 'verdade formal', entendendo a primeira própria do processo penal e a segunda típica do processo civil. O conceito de verdade, como já dito, não é ontológico ou absoluto. No processo, penal ou civil que seja, o juiz só pode buscar uma verdade processual, que nada mais é do que o estágio mais próximo possível da certeza. E para que chegue a esse estágio, deverá ser dotado de iniciativa instrutória (GRINOVER, 2005, p. 22).

Seguindo a mesma compreensão da verdade não como se entende tradicionalmente, mas sim como uma verdade processual, assinala Fernando Capez ser “inegável que, mesmo nos sistemas em que vigora a livre investigação das provas, a verdade alcançada será sempre formal, porquanto *o que não está nos autos, não está no mundo*” (CAPEZ, 2012, p. 400, grifo do autor).

Consoante a doutrina de Paulo Rangel:

Portanto, não obstante chamarmos de verdade processual, nem sempre ela condiz com a realidade fática ocorrida. Portanto, entendemos que se trata de uma verdade no processo. O sistema do livre convencimento impõe-nos uma conduta: vale o que está nos autos do processo (e, mesmo assim, o que está nos autos nem sempre é verdadeiro: testemunhas mentem; peritos falsificam ou erram o laudo; o documento é falsificado; a confissão do acusado é falsa, a acusação exorbita os limites do fato da vida, etc.).

Já se disse alhures que o direito não pode ser realizado a qualquer preço. Há que se descobrir a possível verdade dentro de um devido processo legal (RANGEL, 2010, p. 8).

A tão proclamada verdade real, de fato, é inatingível. Nas palavras de Aury Lopes Jr. (2012, p. 583-590): “impressionante a crença nesse mito, arditamente construído pelo substancialismo inquisitório e, posteriormente, repetido por muitos incautos (e por outros nem tanto)”. Afirma o autor que “a verdade contém um excesso epistêmico”.

Interessante salientar a impossibilidade de se alcançar a certeza absoluta. As provas estão sujeitas a falhas as mais diversas. Pode ocorrer, por exemplo, de um perito não ser idôneo, de um documento ser falso, de a testemunha faltar com a verdade. No entanto, percebe-se que, caso se resolvesse aguardar provas capazes de espancar todo e qualquer questionamento, nenhuma delas se mostraria hábil ou isenta o suficiente e, conseqüentemente, ninguém haveria de ser punido; sempre é viável imaginar formas, ainda que mirabolantes, de aniquilar a certeza que for, por mais sólida que possa parecer.

Para Greco Filho (2012, p. 210), “a prova não tem um fim em si mesma ou um fim moral ou filosófico. [...] Não se busca a certeza absoluta, a qual, aliás, é sempre impossível, mas a certeza relativa suficiente na convicção do Magistrado”.

Ocorre que, não obstante ser uma utopia, o dogma da verdade real se faz necessário, consoante explica Luiz Guilherme Marinoni:

Se acaso os sujeitos processuais não acreditassem que a verdade tem função no processo, não haveria motivo para a sua celebração, que se tornaria mera sucessão de atos, sem nenhum objetivo útil. A busca da verdade, embora seja meio retórico, preenche axiologicamente o processo, outorgando-lhe legitimidade e fundamentação. (MARINONI, 2008, p. 254).

No mesmo sentido, Aury Lopes Jr.:

Ademais, como explica TARUFFO, além da função persuasiva em relação ao julgador, as provas servem para “fazer crer” que o processo penal determina a “verdade” dos fatos, porque é útil que os cidadãos assim o pensem, ainda que na realidade isso não suceda, e quiçá precisamente, porque na realidade essa tal verdade não pode ser obtida, é que precisamos reforçar essa crença (TARUFFO, 2012, p. 81 *apud* LOPES JR., 2012, p. 557).

Conclui-se, portanto, que se deve procurar não a verdade absoluta, uma vez que é inacessível, mas sim uma constatação firmada na razoabilidade e em respeitável probabilidade de precisão, baseada nas provas constantes dos autos. Pretende-se que o convencimento do juiz seja calcado nas regras do devido processo legal, bem como devidamente motivado, de modo que seja passível de controle.

Por fim, uma vez que “o processo se contenta com a verdade que migra para os autos, ou seja, a verdade do Judiciário, aquela que importa para a decisão” (FUX, 2008, p. 572, *apud* PINHO, 2012, p. 172), resta reafirmada a elevada importância das provas no processo.

2.2.3 As vedações probatórias

O direito à prova não é absoluto, comporta temperamentos. Alguns exemplos são: o direito do acusado ao silêncio (art. 186 do CPP)⁹; o direito do acusado de não participar da reconstituição dos fatos prevista no art. 7º do CPP¹⁰; a vinculação do juiz criminal ao que for

⁹Art. 186. Depois de devidamente qualificado e cientificado do inteiro teor da acusação, o acusado será informado pelo juiz, antes de iniciar o interrogatório, do seu direito de permanecer calado e de não responder perguntas que lhe forem formuladas.

¹⁰Art. 7º Para verificar a possibilidade de haver a infração sido praticada de determinado modo, a autoridade policial poderá proceder à reprodução simulada dos fatos, desde que esta não contrarie a moralidade ou a ordem pública.

decidido no juízo cível acerca de questão prejudicial a respeito de estado civil (art. 92 do CPP)¹¹; a impossibilidade de o juiz questionar sobre a validade da sentença declaratória de falência na ação penal relativa à crime falimentar.¹²

O art. 155, parágrafo único, do Código de Processo Penal traz que “somente quanto ao estado das pessoas serão observadas as restrições estabelecidas na lei civil”.

Seguindo essa linha, a extinção da punibilidade em razão da morte do agente somente se verificará à vista da certidão de óbito, conforme o art. 62 do CPP.¹³ De igual modo, o matrimônio deve ser comprovado mediante certidão de casamento, assim como a idade, através da certidão de nascimento. Em relação à última hipótese, estabelece a Súmula 74 do Superior Tribunal de Justiça: “Para efeitos penais, o reconhecimento da menoridade do réu requer prova por documento hábil”.

O Código de Processo Civil arrola as pessoas consideradas incapazes, impedidas ou suspeitas e que, em razão disso, não podem depor na qualidade de testemunhas, nos termos do art. 405.¹⁴ Já o art. 406 estabelece que a testemunha não é obrigada a depor de fatos “que

¹¹Art. 92. Se a decisão sobre a existência da infração depender da solução de controvérsia, que o juiz repute séria e fundada, sobre o estado civil das pessoas, o curso da ação penal ficará suspenso até que no juízo cível seja a controvérsia dirimida por sentença passada em julgado, sem prejuízo, entretanto, da inquirição das testemunhas e de outras provas de natureza urgente.

¹²Afirma Paulo Rangel (2010, p. 230): “O juiz penal fica coarctado em sua pesquisa sobre a validade da sentença que declarou a quebra no juízo falimentar ou concedeu a recuperação judicial. Não lhe é lícito pesquisar se a sentença declaratória da falência é nula ou não”.

¹³Art. 62. No caso de morte do acusado, o juiz somente à vista da certidão de óbito, e depois de ouvido o Ministério Público, declarará extinta a punibilidade.

¹⁴Art. 405. Podem depor como testemunhas todas as pessoas, exceto as incapazes, impedidas ou suspeitas.

§ 1º São incapazes:

I - o interdito por demência;

II - o que, acometido por enfermidade, ou debilidade mental, ao tempo em que ocorreram os fatos, não podia discerni-los; ou, ao tempo em que deve depor, não está habilitado a transmitir as percepções;

III - o menor de 16 (dezesesseis) anos;

IV - o cego e o surdo, quando a ciência do fato depender dos sentidos que lhes faltam.

§ 2º São impedidos:

I - o cônjuge, bem como o ascendente e o descendente em qualquer grau, ou colateral, até o terceiro grau, de alguma das partes, por consangüinidade ou afinidade, salvo se o exigir o interesse público, ou, tratando-se de causa relativa ao estado da pessoa, não se puder obter de outro modo a prova, que o juiz repute necessária ao julgamento do mérito;

II - o que é parte na causa;

III - o que intervém em nome de uma parte, como o tutor na causa do menor, o representante legal da pessoa jurídica, o juiz, o advogado e outros, que assistam ou tenham assistido as partes.

§ 3º São suspeitos:

I - o condenado por crime de falso testemunho, havendo transitado em julgado a sentença;

II - o que, por seus costumes, não for digno de fê;

III - o inimigo capital da parte, ou o seu amigo íntimo;

IV - o que tiver interesse no litígio.

lhe acarretem grave dano, bem como ao seu cônjuge e aos seus parentes consangüíneos ou afins, em linha reta, ou na colateral em segundo grau” (inciso I) e “a cujo respeito, por estado ou profissão, deva guardar sigilo” (inciso II).

Já o Código de Processo Penal estabelece limites para determinadas pessoas no momento de depor, conforme os arts. 206 e 207.¹⁵

A proibição determinada no art. 207 tem como exemplo o advogado, que, em virtude de sua profissão, não é obrigado a depor. Tal proibição é reforçada pelos arts. 26 e 27 do Código de Ética e Disciplina da Ordem dos Advogados do Brasil – OAB.¹⁶

2.3 As provas obtidas por meios ilícitos

Uma das principais limitações ao princípio da liberdade da prova encontra-se no art. 5º, inciso LVI, da Constituição Federal, que cuida da inadmissibilidade das provas obtidas por meios ilícitos, ou provas ilícitas: “são inadmissíveis, no processo, as provas obtidas por meios ilícitos”.

O Código de Processo Penal, em seu art. 157, define as provas ilícitas como aquelas obtidas em afronta a normas constitucionais ou legais: “São inadmissíveis, devendo ser desentranhadas do processo, as provas ilícitas, assim entendidas as obtidas em violação a normas constitucionais ou legais”.

Defendendo que as provas ilícitas são inadmissíveis e ineficazes por força do próprio preceito constitucional, sem a necessidade de o Código de Processo Penal estabelecer a inadmissibilidade para que esta seja efetivada, aduz Ada Pellegrini Grinover (1982, p. 267): “A função precípua das normas constitucionais de garantia é a de tutelar as liberdades

§ 4º Sendo estritamente necessário, o juiz ouvirá testemunhas impedidas ou suspeitas; mas os seus depoimentos serão prestados independentemente de compromisso (art. 415) e o juiz lhes atribuirá o valor que possam merecer.

¹⁵Art. 206. A testemunha não poderá eximir-se da obrigação de depor. Poderão, entretanto, recusar-se a fazê-lo o ascendente ou descendente, o afim em linha reta, o cônjuge, ainda que desquitado, o irmão e o pai, a mãe, ou o filho adotivo do acusado, salvo quando não for possível, por outro modo, obter-se ou integrar-se a prova do fato e de suas circunstâncias.

Art. 207 - São proibidas de depor as pessoas que, em razão de função, ministério, ofício ou profissão, devam guardar segredo, salvo se, desobrigadas pela parte interessada, quiserem dar o seu testemunho.

¹⁶Art. 26 - O advogado deve guardar sigilo, mesmo em depoimento judicial, sobre o que saiba em razão de seu ofício, cabendo-lhe recusar-se a depor como testemunha em processo no qual funcionou ou deva funcionar, ou sobre fato relacionado com pessoa de quem seja ou tenha sido advogado, mesmo que autorizado ou solicitado pelo constituinte.

Art. 27 - As confidências feitas ao advogado pelo cliente podem ser utilizadas nos limites da necessidade da defesa, desde que autorizado aquele pelo constituinte.

Parágrafo único. Presumem-se confidenciais as comunicações epistolares entre advogado e cliente, as quais não podem ser reveladas a terceiros.

públicas contra o abuso do poder: a ineficácia dos atos inconstitucionais representa, assim, uma garantia de defesa de valores reputados fundamentais”.

Para Greco Filho (2012, p. 98), desnecessário o art. 157 do CPP aludir à violação a normas constitucionais ou legais, pois “a ilicitude decorre do sistema global da ordem jurídica, de modo que devemos entender como ilícita a obtenção que viole a ordem jurídica, não necessariamente a escrita na Constituição ou em lei formal”.

2.3.1 As provas ilícitas e as provas ilegítimas

Vê-se que a Constituição, seguida pelo legislador, não procedeu a distinções, mencionando tão-somente as provas obtidas por meios ilícitos. Ocorre que, na doutrina e na jurisprudência, existe uma diferenciação, amplamente aceita, de acordo com a natureza da norma que foi violada: se material, a prova se diz ilícita; se processual, ilegítima. Assim, “o conceito [do artigo 157] é impreciso. As provas ilícitas são todas as produzidas em desrespeito a *regras de direito material*, constitucionais ou infraconstitucionais” (JESUS, 2011, p. 188, grifo do autor).

Portanto, caso a prova tenha sido alcançada com ofensa a uma norma de direito material, que possui feições substanciais, diz-se que é ilícita. Nesse sentido, Fernando Capez:

Quando a prova for vedada, em virtude de ter sido produzida com afronta a normas de direito material, será chamada de ilícita. Desse modo, serão ilícitas todas as provas produzidas mediante a prática de crime ou contravenção, as que violem normas de Direito Civil, Comercial ou Administrativo, bem como aquelas que afrontem princípios constitucionais. Tais provas não serão admitidas no processo penal. Assim, por exemplo, uma confissão obtida com emprego de tortura (Lei n. 9.455/97), uma apreensão de documento realizada mediante violação de domicílio (CP, art. 150), a captação de uma conversa por meio do crime de interceptação telefônica (Lei n. 9.296/96, art. 10) e assim por diante (CAPEZ, 2012, p. 363-364).

De acordo com Maria Thereza Rocha de Assis Moura (2000), a norma desobedecida pode até servir, de forma imediata, a interesses processuais, mas, antes disso, “é vista, de maneira fundamental, em função dos direitos que o ordenamento reconhece aos indivíduos, independentemente do processo”.

Já a prova ilegítima assim se denomina quando obtida com ofensa ao direito processual. Logo, são provas ilegítimas o documento apresentado no Tribunal do Júri com

afronta ao disposto no art. 479 do CPP¹⁷; a perícia realizada por apenas uma pessoa, ainda que idônea, no caso de não haver perito oficial, contrariando o art. 159, § 1º, do CPP.¹⁸

Na jurisprudência, também se faz presente essa distinção. No Supremo Tribunal Federal, o Ministro Celso de Mello lembra, enquanto um dos direitos instituídos contra a ação persecutória do Estado, a “inquestionável hostilidade do ordenamento constitucional brasileiro às provas ilegítimas e às provas ilícitas. A Constituição da República tornou inadmissíveis, no processo, as provas inquinadas de ilegitimidade ou de ilicitude” (RHC 90376, Relator: Min. Celso de Mello, Segunda Turma, julgado em 03/04/2007, DJ 18/05/2007).

Alexandre de Moraes categoriza as provas ilícitas e ilegítimas como espécies do gênero provas ilegais, assim como fazem Grinover, Aury Lopes Jr. e Nestor Távora, dentre outros, corrente a qual reputamos a mais exata:

As provas ilícitas não se confundem com as provas ilegais e as ilegítimas. Enquanto, conforme já analisado, as provas ilícitas são aquelas obtidas com infringência ao direito material, as provas ilegítimas são as obtidas com desrespeito ao direito processual. Por sua vez, as provas ilegais seriam o gênero do qual as espécies são as provas ilícitas e as ilegítimas, pois, configuram-se pela obtenção com violação de natureza material ou processual ao ordenamento jurídico (MORAES, 2003, p. 125).

Paulo Rangel (2010, p. 233) é partidário dessa classificação, no entanto, acrescenta como espécie de prova ilegal, além das ilícitas e ilegítimas, as provas irregulares, definindo-as como aquelas que “não obstante admitidas pela norma processual, foram colhidas com infringência das formalidades legais existentes”. Um exemplo é a expedição de um mandado de busca e apreensão que não contenha o motivo e os fins da diligência, conforme exigido pelo artigo 243, inciso II, do Código de Processo Penal.¹⁹

Por outro lado, Nucci (2012, p. 367-368) sustenta que não se deve ter como gênero as provas ilegais, mas sim a ilicitude: as provas ilegais (ofensa ao direito material) e ilegítimas (ofensa ao direito processual) seriam espécies de provas ilícitas. Saliencia que *ilicitude* foi o termo utilizado pela Constituição Federal, o qual “envolve tanto o ilegal quanto

¹⁷Art. 479. Durante o julgamento não será permitida a leitura de documento ou a exibição de objeto que não tiver sido juntado aos autos com a antecedência mínima de 3 (três) dias úteis, dando-se ciência à outra parte.

¹⁸Art. 159. O exame de corpo de delito e outras perícias serão realizados por perito oficial, portador de diploma de curso superior.

§ 1º Na falta de perito oficial, o exame será realizado por 2 (duas) pessoas idôneas, portadoras de diploma de curso superior preferencialmente na área específica, dentre as que tiverem habilitação técnica relacionada com a natureza do exame.

¹⁹ Art. 243. O mandado de busca deverá:

[...]

II - mencionar o motivo e os fins da diligência.

o ilegítimo, isto é, tanto a infringência às normas legalmente produzidas, de direito material e processual, quanto aos princípios gerais de direito, aos bons costumes e à moral”.

2.3.2 *A inadmissibilidade das provas ilícitas*

A Constituição Federal de 1988 transparece que nem sempre os fins justificam os meios, ao estabelecer que são inadmissíveis, no processo, as provas obtidas por meios ilícitos. Tal disposição, inserta na conjuntura de um Estado Democrático de Direito, com ele perfeitamente se coaduna.

A inadmissibilidade, no ordenamento jurídico pátrio, da prova obtida por meios ilícitos se faz uma garantia do indivíduo contra o Estado, traduzindo-se como uma espécie de sanção a este. Significa blindar as garantias constitucionais a partir da fixação de freios aos arbítrios estatais.

Segundo Pacelli, essa garantia serve à igualdade processual, na medida em que impede a produção probatória irregular pelos agentes do Estado, que normalmente são os responsáveis pela prova, equilibrando, assim, a relação de forças na atividade instrutória desenvolvida pela defesa. Afirma que “presta-se, a um só tempo, a tutelar direitos e garantias individuais, bem como a própria qualidade do material probatório a ser introduzido e valorado no processo”. Continua:

Mais que uma afirmação de propósitos éticos no trato das questões do Direito, as aludidas normas, constitucional e legal, cumprem uma função ainda mais relevante, particularmente no que diz respeito ao processo penal, a saber: a vedação das provas ilícitas atua no controle da regularidade da atividade estatal persecutória, inibindo e desestimulando a adoção de práticas probatórias ilegais por parte de quem é o grande responsável pela sua produção. Nesse sentido, cumpre função eminentemente *pedagógica*, ao mesmo tempo que tutela determinados valores reconhecidos pela ordem jurídica (OLIVEIRA, 2008, p. 295, grifo do autor).

Vale salientar que a norma constitucional em comento surgiu logo após o término do regime militar no Brasil, vigente de 1964 a 1985. Durante a ditadura, o Estado veio a suprimir liberdades e garantias individuais, usando de seus poderes para desrespeitar e invadir a esfera íntima dos cidadãos.²⁰ Nesse contexto, sentiu-se necessidade de evitar que abusos

²⁰ O Ministro Sepúlveda Pertence assentou, em voto proferido no HC 69912, de sua relatoria: “De sua vez, é notório que a escuta telefônica foi amplamente utilizada, sob o regime autoritário, pelos organismos de informação e de repressão política: a questão de sua ilicitude não se constituiu, porém, senão rarissimamente, em tema de discussão judicial, fosse pela vigência exclusivamente nominal das garantias constitucionais, fosse porque, de regra, efetivada clandestinamente, poucas vezes a 'degravação' das conversas telefônicas interceptadas tenha sido levada aos autos dos processos” (HC 69912, Relator: Min. Sepúlveda Pertence, Relator p/ Acórdão: Min. Carlos Velloso, Tribunal Pleno, julgado em 30/06/1993, DJ 26-11-1993).

dessa espécie voltassem a ocorrer, daí uma das razões por que o dispositivo constitucional possui essa redação (GERMANO, 2009).

Por inadmissível, entende-se que a prova não deve ser aceita no processo. No caso de ser juntada aos autos, deve ser declarada nula e desentranhada. E mais, não deve ser valorada: ora, se não deve sequer ser admitida, *a fortiori*, não deve ser apreciada.

Sendo nula, a prova ilícita será considerada inexistente, logo, será acarretada, de pleno direito, a nulidade também do ato que lhe tomar como base, por ter se averiguado vício insanável. Como ensina Paulo Rangel (2010, p. 510, “o que o legislador veda é a admissão. Se admitida, não deve ser valorada pelo juiz, pois é como se não existisse no plano jurídico. Sendo valorada, a sentença é nula de pleno direito e deve ser cassada”. Para ele, a sentença que valora prova ilegal incorre em *error in procedendo*, concluindo:

Por último, devemos salientar que o ingresso no processo de uma prova obtida por meio ilícito impõe a sanção de nulidade ao mesmo, a partir desta admissão. O juiz não pode e não deve valorar sua sentença com base nesta prova, pois, se assim o fizer, violará não só o disposto no art. 5º, LVI, da CRFB, como também a regra do inciso IX do art. 93 do mesmo diploma legal, pois, neste caso, a fundamentação da sentença será com base em uma prova ilegal e, portanto, viciada (RANGEL, 2010, p. 239).

Percebe-se aqui a aplicação prática da distinção teórica que se empreende entre provas ilícitas e ilegítimas, tratada no tópico anterior. Dispõe Aury Lopes Jr.:

A distinção é ainda mais relevante se considerarmos que as provas ilícitas (inadmissíveis no processo, portanto) não são passíveis de repetição, pois o vício vincula-se ao momento em que foi obtida (exterior ao processo). Assim, não havendo possibilidade de repetição, devem as provas ilícitas ser desentranhadas dos autos e destruídas.

Noutra dimensão, as provas ilegítimas, em que o vício se dá na dimensão processual (de ingresso ou produção), há a possibilidade de repetição do ato. Nesse caso, o que foi feito com defeito pode ser refeito e, portanto, validado pela repetição (LOPES JR., 2012, p. 315).

No Supremo Tribunal Federal, a então Ministra Ellen Gracie assentou:

A prova ilícita não se pode convalidar, não tem serventia qualquer para o processo e seu destino é a exclusão dos autos, como se nunca houvesse existido. Não pode servir de base à decisão, tudo porque, ilícita é a prova vedada em sentido absoluto, já que a proibição de seu uso é de natureza substancial. A prova é considerada ilegítima quando obtida em descumprimento de formalidade processual que macula a sua produção. O defeito, no caso, não se erige em impedimento de ordem geral que proíba sua reprodução. Afastada a causa de anulação do ato, pode ele ser validamente renovado, para surtir os efeitos jurídicos próprios (HC 80724, Relatora Min. Ellen Gracie, Primeira Turma, julgado em 20/03/2001, DJ 18.05.2001).

O art. 157, *caput*, do CPP determina que a prova ilícita deve ser desentranhada do processo. Nos termos do § 3º do mesmo artigo, estando preclusa a decisão de desentranhamento da prova declarada inadmissível, esta será inutilizada por decisão judicial, facultado às partes acompanhar o incidente.

Greco Filho afirma que o § 3º do art. 157 do CPP é a “prova patente da falta de sistemática da reforma [do CPP em 2008]”, pois não há previsão no Código de um “incidente de inutilização de prova ilícita”, cabendo ao juiz, segundo o autor, “inventá-lo”²¹:

Não quer dizer que [a prova ilícita] mereça ser picotada ou o anátema do fogo. O que deve fazer, então, o juiz quando houver arguição de ilicitude na obtenção de prova? Deve dar oportunidade para as partes se manifestarem, determinar provas se necessário, que poderão ser realizadas em apartado se vierem a perturbar o andamento do processo e decidir. Se a decisão for pela ilicitude e desentranhamento, a prova deverá ficar preservada em cartório até o trânsito em julgado da sentença, porque o Tribunal, em grau de apelação, poderá querer examiná-la e poderá rever a declaração de ilicitude (GRECO FILHO, 2012, p. 197).

Essa se mostra a posição mais arrazoada. A questão da inutilização da prova obtida por meios ilícitos merece ser concebida com cautela, já que existe a possibilidade de sucederem consequências irreversíveis, inclusive prejudiciais ao próprio réu. Pensando nessa hipótese é que alerta Capez (2012, p. 372) para o fato de que a destruição da prova ilícita inclusive “poderá inviabilizar a propositura de uma futura revisão criminal, isto é, a utilização dessa prova a favor do acusado, a fim de buscar a sua inocência”.

Quanto à possibilidade de se impugnar o desentranhamento da prova obtida por meios ilícitos, aduz Nestor Távora:

Como não foi contemplado recurso específico para combater o desentranhamento, resta a utilização das ações autônomas de impugnação, seja o *habeas corpus*, seja o mandado de segurança. Nada impede, também, que a matéria seja discutida em preliminar de futura apelação, em razão de cerceamento do direito de defesa ou de acusação ocasionado pelo desentranhamento da prova supostamente ilícita (TÁVORA, 2011, p. 364).

Por fim, cabe a observação de que, caso fossem admitidas em nosso ordenamento as provas ilícitas, não haveria como garantir a dignidade da pessoa humana: estaríamos em um Estado opressor, totalitário e não Democrático de Direito (RANGEL, 2010, p. 232).

²¹Sugere Nestor Távora (2011, p. 364): “Melhor seria que uma vez preclusa a decisão declarando a falsidade probatória, que houvesse remessa do feito ao Ministério Público, para empreender a responsabilidade pela prática de eventual infração perpetrada na produção, por analogia ao art. 145, inc. IV, do CPP, ao tratar do incidente de falsidade documental, ou então, determinar o desentranhamento e a destruição após o trânsito em julgado da decisão final, deixando-se a prova ilícita em total sigilo, apartada dos autos”. Guilherme de Souza Nucci (2012, p. 381) adverte que a preclusão ocorre somente com o trânsito em julgado, acrescentando: “Convém seja instaurado um incidente à parte, onde se poderá melhor discutir o caráter da prova – se lícita ou

2.3.2.1 As provas ilícitas por derivação

A teoria dos frutos da árvore envenenada (*fruits of the poisonous tree*) teve origem na Corte Suprema dos Estados Unidos da América, no caso *Silverthorne Lumber Co. v. United States*, em 1920. Sustenta-se na seguinte metáfora: se uma árvore encontra-se envenenada, os seus frutos, por derivação, são igualmente contaminados. Assim, a árvore envenenada representa a prova ilícita, cuja ilicitude se transmite aos frutos, os quais significam as provas obtidas a partir daquela prova ilícita. Conclui-se que a ilicitude não se restringe à prova primitiva, irradiando-se para as provas derivadas, ainda que lícitas se consideradas isoladamente.

Defendendo a transmissão da ilicitude da prova originariamente ilícita àquelas que dela derivarem, Grinover, Fernandes e Gomes Filho (2001, p. 137) se mostram peremptórios: “Na posição mais sensível às garantias da pessoa humana, e conseqüentemente mais intransigente com os princípios e normas constitucionais, a ilicitude da obtenção da prova transmite-se às provas derivadas, que são igualmente banidas do processo”.

Essa teoria se faz amplamente aceita e aplicada pelos tribunais pátrios. Em voto proferido no julgamento do HC 69912, o então Ministro do Supremo Tribunal Federal, Sepúlveda Pertence, explanou:

Estou convencido de que essa doutrina da invalidade probatória do ‘fruit of the poisonous tree’ é a única capaz de dar eficácia à garantia constitucional da inadmissibilidade da prova ilícita.

De fato, vedar que se possa trazer ao processo a própria ‘degravação’ das conversas telefônicas, mas admitir que as informações nela colhidas possam ser aproveitadas pela autoridade, que agiu ilicitamente, para chegar a outras provas, que sem tais informações, não colheria, evidentemente, é estimular e, não, reprimir a atividade ilícita da escuta e da gravação clandestina de conversas privadas (HC 69912, Relator: Min. Sepúlveda Pertence, Relator p/ Acórdão: Min. Carlos Velloso, Tribunal Pleno, julgado em 30/06/1993, DJ 26/11/1993).

Imagine-se que determinada prova ilícita permita alcançar certas informações e, a partir unicamente dessas informações, sejam fabricadas outras provas, aparentemente lícitas. Não considerar sua proveniência, sua ligação com a “árvore”, seria fazer letra morta da vedação constitucional, uma vez que a comunicação da ilicitude às provas derivadas não seria reconhecida e, conseqüentemente, estas seriam permitidas no processo.

Com efeito, tal garantia restaria esvaziada caso não se aceitasse a prova ilícita, agindo-se com obediência à literalidade da Constituição, todavia, em contraponto, fossem acatadas as provas derivadas dessa mesma prova ilícita. Dessa forma, seria simples contornar a inadmissibilidade das provas obtidas por meios ilícitos.

A teoria dos frutos da árvore envenenada não se fez absoluta, tendo sofrido atenuações. Estas se tornaram necessárias em virtude da ilicitude transmitida às provas derivadas “ter o condão de produzir um quadro de impunidade, tendo em vista que, em alguns casos, toda a persecução penal restará obstada pelo simples fato de que o conhecimento inicial da infração se deu por meios ilícitos”, segundo Gilmar Mendes (2009, p. 688).

Reforçando essa compreensão, Eugênio Pacelli argumenta que o agente criminoso facilmente poderia furtar-se à ação da persecução penal. Explica que, para que isso ocorresse, bastaria “ele mesmo *produzir* uma situação de ilicitude na obtenção da prova de seu crime, com violação a seu domicílio, por exemplo, para *trancar todas e quaisquer iniciativas que tenham por objeto a apuração daquele delito então noticiado*” (OLIVEIRA, 2008, p. 312, grifo do autor). Vê-se que, de fato, é muito proveitosa ao agente do crime a existência de uma prova ilícita, podendo-se alegar a comunicação dessa ilicitude a todas as provas derivadas, e mais, advogar ainda que todas as provas subsequentes foram possibilitadas tão-somente em virtude daquela prova inicial, ilícita.

Assim, como mitigação à teoria dos frutos da árvore envenenada, surgiram as teorias da fonte independente e da descoberta inevitável.

Como já mencionado, o art. 157 do CPP afirma a inadmissibilidade das provas derivadas de provas ilícitas. No entanto, duas ressalvas são resguardadas. Estabelece o § 1º que “são também inadmissíveis as provas derivadas das ilícitas, salvo quando não evidenciado o nexo de causalidade entre umas e outras, ou quando as derivadas puderem ser obtidas por uma fonte independente das primeiras”.

Portanto, encontram guarida em nosso ordenamento tanto a teoria dos frutos da árvore envenenada, quanto uma teoria que lhe é limitadora, a da fonte independente. Segundo esta, não havendo uma relação de causa e efeito entre a prova ilícita e a prova derivada, ou, ainda, caso se possa chegar à prova derivada através de fontes independentes da prova ilícita, não haverá ilicitude por derivação.

Empregando a mencionada teoria, o Supremo Tribunal Federal, ao julgar o HC 84679, manifestou entendimento no sentido de que, mesmo tendo um mandado de busca e apreensão sido cumprido com infringência a formalidades, a denúncia, no caso, deveria ser

preservada, diante da existência de prova autônoma nos autos, suficiente a embasar o recebimento da exordial:

HABEAS CORPUS. DENÚNCIA. RECEBIMENTO. BUSCA E APREENSÃO REALIZADA EM DESACORDO COM A DETERMINAÇÃO JUDICIAL. EXISTÊNCIA DE PROVA AUTÔNOMA. Evidenciada a existência de prova autônoma, descabe a pretensão de anular a decisão de recebimento da denúncia, sob a alegação ter sido o mandado de busca e apreensão cumprido em desacordo com a determinação judicial de que os policiais se fizessem acompanhar de duas testemunhas. Ordem concedida. (HC 84679, Relator: Min. Marco Aurélio, Relator p/ Acórdão: Min. Eros Grau, Primeira Turma, julgado em 09/11/2004, DJ 12/08/2005).

Damásio de Jesus (2011, p. 189) cita como exemplo de aplicação da teoria da fonte independente, em que a prova deve ser considerada válida, pois autônoma em relação à prova ilícita, “a obtenção de impressões digitais de um suspeito durante sua prisão ilegal. Imagine-se, todavia, que o Estado possua em seus arquivos a impressão digital do agente. Nesse caso, não se declarará a invalidade da prova”.

Passando ao § 2º do art. 157 do CPP, temos uma definição para o termo *fonte independente*: “considera-se fonte independente aquela que por si só, seguindo os trâmites típicos e de praxe, próprios da investigação ou instrução criminal, seria capaz de conduzir ao fato objeto da prova”.

Aqui, trata-se da teoria da descoberta inevitável, que advoga a validade da prova derivada da ilícita quando, pelas circunstâncias, essa prova seria inevitavelmente obtida no decorrer das investigações. Sobre a origem dessa teoria, Aury Lopes Jr.:

Já a exceção da descoberta inevitável (*inevitable Discovery exception*) foi utilizada no caso *Nix v. Williams*, em 1984, para validar-se a prova que poderia ser, certamente, obtida por qualquer outra forma. No caso em julgamento, o acusado havia matado uma criança e escondido seu corpo. Foi realizada uma busca no município, com 200 voluntários, divididos em zonas de atuação. Durante essa busca, a polícia obteve ilegalmente a confissão do imputado, o qual especificou o local onde havia ocultado o corpo, tendo ele sido efetivamente encontrado no local indicado. Contudo, pela sistemática das buscas realizadas, em poucas horas os voluntários também teriam encontrado o cadáver. Logo, a descoberta foi considerada inevitável e, portanto, válida a prova (LOPES JR., 2012, p. 617-618).

Ambas as teorias, da fonte independente e da descoberta inevitável, são adotadas pelos Tribunais brasileiros:

HABEAS CORPUS. NULIDADES: (1) INÉPCIA DA DENÚNCIA; (2) ILICITUDE DA PROVA PRODUZIDA DURANTE O INQUÉRITO POLICIAL; VIOLAÇÃO DE REGISTROS TELEFÔNICOS DO CORRÊU, EXECUTOR DO CRIME, SEM AUTORIZAÇÃO JUDICIAL; (3) ILICITUDE DA PROVA DAS INTERCEPTAÇÕES TELEFÔNICAS DE CONVERSAS DOS ACUSADOS COM ADVOGADOS, PORQUANTO ESSAS GRAVAÇÕES OFENDERIAM O DISPOSTO NO ART. 7º, II, DA LEI 8.906/96, QUE GARANTE O SIGILO

DESSAS CONVERSAS. VÍCIOS NÃO CARACTERIZADOS. ORDEM DENEGADA. 2. Ilicitude da prova produzida durante o inquérito policial - violação de registros telefônicos de corrêu, executor do crime, sem autorização judicial. 2.1 Suposta ilegalidade decorrente do fato de os policiais, após a prisão em flagrante do corrêu, terem realizado a análise dos últimos registros telefônicos dos dois aparelhos celulares apreendidos. Não ocorrência. 2.2 Não se confundem comunicação telefônica e registros telefônicos, que recebem, inclusive, proteção jurídica distinta. Não se pode interpretar a cláusula do artigo 5º, XII, da CF, no sentido de proteção aos dados enquanto registro, depósito registral. A proteção constitucional é da comunicação de dados e não dos dados. 2.3 Art. 6º do CPP: dever da autoridade policial de proceder à coleta do material comprobatório da prática da infração penal. Ao proceder à pesquisa na agenda eletrônica dos aparelhos devidamente apreendidos, meio material indireto de prova, a autoridade policial, cumprindo o seu mister, buscou, unicamente, colher elementos de informação hábeis a esclarecer a autoria e a materialidade do delito (dessa análise logrou encontrar ligações entre o executor do homicídio e o ora paciente). Verificação que permitiu a orientação inicial da linha investigatória a ser adotada, bem como possibilitou concluir que os aparelhos seriam relevantes para a investigação. 2.4 À guisa de mera argumentação, mesmo que se pudesse reputar a prova produzida como ilícita e as demais, ilícitas por derivação, nos termos da teoria dos frutos da árvore venenosa (*fruit of the poisonous tree*), é certo que, ainda assim, melhor sorte não assistiria à defesa. É que, na hipótese, não há que se falar em prova ilícita por derivação. Nos termos da teoria da descoberta inevitável, construída pela Suprema Corte norte-americana no caso *Nix x Williams* (1984), o curso normal das investigações conduziria a elementos informativos que vinculariam os pacientes ao fato investigado. Bases desse entendimento que parecem ter encontrado guarida no ordenamento jurídico pátrio com o advento da Lei 11.690/2008, que deu nova redação ao art. 157 do CPP, em especial o seu § 2º. [...] 4. Ordem denegada. (HC 91867, Relator: Min. Gilmar Mendes, Segunda Turma, julgado em 24/04/2012, DJe 20/09/2012).

Observa-se que a aplicação da fonte independente e da descoberta inevitável se dá na dissipação do nexos causal existente entre a prova ilícita e sua derivada. Dessarte, terminam por minar a eficácia da *fruits of the poisonous tree*.

2.3.3 A teoria da proporcionalidade

Apesar de a Constituição Federal ser categórica no tocante à inadmissibilidade das provas ilícitas, pondera-se que não devem existir radicalismos, sob pena de sobrevirem situações absurdas.

Não seria difícil vislumbrar os danos que poderiam advir da aplicação rígida e intransigente do princípio da inadmissibilidade das provas ilícitas. Buscando evitar desequilíbrios que possam culminar em injustiças irreversíveis, levanta-se a chamada teoria da proporcionalidade, surgida na Alemanha (*Verhältnismässigkeitsprinzip*) (CAPEZ, 2012, p. 367). Por essa teoria, os tribunais, de acordo com Grinover, Fernandes e Gomes Filho (2001, p. 136), “sempre em caráter excepcional e em casos extremamente graves, têm admitido a

prova ilícita, baseando-se no princípio do equilíbrio entre valores fundamentais contrastantes”.²²

Temos que as liberdades públicas podem sofrer limitações, na medida em que “não são mais entendidas em sentido absoluto, em face da natural restrição resultante do princípio de convivência das liberdades, pelo qual nenhuma delas pode ser exercida de modo danoso à ordem pública e às liberdades alheias” (GRINOVER; FERNANDES; GOMES FILHO, 2001, p. 143).

Partindo dessa premissa, a fim de se garantir a coexistência harmônica entre as garantias constitucionais, faz-se necessário um sistema de limitações recíprocas, consoante explica Alexandre de Moraes:

Os direitos e garantias fundamentais consagrados pela Constituição Federal, portanto, não são ilimitados, uma vez que encontram seus limites nos demais direitos igualmente consagrados pela Carta Magna (Princípio da relatividade ou convivência das liberdades públicas).

Desta forma, quando houver conflito entre dois ou mais direitos ou garantias fundamentais, o intérprete deve utilizar-se do princípio da concordância prática ou da harmonização de forma a coordenar e combinar os bens jurídicos em conflito, evitando o sacrifício total de uns em relação aos outros, realizando uma redução proporcional do âmbito de alcance de cada qual (contradição dos princípios), sempre em busca do verdadeiro significado da norma e da harmonia do texto constitucional com sua finalidade precípua.

Adverte Canotilho (1993, p. 656), porém, que “os direitos fundamentais não sujeitos a normas restritivas não podem converter-se em direitos com mais restrições do que os direitos restringidos pela Constituição ou com autorização dela (através de lei)”.

Seguindo essa linha de que os direitos podem ceder uns ante os outros, em situações que o exijam, entende-se que, assim como todas as outras garantias constitucionais, a inadmissibilidade das provas obtidas por meios ilícitos não deve ser tomada de forma absoluta; comporta temperamentos no sentido de conferir razoabilidade às medidas tomadas no caso concreto. Assere Vicente Greco Filho:

O texto constitucional parece, contudo, jamais admitir qualquer prova cuja obtenção tenha sido ilícita. Entendo, porém, que a regra não seja absoluta, porque nenhuma regra constitucional é absoluta, uma vez que tem de conviver com outras regras ou princípios também constitucionais. Assim, continuará a ser necessário o confronto ou peso entre os bens jurídicos, desde que constitucionalmente garantidos, a fim de se admitir, ou não, a prova obtida por meio ilícito (GRECO FILHO, 2012, p. 394).

²²Grinover, Fernandes e Gomes Filho (2001, p. 136) lembram que o mencionado princípio alemão da proporcionalidade “recorda a construção jurisprudencial da razoabilidade, tão importante e significativa nas manifestações da Suprema Corte americana”.

Nessa lógica, defende-se a aplicação da proporcionalidade com o fim de aproveitamento de provas obtidas ilicitamente. Assim, em situações excepcionais, visando à preservação do interesse público, a vedação às provas ilícitas seria amenizada em virtude do confronto com interesses superiores, ligados a valores fundamentais (LOPES JR., 2012, p. 612). Na lição de Capez:

De acordo com essa teoria, sempre em caráter excepcional e em casos extremamente graves, tem sido admitida a prova ilícita, baseando-se no princípio do equilíbrio entre os valores contrastantes (admitir uma prova ilícita para um caso de extrema necessidade significa quebrar um princípio geral para atender a uma finalidade excepcional justificável). Para essa teoria, a proibição das provas obtidas por meios ilícitos é um princípio relativo, que, excepcionalmente, pode ser violado sempre que estiver em jogo um interesse de maior relevância ou outro direito fundamental com ele contrastante (CAPEZ, 2012, p. 367-368).

Contudo, embora seja o princípio da proporcionalidade o mais importante mecanismo jurídico de proteção eficaz da liberdade de nossos dias, nos dizeres de Paulo Bonavides (1998, p. 356-358), é uma teoria que possui um inegável cunho de subjetivismo. Com efeito, não há critérios indiscutíveis estabelecendo o que seria ou não proporcional em cada situação, de modo que tal hermeticidade representa um risco, devido à sujeição às interpretações as mais diversas, podendo significar um passo em direção à arbitrariedade²³.

Bem alerta Aury Lopes Jr. para o perigo que se divisa na utilização da teoria da proporcionalidade, uma vez que se trata de conceito jurídico indeterminado:

O perigo dessa teoria é imenso, na medida em que o próprio conceito de proporcionalidade é constantemente manipulado e serve a qualquer senhor. Basta ver a quantidade imensa de decisões e até de juristas que ainda operam no reducionismo binário do interesse público x interesse privado, para justificar a restrição de direitos fundamentais (e, no caso, até a condenação) a partir da 'prevalência' do interesse público... (LOPES JR., 2012, p. 612).

Todavia, essa temeridade, embora justificada, não deve ser elevada a ponto de fazer ruir a teoria. Utilizada com a devida parcimônia, evitam-se situações esdrúxulas e abomináveis que podem ser ocasionadas pelo emprego sem freios da proibição das provas ilícitas.

Nesse sentido, Grinover (1982, p. 113) aduz que o critério da proporcionalidade, apesar dos riscos que possui, é aprovado por alguns autores, os quais admitem que “pode transformar-se no instrumento necessário para a salvaguarda e a manutenção do justo equilíbrio entre valores conflitantes”. Entretanto, faz a ressalva de que isso será possível

²³“Pensamos que a questão, efetivamente, é das mais complexas e problemáticas do processo penal. Acreditamos que isso ocorra, sobretudo, pela impossibilidade de se fixar qualquer critério minimamente objetivo para o aproveitamento da prova ilícita, pela aplicação da proporcionalidade”. (OLIVEIRA, 2008, p. 321).

“desde que aplicado única e exclusivamente em situações tão extraordinárias, que a inadmissibilidade da prova ilícita poderia produzir resultados desproporcionais, desusuais e repugnantes”.

Vê-se, portanto, que o cotejamento entre direitos preconizado pela teoria da proporcionalidade se mostra de grande valia, haja vista a sua finalidade de harmonização entre as garantias existentes no ordenamento jurídico. Além disso e através disso, mantém um papel de inegável relevância, que é, na medida do possível, buscar a concretização da justiça por meio do processo penal.

2.3.3.1 A proporcionalidade pro reo

Imagine-se que um indivíduo, acusado pelo cometimento de um crime, consiga obter uma prova que demonstre sua própria inocência. Tal prova, no entanto, foi obtida ilicitamente, seja porque houve violação de domicílio, seja porque foi alcançada a partir de interceptação telefônica sem autorização judicial, por exemplo. Deve essa prova ser admitida no processo? Deve prevalecer o direito à prova ou a garantia de não aceitação de provas ilícitas no processo, ambos constitucionalmente assegurados?

Sopesando os valores em jogo, vislumbra-se que, de fato, existe um interesse maior na prova da inocência do acusado, em comparação à inadmissibilidade das provas ilícitas, aplicando-se o princípio do *favor rei*.

Ada Pellegrini Grinover, Scarance Fernandes e Magalhães Gomes Filho (2001, p. 136-137) reconhecem que se verifica como uma manifestação da teoria da proporcionalidade “a posição praticamente unânime que reconhece a possibilidade de utilização, no processo penal, da prova favorável ao acusado, ainda que colhida com infringência a direitos fundamentais seus ou de terceiros.”. Realmente, na doutrina brasileira, as vozes erguem-se favoráveis ao uso da proporcionalidade em favor do réu²⁴.

Em consonância com esse entendimento, que, como mencionado, é “praticamente unânime”, Vicente Greco Filho:

Veja-se, por exemplo, a hipótese de uma prova decisiva para a absolvição obtida por meio de uma ilicitude de menor monta. Prevalece o princípio da liberdade da pessoa,

²⁴“A aceitação do princípio da proporcionalidade *pro reo* não apresenta maiores dificuldades, pois o princípio que veda as provas obtidas por meios ilícitos não pode ser usado como um escudo destinado a perpetuar condenações injustas. Entre aceitar uma prova vedada, apresentada como único meio de comprovar a inocência de um acusado, e permitir que alguém, sem nenhuma responsabilidade pelo ato imputado, seja privado injustamente de sua liberdade, a primeira opção é, sem dúvida, a mais consentânea com o Estado Democrático de Direito e a proteção da dignidade humana” (CAPEZ, 2012, p. 369).

logo a prova será produzida e apreciada, afastando-se a incidência do inciso LVI do art. 5º da Constituição, que vale como princípio, mas não absoluto, como se disse. Outras situações análogas poderiam ser imaginadas em que deve prevalecer princípio constitucional de maior valor do que a proibição da obtenção da prova de forma ilícita (GRECO FILHO, 2012, p. 196-197).

Inclusive, não foge à realidade imaginar uma situação em que a parte interessada na condenação do réu provocaria a ilicitude de uma prova da inocência daquele, propositadamente, com o fim de ver aniquilada qualquer chance de utilização dessa prova no processo.

Defende-se que, em casos como os expostos, de uso da prova obtida por meios ilícitos em favor do réu, sobrevém uma causa excludente de ilicitude.²⁵ Para Paulo Rangel:

Surge em doutrina a *teoria da exclusão da ilicitude* capitaneada pelo mestre **Afrânio Silva Jardim**, à qual nos filiamos, onde a conduta do réu é amparada pelo direito e, portanto, não pode ser chamada de ilícita. O réu, interceptando uma ligação telefônica, sem ordem judicial, com o escopo de demonstrar sua inocência, estaria agindo de acordo com o direito, em verdadeiro estado de necessidade justificante. (RANGEL, 2003, p. 115, grifos do autor).

Desse modo, impede-se que ocorra a aberração jurídica de se condenar um inocente mesmo havendo prova – conquanto obtida ilicitamente – de que não é culpado. Isto é, ainda que em detrimento do consagrado princípio da vedação às provas ilícitas, em se tratando da colisão deste com o direito de um inocente à liberdade, deve prevalecer o último, uma vez que representa bem de maior valia.

Corroborando esse entendimento, Avolio:

A aplicação do princípio da proporcionalidade sob a ótica do direito de defesa, também garantido constitucionalmente, e de forma prioritária no processo penal, onde impera o princípio do *favor rei* é de aceitação praticamente unânime pela doutrina e pela jurisprudência.

Até mesmo quando se trata de prova ilícita colhida pelo próprio acusado, tem-se entendido que a ilicitude é eliminada por causas de justificação legais da antijuridicidade, como a legítima defesa (AVOLIO, 2012, p. 66).

Vê-se, portanto, que, em situações excepcionais, a prudência determina que se faça uso da proporcionalidade como ferramenta para coibir eventuais consequências manifestamente gravosas a direitos humanos fundamentais.

²⁵ Aliás, o aproveitamento da prova ilícita em favor da defesa, além das observações anteriores, constitui-se em critério *objetivo* de proporcionalidade, dado que: a) a violação de direitos na busca da prova da inocência poderá ser levada à conta do *estado de necessidade*, excludente da ilicitude; b) o princípio da inadmissibilidade da prova ilícita constitui-se em garantia individual expressa, não podendo ser utilizado contra quem é o seu primitivo e originário titular” (OLIVEIRA, 2008, p. 322). No mesmo sentido, Nestor Távora (2011, p. 374): “Percebe-se que

2.3.3.2 A *proporcionalidade pro societate*

A questão da utilização da teoria da proporcionalidade *pro societate* possui contornos bem mais sensíveis. A voz majoritária da doutrina é pela admissão das provas ilícitas tão-somente se forem direcionadas à defesa do réu.

Nessa esteira, opondo-se à aplicação da proporcionalidade, salvo se empregada para absolver o acusado, Nucci, por exemplo, alega a imaturidade do nosso sistema processual penal, defendendo a necessidade de “manter o critério da proibição *plena* da prova ilícita”:

Não conseguimos, com a devida vênia dos que pensam em sentido contrário, admitir uma liberdade maior para a atuação policial, desgarrada das proteções constitucionais, em nome da segurança pública, pois ainda não possuímos um Estado-investigação preparado e equilibrado. Não se pode conceder *carta branca* a quem não se educou, sob a era da democrática Constituição de 1988, razão pela qual somos favoráveis à manutenção dos critérios da proibição da prova ilícita integralmente (NUCCI, 2012, p. 372).

A utilização da proporcionalidade *pro societate* não trata, como ocorre na aplicação da teoria em favor do réu, de simplesmente contrapor, de um lado, a garantia da inadmissibilidade das provas ilícitas e, de outro, o direito à prova (desta feita, o direito não do acusado, mas da acusação). É uma discussão que envolve outros elementos delicados, especialmente porque se alinha de maneira direta com os clamores populares contra a criminalidade que assola o país.

É patente que a admissão da prova ilícita *pro reo*, acompanhada pela inaceitabilidade da prova, igualmente ilícita, em prol da sociedade transmite à população em geral uma sensação de impunidade criminosa. Inerentes a essa realidade, questionamentos são levantados, mormente acerca do sopesamento dos interesses em jogo, como explanado por Fernando Capez:

Suponhamos uma carta apreendida ilicitamente, que seria dirigida ao chefe de uma poderosa rede de narcotráfico internacional, com extensas ramificações com o crime organizado. Seria mais importante proteger o direito do preso ao sigilo de sua correspondência epistolar, do qual se serve para planejar crimes, do que desbaratar uma poderosa rede de distribuição de drogas, que ceifa milhões de vidas de crianças e jovens? Certamente não. Não seria possível invocar a justificativa do estado de necessidade? (CAPEZ, 2012, p. 370).

a ilicitude é apenas aparente, ficta, pois a legítima defesa, o estado de necessidade etc. (causas justificantes), autorizariam a medida”.

O entendimento que impera doutrinariamente se mostra razoável na medida em que procura evitar a incidência de um castigo sobre um inocente. Todavia, tal raciocínio ainda não se mostra bastante. Para chegar a essa conclusão, basta imaginar uma situação em que a única prova viável contra um criminoso contumaz tenha sido obtida por meios ilícitos. Seria justo não condená-lo, por se considerar vedada a única prova possível?

Não há dúvidas de que existe um interesse geral da população na punição de um delinquente. Dessa forma, questiona-se acerca da possibilidade de situações individuais virem a ser sacrificadas, com prejuízo a direitos individuais do infrator, porém, em nome da coletividade. Não é uma questão de simples resolução: é preciso refletir se o caminho mais razoável é mesmo aquele defendido por ampla doutrina, de rejeitar a prova ilegal, mantendo-se firme na defesa de uma garantia constitucional, mesmo sendo uma escolha que custa à sociedade a impunidade do criminoso.

Na jurisprudência, não há muitas decisões aplicando a proporcionalidade além da tutela do réu. Um caso famoso foi o de um presidiário condenado pelo crime de quadrilha, que respondia a uma ação penal por corrupção ativa, acusado de pagar propina a funcionários públicos em troca de mordomias no estabelecimento prisional. Impetrou *habeas corpus* alegando que a denúncia teria por base apenas interceptações telefônicas realizadas no presídio, as quais seriam ilícitas, pois, à época, ainda não havia lei regulamentando a matéria. O Superior Tribunal de Justiça, certa feita, ao enfrentar o tema, utilizou-se do princípio da razoabilidade e decidiu pela utilização da prova ilícita *pro societate*:

CONSTITUCIONAL E PROCESSUAL PENAL. "HABEAS CORPUS". ESCUTA TELEFÔNICA COM ORDEM JUDICIAL. RÉU CONDENADO POR FORMAÇÃO DE QUADRILHA ARMADA, QUE SE ACHA CUMPRINDO PENA EM PENITENCIÁRIA, NÃO TEM COMO INVOCAR DIREITOS FUNDAMENTAIS PRÓPRIOS DO HOMEM LIVRE PARA TRANCAR AÇÃO PENAL (CORRUPÇÃO ATIVA) OU DESTRUIR GRAVAÇÃO FEITA PELA POLÍCIA. O inciso LVI do art. 5 da Constituição, que fala que 'são inadmissíveis as provas obtidas por meio ilícito', não tem conotação absoluta. Há sempre um substrato ético a orientar o exegeta na busca de valores maiores na construção da sociedade. A própria Constituição Federal brasileira, que é dirigente e programática, oferece ao juiz, através da 'atualização constitucional' (Verfassungsaktualisierung), base para o entendimento de que a cláusula constitucional invocada é relativa. A jurisprudência norte-americana, mencionada em precedente do Supremo Tribunal Federal, não é tranquila. Sempre é invocável o princípio da 'razoabilidade' (reasonableness). O 'princípio da exclusão das provas ilicitamente obtidas' (exclusionary rule) também lá pede temperamentos. Ordem denegada. (HC 3.982/RJ, Rel. Ministro Adhemar Maciel, Sexta Turma, julgado em 05/12/1995, DJ 26/02/1996, p. 4084).

Na mesma linha, em defesa da proporcionalidade não apenas em favor do réu, Denilson Feitoza Pacheco:

Em situações extremas e excepcionais se pode admitir a utilização de prova ilícita *pro societate*, pois, do contrário, o Estado estaria sendo incentivado a violar direitos fundamentais, o que iria frontalmente contra a própria noção de provas ilícitas, que foram originariamente idealizadas e instituídas exatamente para dissuadir o Estado de violar direitos fundamentais. O princípio constitucional da legalidade, por sua vez, também não se prestaria a esse intento, pois sua função precípua de defesa é a de garantir direitos fundamentais em face do Estado e não o contrário (PACHECO, 2006, p. 553 *apud* TÁVORA, 2011, p. 374).

Nesse contexto é que se defende a aplicação da teoria da proporcionalidade em desfavor do réu e em prol da sociedade. Alerta-se, contudo, para a cautela que deve existir visando a que o direito fundamental não reste aniquilado; é imperioso que o sacrifício desse direito se dê apenas na medida necessária a salvaguardar interesse de maior valor.

3 A INTERCEPTAÇÃO TELEFÔNICA

Interceptar, etimologicamente, significa interromper algo em seu curso, pôr obstáculo, impedir, apoderar-se de surpresa do que é enviado a alguém.

Para o Direito, a interceptação, nas palavras de Paulo Rangel (2000, p. 1), “é a captação feita por terceira pessoa de comunicação entre dois (ou mais) interlocutores, sem o conhecimento de qualquer um deles”. Complementa Nucci (2010, p. 794) que, na interceptação telefônica, “alguém invade, por aparelhos próprios, a conversação mantida, via telefone, entre duas ou mais pessoas, captando dados, que podem ser gravados ou simplesmente ouvidos.”.

3.1 O direito à intimidade

O direito à intimidade encontra amparo no artigo 5º, inciso X, da Constituição Federal: “são invioláveis a intimidade, a vida privada, a honra e a imagem das pessoas, assegurado o direito à indenização pelo dano material ou moral decorrente de sua violação”. Juntamente com a própria imagem da pessoa, forma “a proteção constitucional à vida privada, salvaguardando um espaço íntimo intransponível por intromissões ilícitas externas” (MORAES, 2003, p. 80).

Conforme leciona Colliard:

O indivíduo deve gozar, ao lado da segurança que lhe permite agir com toda tranquilidade desde que não viole as leis penais, e da liberdade de ir e vir, de uma terceira liberdade fundamental, que certos autores denominam “liberdade da intimidade”. Sob este nome, designa-se o respeito da personalidade (COLLIARD, 1972, p. 293 *apud* GRINOVER, 1982, p. 77).

Sidney Guerra discrimina intimidade de vida privada:

Assim, para melhor esclarecimento, verifica-se que a intimidade é algo a mais do que a vida privada, ou seja, a intimidade caracteriza-se por aquele espaço, considerado pela pessoa, como impenetrável, intransponível, indevassável e que portanto, diz respeito única e exclusivamente à pessoa, como por exemplo, recordações pessoais, memórias, diários etc. Este espaço seria de tamanha importância que a pessoa não desejaria partilhar com ninguém. São os segredos, as particularidades, as expectativas, enfim seria, o que vamos chamar de o “canto sagrado” que cada pessoa possui.

Já a vida privada consiste naquelas particularidades que dizem respeito, por exemplo, à família da pessoa, tais como relações de família, lembranças de família, problemas envolvendo parentes próximos, saúde física e mental etc. Seria então aquela esfera íntima de cada um, que vedasse a intromissão alheia. Entretanto, percebe-se que neste caso a pessoa poderia partilhá-la com as pessoas que bem lhe conviesse, sendo da família ou apenas um amigo próximo (p. 6).

Conclui-se que a vida privada seria mais ampla e, apesar de já bastante pessoal, abrangeria a intimidade, ainda mais inacessível do que a privacidade.

Percebe-se que vários autores não fazem a mencionada distinção. José Afonso da Silva (1989, p. 183-184) entende os direitos à intimidade e à privacidade como sinônimos, “num sentido genérico e amplo, de modo a abarcar todas manifestações da esfera íntima, privada e da personalidade, que o texto constitucional consagrou”. Ressaltamos que, apesar de reconhecer a diferenciação entre o direito à intimidade e o direito à vida privada, adotaremos ora a nomenclatura de intimidade, ora a de privacidade, sem maiores distinções, para nos referirmos a essa esfera íntima da pessoa, já que ambos os direitos, embora em diferentes gradações, são concernentes ao âmago do indivíduo.

A intimidade se concebe como resguardada pelo sigilo. Trata-se de uma “pretensão do indivíduo de não ser foco da observação por terceiros, de não ter os seus assuntos, informações pessoais e características particulares expostas a terceiros ou ao público em geral” (MENDES; COELHO; BRANCO, 2009, p. 423).²⁶ Em seu âmbito, é exercida a esfera mais reservada do indivíduo, uma das mais essenciais expressões de sua liberdade. Denota-se, dessa forma, que o segredo inerente à intimidade é que torna possível à pessoa sentir-se verdadeiramente livre em sua vida privada.

Por se encontrar na categoria dos chamados direitos da personalidade, o direito à intimidade vai além de estabelecer um determinado conteúdo à personalidade, como ocorre com todos os direitos subjetivos; possui um teor de essencialidade, sem o qual simplesmente se deixaria de ser pessoa (GRINOVER, 1982, p. 73-74).²⁷

Como todo direito fundamental, possui suas limitações. Uma delas é o eventual conflito com o direito à informação. Não há como, nos dias de hoje, falar sobre o direito do indivíduo de ver preservada sua intimidade sem mencionar as cotidianas queixas relatando violação de privacidade pela imprensa. Interessante registrar que, apesar de ter ganhado novos

²⁶Sobre a importância da privacidade: “A reclusão periódica à vida privada é uma necessidade de todo homem, para a sua própria saúde mental. Além disso, sem privacidade, não há condições propícias para o desenvolvimento livre da personalidade. Estar submetido ao constante crivo da observação alheia dificulta o enfrentamento de novos desafios. A exposição diuturna dos nossos erros, dificuldades e fracassos à crítica e à curiosidade permanentes de terceiros, e ao ridículo público mesmo inibiria toda tentativa de auto-superação. Sem a tranquilidade emocional que se pode auferir da privacidade, não há muito menos como o indivíduo se auto-avaliar, medir perspectivas e traçar metas” (MENDES; COELHO; BRANCO, 2009, p. 421).

²⁷“Todos os direitos subjetivos, enquanto destinados a conferir um determinado conteúdo à personalidade jurídica, poderiam dizer-se ‘direitos da personalidade’. Mas, na linguagem corrente jurídica, tal denominação está reservada àqueles direitos subjetivos, cuja função é especializada, com relação à personalidade, constituindo o *minimum* necessário e imprescindível de seu conteúdo. É por isso, como vimos, que os direitos da personalidade são denominados ‘essenciais’: em sua ausência, a pessoa não mais seria pessoa; da pessoa,

contornos nos últimos tempos, com o gradual e veloz desenvolvimento tecnológico, a temática não é recente. Nesse sentido, Ada Pellegrini Grinover registra a crônica jornalística *Computador Viola Direito À Intimidade*, de Ethevaldo Siqueira, publicada no jornal *O Estado de São Paulo*, em 31 de agosto de 1975. Segundo a autora, àquela época já se perguntava até que ponto a tecnologia poderia avançar sem violar os direitos fundamentais da pessoa humana (GRINOVER, 1982, p. 70).

Já sob a perspectiva do presente trabalho, em que são abordadas as interceptações das comunicações telefônicas, observa-se patente a dicotomia havida entre o direito do indivíduo de não ser perturbado em sua intimidade e a intromissão que pode vir a ser necessária, por parte do poder público, em nome do interesse da sociedade.

Oportuna, como de costume, a explanação de Grinover:

A problemática da intimidade faz parte *ab antiquo* do tema de fundo do processo penal, porque nele se defrontam a exigência de tutela da pessoa humana e a exigência de tutela da comunidade e ainda porque é no processo penal que o Estado de direito se preocupa em colocar limites aos poderes de investigação, pública e privada, como proteção ao indivíduo.

O processo penal é, portanto, o terreno sobre o qual vem se desenvolvendo, desde sempre e com diversos resultados, o conflito que dá origem à problemática da intimidade: e isto principalmente para quem, como nós, é levado a resolver a questão da intimidade em um enfoque de liberdade (GRINOVER, 1982, p. 91-92).

As autoridades são investidas de um poder de ingerência sobre a vida privada dos indivíduos, e é salutar que assim o seja, em nome de interesses básicos da sociedade. Ocorre que esse poder, de importância inquestionável, torna-se mitigado em consequência de vários direitos e garantias fundamentais pessoais. Estes, sob a ótica do Estado, podem representar um entrave na medida em que servem aos indivíduos como ferramentas de proteção contra eventuais abusos que possam vir a ser cometidos.

Nesse sentido, Avolio (2012, p. 23): “O exercício de ações investigatórias pelos órgãos incumbidos da persecução penal quase invariavelmente colide com a barreira protetora que as Constituições erigem em torno dos direitos da personalidade”.

Dentre esses direitos da personalidade, no que diz respeito à temática da interceptação telefônica, o direito à intimidade ganha destaque, já que, entre ele e a captação das comunicações, existe uma contenda impreterível. É cediço que o Estado não deve intervir sobremaneira na esfera da vida privada, violando-a descabidamente. Contudo, da mesma forma, o direito à intimidade, embora fundamental, não deve ser assegurado ilimitadamente,

constituem a essência; e são conferidos à pessoa pelo ordenamento jurídico, pelo simples fato de ser ela provida de personalidade jurídica, independentemente de outros requisitos” (GRINOVER, 1982, p. 73-74).

sob pena de vir a ser utilizado em prol da impunidade. Possui, como os outros direitos constitucionais, um fim ético, do qual se divorciaria caso utilizado para acobertar atividades criminosas, livrando seus agentes das sanções devidas.

Sobre o tema, Uadi Lammêgo Bulos (2001, p. 115):

Em regra, o direito de confidenciar algo íntimo a outrem não deve ser alvo de interferência, exceto em hipóteses taxativas discriminadas na lei. De fato, não se justifica o sigilo absoluto em todos os casos. Ao invés, sua quebra é necessária para evitar a tutela oblíqua de condutas ilícitas ou práticas *contra legem*. A doutrina constitucional moderna é cediça nesse sentido, porque as garantias fundamentais do homem não podem servir de apanágio à desordem, ao caos, à subversão da ordem pública.

Por conseguinte, mostra-se imprescindível que exista um equilíbrio de forças entre a tutela individual e as exigências públicas de repressão à criminalidade. Devem-se contrabalançar ambos os interesses, para que não haja uma inviolabilidade irrestrita da intimidade, produzindo uma indesejável tolerância criminosa, tampouco uma completa e desarrazoada devassa da vida privada.²⁸ Visando a atender a essa necessidade, indispensável é que as interceptações telefônicas ocorram com estrita obediência aos ditames legais. Dessa maneira, não se subtrai a proteção ao indivíduo, ao mesmo tempo em que não se priva o poder público de valiosa ferramenta de investigação criminal, em muitos casos, insubstituível.

3.2 Breve histórico das interceptações telefônicas no Brasil

A Emenda Constitucional n.º 1, de 17 de outubro de 1969, dispunha, em seu art. 153, § 9º: “É inviolável o sigilo da correspondência e das comunicações telegráficas e telefônicas”. Tal inviolabilidade, pelo menos aparentemente, far-se-ia absoluta, não fosse o temperamento contido no art. 155, § 2º, alínea *e*, permitindo, na hipótese de estado de sítio, a “censura da correspondência, da imprensa, das telecomunicações e diversões públicas”.

À época, já se encontrava em vigor o Código Brasileiro de Telecomunicações (Lei n.º 4.117, de 27 de agosto de 1962). Segundo o seu art. 57, inciso II, alínea *e*, não constituiria violação de telecomunicação “o conhecimento dado ao juiz competente, mediante requisição ou intimação deste”.

Assim, a doutrina se dividia quanto à possibilidade de realização de interceptações telefônicas, uma vez que, em termos constitucionais, considerando a literalidade do

²⁸Bem colocado o comentário de CARVALHO (1995, p. 191): “A excessiva benevolência do sistema jurídico para com as ilegalidades deixa a polícia preguiçosa: é sempre mais fácil invadir, coagir, ameaçar e torcer para que alguma prova assim lhe caia nas mãos, do que realizar um trabalho investigativo sério”.

dispositivo, seriam admitidas apenas na hipótese de estado de sítio. Sobre a celeuma, sintetiza Grinover, Antonio Scarance e Gomes Filho:

Segundo alguns, o dispositivo seria inconstitucional (assim como também seriam inconstitucionais todos os dispositivos legais que excepcionam a inviolabilidade do sigilo da correspondência e das comunicações: CPP, arts. 232, 233, parágrafo único, 234 e, sobretudo, 240, §1º, *f*, que prevê a exibição e apreensão de cartas, abertas ou não, em determinadas circunstâncias). De acordo com outra tendência, porém, o dispositivo constitucional não poderia configurar regra absoluta, uma vez que nenhum direito ou garantia pode assim ser entendido, dentro dos princípios de interpretação harmônica do sistema constitucional e da convivência das liberdades (GRINOVER; FERNANDES; GOMES FILHO, 2001, p. 177).

Em meio ao debate, adveio a Constituição Federal de 1988, estabelecendo em seu art. 5º, inciso 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.

Verifica-se que, também no tocante ao regime jurídico das interceptações, a Constituição de 1988 representou um avanço em relação à ordem jurídica anterior. Ao prever claramente a existência de ressalvas à inviolabilidade das comunicações telefônicas, evidenciando a sua relativização, não deixou dúvidas de que se faziam possíveis as interceptações telefônicas, respeitando-se as hipóteses e a forma estabelecidas em lei, para fins de investigação criminal ou instrução processual penal, por ordem judicial. A polêmica acerca da receptividade da interceptação telefônica estava, portanto, superada.

Entretanto, fez-se presente nova discussão, desta feita em razão de que o art. 5º, XII, trata-se de norma constitucional de eficácia limitada.²⁹ Logo, a sua incidência somente estaria completa a partir da edição de uma lei ulterior que lhe conferisse a aplicabilidade necessária. Apesar de existir o Código de Telecomunicações, este se restringia a prescrever que “somente os serviços fiscais das estações e postos oficiais poderão interceptar telecomunicação” (art. 56, § 2º), sendo, pois, insuficiente, visto que a Constituição aludia a hipóteses e forma prescritas em lei.³⁰

²⁹“São aquelas normas que, de imediato, no momento em que a Constituição é promulgada, ou entra em vigor (ou diante da introdução de novos preceitos por emendas à Constituição, ou na hipótese do art. 5º, § 3º), não têm o condão de produzir todos os seus efeitos, precisando de uma lei integrativa infraconstitucional, ou até mesmo de integração por meio de emenda constitucional, como se observou nos termos do art. 4º da EC n. 47/2005. São, portanto, de aplicabilidade mediata e reduzida, ou, segundo alguns autores, aplicabilidade diferida”. (LENZA, 2013, p. 279).

³⁰“Assim, não se podia dizer que o Código de Telecomunicações suprisse a exigência constitucional. Enquanto não promulgada a lei disciplinadora das hipóteses e formas das interceptações e escutas telefônicas, não havia base legal para a autorização judicial. E as operações técnicas porventura efetuadas seriam ilícitas, subsumindo-

Dessa maneira, a norma constitucional tinha seu conteúdo esvaziado. Em razão do vácuo legislativo, faltava o substrato legal para a autorização judicial. Luiz Flávio Gomes relata:

Ausência de um regime jurídico adequado (embora isso fosse constitucionalmente exigido), omissão legislativa, autorizações judiciais ‘controvertidas’ (para se dizer o mínimo), incursões duvidosas no âmbito da intimidade de incontáveis pessoas, desrespeito em consequência a vários direitos fundamentais, insegurança jurídica, frustração da atividade persecutória etc. foram as características do direito brasileiro, no que concerne às interceptações telefônicas, no período que vai de 1988 a julho de 1996 (GOMES; CERVINI, 1997, p. 90).

Não obstante, o Superior Tribunal de Justiça, no HC 3.982-RJ, evocou o princípio da proporcionalidade para considerar válida interceptação telefônica realizada com ordem judicial, embora sem amparo legal.³¹ Ressalva-se, porém, que esse foi um caso isolado. A jurisprudência firmou entendimento no sentido de que não deveria ser ordenada interceptação até o surgimento da lei regulamentadora, consoante Vicente Greco Filho:

Após opiniões e pronunciamentos judiciais divergentes, o Supremo Tribunal Federal, em decisão proferida no HC 73.351-4-SP, julgada em 9 de maio de 1996, concluiu não estar o aludido dispositivo [art. 57 do Código Brasileiro de Telecomunicações] recepcionado, dependendo, pois, o texto constitucional de lei específica para tornar-se eficaz, de modo que a partir de 1988, por falta de regulamentação, e até a edição de norma legal específica, não se admitiria a interceptação em nenhum caso (GRECO FILHO, 2012, p. 470).

Nesse sentido, o entendimento exarado pelo Supremo Tribunal Federal no julgamento do HC 69912:

Constitucional. Penal. Prova ilícita: 'Degravação' de escutas telefônicas. C.F., art. 5, XII. Lei n. 4.117, de 1962, art. 57, II, 'e', 'habeas corpus': exame da prova. I. - O sigilo das comunicações telefônicas poderá ser quebrado, por ordem judicial, nas hipóteses e na forma que a lei estabelecer para fins de investigação criminal ou instrução processual penal (C.F., art. 5, XII). Inexistência da lei que tornará viável a quebra do sigilo, dado que o inciso XII do art. 5 não recepcionou o art. 57, II, 'e', da

se à espécie do inc. LVI do art. 5º da Constituição” (GRINOVER; FERNANDES; GOMES FILHO, 2001, p. 180).

³¹Trecho do voto do Ministro Relator Adhemar Maciel: “A Constituição brasileira, como é comecinho, é uma Constituição dirigente e programática. Em decorrência, tanto o legislador ordinário, quanto o administrador e o próprio juiz, esse último através da denominada ‘atualização constitucional’ (*Verfassungsaktualisierung*), têm de ‘realizar’ o que foi recomendado e modelado pela própria Constituição. Ora, uma leitura atenta da Constituição em vigor nos mostra sua preocupação no combate à macrocriminalidade, ao crime organizado, ao tóxico etc. Desse modo, a própria Constituição nos vai oferecer elementos para interpretações e ‘atualizações’ consentâneas com o *standard* instituído. Com isso, é bom que fique claro, não me quero transformar em mensageiro de violações dos direitos e garantias fundamentais. Só estou pondo em destaque que a sociedade, como um todo, também merece proteção, tanto quanto o indivíduo. [...] Dessarte, não se pode dizer que a escuta telefônica, no caso concreto, tenha violado direitos fundamentais do impetrante. Ele, repita-se, não se achava em seu domicílio ou coisa que o valha. Estava encarcerado em estabelecimento penal, sujeito a regime de vigilância pública constante” (HC 3982/RJ, Rel. Ministro Adhemar Maciel, Sexta Turma, julgado em 05/12/1995, DJ 26/02/1996, p. 4084).

Lei 4.117, de 1962, a dizer que não constitui violação de telecomunicação o conhecimento dado ao juiz competente, mediante requisição ou intimação deste e que a constituição, no inciso XII do art. 5, subordina a ressalva a uma ordem judicial, nas hipóteses e na forma estabelecida em lei. II. - No caso, a sentença ou o acórdão impugnado não se baseia apenas na 'degravação' das escutas telefônicas, não sendo possível, em sede de 'habeas corpus', descer ao exame da prova. III. - H.C. indeferido. (HC 69912, Relator: Min. Sepúlveda Pertence, Relator p/ acórdão: Min. Carlos Velloso, Tribunal Pleno, julgado em 30/06/1993, DJ 26/11/1993)

Por último, finalmente, sucedeu a Lei n.º 9.296/96, publicada em 25 de julho de 1996, que atualmente estabelece as regras para a interceptação telefônica em nosso ordenamento.

3.3 Análise da Lei n.º 9.296, de 24 de julho de 1996

Salientando a importância do advento da Lei n.º 9.296/96, explica Luiz Flávio Gomes:

A interceptação telefônica, no Brasil, tem muita história. Não como um meio probatório lícito e legítimo, disciplinado pelo ordenamento jurídico e instrumento valioso para a própria preservação do Estado Constitucional e Democrático de Direito, senão sobretudo como uma forma reprovável de invasão à privacidade alheia. Durante o regime militar, por exemplo, sabe-se que a vida privada de muitas pessoas ficaram por longo tempo sob controle. Todo tipo de abuso e de devassa já foi praticado neste país por meio de interceptação telefônica (GOMES; CERVINI, 1997, p. 85).

A seguir, examinaremos as disposições da lei em comento.

3.3.1 A abrangência da Lei n.º 9.296/96

A fim de se delimitar a abrangência da Lei n.º 9.296/96, é preciso distinguir as espécies de captação da comunicação.

Quando se fala em interceptação, pretende-se aludir à intervenção de um terceiro na conversação entre dois interlocutores, sem o conhecimento daqueles. Assim, na interceptação telefônica, capta-se a comunicação telefônica. Na interceptação ambiental, igualmente efetivada sem o consentimento dos interlocutores, trata-se de comunicação presencial.

Nessa esteira, aponta Caprioli (1990, p. 145 *apud* AVOLIO, 2012, p. 96) que indispensável à noção de interceptação, seja telefônica, seja ambiental, é a ingerência de terceiro (*terzietà*), o qual capta o diálogo no momento em que este ocorre.

Na *escuta telefônica*, também existem dois interlocutores e um interceptador; a diferença em relação à interceptação telefônica *stricto sensu* reside no fato de que, na escuta,

um dos interlocutores tem ciência da interceptação. O mesmo se dá com a *escuta ambiental*, em que há consentimento por parte de um dos interlocutores. Difere da escuta telefônica no que tange ao meio, pois, desta feita, a comunicação acontece não por meio telefônico, mas entre presentes.

Por último, na *gravação clandestina*, existem apenas dois interlocutores, um dos quais grava a conversação, sem conhecimento do outro. A gravação clandestina é assim denominada independentemente de tratar-se de comunicação telefônica ou presencial, podendo ser diferenciada através das denominações *gravação telefônica* e *gravação ambiental* (ABUD, 2005, p. 442-443).

Entendemos que as modalidades de captação da comunicação telefônica que são autorizadas por um dos interlocutores ou, pelo menos, contam com o seu conhecimento, fogem do âmbito da Lei n.º 9.296/96. Concordamos com Greco Filho (2012, p. 235) quando afirma que a licitude da escuta e da gravação clandestina, bem como a das provas delas decorrentes, dependerá do confronto do direito à intimidade, se for o caso, com a justa causa em que se baseou a medida, a exemplo do estado de necessidade ou da utilização da prova em defesa própria

Cabe registrar que a Lei n. 9.034/95, que dispõe sobre a utilização de meios operacionais para a prevenção e repressão de ações praticadas por organizações criminosas, elenca a “captação e interceptação ambiental” como procedimentos de investigação.³² No entanto, o dispositivo traz apenas a necessidade de que as medidas se deem “mediante circunstanciada autorização judicial”, não havendo previsão de quais seriam os requisitos autorizadores para o desencadeamento da captação e da interceptação ambientais.

Dessarte, consideramos que a Lei n.º 9.296/96 aplica-se somente às interceptações telefônicas *stricto sensu*, aquelas ocorridas sem qualquer conhecimento por parte dos interlocutores.

Observa-se que essa não é uma posição pacífica na doutrina, havendo entendimento no sentido de que a Lei n.º 9.296/96 abrange todas as interceptações telefônicas, independentemente de serem realizadas com ou sem o conhecimento de um dos interlocutores. Nesse sentido, excluindo do regime legislativo apenas as gravações

³² Art. 2º Em qualquer fase de persecução criminal são permitidos, sem prejuízo dos já previstos em lei, os seguintes procedimentos de investigação e formação de provas:

[...]

IV – a captação e a interceptação ambiental de sinais eletromagnéticos, óticos ou acústicos, e o seu registro e análise, mediante circunstanciada autorização judicial.

clandestinas de telefonemas próprios e as gravações entre presentes, Ada Pellegrini, Antônio Scarance e Gomes Filho (2001, p. 182).

3.3.2 Ordem emanada de juiz competente

Dispõe o art. 1º da Lei n.º 9.296/96:

A interceptação de comunicações telefônicas, de qualquer natureza, para prova em investigação criminal e em instrução processual penal, observará o disposto nesta Lei e dependerá de ordem do juiz competente da ação principal, sob sigilo de justiça.

Parágrafo único. O disposto nesta Lei aplica-se à interceptação do fluxo de comunicações em sistemas de informática e telemática.

Depreende-se, a partir do referido dispositivo e da própria Constituição, que a interceptação telefônica, medida excepcional, que requer cautela, por isso mesmo pressupõe a existência de uma autorização judicial. Ou seja, a medida jamais poderá ser ordenada por membro do Ministério Público ou autoridade policial. O juiz, com a essencial imparcialidade, analisará a existência dos requisitos autorizadores e decidirá conforme sua convicção. Dessa forma, qualquer interceptação telefônica desencadeada sem a necessária ordem judicial, conseqüentemente, será inválida.

A competência para o deferimento da interceptação é do juiz competente para o processamento da ação principal, caracterizada como sendo competência de natureza funcional e, portanto, absoluta. Insta aduzir que, caso a medida seja determinada por juiz absolutamente incompetente, será caso de nulidade absoluta, nos termos do artigo 564, inciso I, do Código de Processo Penal: “a nulidade ocorrerá nos seguintes casos: por incompetência, suspeição ou suborno do juiz”.

Atenta-se para a hipótese de o juiz que ordenou a interceptação vir a declinar de sua competência. Quanto a esse ponto, assiste razão ao Ministro Gilson Dipp, em voto proferido no julgamento do HC 27.119/RS:

Não procede o argumento de ilegalidade da interceptação telefônica, se evidenciado que, durante as investigações pela Polícia Civil, quando se procedia à diligência de forma regular e em observância aos preceitos legais, foram obtidas provas suficientes para embasar a acusação contra o paciente, sendo certo que a posterior declinação de competência do Juízo Estadual para o Juízo Federal não tem o condão de, por si só, invalidar a prova até então colhida (HC 27.119/RS, Rel. Ministro Gilson Dipp, Quinta Turma, julgado em 24/06/2003, DJ 25/08/2003, p. 341).

Saliente-se que a interceptação poderá ser determinada apenas em investigação criminal e em instrução processual penal, cumprindo, assim, o mandamento constitucional inserto na parte final do inciso XII do artigo 5º.

3.3.3 Hipóteses de cabimento da interceptação telefônica

Acerca das interceptações telefônicas, a Constituição Federal deixou claro que lei ordinária vindoura deveria estabelecer as hipóteses e a forma de sua ocorrência. Patente, assim, que a regra consiste no sigilo das comunicações telefônicas e a exceção, na quebra desse sigilo. A Lei n.º 9.296/96, no entanto, não seguiu a lógica assentada. Veja-se:

Art. 2º Não será admitida a interceptação de comunicações telefônicas quando ocorrer qualquer das seguintes hipóteses:

I - não houver indícios razoáveis da autoria ou participação em infração penal;

II - a prova puder ser feita por outros meios disponíveis;

III - o fato investigado constituir infração penal punida, no máximo, com pena de detenção.

Parágrafo único. Em qualquer hipótese deve ser descrita com clareza a situação objeto da investigação, inclusive com a indicação e qualificação dos investigados, salvo impossibilidade manifesta, devidamente justificada.

Ao invés de taxar um rol das situações que autorizariam a medida, a Lei das Interceptações optou por prescrever em quais casos *não* será admitida a sua deflagração. Assim, o diploma legal se desassociou do raciocínio trazido na Constituição, pois, ao contrário desta, estremeou não a regra, mas as exceções. Desse modo, transmite a ideia de que a interceptação seria o natural, cabendo ao intérprete fazer o caminho inverso, perscrutando se os fatos são passíveis de interceptação por *não* se encaixarem nos casos elencados. A redação negativa, como bem anotado por Vicente Greco Filho, sempre dificulta a intelecção da vontade da lei (2012, p. 238).

O inciso I proíbe a interceptação quando inexisterem indícios razoáveis de autoria ou participação em infração penal. *A contrario sensu*, pretende-se que haja indícios razoáveis de autoria ou participação em infração penal. Percebe-se que a lei não requer que haja certeza acerca da autoria ou participação; de outro lado, também não se contenta com a mera suspeita, sem fundamento idôneo. É necessário haver indícios que contenham alguma solidez. Tal exigência diz respeito ao requisito do *fumus boni iuris*, ou fumaça do bom direito, cuja análise deve se dar segundo o juízo de probabilidade peculiar das medidas cautelares.³³

³³Em processo penal, o *fumus boni iuris* exprime duas exigências: a probabilidade de autoria ou participação numa infração penal e a probabilidade de existência de uma infração penal (FERNANDES, 1997, p. 55 *apud* GOMES; CERVINI, 1997, p. 178).

Ao lado do *fumus boni iuris*, confirmando o caráter cautelar das interceptações telefônicas, verifica-se a necessidade de a conversa telefônica ser colhida enquanto se desenvolve, levando em conta o risco de perder-se a prova (GRINOVER; FERNANDES; GOMES FILHO, 2001, p. 186). Essa urgência encerra o *periculum in mora*, ou perigo da demora, característico da colheita da comunicação por via telefônica.

Igualmente não deverá ser admitida interceptação quando a prova puder ser produzida através de outros meios disponíveis, nos termos do inciso II. Infere-se, então, que, somente em não havendo qualquer outro meio viável de produção da prova, é que poderá ser desencadeada interceptação telefônica. Aqui, externa-se a excepcionalidade da medida, sua estrita necessidade, sendo evidenciada a nuance de urgência que deve conter. Na lição de Avolio, esse requisito de inexistência de outros meios de prova possíveis também diz respeito ao perigo da demora que se exige para fins de autorização da interceptação.

Salienta-se que *outros meios disponíveis* não são meios materiais, mas processuais. Assim, não se pode alegar a carência de veículos ou a ausência de peritos no lugar, por exemplo.

As dificuldades práticas de tal regra são expostas por Cesar Dario Mariano da Silva:

Logicamente, na prática, a solução não nos parece tão simples. Como a Autoridade Policial poderá saber, com a devida certeza, se a prova será alcançada antes de efetivamente produzi-la? Nunca se sabe, ao certo, o que uma testemunha falará em seu depoimento ou qual será o resultado de uma perícia. A melhor interpretação a ser dada a esse dispositivo, em nosso entender e respeitando posições em contrário, é a de que, produzida a interceptação e ficando demonstrado que seria possível a produção da prova, naquele momento, por outro modo, aquela não será utilizada. É claro que, em muitos casos, será possível *a priori* a verificação da desnecessidade da interceptação, quando ela não poderá ser deferida (SILVA, 2007, p. 49).

Não se permite, por fim, a interceptação telefônica quando o fato investigado³⁴ constituir infração penal punida, no máximo, com pena de detenção, como afirma o inciso III. Em outras palavras, apenas crimes punidos com pena de reclusão são aptos a ensejar a medida. A esse ponto se fazem críticas, como se observa na lição de Damásio de Jesus:

Quando a Carta Magna excepcionalmente admitiu a interceptação telefônica, remetendo sua disciplina à legislação ordinária, obviamente pretendeu que se observasse proporcionalidade entre a proteção da intimidade e a segurança social.

³⁴Sobre a menção da lei a “fato investigado”, Paulo Rangel (2000, p. 1) esclarece: “Quando a lei se refere a fato investigado, claro está que a interceptação telefônica somente poderá ser feita para apurar *fato pretérito e não futuro*. Ou seja, não poderá (ou não deverá) ser concedida medida cautelar de interceptação telefônica para se investigar a vida de uma determinada pessoa, se a mesma vai ou não cometer um ilícito penal, mesmo tratando-se de pessoa com antecedentes criminais. Não. O fato já tem que ter sido praticado e sendo objeto de investigação criminal em inquérito policial ou peças de informação”.

Nas legislações estrangeiras, restringe-se a medida a delitos graves, como homicídio, latrocínio, sequestro, extorsão mediante sequestro, tráfico de drogas, de mulheres e de crianças, terrorismo, sabotagem etc., estendendo-se a algumas poucas infrações de menor poder ofensivo, como a injúria, a molestação e a ameaça por telefone. Convém, pois, que os juízes, na aplicação da lei, obedecendo ao princípio constitucional da proporcionalidade, não defiram pedidos somente porque se trata de crime apenado com reclusão, reservando a diligência para casos cuja gravidade realmente justifique a diligência violadora do sigilo (JESUS, 2011, p. 178).

Com efeito, a previsão contida na lei, por sua amplitude, não se faz proporcional. O furto simples, por exemplo, constitui crime punido com reclusão, mas que, a nosso ver, não se mostra apto a deflagrar diligência da monta de uma interceptação telefônica. Observa-se, entretanto, que, ao mesmo tempo em que é vasta, abrangendo qualquer infração a que se comina pena de reclusão, a lei não alberga crimes como a ameaça, punida com detenção, porém, em relação a qual seria interessante possibilitar a interceptação, uma vez que se cuida de crime frequentemente promovido por meio telefônico.³⁵

Nesse diapasão, Rangel (2000) propugna que a interceptação telefônica não é cabível em todos os crimes punidos com reclusão. Menciona, assim, as infrações de médio potencial ofensivo, quais sejam, aquelas que, nos termos do art. 89 da Lei n. 9.099/95,³⁶ admitem suspensão condicional do processo, pois têm pena mínima igual ou inferior a um ano, a exemplo do furto simples e da injúria qualificada pelo preconceito. Assevera:

Desta forma perguntamos: qual o interesse em se admitir a interceptação telefônica (medida de caráter excepcional) em uma infração penal que, uma vez descoberta, será oferecida denúncia com pedido de suspensão condicional do processo? Pensamos, nenhum. Assim, nossa afirmação é de que somente poderá haver interceptação telefônica nos crimes punidos com pena de reclusão de maior potencial ofensivo.

O intérprete deve neste momento fazer uma interpretação sistemática e teleológica e verificar o que quis o legislador nesta redação defeituosa do inciso III. Com certeza não quis permitir a interceptação telefônica para apurar um furto simples que admitirá (sob seu aspecto objetivo) a suspensão condicional do processo, nos termos do art. 89 da Lei dos Juizados Especiais.

³⁵ Aduz Fernando Capez (2012, p. 386): “Contudo, conforme a doutrina, tal critério trouxe duas impropriedades: a) deixou de lado crimes apenados com detenção, como a ameaça, comumente praticada via telefone, ou mesmo contravenções, como o jogo do bicho; b) ao elencar genericamente todas as infrações penais apenadas com reclusão como objeto da interceptação, alargou sobremaneira o rol dos delitos passíveis de serem investigados através da quebra do sigilo telefônico, crimes estes, muitas vezes, destituídos de maior gravidade, o que torna discutível, no caso concreto, o sacrifício de um direito fundamental como o sigilo das comunicações telefônicas. [...] A solução é conceder a quebra para investigar não a ameaça, mas o crime mais grave que se ameaçou praticar; por exemplo, o homicídio, no caso da ameaça de morte”.

³⁶ Art. 89. Nos crimes em que a pena mínima cominada for igual ou inferior a um ano, abrangidas ou não por esta Lei, o Ministério Público, ao oferecer a denúncia, poderá propor a suspensão do processo, por dois a quatro anos, desde que o acusado não esteja sendo processado ou não tenha sido condenado por outro crime, presentes os demais requisitos que autorizariam a suspensão condicional da pena.

Por essas razões, autores sustentam como inconstitucional o posicionamento do legislador, já que contrário ao princípio da proporcionalidade, pelo qual “uma lei restritiva, mesmo quando adequada e necessária, pode ser inconstitucional quando adote cargas coativas desmedidas, desajustadas, excessivas ou desproporcionais em relação aos resultados” (GRINOVER; FERNANDES; GOMES FILHO, 2001, p. 184).³⁷

Como bem anota Streck (2001, p. 71 *apud* ABUD, 2005, p. 449), a Constituição Federal, ao possibilitar a violação da intimidade alheia através das comunicações telefônicas, certamente não estava preocupada em punir a “criminalidade descalça”.

O Supremo Tribunal Federal, a seu turno, já admitiu, acertadamente, a realização de interceptação telefônica no caso de crimes apenados com detenção, uma vez que eram conexos³⁸ aos crimes que ensejaram a diligência, sendo que estes eram punidos com reclusão:

EMENTA: HABEAS CORPUS. INTERCEPTAÇÃO TELEFÔNICA. PRAZO DE VALIDADE. ALEGAÇÃO DE EXISTÊNCIA DE OUTRO MEIO DE INVESTIGAÇÃO. FALTA DE TRANSCRIÇÃO DE CONVERSAS INTERCEPTADAS NOS RELATÓRIOS APRESENTADOS AO JUIZ. AUSÊNCIA DE CIÊNCIA DO MINISTÉRIO PÚBLICO ACERCA DOS PEDIDOS DE PRORROGAÇÃO. APURAÇÃO DE CRIME PUNIDO COM PENA DE DETENÇÃO. [...] 5. Uma vez realizada a interceptação telefônica de forma fundamentada, legal e legítima, as informações e provas coletas dessa diligência podem subsidiar denúncia com base em crimes puníveis com pena de detenção, desde que conexos aos primeiros tipos penais que justificaram a interceptação. Do contrário, a interpretação do art. 2º, III, da L. 9.296/96 levaria ao absurdo de concluir pela impossibilidade de interceptação para investigar crimes apenados com reclusão quando forem estes conexos com crimes punidos com

³⁷Os autores asseveram ainda que “o direito comparado reserva a possibilidade de quebra do sigilo a casos taxativos de crimes de extrema gravidade, acrescentando-lhes, via de regra, casos como os de ameaça e injúria (punidos entre nós com pena de detenção), quando cometidos pela via telefônica”. Concluem pela aplicabilidade do princípio da reserva legal proporcional e consequente inconstitucionalidade do dispositivo, em razão da extensão da possibilidade de interceptação a todo e qualquer crime apenado com reclusão. Entendendo que não se trata de inconstitucionalidade da norma, mas que a sua aplicação pode ser inconstitucional, a depender do caso concreto violar ou não a proporcionalidade, Vicente Greco Filho (2012, p. 239).

³⁸Conexão é um liame, um vínculo que, por algum motivo, é estabelecido entre dois ou mais fatos, fazendo com que estes se tornem entrelaçados. Encontra-se prevista no art. 76 do CPP: “Art. 76. A competência será determinada pela conexão: I - se, ocorrendo duas ou mais infrações, houverem sido praticadas, ao mesmo tempo, por várias pessoas reunidas, ou por várias pessoas em concurso, embora diverso o tempo e o lugar, ou por várias pessoas, umas contra as outras; II - se, no mesmo caso, houverem sido umas praticadas para facilitar ou ocultar as outras, ou para conseguir impunidade ou vantagem em relação a qualquer delas; III - quando a prova de uma infração ou de qualquer de suas circunstâncias elementares influir na prova de outra infração”. Ensina Eugênio Pacelli: “A realidade dos fenômenos da vida nos mostra que pode haver, entre dois ou mais fatos de relevância penal, alguma espécie de liame, de ligação, seja de natureza *subjetiva*, no campo das intenções, motivações e do dolo, seja ainda de natureza *objetiva*, em referência às circunstâncias de fato, como o lugar, o tempo e o modo de execução da conduta delituosa. Em outras palavras, pode haver entre eles *conexão*, hipóteses concretas de aproximação entre um e outro evento, estabelecendo um ponto de afinidade, de contato ou de influência na respectiva apuração” (OLIVEIRA, 2008, p. 247, grifo do autor). Já na continência, uma causa penal está contida na outra. Acontece quando duas ou mais pessoas são acusadas pela mesma infração e nos casos de concurso formal, *aberratio ictus* e *aberratio delicti*, nos termos do art. 77 do CPP: “Art. 77. A competência será determinada pela continência quando: I - duas ou mais pessoas forem acusadas pela mesma infração; II - no caso de infração cometida nas condições previstas nos arts. 51, § 1º, 53, segunda parte, e 54 do Código Penal”.

detenção. Habeas corpus indeferido. (HC 83515, Relator: Min. Nelson Jobim, Tribunal Pleno, julgado em 16/09/2004, DJ 04/03/2005).

3.3.4 Intercepção telefônica autorizada pelo juiz de ofício

O artigo 3º da Lei n.º 9.296/96 preceitua:

A intercepção das comunicações telefônicas poderá ser determinada pelo juiz, de ofício ou a requerimento:

I - da autoridade policial, na investigação criminal;

II - do representante do Ministério Público, na investigação criminal e na instrução processual penal.

Depreende-se que a intercepção telefônica pode ser viabilizada como medida cautelar preparatória, quando tiver por finalidade recolher informações essenciais à propositura da ação penal, ou pode se manifestar como medida cautelar incidental, deferida já no curso da instrução criminal, nos termos do inciso II.

O dispositivo acima transcrito mostra-se alvo de questionamentos por prever a possibilidade de o juiz determinar a intercepção das comunicações telefônicas ainda durante a investigação criminal, na fase pré-processual. Ensina Paulo Rangel:

Coleta de provas na fase inquisitiva com o fim de servir de base ao oferecimento da denúncia somente pode ser feita pela polícia de atividade judiciária e/ou pelo Ministério Público.

Neste caso, inconstitucional é o art. 3º da Lei 9.296/96 na parte que permite ao juiz, de ofício, decretar a quebra do sigilo de comunicação telefônica ferindo o sistema acusatório, e, por consequência, sua imparcialidade (RANGEL, 2003, p. 244).

Entendendo que o juiz não deve determinar intercepção telefônica de ofício, seja no inquérito, seja no processo, Luiz Flávio Gomes:

É inconstitucional a intercepção telefônica ‘de ofício’, em consequência, porque vulnera o modelo acusatório de processo, processo de partes, instituída pela CF de 1988, quando considera os ofícios de acusação e defesa como funções essenciais ao exercício da jurisdição, atribuída esta aos Juizes, que têm competência para processar e julgar, mas não para investigar, principalmente no âmbito extraprocessual [...] Seja porque viola o processo acusatório, que tem incontestável assento constitucional, seja porque retira do Juiz a necessária imparcialidade que, para além de representar uma importante garantia, é nota essencial da jurisdição, no nosso entender, é absolutamente inconstitucional a determinação da intercepção telefônica pelo Juiz de ofício. E não importa se isso ocorre na fase investigatória preliminar ou dentro da fase processual instrutória (GOMES, 1997, *passim*).

Nesse sentido, visando à declaração de inconstitucionalidade parcial do dispositivo, a Procuradoria-Geral da República ajuizou, perante o Supremo Tribunal Federal, a Ação Direta de Inconstitucionalidade n.º 3450, não julgada até o momento.³⁹

Temos que assiste razão aos que pensam dessa maneira. De fato, não cabe ao juiz, ainda no âmbito do inquérito, autorizar interceptação telefônica de ofício, pois, dessa maneira, verifica-se uma ingerência inadequada, por parte do julgador, no procedimento investigatório. A fim de que não reste afrontado o sistema acusatório, o juiz não deve interferir de tal forma na persecução penal. Diga-se que o mesmo não se dá quando se trata da fase processual, porque, nesta, é cediço que o juiz pode agir de ofício, norteado pelo princípio da verdade real e em conformidade com o sistema do livre convencimento.

3.3.5 O requerimento de interceptação telefônica

Consignou-se, no art. 4º da Lei n.º 9.296/96, a necessidade de o pedido de interceptação telefônica ser adequadamente fundamentado:

Art. 4º O pedido de interceptação de comunicação telefônica conterà a demonstração de que a sua realização é necessária à apuração de infração penal, com indicação dos meios a serem empregados.

§ 1º Excepcionalmente, o juiz poderá admitir que o pedido seja formulado verbalmente, desde que estejam presentes os pressupostos que autorizem a interceptação, caso em que a concessão será condicionada à sua redução a termo.

§ 2º O juiz, no prazo máximo de vinte e quatro horas, decidirá sobre o pedido.

Assim, o requerimento deve ser suficiente a demonstrar que a diligência é necessária à apuração de crime, indicando-se os meios a serem empregados. Esse detalhamento é relevante na medida em que apresentará ao juiz as questões de fato que justificam o desencadeamento da interceptação. Assim, funciona ainda como alicerce da decisão judicial autorizadora da medida.

Não restam dúvidas de que, no momento de se requerer a interceptação, a descrição levada a efeito pelo membro do Ministério Público ou pela autoridade policial se faz de fundamental importância, já que é nela que o julgador se baseará ao optar pelo deferimento ou indeferimento da diligência. Dessa forma, apontando-se a conveniência da

³⁹ Alegou-se na inicial que “a iniciativa da interceptação pelo juiz, na fase que antecede a instrução processual penal, ofende o devido processo legal na medida em que compromete o princípio da imparcialidade que lhe é inerente, e vai de encontro ao sistema acusatório porque usurpa a atribuição investigatória do Ministério Público e das Polícias Civil e Federal, permitindo ao julgador a assunção desse mister”.

interceptação, bem como os meios que devem ser empregados no caso concreto, confere-se idoneidade ao pedido.

Atente-se que, excepcionalmente, o juiz poderá admitir que o pedido seja formulado verbalmente, desde que presentes os pressupostos motivadores da interceptação, caso em que a concessão será condicionada à sua redução a termo. Por último, aduz o dispositivo legal que o juiz deve decidir sobre o pedido no prazo de vinte e quatro horas.

3.3.6 A fundamentação da decisão judicial autorizadora

Preleciona o art. 5º que a decisão judicial deverá ser fundamentada, designando a forma de execução da interceptação, sob pena de nulidade:

Art. 5º A decisão será fundamentada, sob pena de nulidade, indicando também a forma de execução da diligência, que não poderá exceder o prazo de quinze dias, renovável por igual tempo uma vez comprovada a indispensabilidade do meio de prova.

O referido artigo se mostra consentâneo ao art. 93, inciso IX, da Constituição Federal.⁴⁰ A decisão que determina a interceptação telefônica deve ser devidamente fundamentada; não basta que reproduza a letra da lei ou se limite a generalidades, é preciso que expresse as circunstâncias fáticas concernentes ao caso concreto, expondo as causas que demandam a providência e prescrevendo a forma como esta se dará.

A motivação das decisões judiciais é concebida por Grinover, Fernandes e Gomes Filho como garantia fundamental da administração da justiça em um Estado de Direito:

São três os pontos básicos em que se assenta a idéia de motivação como garantia: primeiro, aparece como garantia de uma atuação equilibrada e imparcial do magistrado, pois só através da motivação será possível verificar se ele realmente agiu com a necessária imparcialidade; num segundo aspecto, manifesta-se a motivação como garantia de controle da *legalidade* das decisões judiciais; só a aferição das razões constantes da sentença permitirá dizer se esta deriva da lei ou do arbítrio do julgador; finalmente, a motivação é garantia das partes, pois permite que elas possam constatar se o juiz levou em conta os argumentos e a prova que produziram: como visto, o direito à prova não se configura só como direito a produzir prova, mas também como direito à valoração da prova pelo juiz (GRINOVER; FERNANDES; GOMES FILHO, 2001, p. 212, grifo do autor).

⁴⁰Art. 93. Todos os julgamentos dos órgãos do Poder Judiciário serão públicos, e fundamentadas todas as decisões, sob pena de nulidade, podendo a lei limitar a presença, em determinados atos, às próprias partes e a seus advogados, ou somente a estes, em casos nos quais a preservação do direito à intimidade do interessado no sigilo não prejudique o interesse público à informação.

Aprofundando o tema, Ada Pellegrini Grinover prevê o *iter* lógico que deve ser percorrido pelo magistrado, no momento de autorizar a interceptação telefônica:

[...] há de observar as seguintes passagens: a) conformidade da investigação, a ser conduzida através da interceptação, com as finalidades da instrução penal; b) ocorrência de um fundado motivo pelo qual se repute que a interceptação possa propiciar elementos úteis para o desenvolvimento das atividades instrutórias; c) avaliação da oportunidade de permitir tão grave ingerência na intimidade alheia, com relação à provável obtenção de tais elementos; d) exame da conveniência de que as operações de escuta telefônica sejam também autorizadas pelos órgãos policiais (GRINOVER, 1982, p. 272).

3.3.7 Possibilidade de prorrogação do prazo da medida

O art. 5º da Lei das Interceptações menciona ainda a questão do prazo para efetivação da diligência, rezando que não pode exceder quinze dias, renovável por igual tempo, mediante a comprovação de sua indispensabilidade. Ocorre que, obviamente, trata-se de período deveras exíguo. Como assinala Nucci, “não tem o menor sentido esse limite”:

Constituindo meio de prova lícito, pois autorizado por magistrado, no âmbito de investigação criminal ou processo-crime, é mais do que lógico não poder haver limitação em dias, sob pena de se frustrar a busca da verdade real, além de se frear a atividade persecutória lícita por uma mera questão temporal (2012, p. 379).⁴¹

Acertadamente, a jurisprudência encampa o mencionado pensamento. Entendem os Tribunais pátrios pela aceitabilidade de sucessivas prorrogações do prazo de autorização para a interceptação telefônica, notadamente quando se cuidam de fatos complexos.⁴² Realmente, claro é que o procedimento deve ter a duração que for necessária à elucidação dos fatos.

De outra forma não poderia ser. A captação de comunicações telefônicas, por sua própria natureza, adentra nas relações pessoais dos investigados e, por isso mesmo, reclama um acompanhamento contínuo. Ademais, a sua matiz excepcional e subsidiária, por si, denota

⁴¹No mesmo sentido, Jesus (2011, p. 182) e Vicente Greco Filho (GRECO, 2012, p. 246). Este afirma: “A lei não limita o número de prorrogações possíveis, devendo entender-se, então, que serão tantas quantas necessárias à investigação, mesmo porque 30 dias pode ser prazo muito exíguo”.

⁴²STF: HC 83.515-RS (Ver ementa na p. 54). STJ: “As interceptações e gravações telefônicas ocorreram por determinação judicial e perduraram pelo tempo necessário à elucidação dos fatos delituosos, revestidos de complexidade e envolvendo organização criminosa, com o que não se violou a Lei 9296/96. Ordem denegada”. (HC 37590-SP, Rel. Ministro José Arnaldo da Fonseca, Quinta Turma, julgado em 19/10/2004, DJ 22/11/2004, p. 370).

que alude a investigações minuciosas, com as quais, portanto, deve-se agir com cautela, o que vai de encontro à exiguidade do prazo previsto na lei.

Assim, plausível é a tese de que às interceptações não se devem impor limites temporais escassos, ainda mais considerando que usualmente terminam por subsidiar denúncias de grande porte. Por conseguinte, despropositado seria pretender que, subitamente, fossem interrompidas por uma razão de cunho eminentemente formal, que é a prorrogação do seu prazo de autorização.

O Supremo Tribunal Federal, inclusive, explicita que, sendo as prorrogações deferidas, sucessivamente, por decisões que não expõem novos motivos, deduz-se que estas possuem o mesmo suporte já evidenciado na decisão que primeiro permitiu a interceptação:

EMENTA: HABEAS CORPUS. INTERCEPTAÇÕES TELEFÔNICAS. PRORROGAÇÕES. LICITUDE. ORDEM DENEGADA. Segundo informou o Tribunal Regional Federal da 3ª Região, as questionadas prorrogações de interceptações telefônicas foram, todas, necessárias para o deslinde dos fatos. Ademais, as decisões que, como no presente caso, autorizam a prorrogação de interceptação telefônica sem acrescentar novos motivos evidenciam que essa prorrogação foi autorizada com base na mesma fundamentação exposta na primeira decisão que deferiu o monitoramento. Como o impetrante não questiona a fundamentação da decisão que deferiu o monitoramento telefônico, não há como prosperar o seu inconformismo quanto às decisões que se limitaram a prorrogar as interceptações. De qualquer forma, as decisões questionadas reportam-se aos respectivos pedidos de prorrogação das interceptações telefônicas, os quais acabam por compor a fundamentação de tais decisões, naquilo que se costuma chamar de fundamentação per relationem (HC 84.869, rel. min. Sepúlveda Pertence, DJ de 19.08.2005, p. 46). Ordem denegada. (HC 92020, Relator: Min. Joaquim Barbosa, Segunda Turma, julgado em 21/09/2010, DJe 08-11-2010).

3.3.8 A execução da interceptação telefônica

Autorizada pelo juiz, a interceptação telefônica é levada a efeito pela autoridade policial, que poderá atribuí-la a concessionárias de serviço público, conforme os arts. 6º e 7º da Lei n.º 9.296/96:

Art. 6º Deferido o pedido, a autoridade policial conduzirá os procedimentos de interceptação, dando ciência ao Ministério Público, que poderá acompanhar a sua realização.

§ 1º No caso de a diligência possibilitar a gravação da comunicação interceptada, será determinada a sua transcrição.

§ 2º Cumprida a diligência, a autoridade policial encaminhará o resultado da interceptação ao juiz, acompanhado de auto circunstanciado, que deverá conter o resumo das operações realizadas.

§ 3º Recebidos esses elementos, o juiz determinará a providência do art. 8º, ciente o Ministério Público.

Art. 7º Para os procedimentos de interceptação de que trata esta Lei, a autoridade policial poderá requisitar serviços e técnicos especializados às concessionárias de serviço público.

O Código Brasileiro de Telecomunicações, em seu art. 56, § 2º, consentia a interceptação sendo efetivada tão-somente por serviços fiscais das estações e postos oficiais: “Sòmente os serviços fiscais das estações e postos oficiais poderão interceptar telecomunicação”. A atual regulamentação, ao contrário, define uma faculdade, permitindo à autoridade policial conduzir os procedimentos pessoalmente, bem como requisitar às concessionárias de serviço público, caso considere necessário, serviços e técnicos especializados.

Para Ada Pellegrini Grinover (1997), essa permissividade representou um retrocesso. Segundo a autora, a fim de que haja maior credibilidade e sigilo, o juiz deve determinar “que as operações de interceptação sejam levadas a cabo pelos órgãos técnicos competentes, com acompanhamento das diligências pela polícia e pelo Ministério Público”.

No mais, em que pese a lei mencionar a autoridade policial como condutora dos procedimentos, dos quais daria ciência ao Ministério Público, na prática, a jurisprudência se inclina no sentido de admitir a interceptação telefônica empreendida pela Polícia Militar, bem como por órgãos como as coordenadorias de inteligência:

RECURSO ORDINÁRIO EM HABEAS CORPUS. TRÁFICO DE ENTORPECENTES E ASSOCIAÇÃO PARA O TRÁFICO (ARTIGOS 33 E 35 DA LEI 11.343/2006). NULIDADE DAS INTERCEPTAÇÕES TELEFÔNICAS. MEDIDA PLEITEADA POR AUTORIDADE DESPROVIDA DE ATRIBUIÇÃO. IRRELEVÂNCIA. POSSIBILIDADE DE DEFERIMENTO DE OFÍCIO PELO JUIZ. INTELIGÊNCIA DO ARTIGO 3º DA LEI 9.296/1996. EIVA NÃO CARACTERIZADA. 1. De acordo com os §§ 4º e 5º do artigo 144 da Constituição Federal, a apuração das infrações criminais compete à Polícia Civil, cabendo à Polícia Militar a polícia ostensiva e a preservação da ordem pública. 2. A partir da leitura da referida norma constitucional, não se pode contestar que, a princípio, seria atribuição de um Delegado de Polícia representar pelas interceptações telefônicas destinadas à investigação criminal, e não a um Oficial pertencente aos quadros da Polícia Militar. 3. Contudo, tal circunstância não é apta, por si só, a invalidar a prova que deu ensejo à persecução penal em apreço, já que o caput do artigo 3º da Lei 9.296/1996 permite que a interceptação das comunicações telefônicas seja feita pelo juiz, de ofício. INTERCEPTAÇÕES TELEFÔNICAS REALIZADAS PELA POLÍCIA MILITAR. ATRIBUIÇÃO DA POLÍCIA CIVIL. INEXISTÊNCIA DE EXCLUSIVIDADE. OFENSA AO ARTIGO 6º DA LEI 9.296/1996 NÃO CONFIGURADA. 1. Dos artigos 6º e 7º da Lei 9.296/1996, não há como extrair que a autoridade policial seja a única autorizada a proceder às interceptações telefônicas, até mesmo porque o legislador não teria como antever, diante das diferentes realidades encontradas nas unidades da Federação, quais órgãos ou unidades administrativas teriam a estrutura necessária, ou mesmo as maiores e melhores condições para executar a medida. 2. Esta Corte Superior já decidiu que não se pode interpretar de maneira restrita o artigo 6º da Lei 9.296/1996, sob pena de se inviabilizar a efetivação de interceptações telefônicas. 3. Na hipótese dos autos, agentes da Polícia Militar ficaram a cargo de acompanhar a interceptação telefônica,

procedimento que não pode ser acoimado de ilegal, mormente porque autorizado judicialmente. [...] Recurso improvido. (RHC 28.281/SP, Rel. Ministro JORGE MUSSI, QUINTA TURMA, julgado em 21/02/2013, DJe 01/03/2013)

Habeas Corpus. Quadrilha e corrupção ativa (artigos 288 e 333 do Código Penal). Apontada discrepância entre os ofícios enviados às operadoras de telefonia e as decisões judiciais que autorizaram as interceptações telefônicas. Inocorrência. Requerimento expresso de fornecimento de contas reversas e dados cadastrais pelo Ministério Público. Pedido deferido pelo magistrado. Nulidade não configurada. [...] Interceptações telefônicas realizadas pela Coordenadoria de Inteligência do Sistema Penitenciário da Secretaria de Administração Penitenciária do Estado do Rio de Janeiro - CISPEN. Apontada incompetência do órgão para efetivar a medida, cuja atribuição seria exclusiva da autoridade policial. Inexistência de ofensa ao artigo 6º da lei 9.296/1996. Constrangimento ilegal inexistente. 1. Dos artigos 6º e 7º da Lei 9.296/1996, não há como extrair que a autoridade policial seja a única autorizada a proceder às interceptações telefônicas, até mesmo porque o legislador não teria como antever, diante das diferentes realidades encontradas nas unidades da Federação, quais órgãos ou unidades administrativas teriam a estrutura necessária, ou mesmo as maiores e melhores condições para executar a medida. 2. Esta Corte Superior já decidiu que não se pode interpretar de maneira restrita o artigo 6º da Lei 9.296/1996, sob pena de se inviabilizar a efetivação de interceptações telefônicas. 3. Na hipótese dos autos, no pedido de interceptação formulado pelo Ministério Público, o próprio órgão ministerial indicou o Centro de Inteligência do Sistema Penitenciário do Estado do Rio de Janeiro - CISPEN como responsável pelo monitoramento e gravação das comunicações telefônicas, o que foi deferido pelo Juízo, constando expressamente dos ofícios expedidos. 4. Verifica-se, ainda, que embora a CISPEN tenha centralizado a efetivação das interceptações telefônicas, houve a participação de delegado de polícia nas diligências. [...] Ordem denegada. (HC 131836/RJ, Rel. Ministro Jorge Mussi, Quinta Turma, julgado em 04/11/2010, DJe 06/04/2011).

Assevera-se que deve ser aceita a interceptação telefônica efetivada também pelo próprio Ministério Público, o que, aliás, ocorre com frequência, haja vista que tem poderes para investigar e produzir provas relativas às ações que propõe. Os procedimentos pertinentes encontram-se regulamentados na Resolução nº 36, de 6 de abril de 2009, do Conselho Nacional do Ministério Público.

3.3.9 Procedimentos

Tratando de questões procedimentais, o art. 8º da lei em análise aponta que o procedimento ocorrerá sempre em autos apartados, apensados aos do inquérito policial ou do processo criminal.⁴³ Gomes (1997, p. 225) assenta que a formação de autos apartados está em

⁴³ Art. 8º A interceptação de comunicação telefônica, de qualquer natureza, ocorrerá em autos apartados, apensados aos autos do inquérito policial ou do processo criminal, preservando-se o sigilo das diligências, gravações e transcrições respectivas.

Parágrafo único. A apensação somente poderá ser realizada imediatamente antes do relatório da autoridade, quando se tratar de inquérito policial (Código de Processo Penal, art.10, § 1º) ou na conclusão do processo ao juiz para o despacho decorrente do disposto nos arts. 407, 502 ou 538 do Código de Processo Penal.

consonância com a proteção constitucional conferida à privacidade, que deve sofrer a menor ingerência possível.

Em se tratando de inquérito, o apensamento se dará na oportunidade transcrita no art. 10, § 1º, do Código de Processo Penal, qual seja, o relatório feito pela autoridade policial.⁴⁴ Já no caso de processo criminal, quando da conclusão ao juiz para despacho decorrente do disposto nos arts. 407, 502 ou 538 do mesmo diploma. Registra-se que o referido despacho restou revogado pelas Leis nº 11.689/90⁴⁵ e 11.719/2008.⁴⁶

Cabem as anotações expostas por Vicente Greco Filho (2012, p. 247-248):

Esses momentos têm razão de ser porque são aqueles em que a prova deve ser apreciada e levada em consideração e, também, porque fica mais seguro para preservar o sigilo, especialmente em face de terceiros mencionados no procedimento. O apenso, por sua vez, deve ser cercado de medidas de proteção do sigilo, tais como embalagem com lacre e outras necessárias à sua não violação.

Ressalta-se o sigilo que deve ser preservado durante todo o percurso da diligência, em relação às gravações, respectivas transcrições e, claro, à própria deflagração da interceptação telefônica. Frisa-se que esse sigilo se faz útil tanto ao poder público, que necessita preservar a diligência em segredo no momento de colheita da prova, quanto ao investigado e terceiros que com ele se comunicam, tendo em vista a tutela de sua intimidade.

3.3.10 Contraditório postergado e princípio da publicidade interna restrita

Em todos os casos, a interceptação deve ocorrer *inaudita altera pars*, ou seja, sem a ouvida da outra parte. Do contrário, restaria ineficaz, visto que, obviamente, perderia por

⁴⁴ Art. 10, § 1º: “A autoridade fará minucioso relatório do que tiver sido apurado e enviará autos ao juiz competente”.

⁴⁵ Art. 1º: O Capítulo II do Título I do Livro II do Decreto-Lei nº 3.689, de 3 de outubro de 1941 – Código de Processo Penal, passa a vigorar com a seguinte redação:

[...]

‘Art. 407. As exceções serão processadas em apartado, nos termos dos arts. 95 a 112 deste Código.’.

⁴⁶ Art. 1º: Os arts. 63, 257, 265, 362, 363, 366, 383, 384, 387, 394 a 405, 531 a 538 do Decreto-Lei nº 3.689, de 3 de outubro de 1941 - Código de Processo Penal, passam a vigorar com a seguinte redação, acrescentando-se o art. 396-A:

[...]

‘Art. 538. Nas infrações penais de menor potencial ofensivo, quando o juizado especial criminal encaminhar ao juízo comum as peças existentes para a adoção de outro procedimento, observar-se-á o procedimento sumário previsto neste Capítulo’.

[...]

Art. 3º Ficam revogados os arts. 43, 398, 498, 499, 500, 501, 502, 537, 539, 540, 594, os §§ 1º e 2º do art. 366, os §§ 1º a 4º do art. 533, os §§ 1º e 2º do art. 535 e os §§ 1º a 4º do art. 538 do Decreto-Lei nº 3.689, de 3 de outubro de 1941 - Código de Processo Penal.

completo a sua razão de ser caso o investigado ou acusado tomasse conhecimento de sua existência.

Ocorre que, embora o réu desconheça, momentaneamente, a medida adotada em seu desfavor, o contraditório, enquanto dogma constitucional, é-lhe assegurado, não podendo de forma alguma ser suplantado: uma vez ausente, o processo será nulo. Nesse contexto, impõe-se o chamado contraditório diferido ou postergado. A ele, a prova deverá ser submetida quando o conhecimento da providência pelo investigado não mais se mostrar prejudicial ao desenvolvimento da medida.⁴⁷

No tocante ao princípio da publicidade, igualmente não resta desrespeitado, haja vista que se incorre na exceção prevista no artigo 5º, inciso LX, da Constituição Federal de que os atos processuais podem correr em segredo caso o interesse social assim exigir.⁴⁸

Para Paulo Rangel (2000, p. 2), a postergação do contraditório se faz necessária já que a lei, como se vê em seu art. 1º, estatuiu o princípio da publicidade interna restrita. Luiz Flavio Gomes (1997, p. 161) acrescenta que, na primeira fase da interceptação, existe um segredo interno absoluto frente ao investigado, passando-se em seguida, na segunda fase, à publicidade interna restrita, registrando que, “mesmo depois de levantado o segredo interno para o investigado, não é qualquer pessoa que pode tomar conhecimento das diligências, gravações e, sobretudo, transcrições”. Na lição de Vicente Greco Filho (2012, p. 248), “o acusado deverá ter ciência da prova na primeira oportunidade que houver após a sua realização”.

3.3.11 O incidente de inutilização

A Lei das Interceptações, dando seguimento à minuciada descrição dos procedimentos a serem trilhados na prática, preconiza em seu art. 9º acerca do incidente de inutilização: “A gravação que não interessar à prova será inutilizada por decisão judicial, durante o inquérito, a instrução processual ou após esta, em virtude de requerimento do Ministério Público ou da parte interessada”. Prescreve o parágrafo único: “O incidente de

⁴⁷Na lição de Scarance Fernandes (2002, p. 60): “Entre nós, as medidas cautelares são, em regra, determinadas sem audiência do titular do direito restringido, de ofício ou em atenção a requerimento do Ministério Público, do ofendido ou representação da autoridade policial. As perícias são realizadas também sem participação do investigado ou de seu advogado. A observância do contraditório, nesses casos, é feita depois, dando-se oportunidade ao suspeito ou réu de contestar a providência cautelar ou de combater, no processo, a prova pericial realizada no inquérito. Fala-se em contraditório diferido ou postergado”.

⁴⁸Art. 5º, LX - a lei só poderá restringir a publicidade dos atos processuais quando a defesa da intimidade ou o interesse social o exigirem.

inutilização será assistido pelo Ministério Público, sendo facultada a presença do acusado ou de seu representante legal”.

Sobre esse ponto da lei, Grinover, Fernandes e Gomes Filho tecem a seguinte crítica:

É evidente a inconstitucionalidade da disposição do parágrafo único do art. 9º, que se limita a prever que o incidente de inutilização seja ‘assistido’ pelo Ministério Público, ‘facultada’ a presença do acusado ‘ou’ de seu representante legal (art. 9º, parágrafo único): *imprescindível*, aqui, a presença das partes e, quanto à defesa, do acusado e do advogado, para garantia da *autodefesa* e da *defesa técnica*, ambas constitucionalmente asseguradas (GRINOVER; FERNANDES; GOMES FILHO, 2001, p. 191-192, grifo do autor).

Concordamos que o legislador deveria ter optado por termos mais contundentes do que “assistir” e “facultada” no momento de referir-se, respectivamente, à atuação do Ministério Público e à presença do acusado ou de seu advogado. Contudo, cremos que não se trata de inconstitucionalidade do dispositivo, conforme anunciado pelos renomados doutrinadores. Entendemos ser suficiente que, compatibilizando o texto legal com a Constituição, proceda-se, na prática, de forma coerente com a sistemática processual brasileira, sempre permeada pelos ditames constitucionais. Dessa forma, deve-se garantir o integral acesso das partes ao incidente de inutilização, especialmente do acusado, acompanhado de seu defensor.

Demonstrando preocupação com a proteção do direito fundamental à intimidade, a Lei n.º 9.296/96, além de ordenar o sigilo dos procedimentos e a inutilização da gravação que não interessar à prova, tipifica, em seu art. 10, o crime consistente em realizar interceptação, ou quebrar segredo da Justiça, sem autorização judicial ou com objetivos não autorizados em lei. Por propiciar discussões que fogem ao propósito deste trabalho, deixamos de examinar a norma com a minudência devida, mas pretendendo fazê-lo em oportunidades futuras.⁴⁹

⁴⁹Art. 10. Constitui crime realizar interceptação de comunicações telefônicas, de informática ou telemática, ou quebrar segredo da Justiça, sem autorização judicial ou com objetivos não autorizados em lei. Pena: reclusão, de dois a quatro anos, e multa.

4 A SERENDIPIDADE NA INTERCEPTAÇÃO TELEFÔNICA LÍCITA: VALIDADE DA PROVA ENCONTRADA FORTUITAMENTE

4.1 Delimitação da situação objeto e individualização do investigado

A Lei das Interceptações Telefônicas, em seu art. 2º, parágrafo único, estabelece que “em qualquer hipótese deve ser descrita com clareza a situação objeto da investigação, inclusive com a indicação e qualificação dos investigados, salvo impossibilidade manifesta, devidamente justificada”.

O dispositivo refere-se à decisão judicial que ordena a interceptação telefônica. Observa-se que a exigência de descrição clara da situação concerne ao material fático das investigações, enquanto a indicação e qualificação dos investigados representam a face subjetiva da diligência. São requisitos que se fazem essenciais, haja vista tratar-se de intromissão insólita e excepcional na vida privada, que exige, portanto, cautela condizente. Ressalta Damásio de Jesus (2011, p. 90) que “a exata qualificação legal (tipificação) do fato não é imprescindível”. Evidencia-se, porém, que os fatos devem ser bem delimitados, a fim de propiciar a ampla defesa por parte do investigado; para este, a descrição minuciada funciona, pois, como uma garantia.

Quanto à individualização do sujeito passivo da interceptação, a prudência indica que a interceptação não deve restar prejudicada, mesmo não sendo possível qualificar os investigados por completo, em que pese a lei denotar essa imposição. Bem anota a parte final do parágrafo único do art. 2º que a regra pode ser excepcionada ante a manifesta impossibilidade, devidamente justificada, de cumpri-la. O que não pode acontecer é pairar dúvidas acerca da identidade daquele contra quem se determinou a providência. Desse modo, a deficiência na qualificação não se faz prejudicial caso o indivíduo, não obstante, possa ser identificado.⁵⁰

Lecionando que o sujeito passivo da interceptação não necessariamente é o titular do direito de uso da linha telefônica, Vicente Greco Filho:

Na mesma residência, na mesma empresa, várias pessoas podem compartilhar de uma linha telefônica e, eventualmente, nenhuma delas é o titular do direito de uso e,

⁵⁰Situação semelhante se verifica no que diz respeito ao art. 243 do CPP, referente ao mandado de busca e apreensão. A norma determina que o mandado deve indicar “o mais precisamente possível”, a casa em que será realizada a diligência e o nome do respectivo proprietário ou morador, ou, no caso de busca pessoal, o nome da pessoa que terá de sofrê-la ou os sinais que a identifiquem. Deve ainda mencionar o motivo e os fins da diligência.

em face de apenas uma, há indícios de autoria ou participação em infração penal. Na mesma linha de pensamento acima desenvolvida quanto ao sigilo, parece-nos que o sujeito passivo da interceptação é o interlocutor e não o titular formal ou legal do direito de uso, justificando-se a interceptação em face de alguém que se utiliza da linha, ainda que não seja o seu titular. Daí a possibilidade de interceptação telefônica em linha pública, aberta ao público ou de entidade pública (GRECO FILHO, p. 240-241).

Acerca da disposição em comento, vê-se que o esperado é que haja coincidência entre o que se indica na decisão judicial autorizadora da interceptação e o que verdadeiramente acontece. A premissa é a de que deve existir correlação com as circunstâncias a que a decisão se refere e que, inclusive, servem-lhe de arrimo. Dessa maneira, procura-se evitar práticas desarrazoadas, que conduziriam as investigações a rumos inidôneos.

4.2 O fenômeno da serendipidade nas interceptações telefônicas

Embora o legislador tenha se reportado à questão da descrição dos fatos e da indicação dos sujeitos passivos, delineando a conveniência de sua presença como requisitos da decisão autorizadora da interceptação telefônica, pode ser que, no curso da diligência, surjam fatos os quais, embora distintos da “situação objeto da investigação”, fazem-se penalmente relevantes. Ademais, pode ocorrer de, além das pessoas investigadas e através destas, serem descobertos outros envolvidos, os quais, evidentemente, não foram devidamente indicados e qualificados nos termos preceituados pela Lei n.º 9.296/96.

Esse evento pode ser denominado *conhecimento fortuito de outro crime, novação do objeto da interceptação, resultado diverso do pretendido* ou, como preferimos, simplesmente *encontro fortuito*.⁵¹ Mais recentemente, passou-se a utilizar a nomenclatura *serendipidade*.

Dessa forma, *serendipidade*, para o Direito, tem o significado de encontro inesperado, em uma investigação, de novos fatos ou outros envolvidos, através da captação das comunicações telefônicas.

É cediço que a criminalidade alcançou níveis surpreendentes de organização, frequentemente se manifestando por meio de intrincadas redes, baseadas em estruturas complexas. Usual é o envolvimento de grande número de indivíduos. Não é raro, por

⁵¹As três primeiras nomenclaturas são utilizadas por Damásio de Jesus (2011, p. 180), sendo a denominação *encontro fortuito* visivelmente a mais utilizada, atribuída por ampla doutrina.

exemplo, que o tráfico de substâncias entorpecentes esteja interligado com o tráfico de armas, combinando ainda extorsões mediante sequestro e homicídios.

Os progressos tecnológicos tiveram um papel fundamental nessa evolução das organizações criminosas. Dessarte, exigem-se, cada vez mais, instrumentos avançados de investigação que se mostrem capazes de coibi-las. Cumpre enfatizar que, muitas vezes, é válido referir tal necessidade de suporte técnico também em se tratando do combate a crimes de clamorosa gravidade, ainda que não sejam expressão da criminalidade organizada.

Assim, nesse contexto de expansão da criminalidade, levando em consideração o quão vem se mostrando portentosa, não é demasiado imaginar que as investigações possam ir além das expectativas, desvendando novos fatos e perscrutando outros agentes.

4.2.1. *Origem do termo serendipidade*

A palavra *serendipidade* tem origem em um conto de fadas persa cujo título se traduz como *Os três príncipes de Serendip*.

A história se passa em Serendip, como os árabes denominavam Sri Lanka, antigo Ceilão. Conta que os três filhos do rei Giaffer conseguiram a proeza de descrever minuciosamente um camelo que nunca tinham visto, apenas observando o caminho por que o animal havia passado. A partir dos vestígios de sua presença, percebidos por acaso, foram capazes de deduzir todas as suas características.

Considera-se que o termo *serendipity*, do qual provém *serendipidade*, foi cunhado pelo escritor inglês Horace Walpole, que, em uma carta a seu amigo Mann, escrita em 1754, inspirou-se no conto dos três príncipes de Serendip e relatou que utilizaria a palavra *serendipity* para designar situações em que se fazem descobertas acidentalmente.⁵²

⁵²Escreve Horace Walpole a Mann: “This discovery, indeed, is almost of that kind which I call Serendipity, a very expressive word, which, as I have nothing better to tell you, I shall endeavour to explain to you: you will understand it better by the derivation than by the definition. I once read a silly fairy tale, called “The Three Princes of Serendip;” as their Highnesses travelled, they were always making discoveries, by accidents and sagacity, of things which they were not in quest of: for instance, one of them discovered that a mule blind of the right eye had travelled the same road lately, because the grass was eaten only on the left side, where it was worse than on the right—now do you understand Serendipity? One of the most remarkable instances of this accidental Sagacity, (for you must observe that no discovery of a thing you are looking for comes under this description,) was of my Lord Shaftsbury, who, happening to dine at Lord Chancellor Clarendon’s, found out the marriage of the Duke of York and Mrs. Hyde, by the respect with which her mother treated her at table. I will send you the inscription in my next letter; you see I endeavour to grace your present as it deserves” (WALPOLE, 2002).

Desde então, *serendipidade* passou a remontar à ideia de descobrir algo por acaso, muitas vezes quando se esperava outro resultado.⁵³

Transpondo a curiosa palavra, com toda a sua carga semântica, para o Direito, Luiz Flávio Gomes a emprega para aludir ao fenômeno consistente em, no decorrer de uma interceptação telefônica, deparar-se, inesperadamente, com outras pessoas envolvidas nos fatos investigados ou mesmo com a descoberta de fatos até então desconhecidos e alheios àqueles que ensejaram a deflagração da medida cautelar (GOMES, 2009, *passim*).

4.3 Encontro fortuito na interceptação telefônica: prova válida?

Delineada a temática da serendipidade nas interceptações telefônicas, passa-se ao questionamento: a prova encontrada, fortuitamente, no curso de uma interceptação telefônica, faz-se válida? A colheita probatória que se obteve pode ser aplicada também no que diz respeito aos fatos e aos envolvidos não previstos desde o princípio?

Segundo indica Jesus (2011, p. 180), caracteriza novação do objeto da interceptação o surgimento de elementos indicando a existência de crime diverso do investigado inicialmente. Para o doutrinador, configura *aberratio delicti* – ou *criminis*.⁵⁴ Defende que o resultado da diligência é nulo de pleno direito, sendo a prova imprestável para qualquer outra finalidade senão aquela exarada na decisão judicial:

Significa que a prova obtida em relação ao tráfico de drogas, sem autorização judicial específica, não serve para a demonstração desse delito. A solicitação (arts. 2º, parágrafo único, e 4º) e a autorização (art. 5º), que exigem descrição pormenorizada da situação etc., devem ser interpretadas restritivamente. Nesse caso, a autoridade policial ou o Ministério Público deve solicitar nova diligência visando a investigação do outro delito.

Filiando-se a tal posicionamento, Abud (2005, p. 453-454) lembra que a Lei das Interceptações Telefônicas exige a delimitação do objeto da investigação: “não nasce lícita,

⁵³ Dicionário Aulete Digital: “1 Descoberta feliz ou proveitosa, feita por acaso, muitas vezes quando se buscavam outras coisas, outros resultados 2 Circunstância favorável, capacidade ou tendência a fazer descobertas importantes ou felizes por acaso”.

⁵⁴ Nas palavras do próprio Jesus, “na *aberratio criminis* o erro incide na realização do tipo a persona *in rem* ou a *re in personam* (de pessoa a coisa ou vice-versa). No primeiro caso, o autor deseja ofender uma pessoa e atinge outra (ou ambas). No segundo, quer atingir um bem jurídico e ofende outro (de natureza diferente)” (JESUS, 2002, grifo nosso). A *aberratio criminis* encontra-se prevista no art. 74 do Código Penal: “Art. 74. Fora dos casos do artigo anterior, quando, por acidente ou erro na execução do crime, sobrevém resultado diverso do pretendido, o agente responde por culpa, se o fato é previsto como crime culposos; se ocorre também o resultado pretendido, aplica-se a regra do art. 70 deste Código”.

portanto, a descoberta aleatória”. Frisa que a exceção constitucional deve ser interpretada restritivamente e que a aceitação da prova, nessa situação, constitui burla à lei.

Vicente Greco Filho (2012, p. 241-242), a seu turno, entende que a prova é válida, desde que os fatos descobertos possam motivar interceptação telefônica, não se incluindo entre as vedações do art. 2º da Lei n.º 9.296/96, e, ainda, que exista alguma relação com os fatos investigados, seja por concurso de crimes, conexão ou continência.⁵⁵ Preleciona:

O que é objeto da investigação é um fato naturalístico que pode apresentar várias facetas e ramificações. Não se investiga a classificação do delito, nem se pode exigir que se tenha conhecimento de todos os aspectos que envolve (aliás, se fossem conhecidos todos eles não precisaria ser realizada a interceptação). Assim, parece irrecusável a possibilidade de, por exemplo, na investigação de um homicídio, chegar-se à ocultação de cadáver.

O que não se admite (inclusive o mesmo ocorre no direito estrangeiro) é a utilização da interceptação em face de fato em conhecimento fortuito e desvinculado do fato que originou a providência.

Para Silva (2007, p. 55), a prova deve ser admitida em se tratando de delitos punidos com reclusão, aptos a propiciar a deflagração de interceptação telefônica. Salienta que, “embora o pedido tenha sido feito para a apuração de outro(s) delito(s), não se pode desprezar essa prova, uma vez que obtida por meio lícito”. Afirma que, em caso de haver conexão entre o crime conhecido e o descoberto, não há necessidade de o último ser punido com reclusão, por considerar haver razoabilidade nesse entendimento.

Partidário da aceitabilidade da prova encontrada fortuitamente, pronuncia-se Eugênio Pacelli:

Assim, por exemplo, quando, no curso de determinada investigação criminal, é autorizada judicialmente a interceptação telefônica em certo local, com a consequente violação da intimidade das pessoas que ali se encontram, não vemos porque recusar a prova ou a informação relativa a *outro crime* ali obtida. A tanto não se prestaria a teoria do encontro fortuito, dado que a sua finalidade e *ratio essendi* nem de longe seria atingida. Em tal situação, se até as conversações mais íntimas e pessoais dos investigados e das pessoas que ali se encontrassem estariam ao alcance do conhecimento policial, por que não o estaria a notícia referente à prática de outras infrações penais? (OLIVEIRA, 2008, p. 314-315).

⁵⁵Concurso de crimes ocorre quando um agente, com uma ou várias condutas, realiza mais de um crime. Existem o concurso material e o formal, definidos, respectivamente, nos arts. 69 e 70 do Código Penal: “Art. 69. Quando o agente, mediante mais de uma ação ou omissão, pratica dois ou mais crimes, idênticos ou não, aplicam-se cumulativamente as penas privativas de liberdade em que haja incorrido. No caso de aplicação cumulativa de penas de reclusão e de detenção, executa-se primeiro aquela”. “Art. 70. Quando o agente, mediante uma só ação ou omissão, pratica dois ou mais crimes, idênticos ou não, aplica-se-lhe a mais grave das penas cabíveis ou, se iguais, somente uma delas, mas aumentada, em qualquer caso, de um sexto até metade. As penas aplicam-se, entretanto, cumulativamente, se a ação ou omissão é dolosa e os crimes concorrentes resultam de desígnios autônomos, consoante o disposto no artigo anterior”. Sobre conexão e continência, ver nota n.º 38, p. 55).

Contudo, Pacelli não se mostra favorável à perquirição sobre a existência de conexão entre os delitos. Para ele, a prova deve ser aceita independentemente de tal critério:

Ora, não é a conexão que justifica a licitude da prova. O fato, de todo relevante, é que, uma vez franqueada a violação dos direitos à privacidade e à intimidade dos moradores da residência, não haveria razão alguma para a recusa de provas de quaisquer outros delitos, punidos ou não com reclusão. Isso porque, uma coisa é a justificação para a *autorização* da quebra do sigilo; tratando-se de violação à intimidade, haveria mesmo de se acenar com a gravidade do crime. Entretanto, outra coisa é o aproveitamento do conteúdo da intervenção autorizada; tratando-se de material relativo à prova de crime (qualquer crime), não se pode mais argumentar com a *justificação* da medida (interceptação telefônica), mas, sim, com a *aplicação* da lei (OLIVEIRA, 2008, p. 315).

Cervini menciona o posicionamento de Grevi, dando-nos mostras de como se vem procurando dissolver a celeuma no direito espanhol, o qual, assim como o direito brasileiro, enfrenta controvérsias acerca da temática:

El penalista GREVI, en una línea menos principista, ha sostenido que estableciendo la ley una relación tasada de delitos para cuya persecución es posible disponer interceptaciones de las comunicaciones, la prueba ‘encontrada’ sólo sería admisible si se corresponde con la conducta típica de alguno de los delitos designados por la ley (1979, p. 51 *apud* GOMES; CERVINI, 1997, p. 66).

Vê-se que o posicionamento de Grevi parte da premissa de que a lei estabelece um rol taxativo de crimes em relação aos quais se permite a interceptação telefônica. Infelizmente, o legislador brasileiro não optou pela fixação desse rol. No mesmo sentido, igualmente criticando a ausência dessa taxatividade, explanam Grinover, Fernandes e Gomes Filho, buscando inspiração no direito comparado, com o fim de solucionar a polêmica:

A legislação estrangeira dá resposta expressa a tal indagação (v.g., art. 270 do CPP italiano). O Projeto Miro Teixeira, inspirado nesse ponto no sistema alemão, previa, no art. 8º, a vedação do aproveitamento, salvo quando se tratasse de conhecimento fortuito útil à elucidação de outra infração penal também constante do rol taxativo do art. 1º, o qual enumerava as hipóteses em que a quebra do sigilo seria admissível. A falta, na lei brasileira, de um rol taxativo de infrações em que se admite a interceptação dificulta a solução do problema. Mas o juiz poderá guiar-se pelo mesmo critério indicado na alínea *b supra* (a gravidade da infração penal), para, também com base no direito comparado, adotá-lo para o aproveitamento do resultado da interceptação em processo ou investigação diversos daquele para o qual a ordem foi dada, desde que atinente a crime de igual ou maior gravidade (GRINOVER; FERNANDES; GOMES FILHO, 2001, p. 187).

Voltando-se para o direito alienígena, Luiz Flávio Gomes relata como os direitos alemão e italiano cuidam da problemática:

No direito alemão (StPO, parágrafo 100), consoante jurisprudência pacífica do Tribunal Supremo (BGH), a prova assim alcançada tem valor jurídico, desde que o fato encontrado fortuitamente tenha conexão com algum dos crimes que autorizam a

interceptação telefônica. Não é preciso que haja conexão com o crime investigado, senão com algum dos crimes constantes do rol previsto no citado dispositivo legal. Essa solução é muito criticada pela sua amplitude, havendo incontáveis propostas de restrição. No direito italiano admite-se, censuravelmente, qualquer encontro fortuito, desde que o fato descoberto tenha conexão com algum crime cuja prisão seja obrigatória (GOMES; CERVINI, 1997, p. 193).

O referido autor propõe o que chama de critério da conexão, com fulcro em corrente doutrinária do direito espanhol, do qual passaremos a tratar no tópico seguinte.

4.4. O critério da conexão e da continência

Segundo a doutrina de Luiz Flávio Gomes, existem duas espécies de serendipidade: serendipidade de primeiro e serendipidade de segundo grau.

Se houver conexão ou continência⁵⁶ entre os fatos investigados e os fatos encontrados fortuitamente, fala-se em serendipidade de primeiro grau. Diz-se que são fatos que estão na mesma situação histórica de vida do delito investigado, o que se denomina na Alemanha de *historischen Lebenssachverhalt* (GOMES, 2009, *passim*).

Caso contrário, em se tratando de fatos sem conexão entre si, tampouco sendo hipótese de continência, a serendipidade é de segundo grau.

Firmadas tais definições, a conclusão é a de que a prova encontrada fortuitamente somente será considerada válida na hipótese de a serendipidade ter sido de primeiro grau, ou seja, se o fato é conexo ou tem relação de continência com os fatos que vinham sendo perquiridos.

Não sendo o caso, a prova encontrada em uma situação de serendipidade de segundo grau vale como *notitia criminis*, na medida em que a sua origem não é maculada, pois advém de uma interceptação telefônica lícita. Claramente, cuidando-se de crime permanente, autorizada está a prisão em flagrante.

Luiz Flávio Gomes (1997, p. 194-195) esclarece ainda ser fundamental a cientificação imediata do juiz: “e se for o caso de abertura de uma nova investigação, urge a formulação do pedido respectivo, para que o Juiz possa aferir sua competência, proporcionalidade, pertinência de uma nova interceptação telefônica etc.”. Acrescentamos ser razoável que se proceda à cientificação também do Ministério Público.

Cervini explana posicionamento adotado por doutrinadores espanhóis, também fundamentado na conexão entre os fatos investigados e os encontrados fortuitamente:

⁵⁶Sobre conexão e continência, ver nota n.º 38, p. 55.

Otra vertiente más compleja y decididamente más acorde a los principios del garantismo penal admite dos posibilidades: si el delito ‘encontrado’ tiene conexión con el delito investigado, la prueba obtenida casualmente podría ser incorporada. Si el nuevo hecho carece de conexión con el investigado, el conocimiento de los nuevos datos inculpatórios tendría el valor de simple *notitia criminis* que obligaría al funcionario público a intervenir en el esclarecimiento de los mismos (GOMES; CERVINI, 1997, p. 66).

4.5 A serendipidade na jurisprudência pátria

Examinando as decisões proferidas pelos Tribunais pátrios, verifica-se que tem sido reconhecida a serendipidade nas interceptações telefônicas. As provas aferidas em tal situação vêm sendo acolhidas a partir do critério da conexão e continência, nos termos expostos no tópico anterior.

No Supremo Tribunal Federal, o Ministro Celso de Mello apreciou recurso ordinário em *habeas corpus* em que se alegava a ilicitude de interceptação telefônica, entre outros motivos, em razão de que a medida foi deflagrada visando à investigação de determinados envolvidos e, em seu decurso, encontrou-se fortuitamente a participação do recorrente. Pelo que consta, não houve descoberta de novos delitos; apontou-se que o recorrente havia incorrido na prática exatamente dos crimes que motivaram a autorização da interceptação telefônica. Ao decidir, o Ministro enunciou:

Impende salientar, ainda – concernente à suposta ilicitude das provas derivadas do procedimento de interceptação –, que, no caso, parece registrar-se a ocorrência de descoberta fortuita da alegada participação do ora recorrente na prática dos delitos que motivaram a acusação penal, a sugerir, portanto, que a identificação casual desse mesmo denunciado, superveniente à autorização judicial, não se qualificaria, aparentemente, como ato incompatível com o estatuto de regência concernente ao procedimento da interceptação telefônica. Cabe assinalar, quanto à descoberta fortuita ou acidental de elementos de informação obtidos, casualmente, contra alguém até então desconhecido (como o ora recorrente), por meio de interceptações telefônicas de terceiras pessoas, em procedimento probatório validamente autorizado, quanto a tais terceiras pessoas, por magistrado competente, que se tem reconhecido a plena eficácia jurídica da prova penal daí resultante. Como se sabe, o tema da descoberta fortuita ou acidental, especialmente examinado no contexto de interceptações telefônicas judicialmente autorizadas, tem constituído objeto de ampla discussão doutrinária, com especial destaque para aqueles autores que reconhecem a legitimidade dos dados informativos delas resultantes em relação a pessoas estranhas ao procedimento de interceptação, desde que observados determinados requisitos (RHC 116179 MC, Relator: Min. Celso de Mello, julgado em 09/04/2013, DJe 12/04/2013)

Dessa forma, restou assentada a “plena eficácia jurídica da prova penal daí resultante”. Com efeito, cremos que não poderia ser diferente. Noticiada, por meio da interceptação telefônica, a participação de pessoa até então desconhecida, não se vislumbra

opção crível senão a sua inclusão nas investigações e, obviamente, a admissibilidade da prova. Do contrário, ter-se-ia o completo absurdo de fingir a inexistência do que foi comprovado. Nada mais irrazoável do que o Estado simplesmente fechar os olhos justamente diante daquilo que não dá para ignorar.

A Suprema Corte, em famoso julgamento, analisou o caso de uma organização criminosa cujos integrantes foram denunciados por sonegação fiscal,⁵⁷ evasão de divisas,⁵⁸ venda de substância nociva à saúde,⁵⁹ fornecimento de substância medicinal em desacordo com receita médica,⁶⁰ quadrilha,⁶¹ usura⁶² e lavagem de dinheiro⁶³.

A defesa argumentou que seria inadmissível a interceptação telefônica subsidiando a denúncia no que diz respeito aos crimes punidos com detenção. O Ministro Nelson Jobim, ao solucionar a controvérsia, esclareceu:

Pergunta-se, não é possível a utilização de procedimento legal e legítimo de interceptação telefônica já executada para demonstrar a presença de novos crimes conexos aos primeiros?

⁵⁷ Lei n.º 8.137/90. Art. 2º Constitui crime da mesma natureza:

I - fazer declaração falsa ou omitir declaração sobre rendas, bens ou fatos, ou empregar outra fraude, para eximir-se, total ou parcialmente, de pagamento de tributo;

(...)

V - utilizar ou divulgar programa de processamento de dados que permita ao sujeito passivo da obrigação tributária possuir informação contábil diversa daquela que é, por lei, fornecida à Fazenda Pública.

Pena - detenção, de 6 (seis) meses a 2 (dois) anos, e multa.

⁵⁸ Lei n.º 7.492/86. Art. 22. Efetuar operação de câmbio não autorizada, com o fim de promover evasão de divisas do País:

Pena - Reclusão, de 2 (dois) a 6 (seis) anos, e multa.

⁵⁹ Código Penal. Art. 278 - Fabricar, vender, expor à venda, ter em depósito para vender ou, de qualquer forma, entregar a consumo coisa ou substância nociva à saúde, ainda que não destinada à alimentação ou a fim medicinal:

Pena - detenção, de um a três anos, e multa.

⁶⁰ Código Penal. Art. 280 - Fornecer substância medicinal em desacordo com receita médica:

Pena - detenção, de um a três anos, ou multa.

⁶¹ Código Penal. Art. 288 - Associarem-se mais de três pessoas, em quadrilha ou bando, para o fim de cometer crimes:

Pena - reclusão, de um a três anos.

⁶² Lei n.º 1.521/51. Art. 4º. Constitui crime da mesma natureza a usura pecuniária ou real, assim se considerando:

a) cobrar juros, comissões ou descontos percentuais, sobre dívidas em dinheiro superiores à taxa permitida por lei; cobrar ágio superior à taxa oficial de câmbio, sobre quantia permutada por moeda estrangeira; ou, ainda, emprestar sob penhor que seja privativo de instituição oficial de crédito.

Pena - detenção, de 6 (seis) meses a 2 (dois) anos, e multa, de cinco mil a vinte mil cruzeiros.

⁶³ Lei n.º 9.613/98. Art. 1º Ocultar ou dissimular a natureza, origem, localização, disposição, movimentação ou propriedade de bens, direitos ou valores provenientes, direta ou indiretamente, de crime:

(...)

VI - contra o sistema financeiro nacional;

VII - praticado por organização criminosa.

Pena: reclusão de três a dez anos e multa [A Lei n.º 12.683/2012 revogou expressamente os referidos incisos].

Se são crimes diferentes praticados, muitas vezes, por uma única atuação, como fazer para ignorar a presença da prova se ela foi produzida de forma legítima e com a autorização judicial?

Entendo que a resposta deve ser afirmativa.

Se a escuta telefônica – repito, executada de forma legal – acabou por trazer novos elementos probatórios de outros crimes que não geraram o pleito das gravações, especialmente quando são conexos, podem e devem ser levados em consideração.

De outra forma, nunca seria possível a interceptação telefônica para a investigação de crimes apenados com reclusão quando forem estes conexos com crimes punidos com detenção.

Além disso, na análise de crimes conexos a fundamentação e o embasamento probatório de um crime aproveita outro, já que se trata de crimes a partir de iguais práticas ou ainda delitos que englobam outros.

Como fazer para entender que a prova é legítima para uns e para outros não pode ser ela utilizada?

Não foi esse o sentido pretendido pela lei.

[...]

Por isso, entendo ser plenamente constitucional a utilização de material de interceptação telefônica para embasar a denúncia dos crimes apenados com pena de reclusão e os crimes, que embora sejam punidos com detenção, sejam conexos àqueles (HC 83515, Relator Min. Nelson Jobim, Tribunal Pleno, julgado em 16/09/2004, DJ 04/03/2005).

No julgamento do AI 626214 AgR, o Supremo apreciou o caso de um juiz que foi denunciado por prevaricação, advocacia administrativa e favorecimento pessoal, crimes descobertos, fortuitamente, durante a captação de conversas telefônicas do magistrado com uma pessoa que vinha sendo investigada por delitos outros. A denúncia foi rejeitada pelo Tribunal de Justiça de Minas Gerais sob o argumento de que a prova não seria válida, por serem os crimes revelados punidos com pena de detenção, o que afrontaria a Lei n.º 9.296/96.

Em recurso à Suprema Corte, o Ministério Público advogou a existência de conexão entre os crimes investigados e os descobertos, não servindo de obstáculo o fato de estes serem apenados com detenção. Ao decidir, o Ministro Relator Joaquim Barbosa utilizou-se dos mesmos fundamentos que havia aduzido por ocasião do julgamento do HC 83.515, quando, justificando sua posição pela admissão da interceptação telefônica no tocante aos crimes conexos, mesmo apenados com detenção, evocou inclusive o princípio da razoabilidade, sendo seguido por unanimidade. Assim, o agravo regimental em agravo de instrumento, interposto pelo denunciado, restou desprovido (AI 626214 AgR, Relator Min. Joaquim Barbosa, Segunda Turma, julgado em 21/09/2010, DJe-190 08-10-2010).

O Superior Tribunal de Justiça enfrentou *habeas corpus* referente a investigações que apuravam o envolvimento de servidores do Instituto Brasileiro do Meio Ambiente e dos Recursos Naturais Renováveis – IBAMA em crimes ambientais e contra a Administração Pública. No decorrer das interceptações telefônicas, descobriu-se a conduta de um indivíduo, não investigado inicialmente, consistente no oferecimento de vantagem indevida a fiscal do

IBAMA, com a finalidade de que licções municipais do Estado fossem multados e embargados. Em seu voto, o Ministro Marco Aurélio Bellizze bem asseriu:

Entendo que a interceptação telefônica vale não apenas para o crime ou para o indiciado, objetos do pedido, mas também para outros crimes ou pessoas, até então não identificados, que vierem a se relacionar com as práticas ilícitas. Ora, a autoridade policial ao formular o pedido de representação pela quebra do sigilo telefônico não poderia antecipar ou adivinhar tudo o que está por vir. Desse modo, se a escuta foi autorizada judicialmente, ela é lícita e, como tal, captará lícitamente toda a conversa. [...]

No entanto, durante a interceptação das conversas telefônicas, pode a autoridade policial divisar novos fatos, diversos daqueles que ensejaram o pedido de quebra do sigilo. Esses novos fatos, por sua vez, podem envolver terceiros inicialmente não investigados, mas que guardam relação com o sujeito objeto inicial do monitoramento. 'É nisso que reside o fenômeno da serendipidade, que significa procurar algo e encontrar coisa distinta' (Natureza Jurídica da Serendipidade das Interceptações Telefônicas. Disponível em <http://www.lfg.com.br>).

Parece-me, desse modo, que a prova assim alcançada possui valor jurídico, desde que os crimes e pessoas encontrados fortuitamente estejam relacionados com os delitos ou com os indiciados objetos inicial da interceptação telefônica (HC 144.137-ES, Rel. Ministro MARCO AURÉLIO BELLIZZE, QUINTA TURMA, julgado em 15-05-2012, DJe 31-08-2012).

Em outra oportunidade, tratava-se de denúncia por corrupção passiva, baseada em interceptação telefônica que visava à apuração de fraudes em licitações na Petrobrás. Em *habeas corpus* junto ao STJ, alegou-se que o paciente não estava sob qualquer investigação e, por isso, não poderiam suas conversas ter sido interceptadas. A Ministra Laurita Vaz, relatora, prelecionou:

De fato, o deferimento de interceptação de comunicações telefônicas deve ser acompanhado de descrição da situação objeto da investigação, inclusive, salvo impossibilidade, com a indicação e qualificação do investigado, nos moldes do parágrafo único do art. 2.º da Lei n.º 9.296/96.

Todavia, a descoberta de fatos novos advindos do monitoramento judicialmente autorizado pode resultar na identificação de pessoas inicialmente não relacionadas no pedido da medida probatória, mas que possuem estreita ligação com o objeto da investigação. Tal circunstância, no entanto, não invalida a utilização das provas contra esses terceiros (Fenômeno da Serendipidade). (RHC 28.794-RJ, Rel. Ministra Laurita Vaz, Quinta Turma, julgado em 06/12/2012, DJe 13/12/2012).

No Tribunal Regional Federal da 5ª Região, impetrou-se *habeas corpus* em decorrência de investigações pertinentes a um grupo organizado para a prática de fraudes a leilões judiciais e extrajudiciais, sonegação fiscal e formação de quadrilha. No curso das interceptações telefônicas, constatou-se que um funcionário da Caixa Econômica Federal, que não estava sob interceptação telefônica, forneceu informações a um dos investigados acerca da conta bancária de duas empresas, incorrendo na prática de violação ilegal de sigilo bancário e sendo por esse crime denunciado. Esse terceiro, encontrado fortuitamente, alegou ao Tribunal que não havia conexão entre o crime descoberto, por ele praticado, e os crimes

que vinham sendo investigados, justificadores da interceptação telefônica. A ordem foi concedida por unanimidade, nos termos do voto do Desembargador Relator Paulo Gadelha, do qual eis um trecho:

Do quanto se pode verificar da peça inaugural de acusação, não há demonstração de que o paciente estivesse em conluio com os demais codenunciados para a prática dos delitos a estes imputados. Também não há registro de que o delito imputado ao paciente estaria teleologicamente ligado aos demais atribuídos, nem mesmo para conseguir impunidade ou vantagem em relação a qualquer delas. Ainda, a demonstração de que teria sido perpetrado o delito inscrito no artigo 10 da Lei Complementar 105/2001 prescinde da materialidade e autoria das demais.

Com efeito, submete o caso a perfeição de uma conduta típica, mas, não, o liame subjetivo ou objetivo que ligue teleologicamente o agir do paciente à prática dos outros delitos. Não se identifica a conexão entre aqueles primeiros fatos, que deram motivação à quebra do sigilo telefônico dos envolvidos nas supostas fraudes aos leilões, e o fato imputado ao paciente, de quebra de sigilo bancário de empresas (HC 4424-SE, Rel. Des. Paulo Gadelha, Segunda Turma, julgado em 13/09/2011, DJe 22/09/2011).

O caso se apresenta emblemático da utilização do critério da conexão e continência, para fins de aferimento da admissibilidade da prova encontrada fortuitamente. Isso porque não se acolheu a serendipidade, porém, não por sua natureza em si, mas em virtude de que não se observou conexão entre o delito surgido e os delitos que desencadearam a interceptação telefônica, reforçando, portanto, o entendimento propugnado que se apoia na validade da prova obtida de acordo com o grau da serendipidade em baila. *In casu*, cuida-se da chamada serendipidade de segundo grau, visto que não existe conexão ou continência entre os fatos investigados e os fatos descobertos.

5 CONCLUSÃO

Finalizado o estudo do tema abordado, assevera-se que a conclusão a que se chegou é pela validade da prova encontrada fortuitamente no curso de interceptação telefônica, desde que, obviamente, esta seja lícita, tendo obedecido a todos os requisitos legais, e, ainda, que a prova descoberta seja referente a delito que apresente conexão ou continência em relação aos delitos investigados, justificadores da deflagração da medida excepcional.

No processo penal, notório é o problema das provas ilícitas, aquelas alcançadas com infringência a normas de direito material. Sob a perspectiva da Constituição Federal de 1988, tais provas são inadmissíveis no âmbito processual.

Não há dúvidas de que as discussões acerca das provas obtidas por meios ilícitos interessam ao estudo das interceptações telefônicas e vice-versa, uma vez que as interceptações serão classificadas como ilícitas caso não obedeçam aos princípios e às disposições legais, de ordem material, pertinentes.

Ocorre que, não obstante a peremptoriedade com que a Carta Magna assenta a garantia da inadmissibilidade das provas obtidas por meios ilícitos, pondera-se que não devem existir radicalismos, ante o risco de sobrevirem situações absurdas. Dessa forma, avulta a chamada teoria da proporcionalidade, segundo a qual, de forma excepcional e apenas em casos que denotem aguda gravidade, admite-se a prova ilícita, uma vez que as liberdades públicas não são absolutas, podendo ser sopesadas ante outros direitos igualmente fundamentais.

Por outro lado, intrinsecamente relacionado ao estudo das interceptações telefônicas, encontra-se o direito constitucional à intimidade. Dessa forma, tendo em vista a realidade que vivenciamos, de crescente criminalidade, verifica-se a existência de uma dicotomia entre a tutela do interesse individual, constitucionalmente concebida e assegurada, e o resguardo da sociedade, representado pela manifestação dos poderes estatais no sentido do combate ao crime.

Dessa forma, necessário se faz contrabalançar ambos os interesses, individual e social. Não se pode corroborar com uma inviolabilidade irrestrita da intimidade, na medida em que agir assim significaria fechar os olhos a práticas criminosas. De igual modo, não seria consentâneo com o Estado Democrático de Direito admitir uma devassa desarrazoada da privacidade. Torna-se indispensável, por conseguinte, que as interceptações telefônicas ocorram com estrita obediência aos ditames legais, a fim de que não seja subtraída a proteção

ao indivíduo, ao mesmo tempo em que o poder público não se veja privado da valiosa ferramenta de investigação criminal que é a interceptação telefônica.

Analisados os aspectos relevantes da Lei n.º 9.296/96, que regulamenta as interceptações de comunicações telefônicas, chega-se ao ponto crucial da pesquisa, qual seja, a aferição da validade da prova fruto de serendipidade em interceptação telefônica.

Infere-se, do art. 2º, parágrafo único, da Lei das Interceptações que se espera que a decisão judicial autorizadora da interceptação coincida com o que verdadeiramente acontece. As circunstâncias de fato e a mencionada decisão devem se mostrar correlacionadas, inclusive porque o suporte fático serve de arrimo ao julgador. Tal disposição encerra uma forma que o legislador encontrou de procurar evitar que a interceptação ocorra ao arrepio da lei, de maneira desarrazoada, conduzindo as investigações a rumos inidôneos.

Ocorre que, no curso da diligência, podem surgir fatos penalmente relevantes e não previstos inicialmente, bem como pessoas que não haviam sido devidamente indicadas e qualificadas nas investigações justamente por terem sido descobertas, por acaso, através de interceptação telefônica.

A esse fenômeno, consistente nesses encontros inesperados, dá-se o nome de serendipidade.

O ponto fulcral da análise da serendipidade reside, como já afirmado, na verificação da validade da prova que surge nas investigações dessa forma. Assim, vimos que, doutrinariamente, existem posicionamentos que vão desde a total inadmissibilidade da prova encontrada fortuitamente até a sua aceitação sem restrições, passando por aqueles que defendem a utilização de tal prova desde que obedecidos determinados critérios.

No Brasil, o critério mais propagado é o critério da conexão e continência.

Consoante preconiza Luiz Flávio Gomes, em havendo conexão ou continência entre os fatos investigados e os fatos encontrados fortuitamente, fala-se em serendipidade de primeiro grau. Caso contrário, em se tratando de fatos sem conexão entre si, tampouco sendo hipótese de continência, a serendipidade é de segundo grau.

Partindo dessas premissas, conclui-se que a prova encontrada inesperadamente apenas será considerada válida na hipótese de a serendipidade ter sido de primeiro grau, ou seja, se o fato é conexo ou tem relação de continência com os fatos que vinham sendo perquiridos.

Não sendo o caso, a prova encontrada em uma situação de serendipidade de segundo grau deve valer como *notitia criminis*, na medida em que a sua origem não é maculada, pois advém de uma interceptação telefônica lícita.

Analisando-se a jurisprudência dos Tribunais pátrios, observa-se claramente a adoção do critério da conexão e da continência, nos termos acima expostos. Assevera-se que assim se vem decidindo mesmo nos casos em que o delito descoberto fortuitamente não é punido com pena de reclusão, mas de detenção.

Filiamo-nos ao entendimento de que a aceitação da prova fortuitamente encontrada deve se pautar pelos critérios de conexão e continência no que diz respeito aos delitos que já vinham sendo investigados e que justificaram a autorização da interceptação telefônica. Assevera-se que a conclusão é válida ainda que o delito descoberto não seja punido com pena de reclusão.

Uma vez autorizada a medida excepcional, os seus desdobramentos não poderão ser tidos como ilícitos, ainda que não concernentes ao objeto da investigação ou às pessoas investigadas. O que se procura resguardar é o sigilo das comunicações. Sendo este afastado por ordem judicial, mediante o preenchimento de todos os requisitos legais, não há falar em ilicitude da prova encontrada.

Ora, temos que o debate não diz respeito aos requisitos autorizadores da quebra do sigilo das comunicações telefônicas, mas sim ao aproveitamento da prova encontrada no curso de interceptação telefônica lícita, o que se refere ao âmbito de aplicação da lei.

Isso porque se considera que seria um absurdo fingir a inexistência do que foi comprovado. Nada mais irrazoável do que o Estado simplesmente fechar os olhos justamente diante daquilo que não dá para ignorar.

Contudo, não necessariamente a prova colhida nessas condições deverá ser acatada como tal. Essa é a hipótese consistente na serendipidade de segundo grau, quando a prova será considerada como *notitia criminis* e desencadeará novas investigações com vistas a esclarecer os fatos a ela relativos.

Dessa forma, asserimos que a prova encontrada fortuitamente nunca será desprezada. O seu aproveitamento, seja como prova, seja como *notitia criminis*, é medida que se impõe pela razoabilidade que encerra.

REFERÊNCIAS

- ABUD, Thiago. **As interceptações das comunicações telefônicas e os encontros fortuitos**. Revista da Faculdade de Direito de Campos, Ano VI, n.º 7, p. 413-460, dez. 2005.
- BONAVIDES, Paulo. **Curso de Direito Constitucional**. 7. ed. São Paulo: Malheiros, 1998.
- BULOS, Uadi Lammêgo. **Constituição Federal anotada**. 2. ed. São Paulo: Saraiva, 2001.
- CANOTILHO, José Gomes. **Direito Constitucional**. 6. ed. Coimbra: Livr. Almedina, 1993.
- CAPEZ, Fernando. **Curso de Direito Penal: legislação penal especial, Abuso de autoridade, Crime organizado, Crimes ambientais, Crimes de trânsito, Crimes hediondos, Drogas, Estatuto do Desarmamento, Interceptação telefônica, Juizados Especiais Criminais, Lavagem de dinheiro, Lei de Imprensa, Sonegação fiscal, Terrorismo, Tortura**. 7. ed. São Paulo: Saraiva, 2012. 4 v.
- _____. **Curso de Processo Penal: de acordo com a Lei n. 12.403/2011 (prisão, fiança, liberdade provisória e demais medidas cautelares)**. 19. ed. São Paulo: Saraiva, 2012.
- CARVALHO, Ricardo Cintra Torres de. **A inadmissibilidade da Prova Ilícita no Processo Penal – Um Estudo Comparativo das Posições Brasileira e Norte-Americana**. Revista Brasileira de Ciências Criminais – RBCCrim, n.º 12, p. 162-200, 1995.
- CINTRA, Antonio Carlos de Araújo; GRINOVER, Ada Pellegrini; DINAMARCO, Cândido Rangel. **Teoria geral do processo**. 3. ed. rev. e ampl. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1991.
- CONSELHO NACIONAL DO MINISTÉRIO PÚBLICO. **Resolução n.º 36, de 6 de abril de 2009**. Dispõe sobre o pedido e a utilização das interceptações telefônicas, no âmbito do Ministério Público, nos termos da Lei n.º 9.296, de 24 de julho de 1996. Disponível em: <http://www.cnmp.mp.br/portal/images/stories/Normas/Resolucoes/resolucao_n_36_alterada_pela_res_51-2010.pdf>. Acesso em: 20 jun. 2013.
- DICIONÁRIO AULETE DIGITAL. Disponível em: <<http://www.auletedigital.com.br>>. Acesso em: 3 abr. 2013.
- FERNANDES, Antonio Scarance. **Processo penal constitucional**. 3. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2002.
- GERMANO, Alberto. **Polêmicas processuais das interceptações telefônicas (grampo telefônico)**. Jus Navigandi, 2009. Disponível em: <<http://jus.com.br/revista/texto/12523>>. Acesso em: 20 dez. 2012.
- GOMES, Luiz Flávio; CERVINI, Raúl. **Interceptação telefônica: Lei 9.296/96, de 24.07.96**. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1997.
- GRECO FILHO, Vicente. **Manual de processo penal**. 9. ed. rev. e atual. São Paulo: Saraiva, 2012.

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

_____. **A iniciativa instrutória do juiz no processo penal acusatório**. Revista do Conselho Nacional de Política Criminal e Penitenciária. n.º 18, p. 15-26, 2005.

_____. **O regime brasileiro das interceptações telefônicas**. Revista Conselho da Justiça Federal – CEJ, n.º 3, v. 1, 1997. Disponível em: <<http://www.cjf.jus.br/revista/numero3/artigo16.htm>>. Acesso em: 23 fev. 2013.

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

GUERRA, Sidney. **Direito fundamental à intimidade, vida privada, honra e imagem**. Conselho Nacional de Pesquisa e Pós-Graduação em Direito – CONPEDI. Disponível em: <http://www.conpedi.org.br/manaus/arquivos/anais/recife/direitos_fundam_sidney_guerra.pdf>. Acesso em 06 mar. 2013.

JESUS, DAMÁSIO DE. **Código de processo penal anotado**. 25. ed. São Paulo: Saraiva, 2012.

_____. **Resultado diverso do pretendido, dolo e culpa**. Jus Navigandi. Disponível em: <<http://jus.com.br/revista/texto/3453/resultado-diverso-do-pretendido-dolo-eculpa#ixzz2YKeQ9jdA>>. Acesso em: 07 jul. 2013.

LENZA, Pedro. **Direito Constitucional Esquematizado**. 16. ed. rev., atual. e ampl. São Paulo: Saraiva, 2012.

LOPES JR., Aury. **Direito processual penal**. 9. ed. rev. e atual. São Paulo: Saraiva, 2012.

MARINONI, Luiz Guilherme. **Teoria geral do processo**. 2. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2008.

MENDES, Gilmar Ferreira; COELHO, Inocêncio Mártires; BRANCO, Paulo Gustavo Gonet. **Curso de Direito Constitucional**: atualizada até a EC. n. 57/2008. 4. ed. rev. e atual. São Paulo: Saraiva, 2009.

MIRABETE, Júlio Fabbrini. **Processo penal**. 18. ed. rev. e atual. São Paulo: Atlas, 2006.

MORAES, Alexandre de. **Direito Constitucional**. 13. ed. São Paulo: Atlas, 2003.

MOURA, Maria Thereza Rocha de Assis. **A ilicitude na obtenção da prova e sua aferição**. Revista Âmbito Jurídico, Rio Grande, n.º 1, 2000. Disponível em: <http://www.ambito-juridico.com.br/site/index.php?n_link=revista_artigos_leitura&artigo_id=5070>. Acesso em: 15 jan. 2013.

NUCCI, Guilherme de Souza. **Código de Processo Penal Comentado**: estudo integrado com Direito Penal e Execução Penal, apresentações esquemáticas da matéria. 11. ed. rev. atual. e ampl. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2012.

_____. **Leis Penais e Processuais Penais Comentadas**. 5. ed. rev. atual. e amp. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2010.

OLIVEIRA, Eugênio Pacelli. **Curso de Processo Penal**: Atualizada de acordo com a Reforma Processual Penal de 2008 (Leis 11.689, 11.690 e 11.719). 10. ed. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2008.

PINHO, HUMBERTO DALLA BERNARDINA DE. **Direito processual civil contemporâneo**: introdução ao processo civil. São Paulo: Saraiva, 2012. 2 v.

RANGEL, Paulo. **Direito Processual Penal**. 18. ed. rev. ampl. e atual. Rio de Janeiro: Lumen Júris, 2010.

_____. **Investigação criminal direta pelo Ministério Público**: visão crítica. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2003.

_____. **Breves considerações sobre a Lei 9.296/96 (interceptação telefônica)**. Jus Navigandi, 2000. Disponível em: <<http://jus.com.br/revista/texto/195/breves-consideracoes-sobre-a-lei-9296-96interceptacao-telefonica#ixzz2Y O8S0mBm>>. Acesso em: 03 jan. 2013.

ROXIN, Claus. **Derecho procesal penal**. Buenos Aires: Del Puerto, 2003.

SILVA, César Dario Mariano da. **Provas ilícitas**: Princípio da Proporcionalidade, Interceptação e Gravação Telefônica, Busca e Apreensão, Sigilo e Segredo, Confissão, Comissão Parlamentar de Inquérito (CPI) e Sigilo. 5. ed. Rio de Janeiro: Forense, 2007.

SILVA, José Afonso da. **Curso de Direito Constitucional Positivo**. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1989.

TARUFFO, Michele. **Algunas consideraciones sobre la relación entre prueba y verdad**. Discusiones, n. 3, Bahía Blanca, 2003. Disponível em: <http://bibliotecadigital.uns.edu.ar/scielo.php?script=sci_arttext&pid=S1515-73262003000100003&lng=en&nrm=iso#notas>. Acesso em: 02 abr. 2013.

TÁVORA, Nestor; ALENCAR, Rosmar Rodrigues. **Curso de Direito Processual Penal**: de acordo com as Leis 12.403/2011 (reforma do CPP), 12.432/2011 e 12.433/2011. 6. ed. rev. ampl. Salvador: Jus Podivm, 2011.

TOURINHO FILHO, Fernando da Costa. **Manual de processo penal**. 30. ed. São Paulo: Saraiva, 2003. 3 v.

_____. **Processo Penal**. 22. ed. São Paulo: Saraiva, 2000, 1 v.

WALPOLE, Horace. In: Wikipedia. Disponível em: <http://en.wikipedia.org/wiki/Horace_Walpole>. Acesso em: 30 jun. 2013.

WALPOLE, Horace. **The Letters of Horace Walpole, Earl of Orford**. Orford: Project Gutenberg, 2002. 2 v. Disponível em: <<http://www.gutenberg.org/cache/epub/4610/pg4610.html>>. Acesso em: 01 jul. 2013.

ANEXO – Lei n.º 9.296/96, de 24 de julho de 1996

Regulamenta o inciso XII, parte final, do art. 5º da Constituição Federal.

O PRESIDENTE DA REPÚBLICA Faço saber que o Congresso Nacional decreta e eu sanciono a seguinte Lei:

Art. 1º A interceptação de comunicações telefônicas, de qualquer natureza, para prova em investigação criminal e em instrução processual penal, observará o disposto nesta Lei e dependerá de ordem do juiz competente da ação principal, sob sigilo de justiça.

Parágrafo único. O disposto nesta Lei aplica-se à interceptação do fluxo de comunicações em sistemas de informática e telemática.

Art. 2º Não será admitida a interceptação de comunicações telefônicas quando ocorrer qualquer das seguintes hipóteses:

I - não houver indícios razoáveis da autoria ou participação em infração penal;

II - a prova puder ser feita por outros meios disponíveis;

III - o fato investigado constituir infração penal punida, no máximo, com pena de detenção.

Parágrafo único. Em qualquer hipótese deve ser descrita com clareza a situação objeto da investigação, inclusive com a indicação e qualificação dos investigados, salvo impossibilidade manifesta, devidamente justificada.

Art. 3º A interceptação das comunicações telefônicas poderá ser determinada pelo juiz, de ofício ou a requerimento:

I - da autoridade policial, na investigação criminal;

II - do representante do Ministério Público, na investigação criminal e na instrução processual penal.

Art. 4º O pedido de interceptação de comunicação telefônica conterà a demonstração de que a sua realização é necessária à apuração de infração penal, com indicação dos meios a serem empregados.

§ 1º Excepcionalmente, o juiz poderá admitir que o pedido seja formulado verbalmente, desde que estejam presentes os pressupostos que autorizem a interceptação, caso em que a concessão será condicionada à sua redução a termo.

§ 2º O juiz, no prazo máximo de vinte e quatro horas, decidirá sobre o pedido.

Art. 5º A decisão será fundamentada, sob pena de nulidade, indicando também a forma de execução da diligência, que não poderá exceder o prazo de quinze dias, renovável por igual tempo uma vez comprovada a indispensabilidade do meio de prova.

Art. 6º Deferido o pedido, a autoridade policial conduzirá os procedimentos de interceptação, dando ciência ao Ministério Público, que poderá acompanhar a sua realização.

§ 1º No caso de a diligência possibilitar a gravação da comunicação interceptada, será determinada a sua transcrição.

§ 2º Cumprida a diligência, a autoridade policial encaminhará o resultado da interceptação ao juiz, acompanhado de auto circunstanciado, que deverá conter o resumo das operações realizadas.

§ 3º Recebidos esses elementos, o juiz determinará a providência do art. 8º, ciente o Ministério Público.

Art. 7º Para os procedimentos de interceptação de que trata esta Lei, a autoridade policial poderá requisitar serviços e técnicos especializados às concessionárias de serviço público.

Art. 8º A interceptação de comunicação telefônica, de qualquer natureza, ocorrerá em autos apartados, apensados aos autos do inquérito policial ou do processo criminal, preservando-se o sigilo das diligências, gravações e transcrições respectivas.

Parágrafo único. A apensação somente poderá ser realizada imediatamente antes do relatório da autoridade, quando se tratar de inquérito policial (Código de Processo Penal, art.10, § 1º) ou na conclusão do processo ao juiz para o despacho decorrente do disposto nos arts. 407, 502 ou 538 do Código de Processo Penal.

Art. 9º A gravação que não interessar à prova será inutilizada por decisão judicial, durante o inquérito, a instrução processual ou após esta, em virtude de requerimento do Ministério Público ou da parte interessada.

Parágrafo único. O incidente de inutilização será assistido pelo Ministério Público, sendo facultada a presença do acusado ou de seu representante legal.

Art. 10. Constitui crime realizar interceptação de comunicações telefônicas, de informática ou telemática, ou quebrar segredo da Justiça, sem autorização judicial ou com objetivos não autorizados em lei.

Pena: reclusão, de dois a quatro anos, e multa.

Art. 11. Esta Lei entra em vigor na data de sua publicação.

Art. 12. Revogam-se as disposições em contrário.

Brasília, 24 de julho de 1996; 175º da Independência e 108º da República.

FERNANDO HENRIQUE CARDOSO

Nelson A. Jobim

Este texto não substitui o publicado no D.O.U. de 25.7.1996