

UTILIZAÇÃO DA INTERCEPTAÇÃO TELEFÔNICA COMO PROVA CONTRA TERCEIRO

Aluno: Arlene Rocha Paradela Cazetta*

Orientador: Galvão Rabelo**

SUMÁRIO: Introdução. 1. A regulamentação constitucional da interceptação telefônica. 2. Conceito de interceptação telefônica e sua distinção dos institutos análogos. 3. A regulamentação infraconstitucional da interceptação telefônica. 4. A utilização da interceptação telefônica contra terceiros e seus problemas. Conclusão. Referências Bibliográficas.

RESUMO

O objeto geral do presente trabalho é tratar da interceptação telefônica contra terceiros frente ao Ordenamento Jurídico Brasileiro, quanto à licitude e ilicitude das provas obtidas por esse meio. Para tanto, será analisada a possibilidade da utilização das provas novas apenas como *notitia criminis*, não servindo de prova para juntada nos autos processuais e inquéritos, nos casos onde não há a conexão ou continência. Será realizado um estudo das normas constitucionais e infraconstitucionais, jurisprudências e doutrinas relacionados à questão em destaque. Será colocado em pauta argumentos favoráveis e contrários a utilização da interceptação telefônica em face de terceiro, e ao final demonstrando todo entendimento acerca do tema explorado.

PALAVRAS-CHAVE: Provas. Interceptação telefônica. Requisitos legais. Provas ilícitas. Utilização contra terceiro.

* Acadêmica do 10º período do Curso de Direito da Faculdade Presidente Antônio Carlos (FAPAC) - Ubá; E-mail: arleneparadela@hotmail.com.

** Professor graduado em Direito pela Universidade Federal de Viçosa. Especialista em Ciências Penais pela Universidade Federal de Juiz de Fora. Advogado.

INTRODUÇÃO

A Carta Magna, em seu art. 5º XII, determina que é inviolável o sigilo das Interceptações Telefônicas, porém ficando ressalvado o caso de determinação judicial, para fins de investigação criminal ou instrução processual, nas hipóteses e na forma em que a lei estabelecer.

Com a finalidade de regulamentar, o inciso XII do art.5º da Constituição a Lei 9.296/96 veio para preencher uma lacuna, antes existente em face do referido inciso, de forma a clarear a matéria.

A norma vigente no nosso país visa evitar abusos, estabelecendo desta forma requisitos para o deferimento da medida, determinando que o requerimento da interceptação telefônica deva ser formulado com clareza, apontando os objetos e qualificações dos indivíduos investigados, salvo se houver impossibilidade devidamente justificada. Além disso, também dependerá de ordem judicial e correrá sob segredo de justiça.

Porém, pode acontecer que no decorrer da interceptação que tenha por objeto fatos e pessoas determinadas sejam colhidas informações diversas da pretendida, que versem sobre outras situações, pessoas e objetos, caracterizando a utilização da interceptação telefônica contra terceiro.

Há uma grande divergência acerca desse tema, várias correntes que tomam suas posições. Há quem considere lícito e, também, quem entende ser ilícito. O presente trabalho tem por finalidade essa discussão, trazendo várias vertentes, julgados, conceitos e a lei.

O que se põe em pauta e que infelizmente não foi regulamentado pela lei é a validade ou não das provas colhidas fortuitamente, ou seja, discute-se a licitude das provas que foram obtidas por interceptação telefônica de terceiro, sem autorização judicial. Portanto, a questão que se coloca em síntese é a seguinte: há a possibilidade de que as provas colhidas fortuitamente em interceptação telefônica de terceiro possam ser admitidas como meio de prova no Direito Processual Penal brasileiro?

1. REGULAMENTAÇÃO CONSTITUCIONAL DA INTERCEPTAÇÃO TELEFÔNICA

A Carta Magna de 1946 era omissa quanto à questão da interceptação telefônica, mas mesmo assim tinha o devido tratamento legal, uma vez que seria respaldada pela garantia da inviolabilidade de correspondência, constante de seu art. 141, *in verbis*:

Art. 141 - A Constituição assegura aos brasileiros e aos estrangeiros residentes no País a inviolabilidade dos direitos concernentes à vida, à liberdade, a segurança individual e à propriedade, nos termos seguintes:

[...]

§ 6º - É inviolável o sigilo da correspondência.

A Emenda Constitucional nº 1, também conhecida como Constituição de 1969, incluiu o sigilo das comunicações telegráficas e telefônicas, porém não havia nenhuma exceção à inviolabilidade, como pode ser vista no seguinte trecho:

Art. 153. A Constituição assegura aos brasileiros e aos estrangeiros residentes no País a inviolabilidade dos direitos concernentes à vida, à liberdade, à segurança e à propriedade, nos termos seguintes:

[...]

§ 9º É inviolável o sigilo da correspondência e das comunicações telegráficas e telefônicas.

Na vigência desta Constituição Federal era aplicada a Lei n.º 4.117/62, Código Brasileiro de Telecomunicações, que no artigo 57 permitia a interceptação telefônica mediante autorização judicial.

Art. 57. Não constitui violação de telecomunicação:

[...]

II - O conhecimento dado:

[...]

e) ao juiz competente, mediante requisição ou intimação deste.

É importante ressaltar que antes da atual Constituição muito se discutiu sobre a possibilidade da efetivação da norma que trouxesse o devido amparo legal à interceptação telefônica.

Diante da constante evolução e a busca incessante das garantias individuais a Constituição Federal de 1988 dispõe em seu artigo 5º, XII, que:

Art. 5º Todos são iguais perante a lei, sem distinção de qualquer natureza, garantindo-se aos brasileiros e aos estrangeiros residentes no País a inviolabilidade do direito à vida, à liberdade, à igualdade, à segurança e à propriedade, nos termos seguintes:

[...]

XII - é inviolável o sigilo da correspondência e das comunicações telegráficas, de dados e das comunicações telefônicas, salvo, no último caso, por ordem judicial, nas hipóteses e na forma que a lei estabelecer para fins de investigação criminal ou instrução processual penal;

Diante dessa redação é possível reconhecer que não há direito de caráter absoluto, uma vez que é garantido o sigilo das comunicações por carta, telégrafo, da transmissão de dados e das comunicações telefônicas, mas sendo permitida uma exceção quanto a essas últimas, uma vez que o sigilo somente pode ser violado quando presentes as seguintes exigências: i) ordem judicial que autorize; ii) quando há evidências que sejam capazes de instruir investigação criminal ou processo penal; e iii) que exista norma infraconstitucional prevendo hipóteses em que se permite a quebra da inviolabilidade.

Como, antes da edição da Lei nº 9.296/96 não havia qualquer amparo legal ao tema, nenhum magistrado poderia autorizar a interceptação telefônica. Isso porque toda vez que a interceptação for realizada fora dos casos em que a Constituição e as normas infraconstitucionais a autorizam, o resultado da interceptação será considerada prova ilícita, que não pode ser utilizada no processo.

Nesse sentido determina o art. 5º, LVI, da CF: “são inadmissíveis, no processo, as provas obtidas por meios ilícitos”.

2. CONCEITO DE INTERCEPTAÇÃO TELEFÔNICA E SUA DISTINÇÃO DOS INSTITUTOS ANÁLOGOS

Quando se fala em interceptação telefônica, a primeira impressão que se tem é a de que há uma interrupção na conversa entre dois ou mais indivíduos, mas não é bem assim.

Interceptação telefônica consiste na interferência com a finalidade de colher informações necessária para investigação criminal ou instrução processual penal. O conceito mais preciso sobre o tema está no artigo 1º da Lei 9.296/96 (Lei da Interceptação Telefônica):

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.

Fernando Capez conceitua o tema em pauta conforme segue:

Indaga-se qual seria o alcance do termo “interceptação”. Interceptação provém de interceptar – intrrometer, interromper, interferir, colocar-se entre duas pessoas, alcançando a conduta de terceiro que, estranho à conversa, se intrromete e toma conhecimento do assunto tratado entre os interlocutores. Subdivide-se em:

- (a) Interceptação em sentido estrito, que é a captação da conversa por um terceiro, sem conhecimento de qualquer dos interlocutores;
- (b) Escuta telefônica, que é a captação da conversa com o consentimento de apenas um dos interlocutores (a polícia costuma fazer escuta em casos de sequestro; a família da vítima geralmente consente nessa prática, obviamente sem o conhecimento do sequestrador do outro lado da linha).¹

Ainda com relação ao conceito de interceptação, pode-se citar Ada Pellegrini, Antônio Magalhães Gomes Filho e Antônio Scarance Fernandes para quem:

Entende-se por *interceptação* a captação da conversa por um terceiro, sem o conhecimento dos interlocutores ou com o conhecimento de um só deles. Se o meio utilizado for o “grampeamento” do telefone, tem-se a *interceptação telefônica*; se se tratar de captação de conversa por um gravador, colocado por terceiro, tem-se a *interceptação entre presentes*, também chamada de *interceptação ambiental*.²

A interceptação de comunicação alheia pode dar-se por duas modalidades: a) por interceptação telefônica; b) por interceptação ambiental.

A interceptação telefônica ocorre quando a invasão é por via telefone, entre duas ou mais pessoas com o intuito de obter dados, podendo ser ouvidos ou gravados, sendo regulada pela Lei nº 9.296/96, e, se não for respeitado o devido processo legal, pode configurar crime;

Já a interceptação ambiental ocorre quando há a captação de conversa entre duas ou mais pessoas, que não seja por meio telefônico, em qualquer espaço privado ou público.

Abrange uma vasta discussão, pois não encontra previsão legal e, portanto, não é considerado delito a sua realização. Diverge a doutrina se essa forma de interceptação pode ser considerada meio lícito de prova.

¹ CAPEZ, 2001, p. 560.

² PELLEGRINI; GOMES FILHO; FERNANDES, 2009, p. 164.

Guilherme de Souza Nucci em sua obra *Leis Penais e Processuais Penais Comentadas* aborda com uma riqueza de detalhes essa discussão, como pode ser visto a seguir:

[...] Antecipamos, desde logo, que a interceptação ambiental deve ser inserida em três diferentes cenários: a) captação de conversa alheia mantida em lugar público: não nos parece ser prova ilícita, pois, se os interlocutores desejassem privacidade e certeza de que não seriam importunados ou ouvidos, deveriam recolher-se a lugar privado; b) captação de conversa mantida em lugar privado (ex: em um domicílio): constitui invasão de privacidade, pois não está autorizado, judicialmente, o ingresso em casa alheia, cuja inviolabilidade é constitucionalmente assegurada (art. 5º, XI, CF), motivo pelo qual a colheita de dados resultante de conversação mantida dentro do domicílio alheio é prova ilícita. Ressalva: se o interceptador tiver um mandado de busca para realizar-se em determinado domicílio, pensamos poder captar e gravar (se quiser) a conversa alheia nesse lugar mantida; c) captação de conversação mantida em lugar público, porém em caráter sigiloso, expressamente admitido pelos interlocutores: constitui invasão de privacidade, pois o interceptador não pode imiscuir-se em segredo de terceiros, sem permissão legal.³

Outra modalidade de obter informações é a escuta e gravação clandestina, que tem por característica o fato de um dos interlocutores gravar a sua conversa com outrem, sem que este tenha conhecimento, podendo ser telefônica ou ambiental, sendo que esta modalidade não encontra respaldo nas garantias fundamentais do artigo 5º da Constituição Federal.

Dessa forma, a conversa gravada por um dos interlocutores que tem o intuito de registrar o diálogo tido com um terceiro, mesmo que esse não saiba, não caracteriza nenhum ato ilícito, no entanto a divulgação evidencia um confronto à intimidade, tendo em vista a violação do segredo.

É válido lembrar que a utilização da gravação como prova penal incriminadora é considerada ilícita, porém, desde que comprovada a justa causa pode haver a descaracterização de tal ilicitude. A justa causa se caracteriza quando a conversa gravada for usada em prol daquele que teve seus direitos violados ou que esteja sofrendo ameaças por parte do outro interlocutor.

³ NUCCI, 2007, p. 648.

3. A REGULAMENTAÇÃO INFRACONSTITUCIONAL DA INTERCEPTAÇÃO TELEFÔNICA

É de extrema importância ressaltar que a Lei nº 9.296/96 tem a função de preencher lacuna existente no regime jurídico brasileiro. Em seu artigo 1º, como já citado anteriormente, há uma limitação à escuta e eventual gravação de conversação telefônica realizada por terceiro, que não seja um dos interlocutores, havendo ou não o consentimento de um deles.

Há uma intensa discussão em torno do parágrafo único do artigo primeiro que autoriza e declara constitucional a interceptação telefônica de fluxo de comunicações em sistemas de informática e telemática. Antes, contudo, de entrar nesse quesito é importante levar em consideração um conceito técnico, podendo ser encontrado na obra, já mencionada, de Ada Pellegrini, Gomes Filho e Scarance Fernandes:

A informática tem por objeto o tratamento da informação através do uso de equipamentos e procedimentos da área de processamento de dados. A telemática versa sobre a manipulação e utilização da informação através do uso combinado do computador e meios de telecomunicação: é o caso da transmissão de dados informatizados via modem ou fac-símile.⁴

Vale destacar que o diploma legal, faz referência à permissão da interceptação de comunicação telefônica *stricto sensu*, que é a materialização da voz, e não envolvendo a telemática, ou seja, a comunicação via telefônica.

Diferente de alguns doutrinadores que defendem a inconstitucionalidade da interceptação do fluxo de comunicações, por meio da informática e da telemática, Luiz Flavio Gomes sustenta a sua constitucionalidade: “no que concerne às ‘comunicações telemáticas’ por telefone (uma comunicação *modem by modem*, por exemplo, ou via internet) parece-nos indiscutível a incidência da lei. Por que no fundo não passa de uma comunicação telefônica”.⁵

É relevante ressaltar que no artigo 1º há a expressão “comunicação telefônica de qualquer natureza”, o que abarcaria a comunicação que é feita por meio telefônico, quer seja para a conversa ou transmissão de dados, de arquivos que contenha imagens ou textos digitados.

⁴ PELLEGRINI; GOMES FILHO; FERNANDES, 2009, p. 171.

⁵ GOMES, apud CABETTE, 2011, p. 81.

Seguindo esse mesmo raciocínio Damásio de Jesus:

Inclinamo-nos pela constitucionalidade do referido parágrafo único. A Carta Magna, quando excepciona o princípio do sigilo na hipótese de ‘comunicações telefônicas’, não cometeria o descuido de permitir a interceptação somente no caso de conversação verbal por esse meio, isto é, quando usados dois aparelhos telefônicos, proibindo-a, quando pretendida com finalidade de investigação criminal e prova em processo penal, nas hipóteses mais modernas. A exceção, quando menciona ‘comunicações telefônicas’, estende-se a qualquer forma de comunicação que empregue a via telefônica como meio, ainda que haja transferência de ‘dados’. É o caso do uso do *modem*. Se assim não fosse, bastaria, para burlar a permissão constitucional, ‘digitar’ e não ‘falar’.⁶

Negar a constitucionalidade do parágrafo único seria não valorizar o avanço tecnológico, uma vez que não só por meio de conversas verbais são repassadas preciosas informações que poderão ser colhidas e entranhadas nos inquéritos e autos processuais, garantindo os meios lícitos de provas. E ainda, negar o parágrafo único seria o mesmo que declarar a inconstitucionalidade do artigo 10 que incrimina a conduta do agente que realiza a interceptação telefônica, de informática ou telemática, sem a devida autorização judicial ou que tenha deixado de preencher os requisitos legais.

Em seu artigo 2º, a Lei estabelece os casos em que não serão admitidas a interceptação, como pode ser visto a seguir:

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.

Como se observa, a redação do artigo anterior não é um rol taxativo, mas sim hipóteses de exceções da aplicabilidade da *interceptação* – a lei utiliza uma frase negativa, estabelecendo os casos em que *não se admite a interceptação*.

Alguns doutrinadores defendem que técnica legislativa é negativa, uma vez que dificulta a compreensão da norma, como é o caso do Vicente Greco Filho, que aduz:

o art. 2º da Lei nº 9.296 optou por duplamente lamentável redação negativa, enumerando os casos em que não será admitida a interceptação, em vez de indicar taxativamente os casos em que ela será possível. Lamentável porque a

⁶ CABETTE, 2011, p.82.

redação negativa sempre dificulta a intelecção da vontade da lei e mais lamentável ainda porque pode dar a entender que a interceptação seja regra, ao passo que, na verdade, a regra é o sigilo e aquela, a exceção.⁷

O inciso I estabelece que é imprescindível que haja elementos capazes de demonstrar que o indivíduo em face do qual se pede a interceptação telefônica é o agente da infração penal. Por esse motivo, não é admitido iniciar uma investigação criminal por uma interceptação telefônica.

Ao se fazer menção a “indícios razoáveis de autoria” Eduardo Luiz Santos Cabett é claro em sua definição:

A lei determina como imprescindível à interceptação a existência de indícios razoáveis, querendo, portanto, dizer com isso, que é necessário um conjunto de fatores a indicar a existência de uma prática criminosa e ainda levar à conclusão de fortes ou veementes suspeitas contra o futuro sujeito passível da interceptação telefônica.⁸

Já o inciso II determina que a interceptação não será admitida quando “a prova puder ser feita por outros meios disponíveis”. Vê-se que a interceptação telefônica não deve ser utilizada como regra, mas sim como exceção, ou seja, se for possível obter outras provas de materialidade e autoria por meios diversos da interceptação telefônica, a mesma não deverá ser utilizada, já que consiste em relativização do direito fundamental à inviolabilidade das comunicações telefônicas. E, mesmo que não haja outras provas, não deve ser adotada a interceptação telefônica como o primeiro meio de obtê-las.

O inciso III, por fim, estabelece que não é permitida a utilização da interceptação telefônica, quando a infração tiver como pena a detenção. Vicente Greco Filho, em sua obra *Interceptação Telefônica* explana sobre esse requisito:

A possibilidade de interceptação telefônica com relação a todos os crimes de reclusão precisa ser restringida, porque muito ampla. Há muitos crimes punidos com reclusão que, de forma alguma, justificariam a quebra do sigilo das comunicações telefônicas, considerando-se especialmente o “fúror incriminatório” de que foi tomado o legislador nos últimos anos e, em muitos casos, a desproporcionalidade da pena cominada. Há necessidade de se ponderar a respeito dos bens jurídicos envolvidos: não se pode sacrificar o bem jurídico da magnitude do sigilo das comunicações telefônicas para a investigação ou instrução de crime em que não estejam envolvidos bens jurídicos de maior valor.⁹

⁷ GRECO FILHO, 2008, p. 20-21.

⁸ CABETT, 2011, p. 86-87.

⁹ GRECO FILHO, 2008, p. 26.

Seguindo o mesmo raciocínio deve ser respeitado o princípio da proporcionalidade dos bens jurídicos envolvidos, como defendido no seguinte julgado:

Impossibilidade para fins criminais. Princípio da proporcionalidade a partir da Constituição de 1988
Tribunal de Justiça de São Paulo
ApCrim 185.901-3 – Indaiatuba. 3º Câmara Criminal – Relator: Segurado Braz – 30-10-1995 – v.u.
Prova Criminal – Interceptação Telefônica – Admissibilidade – Inviolabilidade do sigilo que não tem caráter absoluto – Aplicação do princípio da proporcionalidade – Hipótese em que a polícia tendo suspeita razoável sobre envolvimento no comércio de drogas, obteve autorização judicial – Recurso provido. Havendo conflitância entre o direito à intimidade e o direito à prova (*due process of Law*), deve prevalecer o que atenda ao interesse maior, vale dizer ao interesse da sociedade.¹⁰

E, por último e não menos importante o parágrafo único determina que é necessário que seja individualizado o fato investigado e, também, os sujeitos passivos da investigação telefônica, salvo quando justificadamente não houver a possibilidade de fazê-lo, ou seja, é preciso que haja a definição clara da situação que está sendo submetido à investigação, e ainda que se aponte e qualifique os investigados.

A interceptação telefônica pode ser requerida pelo Ministério Público ou por Autoridade Policial, ou ainda de ofício pelo Magistrado, sendo realizada antes que seja proposta a ação penal, que ocorre na fase da investigação criminal, ou ainda na instrução processual penal, como visto a seguir:

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.

Para que seja executada a interceptação exige-se que haja uma ordem judiciária. Tal autorização tem natureza cautelar, tendo como finalidade garantir as provas pela fixação dos fatos, obtendo no momento da conversação. Por esse motivo só pode ser autorizada quando há requisitos que são exigidos para a obtenção das medidas cautelares, sendo eles o *fumus boni jûris* e o *periculum in mora*, mas, mesmo assim, a ordem deve ser motivada, como menciona o seguinte artigo:

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

¹⁰ GRECO FILHO, 2008, p. 73-74.

§ 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 de nulidade, indicando também a forma de execução da diligência, que não poderá exceder o prazo de 15 (quinze) dias, renovável por igual tempo uma vez comprovada a indispensabilidade do meio de prova.

Conforme citado logo acima, a decisão que deferir a interceptação telefônica deverá ser fundamentada, sob pena de nulidade. Tal decisão também deverá indicar a forma que será realizada à execução da diligência, não ultrapassando o prazo de quinze dias, que pode ser renovado caso haja a comprovação de que o meio de prova seja indispensável. Uma vez deferido o pedido da interceptação telefônica será conduzido pela autoridade policial que dará ciência ao Ministério Público, o qual irá acompanhar a sua realização.

É válido lembrar que a interceptação telefônica ocorrerá em autos apartados, que posteriormente serão anexados aos autos do inquérito policial ou do processo criminal, sendo preservado o sigilo das diligências, gravações obtidas e das transcrições, como prevê o artigo 8º da aludida Lei.

4. A UTILIZAÇÃO DE INTERCEPTAÇÃO TELEFÔNICA CONTRA TERCEIROS E SEUS PROBLEMAS

Utilizar uma gravação telefônica como prova de um crime parece algo simples e óbvio, porém na prática não é bem assim, pois existem vários requisitos que necessitam serem obedecidos para que tais provas sejam consideradas lícitas.

Por se tratar de uma medida cautelar depende do *fumus comissi delicti* e do *periculum in mora*, o primeiro com a tradução da fumaça da existência do delito, indicando que a ocorrência de um delito encontra-se no sentido de haver indícios razoáveis de autoria e participação em crimes apenados com reclusão, pois somente assim poderá ser autorizada a interceptação; já a segunda expressão em latim aponta a urgência em se obter a autorização da interceptação da comunicação telefônica para que

não ocorra o perdimento de qualquer informação que seja de grande importância nos autos ou peça chave na investigação.

Com intuito de afirmar o quesito *fumus commissi delicti* o seguinte julgado é claro e objetivo:

Impossibilidade de se decretar a interceptação se ausente os indícios de autoria ou participação em infração penal, nos termos do art. 2º da Lei n. 9.296/96.

Tribunal Regional Federal da 2ª Região

Ap. 2000.02.01.010875-7-RJ -3º T.,j. 8-5-2001 – Relator: Des. Federal Francisco Pizzolante – DJU: 21-08-2001.

INTERCEPTAÇÃO TELEFONICA – Ministério Público – Pedido formulado pelo *Parquet* – Inadmissibilidade se inexistentes indícios de autoria ou participação em infração penal, ou sinais exteriores de enriquecimento sem causa – Representante do Órgão Ministerial que não tem o poder de invadir a privacidade alheia, garantida constitucionalmente – Inteligência do art. 2º da Lei n. 9296/96.

Ementa da Redação: Não pode ser admitido o pedido de quebra de sigilo telefônico formulado pelo Ministério Público Federal se estiver presente nos autos qualquer das hipóteses do art. 2º da Lei n. 9.296/96, quais sejam a inexistência de indícios de autoria ou de participação em infração penal, ou sinais exteriores de enriquecimento sem causa, pois o representante do Ministério Público não tem o poder de invadir a privacidade alheia, garantida constitucionalmente¹¹

É possível que no decorrer de uma interceptação telefônica permitida por autorização judicial, ao captar a conversa entre dois indivíduos, apareça prova capaz de apontar um crime cometido por uma terceira pessoa que não possua vínculo algum com o fato gerador da interceptação. A utilização de tal prova é motivo de muita discussão, pois a Lei 9.296/96 em seu artigo 2º, parágrafo único, diz que “em qualquer hipótese deve ser descrita com clareza a situação objeto da investigação, inclusive com indicação e qualificação dos investigados”, e considerando que a interceptação não pode ser utilizada como o primeiro meio de prova, devendo inicialmente existir indícios razoáveis de autoria e participação, não inseridos em tal situação, a utilização desta prova verifica-se ser ilícita. O acolhimento de tal interceptação como meio de prova, seria uma afronta a nossa Constituição, pois é inviolável o sigilo das comunicações telefônicas, podendo ser quebrado tal sigilo somente nos casos em que estiverem preenchidos todos os requisitos.

Alguns doutrinadores defendem ser lícito tal procedimento, ao ponto que outros defendem que há ilicitude em obter provas contra terceiros de crime diverso do investigado.

¹¹ Inserir dados desse julgado.

Em relação ao problema proposto neste artigo, existem basicamente três posicionamentos sobre o tema, que podem ser assim resumidos: a) a corrente de doutrinadores que defendem a licitude das provas; b) há a corrente que julga ser ilícita, c) e, ainda, os que consideram prova ilícita, mas admite a sua utilização como indício.

No primeiro posicionamento Vicente Greco Filho defende a utilização de tais provas no inquérito ou na instrução processual, desde que haja conexão e continência do terceiro com o crime investigado ou que não seja uma infração independente, como pode ser observado a seguir:

Desde que a infração possa ser ensejadora de interceptação, ou seja, não se encontre entre as proibições do artigo 2º e desde que seja fato relacionado com o primeiro, ensejando concurso de crime, continência, ou conexão. 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.¹²

A manifestação do Superior Tribunal de Justiça a respeito a esse posicionamento segue abaixo: “é lícita a prova de crime diverso, obtida por meio de interceptação de ligações telefônicas de terceiro não mencionado na autorização judicial de escuta, desde que relacionada com o fato criminoso objeto da investigação.”¹³

Já a corrente que impede o aproveitamento da prova por considera-la ilícita é defendida pelo doutrinador Damásio de Jesus que defende a ilicitude da prova de forma absoluta, nas palavras de Eduardo Luiz Santos Cabette: entre, nós Damásio de Jesus também concluiu pela invalidade de quaisquer encontros fortuitos, excepcionando apenas sua utilização para possibilitar ulterior prisão em flagrante ou no caso de responsabilização penal de coautores e partícipes inicialmente desconhecidos.¹⁴

O último posicionamento em relação ao tema é a ilicitude da prova advinda da interceptação contra terceiros, porém sendo permitido que a mesma possa ser utilizada como *notitia criminis*.

Luiz Flávio Gomes explana sobre essa possibilidade como pode ser visto a seguir:

é válida a prova se se descobre “fato delitivo conexo com o investigado”, mas desde que de responsabilidade do mesmo sujeito passivo. Logo, se o fato não é conexo ou se versa sobre outra pessoa, não vale prova. Cuida-se de prova

¹² GRECO FILHO, 2008, p.36.

¹³ STJ, 5º Turma, HC 33.553 –CE, Rel. Min. Laurita Vaz, 17.03.2005, v.u., DJ 11.04.2005, p. 338.

¹⁴ JESUS apud CABETTE, ano 2011, p. 101.

nula. Mas isso não significa que a descoberta não tenha nenhum valor: vale como fonte de prova, é dizer, a partir dela pode-se desenvolver nova investigação. Vale, em suma como uma *notitia criminis*. Nada impede a abertura de uma nova investigação, até mesmo nova interceptação, mas independente.¹⁵

Nesse sentido, o Estado não deve se privar de uma nova investigação ou excluir prova obtida por julgá-la ilícita, como defende o seguinte julgado do Superior Tribunal de Justiça:

I - Em princípio, havendo o encontro fortuito de notícia da prática futura de conduta delituosa, durante a realização de interceptação telefônica devidamente autorizada pela autoridade competente, não se deve exigir a demonstração da conexão entre o fato investigado e aquele descoberto, a uma, porque a própria Lei nº 9.296/96 não a exige, a duas, pois o Estado não pode se quedar inerte diante da ciência de que um crime vai ser praticado e, a três, tendo em vista que se por um lado o Estado, por seus órgãos investigatórios, violou a intimidade de alguém, o fez com respaldo constitucional e legal, motivo pelo qual a prova se consolidou lícita.

II - A discussão a respeito da conexão entre o fato investigado e o fato encontrado fortuitamente só se coloca em se tratando de infração penal pretérita, porquanto no que concerne as infrações futuras o cerne da controvérsia se dará quanto a licitude ou não do meio de prova utilizado e a partir do qual se tomou conhecimento de tal conduta criminosa.¹⁶

CONCLUSÃO

São inúmeras e plausíveis as justificativas para a não utilização das provas obtidas em interceptação telefônica contra terceiros, pois quando não há conexão ou continência, ou seja, tais interlocutores não tem envolvimento algum com o fato objeto da interceptação, não pode desta forma ser violado o sigilo das comunicações telefônicas, direito este garantido por nossa Constituição. A própria Lei nº 9.296/96 em seu art. 10 sanciona penalmente a violação ao sigilo das comunicações telefônicas.

No Direito Brasileiro existem regras e formas que devem ser seguidas, e as provas obtidas com o descumprimento das mesmas são inválidas, não tendo valor legal, e para que isso não ocorra deve-se respeitar o devido processo legal.

Vale ressaltar que não é porque não se considera tal prova como lícita, que a mesma não tenha valor algum, uma vez que dela pode-se proceder uma nova investigação, porém frise-se que não será utilizada como prova, ela servirá apenas a

¹⁵ GOMES, apud CAPEZ, 2011, p. 578 -579.

¹⁶ STJ, HC 69552 PR 2006/0241993-5, Min. Rel. Felix Fischer, DJU 14-05/2007, p. 347.

como *notitia criminis*. De forma alguma, defende-se que ao se descobrir um novo crime sem qualquer ligação com o objeto da interceptação telefônica, pelo fato da ilicitude de tal prova, esse crime deva ficar impune, apenas se roga pela não banalização da utilização de tal medida (interceptação telefônica), de forma a violar preceitos e garantias constitucionais, mais especificamente o sigilo das comunicações telefônicas.

BIBLIOGRAFIA

BRASIL. Lei nº 9.296, de 24 de julho de 1996. Regulamenta o inciso XII, parte final, do art. 5º da Constituição Federal. Disponível em: <<http://www.presidencia.gov.br>> Acesso em 20 set. 2008.

CABETTE, Eduardo Luiz Santos. **Interceptação Telefônica**. 2. ed. São Paulo: Saraiva, 2011.

CAPEZ, Fernando. **Curso de Direito Penal**: legislação penal especial. v. 4. 6. ed. São Paulo: Saraiva, 2011.

GRECO FILHO, Vicente. **Interceptação Telefônica**: Considerações sobre a Lei n. 9.296, de 24 de Julho de 1996. 2. ed. São Paulo: Saraiva, 2008.

GRINOVER, Ada Pellegrini; GOMES FILHO, Antônio Magalhães; FERNANDES, Antônio Scarance. **As Nulidades no Processo Penal**. 11. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2009.

NUCCI, Guilherme de Souza. **Leis Penais e Processuais Penais Comentadas**. 2. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2007.