



Escola da Magistratura do Estado do Rio de Janeiro

Interceptação telefônica e encontro fortuito de outros fatos ou pessoas

Daniel Raymundo da Matta

Rio de Janeiro

2013

DANIEL RAYMUNDO DA MATTA

Interceptação telefônica e encontro fortuito de outros fatos ou pessoas

Artigo Científico apresentado como exigência de conclusão do Curso de Pós-Graduação *Lato Sensu* da Escola de Magistratura do Estado do Rio de Janeiro.  
Professores Orientadores:  
Mônica Areal  
Néli Luiza C. Fetzner  
Nelson C. Tavares Junior

Rio de Janeiro

2013

## INTERCEPTAÇÃO TELEFÔNICA E ENCONTRO FORTUITO DE OUTROS FATOS OU PESSOAS

Daniel Raymundo da Matta

Graduado pelo Centro Universitário de Volta Redonda. Advogado.

**Resumo:** O sigilo das comunicações telefônicas é objeto de proteção pela Constituição Federal, pois se insere no gênero dos direitos à privacidade. Essa mesma Constituição, contudo, autoriza, em determinadas hipóteses, o afastamento dessa proteção, mediante autorização judicial, para a obtenção de prova destinada ao processo penal. Porém, mesmo que bem delimitado o objeto e o sujeito da interceptação telefônica no mandado judicial ocorre, por vezes, o encontro fortuito de outros fatos ou pessoas nele não abrangidos. Nesse contexto, tem o presente trabalho o objetivo de definir a validade, como meio de prova, do encontro fortuito de outros fatos ou pessoas na interceptação telefônica.

**Palavras-chave:** Direito Processual Penal. Interceptação telefônica. Encontro fortuito. Validade da prova.

**Sumário:** Introdução. 1. Interceptação na Constituição da República. 2. Lei n. 9.296/96: Abordagem Contextual e Marco Temporal de Validade das Interceptações. 3. Devido Processo Legal e Limites à Produção da Prova. 4. Autorização Judicial e Delimitação do Objeto e Sujeitos. 5. Encontro Fortuito de Outros Fatos ou Pessoas. 6. Posicionamento dos Tribunais Superiores sobre o Tema. Conclusão. Referências.

### INTRODUÇÃO

O trabalho ora proposto enfoca a temática do encontro fortuito de outros fatos ou pessoas no curso da interceptação telefônica, assim caracterizada como meio de prova no processo penal.

Para tanto, estabelece como premissa a necessária reflexão sobre o direito do Estado de realizar a persecução penal a fim de apurar a autoria e materialidade dos crimes e os limites

impostos ao exercício desse mister quando em confronto com o direito fundamental à privacidade e à inviolabilidade das comunicações.

O encontro fortuito de outros fatos ou pessoas no curso da interceptação telefônica remete a uma realidade que não se pode ignorar, pois não há como limitar, de antemão, o conteúdo das comunicações que serão gravadas. Assim, tem os agentes estatais, com grande frequência, conhecimento sobre conversas estranhas à autorização judicial, devendo os atores envolvidos, diante das informações obtidas, decidir sobre a sua validade, ou não.

Dessa forma, o trabalho tem por objetivo expor a colisão aparente entre direitos de envergadura constitucional, atento ao fato de que não há direitos absolutos estabelecidos na Constituição, de forma que a solução a ser obtida diante da colisão entre o direito à privacidade e o sigilo das comunicações, de um lado, e o direito à persecução penal exercida pelo Estado, de outro, deve ser orientada por critérios que não suprimam nenhum dos direitos em confronto.

Atento a essas premissas, devem ser bem delimitados os critérios utilizados para o aproveitamento dos fatos obtidos com a interceptação telefônica regularmente realizada, mas que revele a participação de pessoas ou o cometimento de crimes não especificados no mandado.

Utilizando a metodologia bibliográfica e jurisprudencial, parcialmente exploratória e qualitativa, pretende o presente trabalho explicitar a inexistência de direitos absolutos e os requisitos a que a autorização judicial para a interceptação telefônica deve observar; discorrer sobre o art. 5º, XII da CRFB/88 e sobre a Lei n. 9.296/96; Abordar as formas pelas quais a prova deve ser produzida, de forma a atender o princípio do devido processo legal e desconstruir o mito da verdade real; e sistematizar o posicionamento dos Tribunais sobre o tema.

## 1. INTERCEPTAÇÃO NA CONSTITUIÇÃO DA REPÚBLICA

A Constituição da República, no título relativo aos direitos e garantias fundamentais, estabelece, como corolário dos direitos à privacidade e do direito à liberdade de expressão o sigilo das comunicações<sup>1</sup>

O direito à privacidade, para parte da doutrina, é gênero, que abrange o direito à intimidade e à vida privada.

Paulo Branco<sup>2</sup>, ao tratar dessa categoria de direitos define que “o direito à privacidade teria por objeto os comportamentos e os acontecimentos atinentes aos relacionamentos pessoais em geral, às relações comerciais e profissionais que o indivíduo não deseja que se espalhem ao conhecimento público.”

Objetivando resguardar ao indivíduo um espaço livre de intromissões indevidas por parte do Estado e de particulares, para que a pessoa possa se desenvolver com certa liberdade, conclui o referido autor sobre o direito à privacidade: “A exposição diuturna de nossos erros, dificuldades e fracassos à crítica e à curiosidade permanentes de terceiros, e ao ridículo público mesmo inibiria toda tentativa de autossuperação<sup>3</sup>.”

A liberdade de expressão (direito do qual também decorre o direito ao sigilo das comunicações) abrange, segundo Paulo Branco<sup>4</sup>, “toda opinião, convicção, comentário, avaliação ou julgamento sobre qualquer assunto ou sobre qualquer pessoa, envolvendo tema de interesse público, ou não, de importância e de valor, ou não [...]”

---

<sup>1</sup> 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;

<sup>2</sup> MENDES, Gilmar Ferreira; COELHO, Inocêncio Mártires; BRANCO, Paulo G. Gonet. *Curso de Direito Constitucional*. 2. ed. São Paulo: Saraiva, 2008, p. 377.

<sup>3</sup> *Ibid.*, p. 378.

<sup>4</sup> *Ibid.*, p. 361

A liberdade de expressão está a salvo de ingerências indevidas por parte do Estado e de terceiros, apresentando-se, inclusive, como objeto de proteção pelo Poder Público, conferindo-se a seu titular a faculdade de invocar prestações materiais e jurídicas por parte do Estado.

O limite do direito à liberdade de expressão encontra-se no âmbito de proteção do próprio direito, pois, se do seu suposto exercício decorrer violação a outros direitos ou interesses de igual estatura essa forma de manifestação não será objeto de tutela, pois não estará inserida no âmbito de proteção contido no direito à liberdade de expressão.

Isso quer dizer que o direito à liberdade de expressão não alcança manifestações que causem lesão a outros direitos igualmente tutelados. Seu exercício regular supõe o respeito e consideração à ordem jurídica estabelecida e aos demais direitos por ela reconhecidos.

Uma hipótese de colisão com outros direitos ou interesses de mesma envergadura se apresenta no art. 5º, XII da CRFB/88, caso em que o legislador autorizou o afastamento da proteção do sigilo das comunicações para fins de investigação criminal ou instrução processual penal.

As comunicações telefônicas constituem uma das formas pelas quais a liberdade de expressão é exercida, podendo repercutir no direito à privacidade caso haja a relativização dessa proteção e sua conseqüente exposição.

Não obstante eventual controvérsia que possa surgir referente à compreensão daquilo que o constituinte pretendeu relativizar ao utilizar a expressão *salvo, no último caso*, contida no art. 5º, XII da CRFB/88, é certo que, por qualquer leitura que se faça do texto, o sigilo das comunicações telefônicas poderá ser mitigado, pois é a expressão imediatamente anterior à redação autorizativa.

Ainda que não houvesse essa expressa autorização, em termos de hermenêutica jurídica é corrente a afirmação de que não há direitos absolutos, admitindo-se que diante de

um conflito de direitos ou de uma colisão de interesses possa algum deles ser restringido (sem ser suprimido) para que o outro direito ou interesse em confronto prevaleça, de forma a solucionar o conflito que se apresenta no caso concreto. É o que propõe a aplicação do princípio da proporcionalidade ou razoabilidade.

Como forma de controle e delimitação ao exercício de direitos o princípio da proporcionalidade ou razoabilidade se apresenta como instrumento apto a desempenhar tal função, de forma a estabelecer os necessários contornos ao exercício regular de um direito, pois encerra proposição de caráter valorativo assentado na ideia de moderação, equidade e bom senso.

Diante da colisão aparente entre direitos fundamentais o princípio da proporcionalidade ou razoabilidade pode ser invocado como forma de solução. Assim, a preponderância de um direito fundamental sobre o outro somente se afigurará legítima se se ajustar às três fases ou subprincípios do princípio da razoabilidade ou proporcionalidade.

Assim, a restrição a um direito deve ser necessária, ou seja, não deve haver outro meio igualmente eficaz e menos gravoso para a sua concretização; a restrição deve, também, ser adequada, isto é, a medida adotada deve se apresentar idônea alcançar o bem da vida pretendido; por fim, a restrição deve ser proporcional em sentido estrito, isso quer dizer que o benefício auferido deve ser maior que o ônus imposto.

Atento a essas premissas o constituinte originário estabeleceu para o inciso XII do artigo 5º uma reserva legal qualificada, ou seja, não conferiu ao legislador ordinário a competência para a regulamentação dessa intervenção de forma genérica, tendo estabelecido parâmetros para tanto. Nos casos em que há uma reserva legal qualificada “a Constituição

remete para a lei apenas a delimitação de um aspecto específico do âmbito de um determinado direito fundamental, cabendo então à lei executar essa delimitação"<sup>5</sup>

Dessa forma, as hipóteses de relativização do sigilo das comunicações foram estabelecidas com o propósito de conciliar outros interesses, entre os quais está o direito à persecução penal, direito titularizado pelo Estado, que tem por fundamento conferir a necessária pacificação social, indispensável ao convívio harmonioso das pessoas em sociedade.

Não é outra, senão essa a razão de ser do Estado de Direito, “que se governa segundo a vontade geral racional e somente busca o que é melhor para todos”<sup>6</sup>, devendo o legislador orientar-se sempre imiscuído dessa premissa ao relativizar um direito fundamental em prol do interesse comum, sem se afastar, contudo, da noção de que embora uma democracia seja regida pela vontade da maioria, não se deve descuidar dos direitos das minorias, que independente de opções, preferências ou comportamentos, devem ser consideradas como pessoas cujo de respeito e consideração devem ser igualmente dispensados.

Por conta disso, não se justifica o desrespeito e a desconsideração de direitos fundamentais de determinadas pessoas, ainda que os ônus a elas impostos sejam inferiores aos benefícios auferidos por muitos.

A ética utilitarista de Kant não pode servir como fundamento para abolição de direitos fundamentais, de forma que o próprio princípio da proporcionalidade ou razoabilidade encontra limites na dignidade da pessoa humana, que entre outras, desempenha uma função de controle em relação à atuação Estatal.

Com esse desiderato foi editada pelo Congresso Nacional em 24 de julho de 1996 a Lei n. 9.296, objetivando conferir a necessária conformação ao exercício legítimo das

---

<sup>5</sup> AFONSO DA SILVA, Virgílio. *Os direitos fundamentais e a lei: a constituição brasileira tem um sistema de reserva legal?* Disponível em: <[http://www.teoriaedireitopublico.com.br/pdf/2009-Direitos\\_fundamentais\\_e\\_lei.pdf](http://www.teoriaedireitopublico.com.br/pdf/2009-Direitos_fundamentais_e_lei.pdf)>. Acesso em: 07 set. 2013.

<sup>6</sup> MENDES, op. cit., p. 42.

denominadas escutas telefônicas a serem utilizadas como instrumentos de investigação e como prova no processo penal.

## **2. LEI N. 9.296/96: ABORDAGEM CONTEXTUAL E MARCO TEMPORAL DE VALIDADE DAS INTERCEPTAÇÕES**

Por se tratar a interceptação telefônica de medida que se destina a afastar o direito ao sigilo das comunicações, estando sujeita à reserva legal qualificada, muito se discutiu sobre a eficácia do comando contido no art. 5º, XII da CRFB/88.

De acordo com a classificação formulada por José Afonso da Silva as normas constitucionais podem ser dotadas de eficácia plena, contida ou limitada.

As normas constitucionais de eficácia plena são aquelas que possuem aptidão para produzir efeitos desde logo, independente de posterior regulamentação; as normas constitucionais de eficácia contida são aquelas que embora sejam dotadas de aptidão para produzirem efeitos imediatamente (assim como as normas de eficácia plena), admitem que tenham sua abrangência restringida por norma infraconstitucional; por fim, as normas de eficácia limitada são aquelas que não possuem aptidão para produzirem efeitos de imediato, exigindo a edição de norma posterior integrativa.

A par de toda divergência posicionou-se o Supremo Tribunal Federal no sentido de que a norma constitucional que autoriza a “quebra” do sigilo das comunicações era dotada de eficácia limitada, mediata ou reduzida, exigindo, dessa forma a atuação conformativa do legislador ordinário.

Por conta disso, o Supremo Tribunal Federal firmou sua jurisprudência no sentido de que as interceptações telefônicas realizadas antes do advento da Lei n. 9.296/96 que passou a

regulamentar o art. 5º, XII, parte final, da CRFB/88, seriam tidas por inválidas, conforme acórdão abaixo transcrito que elucida qualquer dúvida.

EMENTA: HABEAS CORPUS. ACUSAÇÃO VAZADA EM FLAGRANTE DE DELITO VIABILIZADO EXCLUSIVAMENTE POR MEIO DE OPERAÇÃO DE ESCUTA TELEFÔNICA, MEDIANTE AUTORIZAÇÃO JUDICIAL. PROVA ILÍCITA. AUSÊNCIA DE LEGISLAÇÃO REGULAMENTADORA. ART. 5º, XII, DA CONSTITUIÇÃO FEDERAL. FRUITS OF THE POISONOUS TREE. O Supremo Tribunal Federal, por maioria de votos, assentou entendimento no sentido de que sem a edição de lei definidora das hipóteses e da forma indicada no art. 5º, inc. XII, da Constituição não pode o Juiz autorizar a interceptação de comunicação telefônica para fins de investigação criminal. Assentou, ainda, que a ilicitude da interceptação telefônica -- à falta da lei que, nos termos do referido dispositivo, venha a discipliná-la e viabilizá-la -- contamina outros elementos probatórios eventualmente coligidos, oriundos, direta ou indiretamente, das informações obtidas na escuta. Habeas corpus concedido.<sup>7</sup>

### **3. DEVIDO PROCESSO LEGAL E LIMITES À PRODUÇÃO DA PROVA**

A garantia do devido processo legal (art. 5º, LIV da CRFB/88) possui uma dupla acepção: formal e material. É desta acepção de caráter material ou substancial que se extrai o princípio da proporcionalidade ou razoabilidade.

A acepção formal tem seu âmbito de incidência direcionado preferencialmente ao processo, e “somente no âmbito das garantias do processo é que o devido processo legal assume uma amplitude inigualável e um significado ímpar como postulado que traduz uma série de garantias hoje devidamente especificadas e especializadas nas várias ordens jurídicas.”<sup>8</sup>

O devido processo legal não possui um caráter estático, ao revés, é dotado de conteúdo dinâmico, pois varia conforme o tempo e o contexto social, histórico, cultural, local,

---

7 BRASIL. Supremo Tribunal Federal. Habeas Corpus n. 73351/SP. Pacte.: Jose Pereira Da Rosa. Impte.: Marcos Roberto Alexander e Outro. Coator: Tribunal De Justiça Do Estado De São Paulo. Relator(a): Min. Ilmar Galvão. Julgamento: 09/05/1996. Órgão Julgador: Tribunal Pleno. Disponível em <<http://www.stf.jus.br/portal/jurisprudencia/listarJurisprudencia.asp?s1=%2873351%2EENUME%2E+OU+73351%2EACMS%2E%29&base=baseAcordaos&url=http://tinyurl.com/d7wmoz9>> Acesso em 09 set. 2013

<sup>8</sup> MENDES, op. cit., p. 639.

etc. O que antes se entendia como uma garantia inerente à pessoa no processo pode hoje não mais ser assim considerado, ou ainda, pode hoje algo ser considerado como uma garantia inerente a pessoa no processo que antes não tinha essa mesma consideração.

O devido processo legal, no âmbito penal, consiste na garantia conferida ao réu de ser processado e julgado conforme regras processuais previamente estabelecidas, de forma que não haja perseguições ou tratamentos privilegiados.

As provas a serem produzidas no processo penal devem observar o devido processo legal que desempenha, nesse momento, uma função ritual destinada a evitar o decisionismo dos juízes, pois ao estabelecer um procedimento predeterminado que confere às partes a faculdade de participar da construção do provimento jurisdicional, destinando-se à captura psíquica do julgador, legitima a jurisdição e reduz o campo do subjetivismo.

Aury Lopes Jr.<sup>9</sup> sustenta que o processo se destina à captura psíquica do julgador uma vez que “o juiz é um ignorante, pois ele ignora os fatos e necessita de alguém que tenha conhecimento do ocorrido (*cognitio*) para lhe permitir a reconhecimento”

A verdade não está no presente, situa-se no passado, e este, é impossível de ser capturado, conforme afirma Carnelutti<sup>10</sup>, para quem, “a verdade está no todo, não em parte; e o todo é demais para nós”.

É por isso que ao definir como o objetivo do processo penal a descoberta da verdade material comete-se um grande equívoco, pois o real só existe no presente e o crime é um fato passado, histórico, impossível de ser apreendido.

Diante disso Luigi Ferrajoli<sup>11</sup> considera a verdade processual como uma verdade aproximativa, eventual ou incerta quanto à correspondência com a verdade material.

---

<sup>9</sup> LOPES JR, Aury. *Direito Processual Penal*. 9. ed. São Paulo: Saraiva, 2012, p. 572.

<sup>10</sup> CARNELUTTI, *apud* LOPES JR., p. 571.

<sup>11</sup> FERRAJOLI, *apud* LOPES JR., p. 568.

Em nome da verdade material as práticas inquisitivas mais bárbaras e atrozes foram instituídas e legitimadas, tais como os suplícios e as ordálias. Com esse desiderato o mundo mergulhou na era das trevas e por lá permaneceu por mais de quatrocentos anos.

O sistema acusatório deve superar os abusos e a utilização de técnicas ou instrumentos violadores da dignidade da pessoa humana, pois os sujeitos do processo devem ser considerados como seres dotados de dignidade em si mesmos.

Dessa forma, os poderes instrutórios do juiz e a produção das provas pelas partes devem star sujeitas a limites, apresentando-se como óbice a própria dignidade humana que não admite seja violada em nome de uma pseudo busca da verdade.

No sistema acusatório, portanto, a verdade não é o pilar do processo, mas sim o respeito às regras preestabelecidas no momento de produção da prova, que conferem validade e legitimidade aos atos praticados e a própria decisão judicial que será dada ao final.

Lapidar é a concisão trazida pelo Professor Aury Lopes Jr.<sup>12</sup>, cuja citação será transcrita na íntegra:

Em suma, o processo penal tem uma finalidade retrospectiva, em que, através das provas produzidas em contraditório, pretende-se criar condições para a atividade recognitiva do juiz acerca de um fato passado. As partes buscam sua captura psíquica (para mantê-lo em crença), sendo que o saber decorrente do conhecimento desse fato legitimará o poder contido na sentença. Ou seja, o poder do juiz não precisa da verdade para se legitimar, até porque, sendo ela contingencial, caso a sentença não corresponda à “verdade”, o poder seria ilegítimo. E isso não ocorre, porquê? Porque a legitimidade da decisão é dada pela estrita observância do contraditório e das regras do devido processo penal ao longo do ritual judiciário, e não em nome de uma (pseudo) verdade nem sempre possível de ser obtida.

#### **4. AUTORIZAÇÃO JUDICIAL E DELIMITAÇÃO DO OBJETO E SUJEITOS**

De acordo com a doutrina “entende-se por interceptação a captação da conversa por um terceiro, sem o consentimento dos interlocutores ou com o conhecimento de um só deles.

---

<sup>12</sup> LOPES JR, op. cit., p. 576.

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.”<sup>13</sup>

O art. 5º, XII da CRFB/88 e a Lei n. 9.296/92 que a ele confere regulamentação, dispõem apenas acerca das interceptações telefônicas.

Diversamente do que ocorre em outros ordenamentos jurídicos, a exemplo da Itália e Espanha, o afastamento do direito fundamental ao sigilo das comunicações, no Brasil, exige seja sempre precedido de autorização judicial, conforme art. 5º, XII da CRFB/88 e art. 1º, *caput* e 3º da Lei n. 9.296/92<sup>14</sup>.

Naqueles países é possível, de forma excepcional e em casos de urgência, que outras autoridades possam proceder à interceptação, sujeitando-se a medida à posterior confirmação judicial.

Essa forma de controle judicial prévio insere-se naquilo que se denomina de postulado da reserva constitucional de jurisdição. Confira o trecho do voto proferido pelo Ministro Celso de Mello no julgamento do MS 23.452/RJ<sup>15</sup>:

[...] o postulado da reserva constitucional de jurisdição importa em submeter, à esfera única de decisões dos magistrados, a prática de determinados atos cuja realização, por efeito de explícita determinação constante no próprio texto da Carta Política, somente pode emanar do juiz, e não de terceiros, inclusive daqueles a quem se haja eventualmente atribuído o exercício de “poderes de investigação próprio das autoridades judiciais.”

---

<sup>13</sup> GRINOVER, Ada Pellegrini, GOMES FILHO, Antonio Magalhães, FERNANDES, Antonio Scarance. *As nulidade no processo penal*. 11. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, p. 164.

<sup>14</sup> 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. Art. 3º A interceptação das comunicações telefônicas poderá ser determinada pelo juiz, de ofício ou a requerimento. BRASIL. Lei n. 9.296, de 24 jul. 1996. Disponível em: <[http://www.planalto.gov.br/ccivil\\_03/leis/19296.htm](http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/19296.htm)> Acesso em: 09 set. 2013.

<sup>15</sup> BRASIL. Supremo Tribunal Federal. Mandado de Segurança n. 23.452/RJ. Impte.: Luiz Carlos Barretti Junior. Advdos.: Manoel Messias Peixinho e outros. Impdo.: Presidente da Comissão Parlamentar De Inquérito. Relator(a): Min. Celso De Mello. Julgamento: 16/09/1999. Órgão Julgador: Tribunal Pleno. Disponível em <<http://www.stf.jus.br/portal/jurisprudencia/listarJurisprudencia.asp?s1=%2823452%2E+OU+23452%2EACMS%2E%29&base=baseAcordaos&url=http://tinyurl.com/bdpjxqf>> Acesso em 09 set. 2013

Por conta disso, nem mesmo as CPIs instaladas no âmbito do Congresso Nacional, a que a Constituição da República conferiu poderes de investigação próprio das autoridades judiciais (art. 58, §3º da CRFB/88), poderão determinar a interceptação das comunicações dos investigados.

Dispõe o art. 5º da lei em comento que a decisão judicial será fundamentada, sob pena de nulidade. Esse dispositivo apresenta-se ajustado ao disposto no art. 93, IX da CRFB/88.

A fundamentação das decisões é necessária e indispensável para o controle da legalidade e legitimidade das decisões. Por isso, deve indicar as premissas sob as quais se assenta a decisão, ou seja, os motivos de fato que levaram o juiz a autorizar a medida.

Além disso, deverá o magistrado descrever com clareza a situação objeto da investigação com a indicação e qualificação dos investigados, salvo impossibilidade manifesta, conforme determina o art. 2º, parágrafo único da Lei n. 9.296/96.

O art. 2º da Lei ao invés de disciplinar as hipóteses de cabimento da medida, de forma a restringir a sua utilização (uma vez que o sigilo das comunicações é a regra e o seu afastamento apresenta-se como exceção), preferiu utilizar-se de uma técnica negativa, elencando os casos em que a medida não se mostrará cabível.

Por se tratar de medida de natureza cautelar os pressupostos de admissibilidade inerentes a todas as medidas cautelares deverão ser preenchidos, quais sejam, o *fumus boni iuris* e o *periculum in mora*.

A interceptação *contra legem* traz consequências penais ao autor do fato, conforme art. 10 da Lei que tipificou a conduta de realizar a interceptação telefônica sem autorização judicial ou com objetivos não autorizados.

Embora as gravações ambientais e gravações clandestinas diferenciem-se entre si, na medida em que estas consistem na gravação da conversa por um dos sujeitos sem o

consentimento do outro, ambas não estão abarcadas pelo autorizativo constante na Lei n. 9.296/96, sendo, a priori, inválidas, pois não passaram pelo necessário crivo judicial da medida, não se admitindo, em regra, a sua posterior confirmação.

A priori, gravar a própria conversa não constitui ilícito civil ou penal, apenas a divulgação sem o consentimento da outra parte é que configura um ilícito.

De acordo com Luiz Francisco Torquato Avolio nesse ponto, a tutela penal se dirige a um segundo momento do direito à intimidade, qual seja, o direito à reserva. Enquanto o direito ao segredo (*segretzza*, ou “direito ao respeito da vida privada”) está em impedir que a atividade de terceiro se dirija a desvendar as particularidades da *privacy* alheia, o direito à reserva (*riservatezza* ou “direito à privacidade”) surge, sucessivamente, em prol da defesa da pessoa contra a divulgação de notícias particulares legitimamente conhecidas pelo divulgador.<sup>16</sup>

Assim, a divulgação da conversa obtida mediante a gravação clandestina ou ambiental é, *a priori*, ilícita. Contudo, a doutrina vem indicando que “a justa causa pode descaracterizar a ilicitude quando a prova for usada em defesa dos direitos violados ou ameaçados de quem gravou e divulgou a conversa”<sup>17</sup>.

O Supremo Tribunal Federal também vem admitindo a gravação clandestina destinada a fazer prova, em juízo ou em inquérito, a favor de quem a gravou.<sup>18</sup>

Nesse sentido, decidiu a Suprema Corte que é lícita a gravação ambiental realizada por câmera instalada em garagem da casa pelo próprio proprietário, com a finalidade de identificar o autor de danos em seu automóvel.<sup>19</sup>

<sup>16</sup> AVOLIO Luiz Francisco Torquato. *Provas ilícitas: interceptação telefônica, ambientais e gravações clandestinas*. 4. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2010, p. 127.

<sup>17</sup> GRINOVER, op. cit., p. 186.

<sup>18</sup> BRASIL. Supremo Tribunal Federal. Recurso Extraordinário n. 23.452/PR. Recte(s): Ministério Público Federal. Recdo.(a/s): Davi Makarasky. Adv.(a/s): Luiz Eduardo Da Silva. Relator(a): Min. Cezar Peluso. Julgamento: 02/12/2008. Órgão Julgador: Segunda Turma. Disponível em <<http://www.stf.jus.br/portal/jurisprudencia/listarJurisprudencia.asp?s1=%28402717%20ENUME%2E+OU+402717%2EACMS%2E%29&base=baseAcordaos&url=http://tinyurl.com/b6rw4gd>> Acesso em 09 set. 2013

Pode-se concluir que quando a gravação realizada estiver amparada por alguma causa excludente de ilicitude, tal como a legítima defesa ou o estado de necessidade, será considerada válida, podendo, pois, ser admitida como prova no processo.

## **5. ENCONTRO FORTUITO DE OUTROS FATOS OU PESSOAS**

A delimitação específica dos sujeitos e objetos da investigação repercutem diretamente na validade dos resultados obtidos mediante a utilização da interceptação telefônica, que, como dito, supõe a prévia autorização judicial.

Por conta disso, não se admite a concessão de ordem genérica para a realização do expediente destinado à captação da conversa, sem a indicação inicial e individualizada dos suspeitos.

A individualização dos suspeitos e do objeto da interceptação objetiva impedir abusos na utilização da medida, de forma a que seja utilizada sem a adequada apreciação da sua necessidade, de acordo com o princípio da proporcionalidade e o atendimento aos requisitos legais constantes do art. 2º da Lei 9.96/96.

Não obstante os cuidados exigidos pelo constituinte originário e pelo legislador ordinário, pode ocorrer, na realização da diligência devidamente especificada pelo juiz, no que tange ao(s) objeto(s) e sujeito(s), a captura de fatos ou pessoas diversas daquelas inicialmente mencionadas na ordem judicial.

Trata a questão do denominado encontro fortuito de outros fatos ou pessoas.

Esse encontro fortuito recebe o nome de serendipidade. “Trata-se de um neologismo que significa algo como sair em busca de uma coisa e descobrir outra (ou outras), às vezes até

---

<sup>19</sup> BRASIL. Supremo Tribunal Federal. Habeas Corpus n. 84.203/RS. Pacte.: Eduardo Luis Garcia De Oliveira. Impte.: Maurício Michaelsen e outro. Coator: Superior Tribunal Militar. Relator(a): Min. Celso De Mello. Julgamento: 19/10/2004. Órgão Julgador: Segunda Turma. Disponível em <<http://redir.stf.jus.br/paginadorpub/paginador.jsp?docTP=AC&docID=603031>> Acesso em 09 set. 2013

mais interessante e valiosa. Vem do inglês serendipity (de acordo com o Dicionário Houaiss), onde tem o sentido de descobrir coisas por acaso.”<sup>20</sup>

A pergunta que se faz diante desse quadro é: qual é a solução a ser dada no que diz respeito à validade desses informes que nem sempre coincidirão com o pedido realizado e a ordem inicialmente concedida?

Deve o Estado, embora ciente dos fatos, desconsiderá-los, ou então, admiti-los como prova no processo penal, sem qualquer restrição?

A questão é altamente controvertida na doutrina nacional e estrangeira.

Na Espanha, segundo Luiz Flávio Gomes e Flávio Maciel, exige-se a conexão entre as situações. Diante disso, impõe-se delimitar o grau de conexão necessário para que a prova seja admitida como válida, sem se descuidar da correlata fundamentação da medida, em que se deve constar o objeto e o sujeito a serem investigados.

Na Itália admite-se qualquer encontro fortuito, sem restrição, senão ao fato de que a situação descoberta tenha conexão com algum crime cuja prisão seja obrigatória.

No direito pátrio a situação não é menos complexa.

De acordo com Luiz Flávio Gomes e Silvio Maciel<sup>21</sup>, quatro são as situações que podem originar o encontro fortuito de outros fatos ou pessoas:

a) é autorizada interceptação para apuração de determinado crime, praticado por determinada pessoa (ou determinadas pessoas) e são descobertos outros crimes praticados por essa mesma pessoa (ou mesmas pessoas);

b) é autorizada interceptação para apuração de determinado crime, praticado por determinada pessoa; é descoberto apenas o crime pretendido, mas o envolvimento de outras pessoas, coautoras ou partícipes desse crime (continência);

---

<sup>20</sup> SIQUEIRA, Ethevaldo, apud. GOMES, Luiz Flávio; MACIEL, Silvio, p. 106.

<sup>21</sup> GOMES, Luiz Flávio; MACIEL, Silvio. *Interceptação telefônica: comentários à Lei 9.296 de 24.07.1996*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2011, p. 107.

c) é autorizada interceptação para apuração de determinado crime, praticado por determinada pessoa; são descobertos apenas os crimes pretendidos, mas o envolvimento de outras pessoas, coautoras ou partícipes dessas mesmas infrações (ou de algumas delas) (conexão ou continência);

d) é autorizada interceptação para apuração de determinado crime, praticado por determinada pessoa; é descoberto outro crime praticado por outra pessoa (que eventualmente utilizou a linha telefônica interceptada) ou outros crimes praticados por outras pessoas.

Para Luiz Flávio Gomes e Flávio Maciel<sup>22</sup> o aproveitamento da medida como prova no processo penal será admitida na primeira hipótese desde que os fatos descobertos sejam conexos com a situação descrita na ordem judicial autorizativa. Caso não haja essa conexão a interceptação servirá apenas como *noticia criminis*.

No segundo e terceiro casos a descoberta será válida, pois os crimes são os mesmos e as pessoas acidentalmente descobertas aparecem em uma relação de conexão com as infrações objeto de interceptação.

No último caso, por ter sido descoberto fato ou pessoa diverso do objeto da interceptação, a prova não será considerada válida, podendo apenas ser utilizada como *noticia criminis* para nova investigação.

Para Lênio Streck, a informação fortuitamente obtida terá validade sempre que tiver relação com o fato investigado.

Para corroborar sua ideia, destaque-se a realidade das grandes empreitadas criminosas, nas quais será muito difícil, senão impossível, prever logo de início todas as gamas de atividades ilícitas, muita das vezes reunidas numa rede complexa de ligações, situações, circunstâncias, práticas e táticas criminosas.

---

<sup>22</sup> GOMES, Luiz Flávio; MACIEL, Silvio. *Interceptação telefônica: comentários à Lei 9.296 de 24.07.1996*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2011, p. 110.

Arremata o autor quanto aos fatos novos não conexos à apuração inicial no sentido de não descartar a sua utilidade, pois poderá ter relevância para novas investigações ou outras interceptações por conta da presença do *fumus boni iuris*, desde que tais informes digam respeito à infrações graves para as quais a interceptação seja cabível (crimes apenados com reclusão, não se admitindo que se trate de contravenções penais).

Damásio de Jesus<sup>23</sup>, diversamente, entende que o encontro fortuito não é válido como prova em nenhuma hipótese.

Para Greco Filho<sup>24</sup> são válidas as conversas interceptadas em que pessoas acidentalmente gravadas tenham envolvimento com o crime investigado, ainda que não estejam elencadas inicialmente no pedido ou na autorização judicial.

Contudo, Greco Filho admite a validade dos fatos fortuitamente descobertos, desde que o delito praticado pela pessoa que teve acidentalmente gravada sua conversa esteja no rol dos crimes que autoriza a adoção da referida medida e que o crime seja conexo ao crime originariamente investigado.

Assim, conclui Greco Filho<sup>25</sup> sobre a impossibilidade de se definir de antemão todos os fatos ou pessoas relacionadas à mesma prática delituosa:

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 prévio de os aspectos que envolve (aliás, se fosse conhecido 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.

Não obstante ter o Estado tido conhecimento sobre um fato criminoso ou de um crime praticado por determinada pessoa, não poderá aproveitá-lo para fundamentar uma

---

<sup>23</sup> JESUS, Damásio, apud GOMES, Luiz Flávio; MACIEL, Silvio, p. 101.

<sup>24</sup> GRECO FILHO, Luiz Vicente. *Interceptação telefônica: considerações sobre a Lei 9.96, de 24 de julho de 1996*. 2. ed. rev. São Paulo: Saraiva, 2005. p. 19-23.

<sup>25</sup> *Ibid.*, p. 21-22.

condenação sem a observância dos pressupostos legais e constitucionais correlatos, sob pena de violar direitos e garantias fundamentais duramente conquistadas ao longo da história da civilização.

Os direitos fundamentais relacionados à privacidade servem de contenção ao abuso do poder estatal.

Os preceitos legais estabelecidos pelo legislador ordinário também servem como limitações ao atuar dos agentes públicos conferindo, em favor das pessoas, a defesa necessária à consecução das liberdades públicas.

Para que o Estado afaste as liberdades individuais no desempenho de seu mister relacionado à persecução penal, sem que essa atuação seja configurada como um ato ilícito, porque arbitrária, deve observar estritamente as regras estatuídas, que conferem conformação ao princípio do devido processo legal (art. 5º, LIV da CRFB/88), que, por sua vez, decorre imediatamente do Estado democrático de direito (art. 1º, caput da CRFB/88).

Atento a essas premissas Luiz Flávio Gomes e Flávio Maciel<sup>26</sup> arrematam o raciocínio:

O direito tem regras, tem formas (que fazem parte do chamado devido processo legal). Quando essas regras não são observadas o produto produzido (ou encontrado) não tem valor jurídico. A opinião pública, que confia tanto na eficácia das leis penais, fica muito frustrada quando o réu, por problemas técnico-jurídicos, fica impune. Mas é assim que às vezes funciona o Direito, que não constitui um instrumento absoluto para a realização do valor da justiça.

## **6. POSICIONAMENTO DOS TRIBUNAIS SUPERIORES SOBRE O TEMA**

O Supremo Tribunal Federal tem admitido a validade das provas obtidas fortuitamente no curso da interceptação telefônica regularmente autorizada, desde que haja

---

<sup>26</sup> GOMES, op. cit., p. 111.

conexão com fato ou com o sujeito investigado, ainda que o crime fortuitamente descoberto seja apenado com detenção, conforme acórdãos abaixo transcritos.

EMENTA: AGRAVO REGIMENTAL EM AGRAVO DE INSTRUMENTO. INTERCEPTAÇÃO TELEFÔNICA LICITAMENTE CONDUZIDA. ENCONTRO FORTUITO DE PROVA DA PRÁTICA DE CRIME PUNIDO COM DETENÇÃO. LEGITIMIDADE DO USO COMO JUSTA CAUSA PARA OFERECIMENTO DE DENÚNCIA. AGRAVO REGIMENTAL DESPROVIDO. 1. O Supremo Tribunal Federal, como intérprete maior da Constituição da República, considerou compatível com o art. 5º, XII e LVI, o uso de prova obtida fortuitamente através de interceptação telefônica lícitamente conduzida, ainda que o crime descoberto, conexo ao que foi objeto da interceptação, seja punido com detenção. 2. Agravo Regimental desprovido.<sup>27</sup>

EMENTA: HABEAS CORPUS. INTERCEPTAÇÃO TELEFÔNICA. PRAZO DE VALIDADE. ALEGAÇÃO DE EXISTÊNCIA DE OUTRO MEIO DE INVESTIGAÇÃO. FALTA DE TRANSCRIÇÃO DE CONVERSAS INTERCEPTADAS NOS RELATÓRIOS APRESENTADOS AO JUIZ. AUSÊNCIA DE CIÊNCIA DO MINISTÉRIO PÚBLICO ACERCA DOS PEDIDOS DE PRORROGAÇÃO. APURAÇÃO DE CRIME PUNIDO COM PENA DE DETENÇÃO.

[...] 5. Uma vez realizada a interceptação telefônica de forma fundamentada, legal e legítima, as informações e provas coletas dessa diligência podem subsidiar denúncia com base em crimes puníveis com pena de detenção, desde que conexos aos primeiros tipos penais que justificaram a interceptação. Do contrário, a interpretação do art. 2º, III, da L. 9.296/96 levaria ao absurdo de concluir pela impossibilidade de interceptação para investigar crimes apenados com reclusão quando forem estes conexos com crimes punidos com detenção. Habeas corpus indeferido.<sup>28</sup>

HABEAS CORPUS. DIREITO PROCESSUAL PENAL. INTERCEPTAÇÃO TELEFÔNICA. ÚNICO MEIO DE PROVA VIÁVEL. PRÉVIA INVESTIGAÇÃO. DESNECESSIDADE. INDÍCIOS DE PARTICIPAÇÃO NO CRIME SURTIDOS DURANTE O PERÍODO DE MONITORAMENTO. PRESCINDIBILIDADE DE DEGRAVAÇÃO DE TODAS AS CONVERSAS. INOCORRÊNCIA DE ILEGALIDADE. ORDEM DENEGADA. 1. Na espécie, a interceptação telefônica era o único meio viável à investigação dos crimes levados ao conhecimento da Polícia Federal, mormente se se levar em conta que as negociações das vantagens indevidas solicitadas pelo investigado se davam eminentemente por telefone. 2. É lícita a interceptação telefônica, determinada em decisão judicial fundamentada, quando necessária, como único meio de prova, à apuração de fato delituoso. Precedentes. 3. O monitoramento do terminal telefônico da paciente se deu no

<sup>27</sup> BRASIL. Supremo Tribunal Federal. Agravo Regimental no Agravo de Instrumento n. 626.214/MG. Agte.(s): Wanderley Salgado De Paiva Oliveira. Agdo.(a/s): Ministério Público Do Estado de Minas Gerais. Relator(a): Min. Joaquim Barbosa. Julgamento: 21/09/2010. Órgão Julgador: Segunda Turma. Disponível em <<http://redir.stf.jus.br/paginadorpub/paginador.jsp?docTP=AC&docID=615361>> Acesso em 05 Out. 2013

<sup>28</sup> BRASIL. Supremo Tribunal Federal. Habeas Corpus n. 83.515/RS. Pacte.(s): Juarez Marin e outros. Coator(a/s)(es): Superior Tribunal De Justiça. Relator(a): Min. Nelson Jobim. Julgamento: 16/09/2004. Órgão Julgador: Tribunal Pleno. Disponível em <<http://redir.stf.jus.br/paginadorpub/paginador.jsp?docTP=AC&docID=79377>> Acesso Em 05 Out. 2013

contexto de gravações telefônicas autorizadas judicialmente, em que houve menção de pagamento de determinada porcentagem a ela, o que consiste em indício de sua participação na empreitada criminosa. 4. O Estado não deve quedar-se inerte ao ter conhecimento da prática de outros delitos no curso de interceptação telefônica legalmente autorizada. 5. É desnecessária a juntada do conteúdo integral das gravações das escutas telefônicas realizadas nos autos do inquérito no qual são investigados os ora Pacientes, pois basta que se tenham degravados os excertos necessários ao embasamento da denúncia oferecida, não configurando, essa restrição, ofensa ao princípio do devido processo legal. Precedentes. 6. Writ denegado.<sup>29</sup>

O Superior Tribunal de Justiça, não possui a uniformização esperada em relação aos seus acórdãos no que tange à validade das conversas gravadas no curso da interceptação telefônica que digam respeito a pessoas ou fatos estranhos à decisão judicial que autorizou a medida.

Por vezes, vem se posicionando o referido tribunal em consonância do que dispõe a doutrina majoritária, para admitir a validade do encontro fortuito, desde que haja relação de conexão ou continência com a pessoa ou com o fato objeto de investigação.

AGRAVO REGIMENTAL - INDÍCIOS DE CRIME, EM TESE, COMETIDO POR DESEMBARGADOR DE TRIBUNAL DE JUSTIÇA - DECLÍNIO DE COMPETÊNCIA PARA ESTA CORTE - OBSERVÂNCIA - DESMEMBRAMENTO DO FEITO - ARTIGO 80, CPP - FASE INQUISITORIAL - POSSIBILIDADE - PRESERVAÇÃO E VIABILIZAÇÃO DAS INVESTIGAÇÕES CONTRA OS INVESTIGADOS SEM FORO POR PRERROGATIVA DE FUNÇÃO, SOB PENA DE PREJUÍZO PARA AS INVESTIGAÇÕES - VERIFICAÇÃO - RATIFICAÇÃO DO QUE SE PRODUZIU NA ORIGEM, NESSE INTERREGNO - AGRAVO REGIMENTAL IMPROVIDO. [...] II - Sobreleva destacar que, em consonância com autorizada doutrina e, especialmente, com a jurisprudência dos Tribunais superiores, é lícita a prova de crime diverso, obtida por meio de interceptação de ligações telefônicas de terceiro (este compreendido como aquele que se comunicou com o investigado ou que utilizou a linha telefônica monitorada), não mencionado na autorização judicial de escuta, desde que relacionada (é dizer, que exista conexão ou continência) com o fato criminoso objeto da investigação; [...]<sup>30</sup>

<sup>29</sup> BRASIL. Supremo Tribunal Federal. Habeas Corpus n. 105.527/DF. Pacte.(S): Adriana Barros Ferraz. Coator(a/s)(es): Superior Tribunal De Justiça. Relator(a): Min. Ellen Gracie. Julgamento: 29/03/2011. Órgão Julgador: Segunda Turma. Disponível em <<http://redir.stf.jus.br/paginadorpub/paginador.jsp?docTP=TP&docID=1158841>> Acesso Em 05 Out. 2013

<sup>30</sup> BRASIL. Superior Tribunal de Justiça. Agravo Regimental no Inquérito 743/MG. Relator(A): Min. MASSAMI UYEDA. Julgamento: 17/08/2011. Órgão Julgador: Corte Especial. Disponível em <[http://www.stj.jus.br/SCON/jurisprudencia/toc.jsp?tipo\\_visualizacao=null&processo=743&b=ACOR&thesaurus=JURIDICO](http://www.stj.jus.br/SCON/jurisprudencia/toc.jsp?tipo_visualizacao=null&processo=743&b=ACOR&thesaurus=JURIDICO)> Acesso Em 05 Out. 2013

No mesmo sentido:

HABEAS CORPUS. PROCESSUAL PENAL. PRISÃO PREVENTIVA. AUSÊNCIA DOS REQUISITOS AUTORIZADORES. REVOGAÇÃO DA PRISÃO CAUTELAR. PERDA DO OBJETO. PROVA. ESCUTA TELEFÔNICA. ILICITUDE. INEXISTÊNCIA. MINISTÉRIO PÚBLICO. LEGITIMIDADE.

1. Constatada a revogação da prisão preventiva do ora Paciente, resta esvaído parte do objeto do presente writ, que visava ao reconhecimento de constrangimento ilegal pela manutenção da prisão cautelar.

2. 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.<sup>31</sup>

De outras vezes o Superior Tribunal de Justiça não se exige sequer a conexão entre o fato investigado e aquele descoberto fortuitamente no curso da interceptação telefônica para conferir validade a estes elementos colhidos.

PENAL E PROCESSUAL PENAL. HABEAS CORPUS SUBSTITUTIVO DE RECURSO ORDINÁRIO. ART. 288 DO CÓDIGO PENAL. INÉPCIA DA DENÚNCIA OFERECIDA EM DESFAVOR DOS PACIENTES BASEADA EM MATERIAL COLHIDO DURANTE A REALIZAÇÃO DE INTERCEPTAÇÃO TELEFÔNICA PARA APURAR A PRÁTICA DE CRIME DIVERSO. ENCONTRO FORTUITO. NECESSIDADE DE DEMONSTRAÇÃO DA CONEXÃO ENTRE O CRIME INICIALMENTE INVESTIGADO E AQUELE FORTUITAMENTE DESCOBERTO.

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.

Habeas corpus denegado.<sup>32</sup>

<sup>31</sup> BRASIL. Superior Tribunal de Justiça. Habeas Corpus n. 33.553/CE. Relator(A): Min. LAURITA VAZ. Julgamento: 17/03/2005. Órgão Julgador: Quinta Turma. Disponível em <[https://ww2.stj.jus.br/revistaelectronica/ita.asp?registro=200400152006&dt\\_publicacao=11/04/2005](https://ww2.stj.jus.br/revistaelectronica/ita.asp?registro=200400152006&dt_publicacao=11/04/2005)> Acesso Em 05 Out. 2013

<sup>32</sup> BRASIL. Superior Tribunal de Justiça. Habeas Corpus n. 69.552/PR. Relator(A): Min. FELIX FISCHER. Julgamento: 06/02/2007. Órgão Julgador: Quinta Turma. Disponível em

No mesmo sentido:

PROCESSUAL PENAL. AGRAVO REGIMENTAL NO AGRAVO EM RECURSO ESPECIAL. CRIME MILITAR. ALEGADA AUSÊNCIA DE ELEMENTOS PROBATÓRIOS APTOS A EMBASAR A CONDENAÇÃO. NECESSIDADE DE REEXAME DO ACERVO PROBATÓRIO. VEDAÇÃO DA SÚMULA 7/STJ. INTERCEPTAÇÃO TELEFÔNICA. PRÁTICA DE CRIME DIVERSO. ENCONTRO FORTUITO. LEGALIDADE. AGRAVO NÃO PROVIDO.

[...] 2. Por outro vértice, "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."

3. Agravo regimental não provido.<sup>33</sup>

Percebe-se com isso que a jurisprudência no Superior Tribunal de Justiça apresenta-se vacilante quanto ao tema, merecendo maior aprofundamento e uniformização, para conferir maior segurança aos ditos operadores do direito e aos próprios réus de ações penais contra os quais tem sido utilizadas provas derivadas do encontro fortuito quase que exclusivamente como fundamentação para às condenações.

## CONCLUSÃO

O presente artigo teve por objetivo abordar a temática do encontro fortuito de outros fatos ou pessoas no curso da interceptação telefônica e a correspondente controvérsia sobre a

---

<[https://ww2.stj.jus.br/revistaelectronica/ita.asp?registro=200602419935&dt\\_publicacao=14/05/2007](https://ww2.stj.jus.br/revistaelectronica/ita.asp?registro=200602419935&dt_publicacao=14/05/2007)> Acesso Em 05 Out. 2013

<sup>33</sup> BRASIL. Superior Tribunal de Justiça. Agravo Regimental no Agravo em Recurso Especial n. 233.305/RS. Relator(A): Min. JORGE MUSSI. Julgamento: 25/06/2013. Órgão Julgador: Quinta Turma. Disponível em <[https://ww2.stj.jus.br/revistaelectronica/ita.asp?registro=201201997183&dt\\_publicacao=01/08/2013](https://ww2.stj.jus.br/revistaelectronica/ita.asp?registro=201201997183&dt_publicacao=01/08/2013)> Acesso Em 05 Out. 2013

validade, ou não, como meio de prova daquilo que fora descoberto por meio dos expedientes regularmente empregados.

Ao abordar as normas constitucionais pertinentes ao tema pôde-se concluir que o direito à privacidade não é absoluto, admitindo-se a sua relativização quando em confronto com outros direitos ou valores de estatura constitucional, tendo o próprio constituinte estabelecido a hipótese de flexibilização do direito por meio de uma reserva legal qualificada.

Contudo, observou-se que a relativização do direito ao sigilo das comunicações - espécie de direito integrante do gênero dos direito à privacidade - careceria de norma infraconstitucional a ser elaborada pelo legislador ordinário, de forma a conferir a necessária conformação ao exercício da interceptação telefônica, de forma que a validade das interceptações realizadas devem obedecer o marco temporal estabelecido pela Lei n. 9.296, publicada em 24 de julho de 1996.

Além de observar o marco temporal estabelecido pela Lei n. 9.296/96 – pois antes de sua edição as interceptações telefônicas realizadas foram consideradas inválidas pelo Supremo tribunal Federal – a prova realizada por esse instrumento deveria também observar o procedimento estabelecido para a sua produção, pois no Estado Democrático de Direito não só as pessoas devem seguir as normas jurídicas elaboradas pelo povo, mas também o próprio Estado que, no desempenho de seu mister, encontra limitação nos direitos fundamentais e na ordem jurídica vigente.

Assim, a atuação estatal para ser considerada válida e a prova produzida ser considerada lícita e apta a integrar o processo a que se destina, exige-se que a interceptação telefônica seja autorizada pela autoridade judicial competente, mediante decisão fundamentada, e que o(s) objeto(s) e o(s) sujeito(s) seja(m) especificamente delimitados, afim de que se possa realizar o necessário controle sobre a medida.

Não obstante a necessária especificação do sujeito e objeto, viu-se que comumente se obtém no curso da interceptação o conhecimento sobre fatos ou pessoas não abrangidas pela medida e que a validade desse encontro fortuito tem sido objeto de controvérsia tanto na doutrina, quanto na jurisprudência.

Entre autores que não admitem a validade do encontro fortuito sob nenhuma hipótese e entre aqueles que admitem a sua validade sob qualquer aspecto, parece ser mais sensato o posicionamento que exige, para a validade da prova a relação de conexão entre os fatos ou pessoas inicialmente investigados e aqueles fortuitamente descobertos.

Entretanto, constatou-se que o posicionamento dos tribunais superiores sobre a matéria é um tanto vacilante, pois ainda não observa a sua necessária uniformização, de modo a se estabelecer parâmetros seguros para a interpretação e aplicação da norma aos casos concretos.

## REFERÊNCIAS

AFONSO DA SILVA, Virgílio. *Os direitos fundamentais e a lei: a constituição brasileira tem um sistema de reserva legal?* Disponível em: <[http://www.teoriaedireitopublico.com.br/pdf/2009-Direitos\\_fundamentais\\_e\\_lei.pdf](http://www.teoriaedireitopublico.com.br/pdf/2009-Direitos_fundamentais_e_lei.pdf)>. Acesso em: 07 set. 2013.

AVOLIO Luiz Francisco Torquato. *Provas ilícitas: interceptação telefônica, ambientais e gravações clandestinas*. 4. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2010

BRASIL. Lei n. 9.296, de 24 jul. 1996. Disponível em: <[http://www.planalto.gov.br/ccivil\\_03/leis/19296.htm](http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/19296.htm)> Acesso em: 09 set. 2013.

BRASIL. Superior Tribunal de Justiça. Agravo Regimental no Agravo em Recurso Especial n. 233.305/RS. Relator(A): Min. JORGE MUSSI. Julgamento: 25/06/2013. Órgão Julgador: Quinta Turma. Disponível em <[https://ww2.stj.jus.br/revistaeletronica/ita.asp?registro=201201997183&dt\\_publicacao=01/08/2013](https://ww2.stj.jus.br/revistaeletronica/ita.asp?registro=201201997183&dt_publicacao=01/08/2013)> Acesso Em 05 Out. 2013

BRASIL. Superior Tribunal de Justiça. Agravo Regimental no Inquérito 743/MG. Relator(A): Min. MASSAMI UYEDA. Julgamento: 17/08/2011. Órgão Julgador: Corte Especial. Disponível em

<[http://www.stj.jus.br/SCON/jurisprudencia/toc.jsp?tipo\\_visualizacao=null&processo=743&b=ACOR&thesaurus=JURIDICO](http://www.stj.jus.br/SCON/jurisprudencia/toc.jsp?tipo_visualizacao=null&processo=743&b=ACOR&thesaurus=JURIDICO)> Acesso Em 05 Out. 2013

BRASIL. Superior Tribunal de Justiça. Habeas Corpus n. 33.553/CE. Relator(A): Min. LAURITA VAZ. Julgamento: 17/03/2005. Órgão Julgador: Quinta Turma. Disponível em <[https://ww2.stj.jus.br/revistaelectronica/ita.asp?registro=200400152006&dt\\_publicacao=11/04/2005](https://ww2.stj.jus.br/revistaelectronica/ita.asp?registro=200400152006&dt_publicacao=11/04/2005)> Acesso Em 05 Out. 2013

BRASIL. Superior Tribunal de Justiça. Habeas Corpus n. 69.552/PR. Relator(A): Min. FELIX FISCHER. Julgamento: 06/02/2007. Órgão Julgador: Quinta Turma. Disponível em <[https://ww2.stj.jus.br/revistaelectronica/ita.asp?registro=200602419935&dt\\_publicacao=14/05/2007](https://ww2.stj.jus.br/revistaelectronica/ita.asp?registro=200602419935&dt_publicacao=14/05/2007)> Acesso Em 05 Out. 2013

BRASIL. Supremo Tribunal Federal. Agravo Regimental no Agravo de Instrumento n. 626.214/MG. Agte.(s): Wanderley Salgado De Paiva Oliveira. Agdo.(a/s): Ministério Público Do Estado de Minas Gerais. Relator(a): Min. Joaquim Barbosa. Julgamento: 21/09/2010. Órgão Julgador: Segunda Turma. Disponível em <<http://redir.stf.jus.br/paginadorpub/paginador.jsp?docTP=AC&docID=615361>> Acesso em 05 Out. 2013

BRASIL. Supremo Tribunal Federal. Habeas Corpus n. 105.527/DF. Pacte.(S): Adriana Barros Ferraz. Coator(a/s)(es): Superior Tribunal De Justiça. Relator(a): Min. Ellen Gracie. Julgamento: 29/03/2011. Órgão Julgador: Segunda Turma. Disponível em <<http://redir.stf.jus.br/paginadorpub/paginador.jsp?docTP=TP&docID=1158841>> Acesso Em 05 Out. 2013

BRASIL. Supremo Tribunal Federal. Habeas Corpus n. 73351/SP. Pacte.: Jose Pereira Da Rosa. Impte.: Marcos Roberto Alexander e Outro. Coator: Tribunal De Justiça Do Estado De São Paulo. Relator(a): Min. Ilmar Galvão. Julgamento: 09/05/1996. Órgão Julgador: Tribunal Pleno. Disponível em <<http://www.stf.jus.br/portal/jurisprudencia/listarJurisprudencia.asp?s1=%2873351%2ENUME%2E+OU+73351%2EACMS%2E%29&base=baseAcordaos&url=http://tinyurl.com/d7wmoz9>> Acesso em 09 set. 2013

BRASIL. Supremo Tribunal Federal. Habeas Corpus n. 83.515/RS. Pacte.(s): Juarez Marin e outros. Coator(a/s)(es): Superior Tribunal De Justiça. Relator(a): Min. Nelson Jobim. Julgamento: 16/09/2004. Órgão Julgador: Tribunal Pleno. Disponível em <<http://redir.stf.jus.br/paginadorpub/paginador.jsp?docTP=AC&docID=79377>> Acesso Em 05 Out. 2013

BRASIL. Supremo Tribunal Federal. Habeas Corpus n. 84.203/RS. Pacte.: Eduardo Luis Garcia De Oliveira. Impte.: Maurício Michaelsen e outro. Coator: Superior Tribunal Militar. Relator(a): Min. Celso De Mello. Julgamento: 19/10/2004. Órgão Julgador: Segunda Turma. Disponível em <<http://redir.stf.jus.br/paginadorpub/paginador.jsp?docTP=AC&docID=603031>> Acesso em 09 set. 2013

BRASIL. Supremo Tribunal Federal. Mandado de Segurança n. 23.452/RJ. Impte.: Luiz Carlos Barretti Junior. Advdos.: Manoel Messias Peixinho e outros. Impdo.: Presidente da Comissão Parlamentar De Inquérito. Relator(a): Min. Celso De Mello. Julgamento: 16/09/1999. Órgão Julgador: Tribunal Pleno. Disponível em <<http://www.stf.jus.br/portal/jurisprudencia/listarJurisprudencia.asp?s1=%2823452%2ENUME%2E+OU+23452%2EACMS%2E%29&base=baseAcordaos&url=http://tinyurl.com/bdpjxqf>> Acesso em 09 set. 2013

BRASIL. Supremo Tribunal Federal. Recurso Extraordinário n. 23.452/PR. Recte.(s): Ministério Público Federal. Recdo.(a/s): Davi Makarausky. Adv.(a/s): Luiz Eduardo Da Silva. Relator(a): Min. Cezar Peluso. Julgamento: 02/12/2008. Órgão Julgador: Segunda Turma. Disponível em

<<http://www.stf.jus.br/portal/jurisprudencia/listarJurisprudencia.asp?s1=%28402717%2E%2E+OU+402717%2EACMS%2E%29&base=baseAcordaos&url=http://tinyurl.com/b6rw4gd>> Acesso em 09 set. 2013

GOMES, Luiz Flávio; MACIEL, Silvio. *Interceptação telefônica: comentários à Lei 9.296 de 24.07.1996*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2011

GRECO FILHO, Luiz Vicente. *Interceptação telefônica: considerações sobre a Lei 9.96, de 24 de julho de 1996*. 2. ed. rev. São Paulo: Saraiva, 2005.

GRINOVER, Ada Pellegrini, GOMES FILHO, Antonio Magalhães, FERNANDES, Antonio Scarance. *As nulidade no processo penal*. 11. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais

LOPES JR, Aury. *Direito Processual Penal*. 9. ed. São Paulo: Saraiva, 2012

MENDES, Gilmar Ferreira; COELHO, Inocêncio Mártires; BRANCO, Paulo G. Gonet. *Curso de Direito Constitucional*. 2. ed. São Paulo: Saraiva, 2008