

Rogério Nemeti. Advogado em São Paulo. Pós-Graduado em Direito Penal e Processo Penal pela FMU/SP. Pós-Graduado em Direito Penal Econômico pela Faculdade de Direito da Universidade de Coimbra. Mestrando em Direito Penal Pela PUC/SP.

INTERCEPTAÇÃO TELEFÔNICA – DESCOBRIMENTO FORTUÍTO DE CRIME APENADO COM DETENÇÃO

Durante interceptação telefônica judicialmente autorizada para apuração de infração penal apenada com reclusão, identificou-se terceira pessoa que, juntamente com o alvo da interceptação, teria praticado outro crime, apenado com detenção.

Ocorre, entretanto, que este fato não era objeto da investigação que se fazia por meio da aludida interceptação telefônica.

A descoberta desse novo fato foi, portanto, ocasional, ou, na expressão comumente utilizada pela doutrina e pela jurisprudência, fortuita. É a chamada descoberta fortuita ou conhecimento fortuito.

O Professor e Desembargador fluminense GERALDO PRADO diz que “*chama-se encontro fortuito a informação obtida em interceptação telefônica que traga indicações (indiciárias ou não) acerca de infração penal distinta da que estava sendo investigada pela mencionada via.*” (Limite às Interceptações Telefônicas e a

Jurisprudência do Superior Tribunal de Justiça, Ed. Lumen Juris, Rio de Janeiro, 2005, p. 59).

E, no caso, a questão que se apresenta é a seguinte: a interceptação telefônica judicialmente autorizada para apurar crime apenado com reclusão, pode ser utilizada como meio de prova para embasar denúncia por outro crime, este apenado com detenção, cujo conhecimento fortuitamente chegou aos ouvidos da autoridade policial?

A resposta é desenganadamente negativa. Vejamos:

Assim dispõe o art. 2º da Lei nº 9.296/1996:

“Não será admitida a interceptação de comunicações telefônicas quando ocorrer qualquer das seguintes hipóteses:

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

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

III – **o fato investigado constituir infração penal punida, no máximo, com pena de detenção**.” (Grifos nossos).

Como visto, o dispositivo supra transcrito enumera as hipóteses em que é vedada a interceptação de comunicações telefônicas como meio de prova para a investigação criminal e para a instrução processual penal. Destaca-se, na hipótese, o caso de tratar-se de infração cuja pena seja de detenção. Ou seja, a interceptação telefônica só pode ser utilizada para apuração de fato punível com pena de reclusão.

Não se desconhece, é bem verdade, que a interceptação tinha por objeto, de início, crime apenado com pena de reclusão, o que, sob este enfoque, reveste de legalidade a medida.

Ocorre, todavia, que conquanto se visava apurar crime apenado com pena de reclusão, veio a se decobrir, ocasionalmente, outro fato em tese criminoso, este apenado com, no máximo, detenção.

E, neste caso, a teor do que dispõe o inc. III, do art. 2º, da Lei nº 9.296/1996, a interceptação não é válida como meio de prova, não podendo, pois, ser utilizada nem na fase policial, nem tampouco na instrução processual, tratando-se de prova ilícita que não pode ser utilizada.

A doutrina não se divorcia deste entendimento. Vejamos:

GERALDO PRADO (*Limite às Interceptações Telefônicas e a Jurisprudência do Superior Tribunal de Justiça*, Ed. Lumen Juris, Rio de Janeiro, 2005, p. 59/61), ao discorrer sobre o tema, assim preleciona:

“Chama-se **encontro fortuito** a informação obtida em interceptação telefônica que traga indicações (indiciárias ou não) acerca de **infração penal distinta da que estava sendo investigada** pela mencionada via. Alguns autores procuram fixar critérios para a validade dessa prova, recorrendo ao direito estrangeiro para, por exemplo, postular a conexão ou continência como exigências impostergáveis.

(...)

No caso das interceptações telefônicas acontecerá a mesma coisa, com duas ressalvas. **A interceptação não é admitida para a prova de infrações penais não punidas com reclusão.** Ou seja, partindo do pressuposto de que a Constituição da República pode instituir fontes autônomas de justificação para determinados comportamentos e não admitir a justificação de outros, por critérios que os constituintes julgaram razoáveis, o legislador ordinário cumpriu sua missão reguladora e estabeleceu que **as informações derivadas de interceptação só servem como prova de crimes punidos com reclusão.** Assim, **MUITO EMBORA A INFORMAÇÃO SOBRE O CRIME PUNIDO COM DETENÇÃO EXISTA** (ou sobre a contravenção penal ou ainda acerca da infração penal de menor potencial ofensivo) **E TENHA SIDO OBTIDA DE MODO LÍCITO, POIS A INTERCEPTAÇÃO ESTAVA AUTORIZADA POR JUIZ CRIMINAL, ESTA INFORMAÇÃO NÃO SERÁ VÁLIDA COMO PROVA DESSAS INFRAÇÕES E NÃO PODERÁ SERVIR DE BASE PARA A CONDENAÇÃO.**” (Grifos nossos).

VICENTE GRECO FILHO (*Interceptação telefônica, Considerações sobre a Lei n. 9.296, de 24 de julho de 1996, Ed. Saraiva, 2ª edição, 2ª tiragem, São paulo, 2006, p.35/38*), também ao discorrer sobre o tema do descobrimento fortuito por meio de interceptação telefônica legalmente autorizada, afirma o seguinte:

“Outra hipótese é a de surgirem **fatos criminosos diferentes daquele que fundamentou a interceptação**, como, por exemplo, se, investigando-se tráfico de drogas, verifica-se a participação em seqüestro. **Poderia a gravação feita ser utilizada como prova desses fatos?**

Entendemos que sim, desde que a infração possa ser ensejadora de interceptação, ou seja, não se encontre entre as proibições do art. 2º e desde que seja fato relacionado com o primeiro, ensejando concurso de crimes, continência ou conexão.

(...)

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

É certo que, no momento em que a interceptação foi autorizada, não se tinha o requisito dos indícios razoáveis da autoria da infração conexa ou em concurso, mas a interceptação incide sobre as pessoas, é uma exceção ao resguardo da intimidade, de modo que, uma vez legitimamente autorizada em face de alguém em virtude de fato criminoso, admite sua utilização em outros delitos (PUNIDOS COM RECLUSÃO) relacionados com o primeiro.” (Grifos nossos).

LUIZ FLÁVIO GOMES (*Interceptação telefônica e encontro fortuito de outros fatos. Boletim IBCCRIM. São Paulo, n.51, p. 06, fev. 1997*), comunga da seguinte opinião:

“O ‘critério da conexão’ é perfeitamente válido em nosso ‘ius positum’. Aliás, em virtude das peculiaridades de nosso direito, urge falar-se em conexão ou continência. Tudo porque nosso Código de Processo Penal faz essa distinção, nos artigos 76 e 77. Se o fato objeto do ‘**encontro fortuito**’ é conexo ou tem relação de

continência (concurso formal) com o fato investigado, é válida a interceptação telefônica como meio probatório, inclusive quanto ao fato extra descoberto, E DESDE QUE SE TRATE DE INFRAÇÃO PARA A QUAL SE ADMITA INTERCEPTAÇÃO (ART. 2º, INC. III). Exemplo: autorização dada para a investigação de um tráfico de entorpecente; descobre-se fortuitamente um homicídio, em conexão teleológica. De outra parte, se se descobre o envolvimento de outra pessoa no crime investigado (de tal forma a caracterizar a continência do art. 77), também é válido tal meio probatório. Nessas duas hipóteses, em suma, a transcrição final da captação feita vale legitimamente como meio probatório e serve para afetar ('enervar') o princípio da presunção de inocência." (Grifos nossos).

ADA PELLEGRINI GRINOVER, ANTONIO MAGALHÃES GOMES FILHO e ANTONIO SCARANCE FERNANDES, na clássica e indispensável obra *As Nulidades no Processo Penal* (11ª ed., RT, São Paulo, 2010, p. 175), prelecionam que:

“... à falta de maiores esclarecimentos, certamente surgirá na prática a dúvida a respeito de a prova obtida mediante interceptação telefônica, autorizada para investigação ou processo relativo a determinada infração penal, poder, ou não, ser utilizada em investigação ou processo instaurado por fatos diversos. **Trata-se do conhecimento fortuito de outros fatos, ocasionado pela interceptação lícita.**

A falta, na lei brasileira, de um rol taxativo de infrações em que se admite a interceptação dificulta a solução do problema. Mas

o juiz poderá guiar-se pelo mesmo critério indicado na alínea b *supra* (a gravidade da infração penal), para, também, com base no direito comparado, adotá-lo para **o aproveitamento do resultado da interceptação** em processo ou investigação diversos daquele para o qual a ordem foi dada, **DESDE QUE ATINENTE A CRIME DE IGUAL OU MAIOR GRAVIDADE.**” (Grifos nossos).

Como se nota, se a infração penal descoberta ao acaso, diversa daquela que era o objeto primário da interceptação, não for punida com reclusão, o fato, embora conhecido das autoridades, não poderá ser perseguido criminalmente pelo Estado, ante a ilicitude do meio probatório.

Assim, é incorreto afirmar que o requisito de crime apenado com reclusão para a realização de interceptação telefônica somente é exigível no início desta, não sendo este requisito exigível para outros achados no curso dos trabalhos. Conforme demonstrou-se acima, **somente se o encontro fortuito for apenado com reclusão é que a prova poderá ser utilizada.**

É evidente que **a interceptação telefônica utilizada originariamente para buscar crime apenado com reclusão, mais gravoso, não pode ser utilizada como meio de prova quanto a crime de menor ofensividade, apenado com detenção.**

Trata-se, pois, de prova ilícita.

Há, entretanto, corrente doutrinária mais flexível, que admite a utilização da prova obtida por meio da interceptação, se o crime descoberto for punido com detenção, **desde que este crime, cuja descoberta se deu ocasionalmente, seja conexo com aquele que era o**

objeto da investigação, para elucidação do qual a interceptação foi judicialmente autorizada.

Eis a interpretação que vem sendo dada à espécie pelos Tribunais Superiores:

“Tratando-se da alegada ilicitude da prova, cumpre esclarecer que, de acordo com a melhor doutrina, 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.**” (STJ, HC 33.462 – DF, Rel. MIN. LAURITA VAZ, J. 27/09/2005 – grifos nossos).

“Assim, se no curso da escuta telefônica – deferida para a apuração de delitos punidos exclusivamente com reclusão – **são descobertos outros CRIMES CONEXOS com aqueles, punidos com detenção**, não há porque excluí-los da denúncia, ainda mais diante da possibilidade da existência de outras provas hábeis a embasar futuras condenações, do que não se perquire por ora.” (STJ, RO em HC nº 13.274 – RS, Rel. MIN. GILSON DIPP, DJ 29/09/2003 – grifos nossos).

“Se a excuta telefônica – repito, executada de forma legal – acabou por trazer novos elementos

probatórios de outros crimes que não geraram o pleito das gravações, especialmente **quando são conexos**, podem e devem ser levados em consideração. De outra forma, nunca seria possível a interceptação telefônica para a investigação de crimes apenados com reclusão **quando forem estes conexos** com crimes punidos com detenção. Além disso, **na análise de crimes conexos a fundamentação e o embasamento probatório de um crime aproveita outro, já que se tratam de crimes a partir de iguais práticas ou ainda delitos que englobam outros.**” (STF, HC 83.515/RS, Rel. MIN. NELSON JOBIM, DJ 04/03/2005 – grifos nossos).

“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 licitamente conduzida, ainda que **o crime descoberto, CONEXO ao que foi objeto da interceptação**, seja punido com detenção. (...) Com efeito, no precedente invocado pela Agravante (HC 83.515, rel. Min. NELSON JOBIM, plenário, DJ 4/3/2005), o Ministro NELSON JOBIM assentou seu entendimento no sentido de ‘ser plenamente constitucional a utilização de material de interceptação telefônica para embasar a denúncia dos crimes apenados com pena de reclusão e os

crimes que, **embora sejam punidos com detenção, sejam conexos àqueles.**” (STF, Ag. Reg. No Ag. de Instrum. nº 626.214/MG, Rel. MIN. JOAQUIM BARBOSA, J. 21/09/2010 – (grifos nossos).

Como se vê, os arestos acima colacionados são claros em apontar para a legalidade da prova colhida fortuitamente em interceptação telefônica judicialmente autorizada para apuração da prática de crime punido com pena de reclusão, dos crimes que, embora sejam punidos com pena de detenção, sejam conexos com aqueles outros.

Não há dúvidas que a **conexão** entre o crime objeto da interceptação (necessariamente punido com reclusão) e a infração ocasionalmente descoberta, punida com detenção, é condição *sine qua nom* para a validade da prova e sua consequente utilização no processo penal.

Contrário sensu, **se o crime cuja descoberta se deu aleatoriamente, isto é, não era objeto da interceptação telefônica, estiver totalmente divorciado do contexto fático que envolve o delito principal, não sendo com este conexo, a prova da infração secundária não poderá ser utilizada para embasar a acusação, mormente tratando-se de crime cuja pena seja de detenção.**

Num dos julgados acima referido (HC 83.515, STF) já se delineou o que se chama de crimes conexos, podendo-se extrair que

nos “*crimes conexos a fundamentação e o embasamento probatório de um crime aproveita outro, já que se tratam de crimes a partir de iguais práticas ou ainda delitos que englobam outros.*”

Quanto às hipóteses em que se configura conexão entre crimes, DAMÁSIO EVANGELISTA DE JESUS (*Direito Penal, 1º vol., Parte Geral, Ed. Saraiva, p. 189/190*) ensina que:

“... pode acontecer que exista um liame, um nexó entre os delitos. Nesse caso, fala-se em crimes conexos. Assim, o sujeito pode cometer uma infração para ocultar outra. Então, não temos delitos independentes, pois estão ligados por um liame subjetivo.

(...)

Há conexão teleológica (ou ideológica) quando **um crime é praticado para assegurar a execução de outro.** (...)

Existe conexão consequencial (ou causal) quando **um crime é cometido para assegurar a ocultação, a impunidade ou vantagem de outro.**

(...)

A conexão é ocasional quando **um crime é cometido por ocasião da prática de outro.** Ex.: subtração das jóias da vítima estuprada.” (Grifos nossos).

Se, de outro lado, a análise da conexão se der à luz das regras processuais, também não haverá que se falar em liame entre os delitos.

GUSTAVO HENRIQUE RIGHI IVAHY BADARÓ (*Direito Processual Penal, Tomo I, Ed. Elsevier, Rio de Janeiro, 2008, p. 131*) ao discorrer sobre o tema da conexão, estudando a regra contida no art. 76 do Código de Processo Penal, aduz o seguinte:

“O inciso I do art. 76 do CPP trata da conexão intersubjetiva, que, por sua vez, pode ocorrer em três hipóteses: (1) por simultaneidade, quando **‘duas ou mais infrações houverem sido praticadas, ao mesmo tempo, por várias pessoas reunidas’** (...); (2) por concurso, se **‘duas ou mais infrações houverem sido praticadas por várias pessoas em concurso, embora diverso o tempo e o lugar’** (...); (3) por reciprocidade, na hipótese de **duas ou mais infrações houverem ‘sido praticadas por várias pessoas, umas contra as outras’** (...)

Já o inciso II trata da denominada conexão objetiva, quando **‘duas ou mais infrações houverem sido praticadas para facilitar ou ocultar as outras, ou para conseguir impunidade ou vantagem em relação a qualquer delas’** (...)

Finalmente o inciso III define a conexão instrumental ou teleológica, **‘quando a prova de uma infração ou de qualquer de suas circunstâncias elementares influir na prova de outra infração’.**” (Grifos nossos).

Assim, para que haja conexão entre os delitos, devem estar presentes as seguintes situações: os crimes devem ter sido praticados ao mesmo tempo, por várias pessoas reunidas; os dois crimes devem ter sido praticados por várias pessoas em concurso; ambas as

infrações devem ter sido praticadas por várias pessoas, umas contra as outras; o crime subsequente deve ter sido praticado para facilitar ou ocultar, ou ainda para garantir a impunidade ou vantagem do crime anterior; por fim, a prova de um dos crimes deve ter o condão de influir na prova do outro, **guardando, portanto, em todos os casos relação de similitude entre ambos, seja do ponto de vista fático, seja do ponto de vista probatório.**

E mais: se a interceptação telefônica não pode ser utilizada como prova, as demais provas porventura produzidas a partir de tal interceptação também não podem ser utilizadas. É o que se convencionou chamar de prova ilícita por derivação.

ADA PELLEGRINI GRINOVER, ANTONIO MAGALHÃES GOMES FILHO e ANTONIO SCARANCE FERNANDES (*As Nulidades no Processo Penal, 11ª ed., RT, São Paulo, 2009, p. 132*) ensinam que:

“... provas ilícitas por derivação’, ou seja, àquelas provas, em si mesmas lícitas, mas a que se chegou por intermédio da informação obtida pela prova ilicitamente colhida.

O Supremo Tribunal Federal, mesmo antes da promulgação da Constituição de 1988, havia sinalizado para a adoção da teoria dos frutos da árvore envenenada quando, contra o voto do relator, concluíra não apenas pelo desentranhamento das gravações clandestinas, mas também pelo trancamento do inquérito policial, por inexistirem nos autos elementos não-viciados pela contaminação da prova ilícita (RTJ 122/47). Em julgados posteriores à Constituição, após alguma incerteza, o Supremo

aderiu, por maioria, à tese dos frutos da árvore venenosa, considerando **contaminadas pelo vício de ilicitude derivada as provas alcançadas a partir do conhecimento de fatos apurados por força da prova ilícita.**” (Grifos nossos).

GUSTAVO HENRIQUE RIGHI IVAHY BADARÓ (*Direito Processual Penal, Tomo I, Ed. Elsevier, Rio de Janeiro, 2008, p. 207*) ao discorrer sobre o tema, aduz o seguinte:

“A prova ilícita por derivação é uma prova que, em si mesma, é lícita, mas que somente foi obtida por intermédio de informações ou elementos decorrentes de uma prova ilicitamente obtida. (...)

A posição mais razoável e que melhor garante os direitos individuais é aquela que reconhece que **a ilicitude da obtenção da prova transmite-se às provas derivadas, que, igualmente, devem ser consideradas inadmissíveis no processo.** Não se pode admitir a utilização da prova ilícita por derivação, sob pena de burlar a própria inadmissibilidade da prova ilícita. É necessário, portanto, admitir um **efeito reflexo da prova ilícita, que atinge as provas – em si lícitas – que dela derivam.**” (Grifos nossos).

Desta forma, ainda que se considere válida a prova derivada da interceptação, quanto ao crime apenado com detenção, esta prova não teria valor algum, não podendo ser utilizada no processo, na medida em que somente foi obtida a partir de fatos descobertos por meio da interceptação telefônica, que, como visto linhas acima, é medida imprópria para fazer prova em relação a tal delito.

Nem se diga que vai nisso uma indevida restrição à tão propalada busca da verdade material.

Como explica ANTONIO MAGALHÃES GOMES FILHO (*Direito à prova no processo penal. São Paulo: RT, 1996, p. 102*), citando a posição da jurisprudência alemã:

“... no Estado de Direito, existem limites intransponíveis à busca da verdade processual: não é nenhum princípio da ordenação processual que a verdade tenha de ser investigada a todo preço; o objetivo de esclarecimento e punição dos crimes é, seguramente, do mais elevado significado; mas ele não pode representar sempre, nem sob todas as circunstâncias, o interesse prevalente do Estado.” (Grifos nossos).

A investigação criminal e a produção da prova deve se desenvolver dentro dos limites legais, observando os critérios fixados por estes. Afinal, como bem ensina JORGE FIGUEIREDO DIAS (*Direito Processual Penal, Coimbra: Coimbra Editora, 1974. V. 1, p. 193-194*):

“... a verdade material deve ser entendida em um duplo sentido: no sentido de uma verdade subtraída à influência que, através de seu comportamento processual, a acusação ou a defesa possam exercer sobre ela; mas também no sentido de uma verdade que, não sendo ‘absoluta’ ou ‘ontológica’, há de ser antes de tudo, uma verdade judicial, prática e, sobretudo, não uma verdade obtida a qualquer custo, mas processualmente válida.” (Grifos nossos).

Por fim, GERALDO PRADO (*Limite às Interceptações Telefônicas e a Jurisprudência do Superior Tribunal de Justiça*, Ed. Lumen Juris, Rio de Janeiro, 2005, p. 45), referindo-se ao renomado jurista português MANUEL DA COSTA ANDRADE, assevera que “*o controle da criminalidade pelo Estado deve obedecer a padrões éticos definidos pela Constituição, não sendo lícito obrar com a Constituição, flexibilizando-a indevidamente. Espera-se do juiz que seja garantidor dos direitos fundamentais.*”

Portanto, a interceptação telefônica apenas é válida e autorizada para investigar crime apenado com reclusão. O problema surge quando no curso de uma interceptação legalmente autorizada se descobre, ocasionalmente, outra infração penal, esta punida com detenção.

Nestes casos, há duas correntes: uma no sentido de que a prova obtida por meio desta interceptação, quanto ao crime descoberto fortuitamente, não é válida. Para a corrente majoritária, entretanto, a prova do crime apenado com detenção é válida e legal, desde que o crime descoberto ao acaso seja conexo com aquele que deu origem à interceptação telefônica.

Parece ser a decisão mais acertada, em que pese tenha como fundamento de validade não a interpretação dogmática dos institutos envolvidos, mas a difundida **política criminal**.