

AS INTERCEPTAÇÕES DAS COMUNICAÇÕES TELEFÔNICAS E OS ENCONTROS FORTUITOS

*Thiago Abud**

SUMÁRIO: 1. Introdução. 2. As interceptações das comunicações telefônicas no direito alienígena. 3. As interceptações das comunicações telefônicas no direito brasileiro. 4. O encontro fortuito de outros fatos e a interceptação sobre pessoa não investigada. 5. Conclusão.

RESUMO: A pergunta que se pretende responder ao cabo do presente trabalho é se o encontro de outros crimes e outras pessoas, ainda que não autorizadas judicialmente, podem servir de prova a ser utilizada em juízo. Para tanto, primeiro será desenhado o quadro das interceptações das comunicações telefônicas nos ordenamentos alienígenas. Após, será analisada a hipótese de cabimento da medida no ordenamento jurídico brasileiro.

ABSTRACT: The question faced by this article tries to answer is whether the encounters of other crimes and other people, even if not authorized judicially, may serve as proof to be used in court. Firstly, there will be drawn the legal scenario of telephone conversation interceptions in foreign countries, and right after there will be analysed the possibility of such measures in the Brazilian legal system.

*Defensor Público no Estado do Rio de Janeiro. Mestrando do Programa de Mestrado da Faculdade de Direito de Campos.

1. Introdução

O direito à intimidade é resguardado pelo Pacto Fundamental, sendo excepcionado no mesmo diploma legal pelo artigo 5º, inciso XII, que elenca a possibilidade de interceptação das comunicações telefônicas, nos casos expressos por lei e mediante autorização judicial. O ordenamento jurídico pátrio, através da lei 9296/96, estabeleceu as hipóteses de cabimento da medida excepcional, pregando, ainda, que a decisão autorizativa da invasão na intimidade alheia deve delimitar o objeto da investigação, bem como os investigados, alvo da interceptação. Acontece que do procedimento de interceptação de conversas telefônicas podem surgir outros fatos para os quais a medida não foi autorizada, além do envolvimento de outras pessoas, que não aquelas investigadas. A pergunta que se pretende responder ao cabo do presente trabalho é se o encontro de outros crimes e outras pessoas, ainda que não autorizadas judicialmente, podem servir de prova a ser utilizada em juízo. Para tanto, primeiro será desenhado o quadro das interceptações das comunicações telefônicas nos ordenamentos alienígenas. Após, será visto, ainda que rapidamente, a hipótese de cabimento da medida no ordenamento jurídico brasileiro, para, ao final, se apegar a questão dos chamados encontros fortuitos.

2. As interceptações das comunicações telefônicas no direito alienígena.

2.1. Portugal

A Constituição da República Portuguesa consagra como direitos fundamentais o direito a palavra, à reserva da intimidade da vida privada e familiar(art.26, nº1) e à inviolabilidade do domicílio, da correspondência e das

telecomunicações(art.34, n^o4). Contudo, é a própria Constituição da República que em seu artigo 18, n^o2 admite a restrição dos direitos, liberdades e garantias dos cidadãos, nos casos especificamente previstos naquela Carta. Por conseguinte, o citado artigo 34 apesar de proibir a interferência das autoridades públicas na correspondência, nas telecomunicações e nos demais meios de comunicação, reserva os casos previstos na lei em matéria de processo criminal.¹

O Direito Português dispõe sobre a prova ilícita no processo penal, nos artigos 125 e 126 de seu Código de Processo Penal. O art. 125 informa que todas as provas não proibidas por lei são admissíveis no processo, vedando algumas espécies esculpidas expressamente no art. 126, tais como tortura, coação ou ofensa à integridade física do acusado. Também são proibidas as provas obtidas mediante a violação da intimidade da pessoa, por força de disposição constitucional, ampliando, desta maneira, os casos previstos na legislação ordinária.

As interceptações telefônicas são permitidas apenas nos casos previstos no art. 187 do Código de Processo Penal Português, onde se destacam não só os crimes graves, mas também os delitos cuja espécie de prova é praticamente indispensável para provar a sua existência, como o crime de ameaça, injúria, coação e intromissão na vida privada, quando cometidos através de telefone.²

Marta Patrício sobre o artigo 187 do Código de Processo Penal Português, assim sintetiza:³

¹ RIBEIRO, Cristina. Escutas telefônicas: pontos de discussão e perspectiva de reforma, *Revista do Ministério Público*, n. 96, p.67-89, out.-dez. 2003.

²RANGEL,Ricardo Melchior de Barros. *A prova ilícita e a interceptação telefônica no direito processual penal brasileiro*. Rio de Janeiro: Forense, 2000. p.13-14

³ PATRÍCIO, Marta, Sigilo das comunicações: uma análise comparada, *Revista Trimestral Sub Iudice: Justiça e Sociedade*, Portugal, n. 15-16, p. 167, jun.-dez. 1999.

O artigo 187º do Código de Processo Penal admite a medida interceptadora verificadas que estejam determinados pressupostos. Desde logo, só o juiz pode autorizá-la relativamente a uma categoria taxativa de crimes(nº1) e quando houver razões para crer que a *diligência se revelará de grande interesse para a descoberta da verdade ou para a prova*(princípio da subsidiariedade). O nº2 do mesmo artigo permite, relativamente aos crimes graves nele enumerados, que a autorização seja decretada pelo juiz de intrução criminal, atenta a sua competência territorial. Por sua vez, o nº 3 confere um tratamento específico às conversações entre argüido e seu defensor. A temática relativa aos conhecimentos fortuitos não foi objecto de regulamentação legal expressa nem é consensual a posição doutrinária em torno da questão. ⁴

Sobre os requisitos para a interceptação telefônica, Manuel da Costa Andrade⁵ os elenca da seguinte maneira: a) somente podem ser deferidas as interceptações telefônicas para aqueles crimes de catálogo, quais sejam, aqueles previstos taxativamente no parágrafo primeiro do artigo 187 do Código de Processo Penal Português; b) indicativo de participação em crime com base em fatos determinados(é menos do que o forte indício necessário à decretação da prisão preventiva); c) necessidade da interceptação ser o único meio viável e adequado, por isso que somente pode ser deferida subsidiariamente; d) limitação das interceptações a um número determinados de pessoas ou ligações telefônicas.

⁴ itálico e sublinhado no original

⁵ANDRADE, Manuel da Costa. Sobre o regime processual penal das escutas telefônicas, *Revista Portuguesa de Ciência Criminal*, n. 3, p. 369-408, jul.-set., 1991.

2.2. Espanha

O art. 18, n.1, da Constituição Espanhola garante o direito à honra, à intimidade pessoal e familiar e à própria imagem, acrescentando o n. 3 que se assegura o segredo das comunicações, e, em especial, das postais, telegráficas e telefônicas, salvo ordem judicial. Tais direitos vinculam todos os poderes públicos e o seu exercício como dispõe o art. 53.1, somente poderá ser regulamentado por lei. O art. 55.2 prevê a possibilidade de suspensão, para determinadas pessoas, e com a necessária intervenção judicial, de alguns direitos e liberdades, entre os quais os previstos no art. 18, para fins de investigações sobre a atuação de grupos armados ou elementos terroristas.

A Lei Orgânica nº 07/84 introduziu no ordenamento jurídico espanhol tipos penais visando proteger o segredo das comunicações telefônicas resguardado constitucionalmente. Fernando Rodriguez Marin⁶ discorrendo sobre tal lei tece comentários acerca da pressão realizada tanto pela doutrina, quanto pela imprensa e por grupos políticos no intuito de se fazer valer o texto constitucional, já que embora inexistente a lei regulamentadora, as interceptações telefônicas eram realizadas ilegalmente. Como consequência, o grupo conservador do Congresso espanhol encaminhou projeto de lei para por cabo à prática indiscriminada de interceptações clandestinas. Assinalando o motivo principal da criação dos novos tipos penais – a proteção do bem jurídico segredo das comunicações telefônicas – a proposta de lei respondia a uma grande preocupação social. Assim é que a redação final da lei amplia o elenco das ações puníveis, não restringindo o seu âmbito de aplicação as interceptações telefônicas, senão ampliando a todo tipo de

⁶MARIN, Fernando Rodriguez. Los delitos de escuchas ilegales y el derecho a la intimidad, *Anuario de Derecho Penal y Ciencias Penales*, Madrid, t. 43, n. 1, p. 197-240, jan.-abr. 1990.

apreensão de sons pela utilização de instrumento de escuta, gravação, transmissão e reprodução, criando-se tipos penais referentes às interceptações telefônicas e a outras interceptações que não faziam referência ao uso do telefone, as chamadas escutas sub-reptícias.

Portanto, em um primeiro plano, caminhou o legislador ordinário espanhol para a tipificação de condutas incriminadoras acerca das interceptações telefônicas ilegais trazendo, segundo aponta Vicente Gimeno Sendra,⁷ a incorporação dos artigos 192 e 497, com algumas variações de tipos penais e o incremento de pena, aos artigos 536, 197 e 198 do Código Penal de 1995. Narra o referido autor que tal resposta legislativa não era suficiente, já que o Código de Processo Penal espanhol data de 1882 e era necessário incluir como ato de investigação as intervenções telefônicas, já que tal diploma somente pode contemplar as intervenções postais e telegráficas. Para atingir tal finalidade, o legislador editou a Lei Orgânica nº04/88, alterando a redação do Código de Processo Penal espanhol, o que não deixa de ser criticado por Sendra pelo grande número de lacunas contidas na nova redação em matérias como o rol de suspeitos para os quais se justifica a medida, o objeto e o procedimento da intervenção e a transcrição em ata do conteúdo dos suportes magnéticos, bem como a guarda e a destruição das fitas, além do valor probatório da interceptação inconstitucionalmente obtida.

Embora lacunosa, como colaciona Eloy Velasco Nuñez,⁸ a Lei Orgânica nº4/88, de 25 de maio que alterou a redação do artigo 579 do Código de Processo Penal espanhol

⁷ GIMENO SENDRA, Vicente . *Aspectos procesales y constitucionales más relevantes en los delitos relativos a drogas tóxicas y estupefacientes, in Delitos contra la salud pública y contrabando*. Madrid: Consejo General del Poder Judicial, 2000. p.175-201.

⁸ VELASCO NUNEZ, Eloy . Presencias y ausencias (aspectos aclarados y discutidos) en materia de intervenciones telefonicas, en esfera de una regulacion parlamentaria del tema. *Actualidad Penal* , Madrid, n. 18, p. 241-277, maio 1993.

estabeleceu as situações de suspensão e não mera restrição ao direito fundamental, assim como nos estados de sítio e de exceção elencados na Constituição espanhola.

Do cotejo entre as decisões do Tribunal Europeu de Direitos Humanos e da Corte Suprema espanhola com a alteração introduzida no artigo 579 do Código de Processo Penal espanhol, Pilar Ladrón Tabuenca⁹ seleciona os requisitos necessários para a legalidade das interceptações telefônicas no direito espanhol, a saber: a) previsão legal, já que toda restrição a direito fundamental deve estar expressamente prevista e delineada; b) autorização judicial prévia e ponderada, como regra e, excepcionalmente, nos casos relacionados a situações de urgência em investigação de bandos armados, terroristas ou rebeldes, a autorização pode ser conferida pelo Ministro do Interior ou, na falta deste, pelo Diretor de Segurança do Estado, com confirmação judicial posterior, no prazo máximo de setenta e duas horas, como permite o artigo 579.4 do Código de Processo Penal espanhol; c) adequada motivação da decisão judicial; d) delimitação na determinação judicial do sujeito a ser investigado, do objeto e do prazo da medida de exceção; e) proporcionalidade da medida (a interceptação telefônica deve ser a única possível a investigação dos fatos; f) controle judicial efetivo, com o conhecimento do magistrado de todos os passos da medida ao longo do período determinado; g) incorporação ao processo, quer com a oitiva das fitas, quer com a leitura das degravações em sua integralidade, a fim de se preservar o princípio do contraditório, da ampla defesa, da oralidade e da publicidade.

Imperioso destacar, que mesmo nos estados de sítio e de exceção, ainda assim, de acordo com o artigo 55.1 da Constituição espanhola, embora a medida restritiva possa ser adotada por autoridade do governo ou militar,

⁹LADRÓN TABUENCA, Pilar. Las intervenciones telefónicas en el ordenamiento jurídico español: visión jurisprudencial. *La Ley Penal Revista de Derecho Penal, Procesal y Penitenciario*, Espanha, n. 4, p. 65-76, abr. 2004.

estes devem dar conta da interceptação em escrito motivado ao juiz competente, por conta do período de suspensão do direito fundamental.¹⁰

2. 3. Alemanha

Segundo apontamentos de Ricardo Melchior de Barros Rangel Rangel, o Direito Alemão trabalha com a inadmissibilidade da prova ilícita, onde a busca da verdade real nunca deve colidir com a preservação dos direitos fundamentais do homem.¹¹

A doutrina alemã sustenta que, apesar da reconhecida existência da autonomia do direito material em relação ao direito processual, existe uma unidade, onde a prova produzida com infração ao direito material não pode ser validada processualmente, admitindo-se, nesta análise, os preceitos constitucionais como balizadores daquilo que é permitido na produção de provas.

Dessa maneira, para que fosse considerada ilícita, não seria necessário que houvesse violação do ordenamento comum, como o previsto no art. 136 do STPO,¹² bastando apenas que a produção contrariasse o previsto na Constituição.

A Lei Fundamental de Bonn, de 1949, com a redação dada pela Lei constitucional de 24.06.1968, prescreve, em seu art. 10, a inviolabilidade do sigilo da correspondência, com as limitações impostas, exclusivamente, pela lei. Até a regulamentação legislativa, pela Lei de 13.08.1968 – que introduziu no Código de Processo penal os artigos 100a e 100b – doutrina e jurisprudência entendiam inviolável e

¹⁰ GÓMEZ COLOMER, Juan-Luis. *La intervención judicial de las comunicaciones telefónicas a la luz de la jurisprudencia*. In: *El proceso penal en el estado de derecho – diez estudios doctrinales*. Palestra Ed., 1998. p. 209-234.

¹¹ TROCKER, Nicolo. apud RANGEL, Ricardo Melchior de Barros Rangel, op.cit., p.16

¹² O artigo 136 do STPO proíbe qualquer meio de prova que afete a livre resolução do acusado, apud RANGEL, Ricardo Melchior de Barros Rangel, op.cit.

absoluto o sigilo da correspondência e das comunicações telefônicas, sendo as interceptações consideradas violações à Constituição, e, portanto, inadmissíveis no processo. Salvo, excepcionalmente, as hipóteses que deram margem à aplicação da teoria da proporcionalidade.¹³

Nelson Nery Junior depois de exemplificar com algumas decisões dos tribunais alemães sobre ilicitude da prova por ofensa a direito fundamental, observa, contudo, a incidência do princípio da proporcionalidade no procedimento probatório como forma de abrandamento do princípio da prova obtida ilicitamente.¹⁴

Segundo aponta Manuel da Costa Andrade,¹⁵ em paralelo feito entre a lei portuguesa e a lei alemã acerca das interceptações telefônicas, quatro são os pressupostos materiais da medida no direito germânico.

O primeiro deles, está relacionado com a observância de um rol taxativo¹⁶ de crimes que possibilitam a medida restritiva, prevista no §100 a) do StPO, desde que o sujeito investigado seja ao menos partícipe do crime (o que não vale para os delitos de favorecimento pessoal, auxílio material e receptação, para os quais se exigem que o investigado seja autor do crime). Estabelece ainda a lei alemã que o crime seja consumado ou trate de tentativa punível, o que equivale a afirmar que a interceptação telefônica não pode ser deflagrada em relação a atos preparatórios não puníveis autonomamente.

¹³ AVOLIO, Luiz Francisco Torquato. *Provas ilícitas: as interceptações telefônicas, ambientais e gravações clandestinas*. 3. ed. São Paulo. Revista dos Tribunais, 2003. p.113.

¹⁴ NERY JÚNIOR, Nelson. Proibição da Prova Ilícita, novas tendências. In: PENTEADO, Jaques de Camargo (coord.). *Justiça Penal 4: críticas e Sugestões. Provas Ilícitas e Reforma Pontual*, São Paulo: Revista dos Tribunais, 1997. p. 15

¹⁵ ANDRADE, Manuel da Costa. Op. cit., p.369-408.

¹⁶ O rol prevê os crimes contra o estado, a segurança nacional, a ordem pública, ou contra a segurança das tropas dos estados que aderiram ao Tratado do Atlântico Norte; crimes de homicídio voluntário premeditado, de falsificação de moeda, de seqüestro, rapto, tráfico de mulheres, estelionato e os crimes de perigo social, definidos no art. 138 do Código Penal.

Sobre esse ponto, tecendo críticas a legislação espanhola que não estabelece um catálogo de crimes para os quais a medida restritiva é possível, Hurtado Adrian¹⁷ afirma que a Alemanha mostra um rol expresso de delitos que permitem adotar a interceptação telefônica, enquanto que o direito italiano se acode de um sistema misto, por um lado quantitativo(em razão da pena fixada para o crime) e de outra sorte, através de um critério qualitativo(em função do tipo de delito) e já na Espanha não existe critério algum.

Depois, como segundo pressuposto, aponta Costa Andrade a exigência de que contra o investigado recaia fundada suspeita com base em fatos determinados e não meras conjecturas que tenham por emboço fatos incertos, segundo a dicção do §100 a).

Na seqüência, outro pressuposto se firma: as interceptações telefônicas estão subordinadas a um princípio da subsidiariedade. De um lado, não será legítimo ordenar escutas nos casos em que os resultados probatórios almejados possam, sem dificuldades particularmente acrescidas, ser alcançados por meio mais benigno de afronta aos direitos fundamentais(o mero aumento de custos materiais ou maior dispêndio de trabalho ou de tempo não bastam, por si só para escancarar as portas à interceptação telefônica). De outra parte, complementando o princípio em discussão, não basta a constatação de que a prova requerida não pode, sem dificuldades particularmente acrescidas, ser alcançada por meio menos drástico de devassa(é necessário, ainda, que a escuta telefônica se revele um meio em concreto adequado a produzir o resultado pretendido).

Por último, há a limitação do universo determinado de pessoas ou ligações telefônicas a serem interceptadas consoante dicção do §100, a).

¹⁷ADRIAN, Hurtado . El telefono como medio de investigacion en el proceso penal. *Actualidad Penal*, Madrid, n. 9, p.161-181, fev.-mar. 1994.

Avolio¹⁸ acrescenta que as interceptações no direito alemão

Dependem de ordem do juiz, ou, nos casos de urgência, pode ser ordenada pelo Ministério Público, sujeita a convalidação judicial; a forma e o conteúdo do mandado que a autoriza são minudentemente previstos, inclusive quanto ao prazo de validade da autorização; a inobservância dos requisitos legais importa na destruição da gravação obtida; deve ser comunicada ao interessado, tão logo quanto seja possível, sem colocar em risco os resultados da instrução.

2.4. Itália

No direito italiano, a Constituição estipula a inviolabilidade do sigilo da correspondência e das comunicações, abrindo exceção a ordem motivada da autoridade judiciária, desde que fundada nos limites estabelecidos pela lei.¹⁹

A Lei 98 de 1973, veio em complementação a Lei 517 de 1955, já que este último diploma tratou de repetir a exigência constitucional da decisão judicial motivada para a possibilidade de restrição ao direito à intimidade. Nesse passo, em referência ao Código de Processo Penal, a lei de 1973 desenhou uma série de requisitos para as interceptações das comunicações telefônicas, incluídas ao artigo 226 do Código de Processo Penal Italiano, a saber: a) somente seria possível a interceptação das

¹⁸ AVOLIO, Luiz Francisco Torquato. Op. cit, p.113-114.

¹⁹ Ibid. Constituição Italiana. "Art. 15 . La libertà e la segretezza della corrispondenza e di ogni altra forma di comunicazione sono inviolabili. La loro limitazione può avvenire soltanto per atto motivato dall'autorità giudiziaria con le garanzie stabilite dalla legge"

comunicações telefônicas na hipótese de investigação de crimes dolosos punidos com pena superior a cinco anos, bem como crimes relativos a entorpecentes, armas e explosivos, contrabando, injúria, ameaça e perturbação mediante telefone); b) somente pode ser deferida a interceptação telefônica com base em indícios concretos da prática do crime; c) só cabe interceptação telefônica diante da impossibilidade de obter-se a prova de outro modo; d) duração das interceptações telefônicas; e) à documentação, com lavratura de auto e remessa das gravações à autoridade judiciária; f) a intimação da defesa técnica para que possa examinar o material colhido; g) a triagem das gravações e termos, com destruição dos originais e transcrições onde houver nulidades ou impertinência à instrução; h) a utilização como provas das notícias obtidas das gravações exclusivamente no processo para o qual foram colhidas; i) a cominação de nulidade – absoluta e insanável – da prova obtida através de interceptações ilegais.²⁰

Depois de algumas revisões legislativas, a regulamentação das interceptações telefônicas foi absorvida pelo novo estatuto processual penal de 1988. Em seu artigo 266, o Código de Processo Penal italiano elenca o rol de crimes para os quais a interceptação das conversas telefônicas é possível, tais como: crimes dolosos para os quais seja prevista a pena de reclusão superior ao máximo de cinco anos, crimes contra a administração pública para os quais seja prevista a pena de reclusão não inferior a cinco anos; crimes relacionados a substâncias entorpecentes ou psicotrópicas, crimes relacionados a armas ou substâncias explosivas, crimes de contrabando, crimes relativos à injúria, ameaça, incômodo ou distúrbio as pessoas por meio do telefone.

²⁰ AVOLIO, op. cit., p.116.

Prevê, ainda, o artigo 266 do Código de Processo Penal italiano a possibilidade de interceptação de comunicações provenientes do sistema de informática.

Como regra, o requerimento para a interceptação das conversas telefônicas deve, segundo entabula o artigo 267 do Código de Processo Penal italiano, ser formulado pelo Ministério Público nas investigações preliminares e mencionada autorização deve ser concedida por meio de decisão judicial fundamentada quando estiverem presentes graves indícios de crime e a interceptação for absolutamente indispensável ao prosseguimento das investigações.

Excepcionalmente, no direito italiano, a teor do que dispõe o próprio artigo 261, n. 1, e diferentemente do que ocorre no direito brasileiro, em casos de urgência, quando existir motivo fundado para se acreditar que a demora possa causar prejuízo sério às investigações, o Ministério Público pode proceder a interceptação por meio de decisão motivada, desde que comunique imediatamente ou no mais tardar em 24 (vinte e quatro) horas, ao juiz competente, que dentro de um prazo de 48 (quarenta e oito), através de decisão motivada, decidirá sobre a convalidação da medida. Se a decisão do Ministério Público não for convalidada pelo Juiz dentro do prazo estabelecido, a interceptação não poderá prosseguir e as informações resultantes da mesma não poderão ser utilizadas.

Reza o parágrafo terceiro do artigo 267 em análise, que a decisão do Ministério Público que determinar a interceptação das comunicações telefônicas deverá indicar a modalidade e o tempo de duração da operação, não podendo tal duração superar o prazo de 15 dias, podendo, contudo, ser prorrogada pelo juiz, através de decisão motivada, por período sucessivo de 15 dias, desde que permaneçam presentes os pressupostos autorizativos da medida.

Diferentemente do que prevê a legislação brasileira, que delega a interceptação das comunicações telefônicas

à autoridade policial, o parágrafo quarto do artigo 267 do CPP italiano, faculta ao Ministério Público a possibilidade de proceder pessoalmente às operações ou por meio de um oficial da polícia judicial.

É previsto também que as comunicações interceptadas sejam gravadas e reduzidas a termo. Finda a interceptação, aos defensores das partes será imediatamente dada notícia, dentro do prazo de cinco dias (se não houver autorização judicial para que o Ministério Público atrase o arquivamento das conversas interceptadas, o que pode acontecer quando for imprescindível para o êxito da investigação), podendo ouvir as gravações ou tomar conhecimento dos fluxos de comunicações de computadores. Expirado o prazo, o juiz, determinará a aquisição das conversações ou os fluxos de comunicações de computadores apontadas pelas partes, que não sejam evidentemente irrelevantes, procedendo, de ofício, a extração dos registros e dos termos cuja utilização seja vedada. O Ministério Público e os Defensores têm o direito de participar desta extração devendo ser avisados com pelo menos 24 (vinte e quatro) horas de antecedência.

O juiz disponibilizará a transcrição integral das gravações ou um resumo impresso de forma inteligível das informações contidas nos fluxos de comunicações de computador, observando-se as formas, modos e garantias previstas para a realização das perícias, sendo facultada à defesa a extração de cópias.

Determina o artigo 269 do CPP italiano, que os termos e as gravações devem ser integralmente preservados pelo Ministério Público que preparou a interceptação, excepcionando as hipóteses em que a interceptação for ilegalmente produzida, como na hipótese de vedação legal ou com o desrespeito ao sigilo profissional, ocasião em que o juiz determinará a imediata destruição do material. Tal preservação se dará até a sentença não mais sujeita a impugnação. Não obstante,

os interessados, quando a documentação não for mais necessária para o procedimento, podem requerer a destruição da mesma, a fim de salvaguardar sua confidencialidade.

O artigo 270 do CPP italiano, diferentemente do que ocorre com a legislação pátria, legisla sobre os chamados encontros fortuitos de outros fatos estabelecendo como regra que os resultados da interceptação não podem ser utilizados em procedimentos diferentes daqueles para o qual foi preparada, a não ser que resulte essencial para a comprovação de crimes para os quais seja obrigatória a prisão em flagrante.

Por fim, prevê o artigo 271 da legislação em apreço que os resultados das interceptações não podem ser utilizados se os mesmos forem executados fora dos casos permitidos pela lei ou se não forem observadas as disposições previstas pelos artigos 267 e 268, §§ 1º e 3º, que tratam das formalidades do procedimento da interceptação.

2.5. América

No que concerne aos Estados Unidos, de acordo com os apontamentos de Ada Pellegrini Grinover,²¹ necessário fazer uma análise da evolução jurisprudencial. Em 1928, a Suprema Corte debateu o caso *Olmstead versus U.S.*, onde se pretendia anular uma interceptação telefônica, comparando-a a uma busca domiciliar desarrazoada com base na IV Emenda à Constituição Norte-Americana. Por maioria apertada, a Corte americana entendeu legal a interceptação, mas, nesse caso específico o que geraram frutos foram os votos vencidos dos juízes Holmes e Brandeis (este com uma obra escrita

²¹ GRINOVER, Ada Pellegrini. *Liberdades públicas e processo penal: as interceptações telefônicas*. 2. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1982. p. 212-216.

sobre a privacy), já que em 1934, através da seção 605 do Federal Communications Act, o Congresso tipificou como crime federal daquele que desautorizado tomasse conhecimento de uma comunicação, postura que para muitos foi adotada por influência da mencionada decisão.

Desenvolveu-se também naquele período a orientação jurisprudencial sobre a relação entre as interceptações e IV Emenda Constitucional. No caso *Osborn versus U.S.* foi reconhecida a legalidade, por estar em conformidade com a IV Emenda, de gravação autorizada por juiz através de mandado que indicava e descrevia detalhadamente a conversa a ser interceptada. Em 1967, nos casos *Berger versus New York State* e *Katz versus U.S.* a jurisprudência norte-americana consolidou o entendimento segundo o qual em qualquer interceptação de comunicações privadas para ser legítima e para produzir provas válidas em juízo, deveria respeitar as restrições da emenda em foco, o que equivaleria a afirmar que as interceptações para ser acobertadas pela legitimidade deveriam ser autorizadas por um juiz, com base em informações idôneas a fazer razoavelmente acreditar na existência de um crime, devendo ainda a autorização indicar com precisão a pessoa, o lugar e a comunicação específica que se pretendia interceptar.

Este era o quadro jurisprudencial quando em 1968 surge a *Omnibus Crime Control and Sale Streets Act*, que para além de regulamentar as interceptações tinham como finalidade garantir à polícia e aos órgãos instrutórios instrumentos para o controle da criminalidade. Por isso, o diploma em análise trouxe como regra a proibição de interceptar as comunicações telefônicas, trazendo, no entanto, várias exceções em prol da polícia e daqueles poderes que haviam sido bitolados por diversas decisões da Corte Suprema.

A regra, portanto, é a proibição das interceptações e de divulgação as das comunicações particulares e alheias, gerando sanção criminal para o transgressor e direito à

indenização do lesado. Como consequência da violação da intimidade, as provas obtidas direta ou indiretamente das interceptações ilícitas são inadmissíveis em juízo.

Entretantes, as exceções se alargaram. Pode a autoridade judiciária autorizar as interceptações, com o fim de obtenção de prova para certas infrações penais, desde que o pedido obedeça determinados requisitos, bem como a própria autorização. Por sua vez, a autoridade policial pode fazer a interceptação mesmo sem prévia autorização judicial, em casos justificados pela urgência. Quanto às comunicações interceptadas devem ser gravadas e entregue ao juiz, que as conservará, podendo a polícia providenciar cópia da fita para fins de investigação. Por outro lado, deve o juiz intimar aquele que sofreu à interceptação para ciência. Em conformidade com o artigo 2511, parágrafo 1º são lícitas as interceptações executadas com o consentimento do interlocutor.

A Suprema Corte norte-americana, que autoriza a interceptação telefônica somente em processos criminais, vem exigindo, mesmo nos casos de urgência, a prévia autorização judicial.²² Aliás, a própria lei comentada consagra a teoria dos frutos da árvore proibida, cujo berço é a jurisprudência norte-americana, quando rotula de inadmissível no artigo 1215 tanto a interceptação indevida, como aquelas que tenham surgido da interceptação ilegal.

No que tange ao México, em 1996, com o objetivo de combate à criminalidade organizada, o executivo federal apresentou ao Congresso um projeto de reformas tanto na Constituição como uma iniciativa de lei federal contra a delinqüência organizada. Portanto, em 03 de julho de 1996 operou-se a reforma da Constituição mexicana,

²² A Suprema Corte norte-americana no caso *United States versus U.S. District Court os Michigan*, em 1972, declarou inconstitucional a interceptação realizada sem autorização judicial consoante *GRINOVER, Ada Pellegrini. Liberdades públicas e processo penal: as interceptações telefônicas*. 2. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais. p. 212-216.

adicionando-se dois parágrafos (nono e décimo), no sentido de garantir a inviolabilidade das comunicações privadas e deferir unicamente a autoridade judiciária a autorização de intervenção em qualquer comunicação privada, mediante pedido da autoridade federal que a lei autoriza ou do Ministério Público da entidade federativa correspondente. Entretanto, mesmo com as modificações introduzidas, estão proibidas as intervenções na intimidade alheia quando esta tiver caráter eleitoral, fiscal, mercantil, civil, relativo ao direito do trabalho, ou administrativo e mesmo as comunicações do acusado com seu defensor.²³

Em 07 de novembro de 1996, entrou em vigor a Lei Federal contra a Delinqüência Organizada, a qual contemplou, entre outras coisas, a intervenção nas comunicações privadas, desde que na investigação ou durante o curso da ação penal se requeira a autoridade judiciária competente. Como ocorre na Alemanha e em Portugal, existe um rol taxativo de crimes, onde se permite a interceptação das comunicações telefônicas.²⁴

O requerimento de interceptação deve ser apresentado à autoridade judiciária por escrito, expressando o objeto de investigação, a necessidade da medida, os indícios de que nos delitos investigados participam algum membro do crime organizado, os crimes, as circunstâncias e outros elementos que se pretende provar. Também deverá ser indicada a pessoa que será investigada, o lugar onde se efetuará a investigação, o tipo de comunicação a ser interceptada, a duração (que não pode ultrapassar seis meses, incluindo as prorrogações, com exceção para a hipótese de o Ministério Público trazer

²³ PONTÓN MUNHOZ, Juan Carlos Sanchez. Procedimento legal para la intervención de comunicaciones provadas. *Iter Criminis*, México, n. 1, p.201-212.

²⁴ Eis o rol: terrorismo, crimes contra a saúde, falsificação de moeda, operações com recursos de procedência ilícita, tráfico de armas, tráfico de indocumentados, tráfico de órgãos, assalto, seqüestro, tráfico de menores, roubo de veículos .

novos indícios da prática do crime), o procedimento a se adotado, a equipe utilizada para a investigação com a identificação da pessoa que realizará a interceptação.

Concluída a averiguação, o Ministério Público tem a obrigação de informar ao juiz sobre o desenvolvimento e o resultado das investigações, em ata circunstanciada, que deverá conter as fase da execução e sua conclusão, bem como deve apresentar as fitas gravadas (originais e cópias) as quais serão numeradas e resguardadas pelo próprio Ministério Público. Nos casos de não exercício da ação penal e uma vez concluído o prazo, o Ministério Público deverá colocar as fitas à disposição da autoridade judiciária competente para a conseqüente destruição.

Quanto às interceptações das comunicações telefônicas no Chile, pode-se destacar que a Constituição chilena em seu artigo 19, nº05 assegura a inviolabilidade de toda a forma de comunicação privada. Na legislação infraconstitucional tem-se a Lei Geral de Telecomunicações (Lei nº 19302 de 19 de março de 1997), o Código Penal, com os novos delitos dos artigos 161-A e 161-B e as disposições pertinentes ao Código de Processo Penal.

Sobre o assunto Maria Cecília Ramirez²⁵ discorre que a grande controvérsia, porquanto o projeto de Código de Processo Penal foi rechaçado pelo legislativo chileno, é saber se os artigos 176 e 177 da lei de ritos se aplicam ao procedimento comum, já que na legislação extravagante há a possibilidade de interceptação telefônica na lei anti-terrorista e na legislação de tóxicos. Como os artigos *sub-examen* fazem menção a quebra da inviolabilidade da correspondência postal, telegráfica ou de outra classe que o processado ou o investigado receber ou remeter, advoga a autora que é possível no

²⁵RAMIREZ, Maria Cecília. Protección de las comunicaciones telefónicas en Chile. In: MARTNIN, Adan Nieto (coord.). Homenajeal Dr. Marim Barbero Santos. Cuenca: Universidad Salamanca, v. 2, p. 531-550.

procedimento comum a interceptação das comunicações telefônicas.

Cabe destacar, também, que por força de norma expressa (artigo 484, inciso III, do Código de Processo Penal), no direito chileno não se dá valor de prova incontestável a confissão extrajudicial obtida através de interceptação de comunicações telefônicas, mas é um meio de se conduzir a investigação em busca de outros elementos de prova.

O Código Penal chileno, no artigo 161-A, estabelece como regra para a interceptação a autorização judicial, que deverá se motivada, com a determinação dos números de telefone interceptados, devendo sopesar o magistrado a oportunidade, necessidade e proporcionalidade da medida restritiva, com base nos indícios existentes. Durante o curso da investigação deverá o magistrado manter o material, produto da interceptação, sob sua responsabilidade, não podendo dar conhecimento da interceptação ao investigado naquele momento, razão pela qual deve a medida ter o prazo de duração estabelecido, sob pena de tornar-se desarrazoada, exercendo o indiciado o controle posterior. Por fim, resta aduzir que o direito chileno não possui um rol pré-estabelecido dos crimes que dão ensejo a interceptação telefônica, ficando tal apreciação ao alvedrio do magistrado, com base no conceito abstrato de gravidade do delito.

Com referência ao direito argentino, de início se estabelece a norma constitucional que protege o direito à intimidade, elencadas nos artigos 18 e 19 do pacto fundamental daquele país. Na legislação infraconstitucional, os artigos 236 do Código de Processo Penal e os artigos 18 *usque* 212 da Lei 19798 trazem a

²⁶CASTRO, Julio César. Las intervenciones telefónicas y sus límites. *Ciencias Penales Contemporáneas, Revista de Derecho Penal, Procesal Penal y Criminología*, Argentina, p. 231-245.

exceção à inviolabilidade das interceptações das comunicações telefônicas.

Acerca das interceptações das comunicações telefônicas no direito argentino comenta Julio César Castro²⁶ apontando que são requisitos para dita medida uma ordem judicial, que esta ordem judicial seja fundamentada (não bastando uma mera remissão aos fundamentos dos solicitantes, mas uma análise detida do magistrado com base em dados concretos para outorgar ou não a intervenção) e que a medida restritiva seja realizada na comunicação telefônica do imputado.

Sobre a necessidade de fundamentação da decisão judicial, esta pode ser revista a qualquer tempo, devendo ser interpretada restritivamente, porque exceção à regra da inviolabilidade da intimidade e em obediência ao princípio da razoabilidade. Com referência à fundamentação sob o jugo do princípio da proporcionalidade, comenta Luis M. García²⁷ que a proporcionalidade implica em um processo iniciado e indícios objetivos para suspeitar que alguém está cometendo ou cometeu um delito, que esse delito seja grave, que os fatos não possam ser conhecidos ou provados de outra maneira menos intrusiva ou que a prova seja de difícil (não-comum) acesso, as interceptação e não podem alcançar senão o imputado e as pessoas que podem ser suspeitas, com base em fatos objetivos, de transmitir ou receber comunicações destinadas ao imputado e que, em sentido estrito, que o sacrifício dos interesses individuais não seja irrazoável ou desproporcionado com o interesse na persecução penal no caso concreto.

Outros pontos merecem destaque. Inicialmente o citado autor articula com muita propriedade que não se deve primeiro atribuir o caráter de imputado a alguém para

²⁷GARCÍA, Luis M. La intervencion de las comunicaciones telefónicas y otras telecomunicaciones em el código procesal penal de la nacion: um cheque em blanco para espiar nuestra vida privada, 1ª parte, *Cuadernos de Doctrina y Jurisprudencia Penal*, Argentina, ano 3, n.6, p. 438.

se pleitear a interceptação telefônica e, aí sim, investigá-lo. A regra é exatamente em sentido inverso, sob pena de remontar-se à época do famigerado direito penal do autor onde se escolhia quem prender e quem punir pelo estilo de vida.

Mais um dado instigante citado é a vedação das interceptações das comunicações telefônicas entre defensor e indiciado, em homenagem ao direito de defesa.

Sobre os descobrimentos fortuitos, aponta-se no sentido de não utilização do material interceptado, salvo se o indiciado estiver na iminência do cometimento de um delito. Pensar em sentido contrário, defende o mencionado doutrinador, seria o mesmo que afirmar que uma vez devassado um domicílio se pode seqüestrar qualquer coisa que se encontre, dado que se está habilitado para a busca de qualquer coisa.

3. As interceptações das comunicações telefônicas no direito brasileiro

3.1. Prova Ilícita e Prova Ilegítima. Abrangência constitucional

Nelson Nery Junior²⁸ inicialmente destaca a confusão presente na doutrina sobre o tema, diante do tratamento impreciso dos termos prova ilegítima, prova ilícita, prova ilegalmente admitida e prova obtida ilegalmente. Com arrimo em Nuvolone,²⁹ destaca o citado autor que a prova vedada em sentido absoluto é aquela que o sistema jurídico proíbe sua produção em qualquer hipótese e em sentido relativo quando há a autorização para a produção da prova pelo ordenamento jurídico, que determina alguns requisitos para a validade da prova.

²⁸ NERY JÚNIOR, Nelson. Op. cit., p. 20.

²⁹ NUVOLONE, Pietro. Apud NERY JÚNIOR, Nelson. Op. cit.

Adere-se a diferenciação estabelecida por Luis Gustavo Grandinetti Castanho de Carvalho que, com esteio nas lições de Ada Pellegrini Grinover, estabelece:

Em síntese, porém, pode-se dizer que a expressão “prova ilícita” compreende a prova ilícita em sentido restrito e a prova ilegítima. A prova ilícita em sentido restrito é aquela obtida em violação a normas de direito material, geralmente ferindo direitos constitucionais fundamentais, como é o direito à privacidade e à integridade física. Prova ilegítima é a prova produzida em desconformidade com as normas processuais, violando-se tão-somente o direito processual, pois não corresponde à forma que a lei processual estabeleceu para sua produção.³⁰

A distinção alardeada acarreta em auferir qual é a diferença prática da obtenção de uma prova ilicitamente para aquela obtida ilegitimamente. Isto porque, o enfoque a ser dado equivale não ao momento de introdução da prova no processo, mas em momento anterior, vale dizer, no momento da obtenção da prova, do seu surgimento no plano fático.

Embora exista na doutrina juristas de renome que não fazem distinção de tratamento entre as provas ilícitas e ilegítimas,³¹ advoga-se que a prova ilicitamente obtida, além das sanções criminais ao infrator, gera nulidade absoluta, porquanto ferem direitos de natureza constitucional, como por exemplo, é o caso da confissão obtida mediante tortura. Por seu turno, as provas ilegitimamente obtidas traduzem fenômeno endoprocessual e geram as sanções estabelecidas na própria legislação processual, que podem ser simples irregularidades ou até mesmo nulidades, como deseje o legislador infraconstitucional, como é o caso da oitiva do pai da vítima tomando-se-lhe o compromisso,

³⁰ CARVALHO, Luiz Gustavo Grandinetti Castanho de. *O processo penal em face da Constituição*. Rio de Janeiro: Forense, 1998. p. 47-48.

³¹ MIRABETE, Julio Fabbrini. *Processo Penal*. 8. ed. São Paulo: Ed. Atlas, 1998, p. 260.

quando, em verdade, deveria ser ouvido como informante, a teor do que dispõe o artigo 208 do Código de Processo Penal.

No que toca a abrangência constitucional, impõe-se o estudo da limitação da vedação à produção das provas ilícitas. Será que toda e qualquer prova ilicitamente obtida deverá ser desprezada?

Cabe, portanto, neste momento, o estudo da teoria da proporcionalidade sob o enfoque constitucional. Luís Roberto Barroso³² destaca o princípio da proporcionalidade/razoabilidade deitando suas raízes no direito anglo-saxão, a partir da interpretação jurisprudencial da cláusula do *due processe of law* como o devido processo legal substantivo, que embasou o exame da razoabilidade e da racionalidade das normas jurídicas e dos atos do Poder Público em geral. Em breve síntese, traz ainda o citado autor os requisitos do princípio em comento, quais sejam: A) a adequação, que exige que as medidas adotadas pelo Poder Público se mostrem aptas a atingir os fins colimados; B) a necessidade, que exige averiguar a inexistência de outro meio menos gravoso para atingir aos objetivos; C) a proporcionalidade em sentido estrito, que é a ponderação entre o ônus imposto e o benefício trazido, para atestar se é justificável a interferência na esfera dos direitos dos cidadãos.

Nelson Nery Junior alinhava que tal princípio tem como berço o direito alemão, segundo o qual

na interpretação de determinada norma jurídica, constitucional ou infraconstitucional, devem ser sopesados os interesses e direitos em jogo, de modo a dar-se a solução concreta mais justa. Assim, o desatendimento de um preceito não pode ser mais forte e nem ir além do que indica a finalidade da medida a ser tomada contra o preceito a ser sacrificado.³³

³² BARROSO, Luiz Roberto. *Interpretação e aplicação da constituição: fundamentos de uma dogmática constitucional transformadora*. 3. ed. São Paulo: Saraiva, 1999. p. 209-220

³³ Op. cit., p. 16

Aduz também o autor susomencionado, que no direito alemão existe previsão expressa do princípio da proporcionalidade, sobretudo no Código de Processo Penal (*Strafprozeßordnung*, §§ 112 I 2 e 120 I)

O ordenamento jurídico pátrio, através da Emenda Constitucional nº45, de 8 de dezembro de 2005, inclui o inciso LVXVIII ao artigo 5º da Carta Magna que dispõe sobre o princípio da razoabilidade em âmbito constitucional e, embora trate do reconhecimento de tal princípio na duração do processo, constitui uma conquista a menção expressa em nível constitucional.³⁴

Depois da análise sobre tal princípio, impõe-se retornar ao questionamento anterior e responder que nem toda a prova obtida ilicitamente estará vedada, com base exatamente no princípio em apreço.

Inicialmente destaca-se a prova ilícita obtida *pro reo*. Doutrina e jurisprudência são unânimes em reconhecer a admissibilidade da prova.

Por todos, veja-se a lição de Ricardo Melchior de Barros Rangel,³⁵ que discorre sobre o tema da seguinte maneira:

A Teoria da Proporcionalidade aplica-se com clareza quando a prova teoricamente ilícita é *pro reo*, não somente porque o Princípio da Ampla Defesa é assegurado a todos os acusados em processos judiciais, mas também porque, nestes casos, quando a prova teoricamente ilícita for colhida para ser usada na defesa, tem-se entendido que a ilicitude é eliminada por causas legais, como a legítima defesa ou estado de necessidade, que exclui a ilicitude do fato.

Indo mais além, assegura-se que a prova obtida ilicitamente pode ser utilizada em benefício do réu porque

³⁴ CONSTITUIÇÃO DA REPÚBLICA. Art. 5º, inciso LXXVIII - a todos, no âmbito judicial e administrativo, são assegurados a razoável duração do processo e dos meios que garantam a celeridade da tramitação.

³⁵ RANGEL, Ricardo Melchior de Barros. Op. cit., p. 83.

o direito à intimidade, consectário do direito à liberdade, cede em homenagem à liberdade ambulatorial, resguardado nesta conjectura também pelo princípio da ampla defesa.

Outra questão surge do seguinte fato: alguém está privado de sua liberdade, sendo vítima do crime de extorsão mediante seqüestro. Pode um parente da vítima gravar conversa telefônica na tentativa de localizar o cativo?

Embora a questão seja tormentosa, afirma-se na jurisprudência o estado de necessidade da vítima, que corre risco de vida, posicionando-se no sentido da possibilidade da interceptação ilegal. Tal assertiva deflui do fato do direito à vida de um(a vítima) prevalecer sobre o direito à liberdade-intimidade de outro(autor do delito), tomando-se por base os direitos elencados no *caput* do artigo 5º do Pacto Fundante. O Supremo Tribunal Federal posiciona-se no sentido esposado, admitindo tal interceptação telefônica.³⁶

Ainda no tópico da abrangência constitucional à vedação das provas obtidas ilicitamente, outra questão assaz instigante é a chamada prova ilícita por derivação. Denomina-se prova ilícita por derivação aquela que em si mesmo é lícita, mas tem por seu nascedouro uma prova ilicitamente produzida. Exemplificando, é o caso da confissão obtida mediante tortura, donde provém a descoberta do cadáver da vítima de homicídio. Será válida ou não o encontro do cadáver, vez que maculado pela confissão extorquida sob vara?

Debata-se neste contexto a teoria advinda do direito americano *the fruit of the poisonous tree*, a chamada teoria dos frutos da árvore envenenada.

Em consonância com os ensinamentos de Ada Pellegrini Grinover, Antonio Scarance Fernandes e Antonio Magalhães Gomes Filho,³⁷ uma corrente ferrenha dos

³⁶ STF. HC 74678, julgado em 10 jun. 1997.

³⁷GRINOVER, Ada Pellegrini et al. *As nulidades no processo penal*. 6. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, p.135-136.

direitos fundamentais defende a tese da inadmissibilidade de aceitação da prova ilícita por derivação, que tem o condão de macular todas as demais provas decorrentes daquela ilicitamente obtidas.

Entrementes, os três autores nupercitados revelam que a própria jurisprudência da Suprema Corte americana excepciona a vedação à prova ilícita por derivação nos seguintes casos, a saber: quando não tiverem relação de causa e efeito com a prova ilicitamente obtida e quando poderiam(as provas derivadas) ser descobertas de qualquer outra maneira.

O Supremo Tribunal Federal, consoante a transcrição a seguir exposta, atualmente se filia ao segundo entendimento:³⁸

Ementa: HABEAS CORPUS. PROVA ILÍCITA. ESCUTA TELEFÔNICA. FRUITS OF THE POISONOUS TREE. NÃO ACOLHIMENTO.

Não cabe anular-se a decisão condenatória com base na alegação de haver a prisão em flagrante resultado de informação obtida por meio de censura telefônica deferida judicialmente. É que a interceptação telefônica – prova tida por ilícita até a edição da Lei nº 9296, 24.07.96, e que contaminava as demais provas que dela se originavam – não foi a prova exclusiva que desencadeou o procedimento penal, mas somente veio a corroborar as outras lícitamente obtidas pela equipe de investigação policial. Habeas corpus indeferido. Veja HC – 73351, HC – 74152, HC – 74530.

³⁸ HC 74599/SP, Relator Ilmar Galvão.

Entende-se, contudo, que a questão deve ser posta em seu devido lugar. A uma, porque não basta para a contaminação de todas as demais provas colhidas nos autos que uma delas tenha sido obtida ilicitamente. A duas, porque se há correlação entre a prova ilicitamente obtida e todas as demais, nada presta a ensejar decreto condenatório, já que contaminadas. Salvo melhor juízo, o fato da prova poder ser obtida de outra forma não transmuda o seu caráter ilícito se é derivação de uma prova obtida ilicitamente. Em suma, o que deve nortear o intérprete para analisar a questão posta é delimitar qual prova é ilícita e se as demais obtidas nos autos são decorrentes daquela inquinada de vício. Se, de fato, as outras provas obtidas foram corolário da prova contaminada, tudo o mais está maculado, independente de existir outro meio para se chegar a prova (porquanto não foi o outro meio e sim a ilicitude o caminho utilizado para as demais provas).

3.2. Intercepção de conversas telefônicas. Delimitação do tema.

Prefacialmente, cabe apontar o sentido jurídico do termo intercepção: em sentido amplo, pode ser entendida como ato de interferência nas comunicações telefônicas, com o fim de impedi-las, o que gera conseqüências na seara penal, ou para delas tomar conhecimento, neste último caso com reflexos no processo.³⁹

Muito se debate sobre intercepção telefônica. Todavia, até mesmo pela falta de técnica na discussão do problema na própria jurisprudência, há bastante imprecisão terminológica, o que somente se presta a dificultar a análise da questão.

³⁹ AVOLIO, Luiz Francisco Torquato. Op. cit., p. 91-92.

Conceitos como interceptação telefônica, interceptação ambiental, escuta telefônica, escuta ambiental, gravação telefônica e gravação ambiental devem ser bem delineados para que se evite confusão.

Quando se fala em interceptação, sempre se está fazendo referência a intervenção de um terceiro na intimidade alheia, sem o consentimento dos interlocutores. Destarte, quando houver menção a interceptação telefônica (em sentido estrito), o que se pretende mencionar é a conversa telefônica com a interferência (interceptada) de terceiro, sem o consentimento dos interlocutores. Em contrapartida, quando há a utilização do termo interceptação ambiental, não há o uso da telefonia, mas sim a captação sub-reptícia da conversa entre presentes, sem o conhecimento destes. Sempre por terceiro.

Aliás, na doutrina italiana, como apontado por Francesco Caprioli⁴⁰ indispensável ao conceito de interceptação telefônica é a ingerência de terceiro (*terzietà*), para captar a conversação na passagem.

Em contrapartida, quando a doutrina faz menção – ou pelo menos assim deveria ser- ao termo escuta (seja ela telefônica, seja ela ambiental) está também relacionado a intervenção de terceiro na intimidade alheia. A distinção entre a interceptação *stricto sensu* e a escuta (interceptação em sentido amplo) é que nesta última ao menos um dos interlocutores tem o conhecimento da ingerência do terceiro na intimidade alheia (do outro ou dos outros interlocutores).

Por derradeiro, a referência ao termo gravação retira de cena a participação do terceiro. É o próprio interlocutor que grava a conversa com o(s) outro(s), seja ela por intermédio do uso da telefonia, seja ela travada pessoalmente (daí também a distinção entre gravação

⁴⁰ CAPRIOLI, Francesco apud AVOLIO, Luiz Francisco Torquato. Provas ilícitas: as interceptações telefônicas, ambientais e gravações clandestinas. 3. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, p. 91-92.

telefônica e ambiental). Neste diapasão, quando se ouve menção ao termo gravação clandestina, seja ele telefônica ou ambiental, é uma referência a gravação realizada por um dos participantes do diálogo.

Esta é a síntese dos apontamentos de Antônio Scarance Fernandes que escreveu sobre o tema o seguinte:⁴¹

Ao final, foram elencadas as diversas formas de captação eletrônica possíveis: a) a *interceptação* da conversa entre presentes, por terceiro, sem o conhecimento de nenhum dos dois interlocutores; b) a *interceptação* da conversa telefônica por terceiro, com o conhecimento de um dos interlocutores; c) a *interceptação* conversa entre presentes, por terceiro, sem o conhecimento de nenhum dos interlocutores; d) a *interceptação* da conversa entre presentes por terceiro, com o conhecimento de um ou alguns dos interlocutores; e) a *gravação clandestina* da conversa telefônica por um dos sujeitos, sem o conhecimento do outro; f) a *gravação clandestina* da conversa pessoal e direta, entre presentes, por um dos interlocutores, som o conhecimento do(s) outro(s).

Com efeito, em complementação ao que foi dito linhas acima, cabe ainda trazer à colação a lição simples e objetiva de Damásio Evangelista de Jesus:⁴²

⁴¹FERNANDES, Antônio Scarance. A lei de interceptação telefônica. In: PENTEADO, Jaques de Camargo (org.). Justiça penal n. 4: críticas e sugestões: provas ilícitas e reforma pontual. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1997. p. 53

⁴²JESUS, Damásio Evangelista de. Interceptações de comunicações telefônicas à lei 9.296, de 24.07.1996, Revista dos Tribunais, v. 735, n. 86, p. 460, jan. 1997.

Na interceptação telefônica há três protagonistas: dois interlocutores e o interceptador, que capta a conversação, sem consentimento daqueles.

Na escuta telefônica há também dois interlocutores um interceptador, só que um daqueles tem o conhecimento do fato.

Na gravação clandestina ou ilícita há só dois comunicadores, sendo que um deles grava a conversação.

A Lei 9296/96 restringe o seu âmbito de incidência às hipóteses de interceptação telefônica, o que equivale a dizer que não tem aplicabilidade a lei em foco quando se tratar gravação(quer telefônica, quer ambiental), nem muito menos a interceptação ambiental e a escuta ambiental. Em sentido inverso, a lei regente será aplicada às hipóteses de interceptação em sentido estrito (sem o conhecimento dos interlocutores) e escutas - interceptação em sentido amplo - (com o conhecimento de ao menos um dos interlocutores) telefônicas.

3.3. Hipóteses legais e requisitos para a interceptação telefônica

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

I – não houver indícios razoáveis de 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 a impossibilidade manifesta, devidamente justificada.

Muito criticada é a redação do supracitado artigo. Ada Pellegrini Grinover⁴³ fala da infelicidade da redação em primeiro plano porque do texto constitucional decorre a idéia de que o sigilo é a regra, enquanto o artigo 2º inverte a questão, colocando a violabilidade como regra e o sigilo como exceção e depois pela opção em se permitir a interceptação das comunicações telefônicas a todo e qualquer crime punido com reclusão.

Fato é que, como cita Avolio,⁴⁴ o legislador tentou utilizar como técnica de redação o método por exclusão, utilizado com relação à fiança e neste dispositivo tracejou as hipóteses legais e os requisitos para a interceptação das comunicações telefônicas.

O inciso primeiro do artigo 2º da lei em foco menciona como requisito os indícios razoáveis de autoria ou participação em infração penal. Tal requisito é o *fumus boni iuris* da medida cautelar em análise.

Sustenta Scarance Fernandes⁴⁵ que a interceptação das comunicações telefônicas não pode ser deferida para dar início a investigação criminal. Em sentido contrário, entretanto, deve ser analisada a expressão alçada pelo legislador quando menciona os “indícios razoáveis” de autoria ou participação. “Indício razoável” é menos que o “indício suficiente” necessário para a deflagração da ação penal. Aqui a lei se contenta com um juízo de probabilidade acerca da autoria ou participação do investigado (obviamente quando estiver em curso o inquérito policial,

⁴³ GRINOVER, Ada Pellegrini. O regime brasileiro das interceptações telefônicas. *Revista CEJ*, Brasília, v.1, n. 3, p. 134, set.-dez. 1997.

⁴⁴ AVOLIO, Luiz Francisco Torquato. Op. cit., p. 175.

⁴⁵ FERNANDES, Antônio Scarance. Op. cit., p. 56.

porque se já houver denúncia e seu recebimento é porque existe mais do que os indícios razoáveis, mas sim os indícios suficientes de autoria).

O inciso segundo do artigo em exame traz o *periculum in mora* da medida cautelar, ou seja, somente pode ser deferida a interceptação das comunicações telefônicas se a investigação não puder ser feita de outro modo.

É preciso tomar cuidado com a banalização da prática das interceptações telefônicas. A proteção à intimidade é a regra, enquanto que a quebra de tal sigilo é a exceção. Não pode, portanto, o magistrado banalizar o uso de tal medida e sair deferindo interceptações ao seu livre arbítrio, sob pena de transmutar a regra em exceção. Como citam Gustavo Carvalho da Silva Filho e Urbano Félix do Bonfim Neto,⁴⁶ no Brasil existe a prática da lei do menor esforço, com a utilização da teoria dos caminhos mais fáceis e a investigação é feita de qualquer maneira. O que se quer é o resultado, pouco importando o caminho utilizado para se chegar até o fim almejado, o que passa muitas vezes pela ilegalidade, com o que a autoridade judiciária não pode pactuar.

Lenio Streck⁴⁷ comentando o citado artigo afirma que a interceptação telefônica somente pode ser deferida se consistir em exceção absoluta, ou seja, quando for *conditio sine qua non* para a apuração da infração. A simples alegação da autoridade policial de que não possui outros meios materiais (como, por exemplo, a falta de viaturas) para investigar não pode servir de abrigo para o deferimento da medida, pena de tornar a Constituição da República

⁴⁶ SILVA FILHO, Gustavo Carvalho da; BONFIM NETO, Urbano Félix do. Provas ilícitas: com ênfase na interceptação telefônica. In: FARIA JUNIOR, César de. (coord.). *Processo penal especial*. São Paulo: Saraiva, 2001. p. 71.

⁴⁷ STRECK, Lenio Luiz. *As interceptações telefônicas e os direitos fundamentais: a lei 9296/96 e seus reflexos processuais*. 2. ed. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2001. p. 45-49.

letra morta. A carência não é de meios materiais, mas de meios legais-processuais. Em suma: a interceptação das comunicações telefônicas somente pode ser deferida se por outra fonte de investigação não se puder chegar onde se pretende alcançar com a medida cautelar em comento.

E se ao final, depois de deferida a medida cautelar, se descobrir que outros meios estavam disponíveis para a investigação? César Dario Mariano da Silva⁴⁸ aponta como solução que se ficar demonstrado que seria possível a produção da “prova” por outro meio, não pode a comunicação interceptada ser utilizada.

Acrescenta-se, ainda, à lei do menor esforço antes destacada, as hipóteses de má-fé, como, por exemplo, nos casos de interceptações já realizadas onde se requer a autorização judicial somente para cancelar aquilo que já foi investigado illicitamente. Nesses casos, não pode o resultado da interceptação telefônica ser utilizado, pena de nulidade.

Por último, cabe comentar o inciso III do artigo 2º que dispõe sobre a hipótese legal de cabimento da interceptação das comunicações telefônicas. Reza o inciso sob enfoque, em sentido contrário, que somente cabe a medida cautelar em apreço quando o crime for punido com reclusão. Sendo assim, para as infrações penais punidas com prisão simples (caso das contravenções penais) e para aquelas punidas com detenção não é possível o deferimento da interceptação das comunicações telefônicas.

Preferiu, portanto, o legislador pátrio estabelecer um critério genérico com base na gravidade do delito, ao contrário do que prevê, por exemplo, o artigo 266 do CPP italiano que mescla crimes graves (como aqueles relacionados a substância entorpecente e crimes contra a administração pública) e crimes cuja investigação é de

⁴⁸ SILVA, César Dario Mariano. Op. cit., p. 49.

difícil solução e a interceptação das conversas telefônicas é, na maioria das vezes, necessária como é o a hipótese da injúria e ameaça praticada por meio do telefone.

Diferentemente do que previa o Projeto Miro Teixeira de nº 35/14, que elencava o rol dos crimes suscetíveis à medida cautelar estudada.⁴⁹

Antonio Magalhães Gomes Filho⁵⁰ aponta a ofensa ao princípio da proporcionalidade pelo inciso alinhavado, por entender que o legislador doou uma carta branca ao aplicador da lei, que poderá sempre que o crime for punido com reclusão determinar a interceptação das comunicações telefônicas. Em conclusão e adotando o mesmo entendimento do autor citado, Grinover⁵¹ chega a impingir a pecha de inconstitucional ao inciso III do artigo 2º da lei 9296/96.

Mas será que é possível o deferimento de requerimento de interceptação telefônica em todo e qualquer crime punido com reclusão irrestritamente? Adota-se neste contexto o entendimento de Paulo Rangel⁵² que defende que mesmo que o crime seja punido com reclusão, se é caso de infração penal de médio potencial ofensivo, onde caiba a suspensão condicional do processo (pena mínima não superior a um ano, de acordo com o artigo 89 da lei 9099/95) não seria razoável a invasão da intimidade de quem quer que seja para o resultado final não resultar em punição ao envolvido. Logo, nesse caso, seria desproporcional a interceptação das conversas

⁴⁹ O Projeto nº 35/14 previa no rol os seguintes crimes: terrorismo, tráfico de substância entorpecente e drogas afins, tráfico de mulheres e subtração de incapazes, quadrilha ou bando, crime contra a ordem econômica e financeira, falsificação de moedas, extorsão simples e extorsão mediante seqüestro, contrabando, homicídio qualificado, roubo seguido de morte, ameaça ou injúria cometida por telefone e outros decorrentes de organização criminosa.

⁵⁰ GOMES FILHO, Antonio Magalhães. A violação do princípio da proporcionalidade pela Lei 9.296/96. *Boletim IBCCRIM* n. 45, p. 14-15, ago 1996.

⁵¹ GRINOVER, Ada Pellegrini. O regime brasileiro das interceptações telefônicas. *Revista CEJ*, Brasília, v. 1, n. 3, p. 134, set.-dez. 1997.

⁵² RANGEL, Paulo. Breves considerações sobre a Lei nº 9.296/96: Interceptação telefônica, *Revista Forense*, São Paulo, v. 344, p. 220 out.-dez. 1998.

telefônicas. Isto porque, na feliz expressão de Lenio Streck,⁵³ a Constituição da República quando possibilita a violação da intimidade alheia na hipótese das comunicações telefônicas não está preocupada em punir a “criminalidade descalça”.

3.4. – Delimitação da situação objeto de investigação. Individualização do sujeito passivo da interceptação telefônica.

Conforme preceitua o parágrafo único do artigo 2º da lei 9296/96, é imperioso que o magistrado destaque na decisão concessiva da interceptação das comunicações telefônicas, com clareza, a situação objeto da investigação, incluindo a identificação e qualificação dos investigados, salvante impossibilidade manifesta de assim proceder, devidamente justificada, quanto à qualificação do investigado.

Obviamente, que se a lei 9296/96 exige, como visto, no artigo 2º, inciso I a existência de indícios de autoria é porque o investigado deve ser conhecido, já que sobre ele pesam os indícios. Destarte, jamais pode ser deferida interceptação de comunicações telefônicas sem o conhecimento de quem é o investigado.

Com efeito, deve o magistrado apontar objetiva e pormenorizadamente o fato investigado, bem como eventuais investigados. O que pode acontecer é da ausência de dados para qualificar o investigado, nunca, porém, será possível o deferimento da medida excepcional sem poder determiná-lo.

⁵³ STRECK, Lenio Luiz. Op. cit., p.71.

4. O encontro fortuito de outros fatos e a interceptação sobre pessoa não investigada.

Chega-se, agora, ao cerne do presente trabalho. Sem sombra de dúvidas, trata-se de um dos pontos mais intrigantes e suscetíveis de dúvidas na matéria interceptação das comunicações telefônicas.

Fixa-se, primeiramente, a controvérsia. A despeito do parágrafo único do artigo 2º da lei 9296/96 impor ao magistrado a delimitação do objeto da investigação (do fato a ser investigado), inclusive com a indicação dos investigados, pode ser que a interceptação das comunicações telefônicas chegue a fato não apontado pela decisão judicial. Pode ser também que a interceptação das comunicações telefônicas alcance outras pessoas que não as investigadas. São válidas estas descobertas em relação a fatos indeterminados e a pessoas não apontadas na decisão judicial?

O encontro fortuito de outros fatos é exatamente a descoberta de fato não delimitado como objeto da investigação pela decisão judicial que determina a interceptação das comunicações telefônicas e o tema é extremamente controvertido na doutrina nacional e alienígena.

Alfonso Serrano Maíllo⁵⁴ opina contrariamente a utilização da prova encontrada fortuitamente, porque aduz que as escutas autorizadas buscam provar delitos determinados e se há a descoberta de delito distinto deve ser pedida autorização judicial para outra investigação, citando decisões judiciais da Suprema Corte espanhola no sentido por ele defendido.

No mesmo sentido, Vicente Gimeno Sendra⁵⁵ que prega também a necessidade de imediata resolução judicial no sentido de ampliar o objeto da interceptação telefônica.

⁵⁴ SERRANO MAÍLLO, Alfonso. Valor de las escuchas telefônicas como prueba em el sistema español. Nulidad de la prueba obtenida ilegalmente. *Revista Brasileira de Ciências Criminais*, São Paulo, ano 4. n. 15, p. 19-20, jul.-set., 1996.

⁵⁵ SENDRA, Vicente Gimeno. Op. cit., p. 189-190

Pilar Ladrón Tabuena⁵⁶ também advoga a necessidade de ser dado conhecimento imediato ao juiz ara que possa valorar a procedência de uma autorização específica.

João Ramos de Souza⁵⁷ cita julgado do Tribunal Europeu de Direitos Humanos no sentido de não se admitir como prova os chamados encontros fortuitos nos casos Huvig e Kruslin, em 1990, acrescentando que a Corte decidiu que não basta que se tenha autorização judicial, sendo necessária que a lei defina com precisão os limites e as modalidades das escutas.

Eloy Velasco Nuñez⁵⁸ citando o direito comparado aponta que na Alemanha os encontros fortuitos, valem tanto quanto a descoberta se refere aos sujeitos quanto a novos delitos, ainda que não estejam protegidos pelo mandamento judicial, sempre que se referirem aos crimes catalogados como possíveis de ser deferida a interceptação telefônica. Menciona também o direito italiano, especificamente o artigo 270 do CPP, já falado neste trabalho, que permite os encontros fortuitos somente quando tratar de crimes cuja prisão em flagrante é obrigatória. Arremata apontando a jurisprudência da Corte Suprema da Espanha, no famoso caso Naseiro, onde se decidiu que somente é válido o encontro fortuito se o órgão judicial competente tiver conhecimento do tema e ampliar a autorização seja objetiva, seja subjetivamente.

Na doutrina nacional a controvérsia impera.

Vicente Greco Filho⁵⁹ admite que sim, desde que seja um crime cuja a interceptação seja possível, ou seja, desde que punido com reclusão, e que guarde relação

⁵⁶ LADRÓN TABUENCA, Pilar. Op. cit., p. 70.

⁵⁷ SOUZA, João Ramos de. Escutas telefônicas em Estrasburgo: ativismo judicial do Tribunal Europeu dos Direitos Humanos. *Revista Trimestral Sub Judice, Justiça e Sociedade*. Portugal, n. 28, p. 48-49. abr.-set. 2004.

⁵⁸ VELASCO NUÑEZ, Eloy. Op. cit., p. 264

⁵⁹ GRECO FILHO, Vicente. *Interceptação telefônica: considerações sobre a Lei nº 9296, de 24 de julho de 1996*. São Paulo: Saraiva, 1996. p.21.

com o primeiro fato para que foi autorizada a interceptação telefônica, dando azo ao concurso de crimes, continência ou conexão.

César Dario Mariano Silva⁶⁰ indica ser admissível o encontro fortuito, bastando em seu entender, que seja um crime punido com reclusão.

Geraldo Prado⁶¹ admite a validade do encontro fortuito se relativo a crime punido com reclusão, cuja ação penal seja pública incondicionada, independente de conexão ou continência.

Luiz Flávio Gomes⁶² defende a validade do encontro fortuito sempre que houver conexão ou continência entre o fato investigado e o descoberto e desde que se trate de infração para a qual se admite a interceptação telefônica. Em sentido oposto, não seria válido o encontro fortuito em relação a fato não conexo ou em relação à terceira pessoa sem relação de nenhuma continência com o investigado valendo, em tal hipótese, a descoberta como verdadeira *notitia criminis*.

Luiz Vicente Cernicchiaro⁶³ opõe-se a tal entendimento alegando a prova colhida somente pode ser utilizada na hipótese mencionada no requerimento, sendo imprestável para outro procedimento ou outro inquérito.

Sérgio Pitombo⁶⁴ filia-se a esse entendimento, apontando que tal hipótese está desautorizada pela lei. Parece mesmo que tem razão, porquanto o anteprojeto

⁶⁰ SILVA, César Dario Mariano. *Provas ilícitas: princípio da proporcionalidade, interceptação e gravação telefônica, busca e apreensão, sigilo e segredo, confissão, Comissão Parlamentar de Inquérito e sigilo*. 3. ed. Rio de Janeiro: Forense, 2004. p. 56.

⁶¹ PRADO, Geraldo. Limite às interceptações telefônicas e a jurisprudência do Superior Tribunal de Justiça. Rio de Janeiro: Lúmen Juris, 2005. p. 63.

⁶² GOMES, Luiz Flávio; CERVINI, Raúl. *Interceptação telefônica: lei 9296, de 24.07.96*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1997. p. 194-195.

⁶³ CERNICCHIARO, Luiz Vicente. Lei 9.296/96: interceptação telefônica. *Boletim IBCCRIM*, São Paulo, n. 47, p. 3, out. 1996.

⁶⁴ PITOMBO, Sérgio Marcos de Moraes. Sigilo das comunicações: aspecto processual penal. *Boletim IBCCRIM*, São Paulo, n. 49, p. 7-8, dez. 1996.

de lei que tem por objetivo extirpar do mundo jurídico a lei 9296/96 expressamente prevê, agora, no artigo 16, a validade do encontro fortuito se houver conexão entre os crimes e tratar-se de um dos crimes que consta do rol permissivo do artigo 1º do anteprojeto.⁶⁵

Élio Wanderley de Siqueira Filho⁶⁶ aponta na mesma toada, lamentando a omissão legislativa.

Damásio de Jesus⁶⁷ delimita o encontro fortuito pelo objeto, chamando-o de novação do objeto da autorização e forma de *aberratio delicti* e, portanto, afirma que se a descoberta versar sobre objeto distinto daquele autorizado não se presta para a demonstração desse delito, pois a solicitação e a autorização que tratam os artigos 2º, parágrafo único, 4º e 5º exigem descrição pormenorizada da situação, devendo ser interpretadas restritivamente.

Diante deste cipoal de entendimentos divergentes, filia-se no presente trabalho ao posicionamento de que não é válido como prova o encontro fortuito, porque a lei exige a delimitação do objeto da investigação no parágrafo único do artigo 2º. Não é possível, portanto, que o magistrado determine a interceptação aleatoriamente, porque se faz mister a existência de fato determinado e indícios de autoria. Não nasce lícita, portanto, a descoberta aleatória. Aliás, é bom que se diga que no ordenamento jurídico pátrio o legislador escolheu como critério a autorização prévia da possibilidade de restrição ao direito fundamental. Sob pena de se banalizar a garantia constitucional, deve-se se interpretar a exceção constitucional restritivamente, embora se tenha conhecimento de que o Supremo Tribunal Federal vem admitindo a interceptação para os encontros fortuitos, utilizando-se da regra da conexão ou continência,

⁶⁵ Projeto de Lei: Sugestões do IBCCRIM para o Projeto de Interceptação Telefônica. Disponível em: <http://www.ibccrim.org.br>. Acesso em: 15 jul. 2005.

⁶⁶ SIQUEIRA FILHO, Élio Wanderley. Escuta telefônica: Comentários alei nº 9296/96. *Revista Forense*, São Paulo, v. 340, p. 105, out.-dez. 1997.

⁶⁷ JESUS, Damásio de. Op. cit., p. 467.

inclusive em se tratando de crimes punidos com detenção, o que é visto com espanto, por se tratar de uma burla ao artigo 2º, inciso III da Lei 9296/96.⁶⁸

Outro é o entendimento quanto à pessoa investigada. Já que a lei permite que a investigação seja encetada sem a identificação precisa quanto ao investigado, na hipótese de impossibilidade manifesta, é possível, neste caso, dar validade a descoberta do verdadeiro autor da infração penal ou mesmo do co-autor não investigado inicialmente não se tratando de hipótese de encontro fortuito, já que se procurava o autor de crime já determinado anteriormente.⁶⁹

5. Conclusão

Em tema de interceptação das comunicações telefônicas, o norte a ser seguido é o da inviolabilidade da intimidade como regra. Mesmo possibilitando a Constituição da República de 1988 ao magistrado, o deferimento de interceptação das comunicações telefônicas nas hipóteses previstas na lei 9296/96, é preciso destacar que tal medida extrema deve ser adotada somente em casos de estrita necessidade, ou seja, excepcionalmente.

Como forma de tutelar o direito fundamental a intimidade, o legislador infraconstitucional, bem ou mal, delineou as hipóteses de cabimento da interceptação das comunicações telefônicas, aduzindo que na decisão autorizadora deve o juiz delimitar o objeto da investigação, bem como a pessoa investigada, sendo possível quanto a esta última hipótese que a medida seja deferida sem a identidade completa do investigado, embora se saiba quem é, já que contra o mesmo pesam os indícios de autoria.

⁶⁸ STF. HC 83515/RS. rel. min. Nelson Jobim.

⁶⁹ Nesse sentido: STF. HC 78098, rel. min. Moreira Alves

Neste trabalho, se pretendeu advogar a tese de que, como manda o parágrafo único do artigo 2º da lei 9296/96, a investigação deve se ater ao objeto delimitado na decisão permissiva da interceptação telefônica. Tudo o mais que brote da investigação, porque não autorizado judicialmente será ilícito, porquanto desborda da decisão judicial, que é o limite para a investigação.

Quanto ao indivíduo a ser investigado, a decisão judicial deve também indicar quem se investiga, até porque contra este residem os indícios de autoria. Pode ser, todavia, que na hipótese de manifesta impossibilidade de qualificar o investigado se descubra o verdadeiro autor ou partícipe da infração penal, que já havia sido delimitada. Não há que se falar aqui em encontro fortuito, vez que já se investigava o crime, chegando-se, não por acaso, ao seu verdadeiro autor ou partícipe, sendo, portanto, válida a prova obtida, mesmo porque excepcionalmente autorizada pelo próprio artigo 2º, parágrafo único da lei 9296/96.

Neste contexto, o que se espera é que o direito fundamental seja respeitado, observando-se a lei de regência, que deve ser interpretada restritivamente, pois é exceção a regra constitucional, sob pena de se fazer letra morta o Pacto Fundamental.

Referências:

ADRIAN, Hurtado. El telefono como medio de investigacion en el processo penal. *Actualidad Penal*, Madrid, n. 9, p. 161-181, fev.-mar. 1994.

ANDRADE, Manuel da Costa. Sobre o regime processual penal das escutas telefônicas. *Revista Portuguesa de Ciência Criminal*, Portugal, n. 3, p. 369-408, jul.-set. 1991.

AVOLIO, Luiz Francisco Torquato. *Provas ilícitas: as interceptações telefônicas, ambientais e gravações clandestinas*. 3. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2003.

BARROSO, Luiz Roberto. *Interpretação e aplicação da constituição: fundamentos de uma dogmática constitucional transformadora*. 3. ed. São Paulo: Saraiva, 1999.

CARVALHO, Luiz Gustavo Grandinetti Castanho de. *O processo penal em face da Constituição*. 2. ed. Rio de Janeiro: Forense, 1998.

CASTRO, Julio César. Las intervenciones telefônicas y sus limites. *Ciencias Penales Contemporâneas Revista de Derecho Penal, Procesal Penal y Criminología*, Argentina, p. 231-245.

CERNICCHIARO, Luiz Vicente. Lei 9.296/96: interceptação telefônica. *Boletim IBCCRIM*, São Paulo, n. 47, p. 3, out. 1996.

FERNANDES, Antônio Scarance. A Lei de interceptação telefônica. In: PENTEADO, Jaques de Camargo Penteado (org.). *Justiça Penal n. 4: críticas e sugestões. Provas ilícitas e reforma pontual*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1997. p. 48-70.

GARCÍA, Luis M. La intervencion de las comunicaciones telefônicas y otras telecomunicaciones em el código procesal penal de la nacion: um cheque em blanco para espiar nuestra vida privada - 1ª parte. *Cuadernos de Doctrina y Jurisprudencia Penal*, Argentina, n. 6, p. 405-477.

GIMENO SENDRA, Vicente. Aspectos procesales y constitucionales más relevantes en los delitos relativos a drogas tóxicas y estupefacientes. *Delitos contra la salud pública y contrabandl*, Madri, v. 2, n. 13, p.175-201, 2000.

GOMES, Luiz Flávio; CERVINI, Raúl. *Interceptação telefônica: lei 9296, de 24.07.96*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1997.

GOMES FILHO, Antonio Magalhães. A violação do princípio da proporcionalidade pela Lei 9.296/96. *Boletim IBCCRIM*, São Paulo, n. 45, p. 14-15, ago. 1996.

GÓMEZ COLOMER, Juan-Luis. La intervención judicial de las comunicaciones telefónicas a la luz de la jurisprudencia. *Revista Jurídica da Cataluña*, Espanha, n. 1, p. 145-167, 1998.

GRECO FILHO, Vicente. *Interceptação telefônica: considerações sobre a Lei n. 9296, de 24 de julho de 1996*. São Paulo: Saraiva, 1996.

GRINOVER, Ada Pelegrini; FERNANDES, Antonio Scarance; GOMES FILHO, Antonio Magalhães. *As nulidades no processo penal*. 6. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1998.

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

_____. O regime brasileiro das interceptações telefônicas. *Revista CEJ*, Brasília, v. 1, n. 3, p. 131-141, set.-dez. 1997.

JESUS, Damásio Evangelista de. Interceptação de comunicações telefônicas: notas à lei 9.296, de 24.07.1996. *Revista dos Tribunais*, São Paulo, v. 735, p. 458-473, jan. 1997.

LADRÓN TABUENCA, Pilar. Las intervenciones telefónicas en el ordenamiento jurídico español: visión jurisprudencial. *La Ley Penal*, Espanha, n. 4, p. 65-76, abr. 2004.

MIRABETE, Julio Fabbrini. *Processo penal*. 8. ed. São Paulo: Atlas, 1998.

NERY JÚNIOR, Nelson. Proibição da prova ilícita: *novas tendências*. In: PENTEADO, Jaques de Camargo. *Justiça penal n. 4: críticas e sugestões: provas ilícitas e reforma pontual*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1997. p. 13-31.

PATRÍCIO, Marta. Sigilo das comunicações: uma análise comparada. *Revista Trimestral Sub Judice, Justiça e Sociedade*, Portugal, n. 15-16, p. 165-169, jun.-dez. 1999.

PITOMBO, Sérgio Marcos de Moraes. Sigilo das comunicações: aspecto processual penal. *Boletim IBCCrim*, São Paulo, n. 49, p. 7, dez. 1996.

PONTÓN MUNHOZ, Juan Carlos Sanchez. Procedimento legal para la intervención de comunicaciones provadas. *Iter Criminis*, México, n. 1, p. 201-212.

PRADO, Geraldo. *Limite às interceptações telefônicas e a jurisprudência do Superior Tribunal de Justiça*. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2005.

RAMIREZ, Maria Cecília. Protección de las comunicaciones telefónicas en Chile. In: MARTIN, Adán Nieto(coord.). *Homenaje al Dr. Marino Barbero Santos*. Cuenca: Universidad Salamanca, 2001. p. 531-550.

RANGEL, Paulo. Breves considerações sobre a Lei n. 9.296/96: interceptação telefônica. *Revista Forense*, São Paulo, v. 344, p. 217-224, out.-dez. 1998.

RANGEL, Ricardo Melchior de Barros. *A prova ilícita e a interceptação telefônica no direito processual penal brasileiro*. Rio de Janeiro: Forense, 2000.

RIBEIRO, Cristina. Escutas telefônicas: pontos de discussão e perspectiva de reforma, *Revista do Ministério Público*, Portugal, n. 96, p. 67-89, out.-dez. 2003.

RODRIGUEZ MARIN, Fernando . Los delitos de escuchas ilegales y el derecho a la intimidad. *Anuario de Derecho Penal y Ciencias Penales*, Madrid, t. 43, n. 1, p. 197-240, jan.-abr. 1990.

SERRANO MAÍLLO, Alfonso. Valor de las escuchas telefônicas como prueba em el sistema espanõl. Nulidad de la prueba obtenida ilegalmente. *Revista Brasileira de Ciências Criminais*, São Paulo, n. 15, p. 13-21, jul.-set. 1996.

SILVA, César Dario Mariano. *Provas ilícitas: princípio da proporcionalidade, interceptação e gravação telefônica, busca e apreensão, sigilo e segredo, confissão: Comissão Parlamentar de Inquérito e sigilo*. 3. ed. Rio de Janeiro: Forense, 2004.

SILVA FILHO, Gustavo Carvalho da; BONFIM NETO, Urbano Félix do. Provas ilícitas: com ênfase na interceptação telefônica. In: FARIA JÚNIOR, Cesar (coord.), *Processo penal especial*. São Paulo: Saraiva, 2001. p. 57-93.

SIQUEIRA FILHO, Élio Wanderley. Escuta telefônica: Comentários a lei n. 9296/96. *Revista Forense*, São Paulo, v. 340, p. 99-106, out.-dez. 1997.

SOUZA, João Ramos de. Escutas telefônicas em Estrasburgo: activismo judicial do Tribunal Europeu dos Direitos Humanos. *Revista Trimestral Sub Judice, Justiça e Sociedade*, Portugal, n. 28, p. 47-55, abr.-set. 2004.

STRECK, Lenio Luiz. *As interceptações telefônicas e os direitos fundamentais: a lei 9296/96 e seus reflexos processuais*. 2 ed. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2001.

VELASCO NUNEZ, Eloy. Presencias y ausencias (aspectos aclarados y discutidos) en materia de intervenciones telefonicas, en esfera de una regulacion parlamentaria del tema. *Actualidad Penal*, Madri, n . 18, p. 241-277, maio 1993.