

**CENTRO UNIVERSITÁRIO ANTÔNIO EUFRÁSIO DE TOLEDO DE
PRESIDENTE PRUDENTE**

FACULDADE DE DIREITO DE PRESIDENTE PRUDENTE

**O ENCONTRO FORTUITO E A (IN)VALIDADE DA PROVA NO PROCESSO
PENAL OBTIDA POR MEIO DE INTERCEPTAÇÃO TELEFÔNICA**

Thayane Caroline Sobral Miguel

Presidente Prudente/SP

2019

**CENTRO UNIVERSITÁRIO ANTÔNIO EUFRÁSIO DE TOLEDO DE
PRESIDENTE PRUDENTE**

FACULDADE DE DIREITO DE PRESIDENTE PRUDENTE

**O ENCONTRO FORTUITO E A (IN)VALIDADE DA PROVA NO PROCESSO
PENAL OBTIDA POR MEIO DE INTERCEPTAÇÃO TELEFÔNICA**

Thayane Caroline Sobral Miguel

Monografia apresentada como requisito parcial de Conclusão de Curso para obtenção do grau de Bacharel em Direito, sob orientação do Prof. Marcus Vinicius Feltrim Aquotti.

Presidente Prudente/SP

2019

O ENCONTRO FORTUITO E A (IN)VALIDADE DA PROVA NO PROCESSO PENAL OBTIDA POR MEIO DE INTERCEPTAÇÃO TELEFÔNICA

Monografia apresentada ao Curso de Direito do Centro Universitário “Antônio Eufrásio de Toledo”, como requisito parcial para obtenção do grau de Bacharel em Direito.

Marcus Vinicius Feltrim Aquotti
Orientador

Glauco Roberto Marques Moreira
Examinador

Jurandir José dos Santos
Examinador

Presidente Prudente, ____ de _____ de 2019.

“Que todos os nossos esforços estejam sempre focados no desafio à impossibilidade. Todas as grandes conquistas humanas vieram daquilo que parecia impossível”.

Charles Chaplin.

“Não fui eu que ordenei a você? Seja forte e corajoso! Não se apavore nem desanime, pois o Senhor, o seu Deus, estará com você por onde você andar”.

Josué 1:9

AGRADECIMENTOS

Primeiramente agradeço a Deus, que permitiu a conclusão de mais esta jornada de minha vida, concedendo sabedoria para o bom desempenho de meu trabalho, além de força, saúde e fé para que eu superasse todas as dificuldades durante minha trajetória acadêmica.

Agradeço especialmente aos meus pais Fabiana e Valcir, por todo amor, incentivo, apoio, estrutura e compreensão, estando sempre presentes e me incentivando nas horas difíceis, de desânimo e cansaço, me motivando para chegar até aqui e torcendo pelo meu sucesso.

Aos demais familiares e amigos, que contribuíram com essa conquista. As minhas amigas de faculdade por todo companheirismo, pois com elas compartilhei momentos de dificuldades, mas também momentos de muita alegria durante essa caminhada.

Ao meu orientador Marcus Vinicius Feltrim Aquotti, pelo seu suporte, bem como pelas correções e incentivos, sempre preocupado em melhorar meu trabalho, fazendo as devidas correções, não medindo esforços para que o mesmo fosse concluído com êxito.

A esta universidade e seu corpo docente, direção e administração que oportunizaram tantos conhecimentos, sempre acompanhados pela ética, capacitação e comprometimento.

Por fim, a todos que direta ou indiretamente fizeram parte da minha formação, o meu muito obrigada.

RESUMO

O presente trabalho traz como ênfase o uso da prova obtida fortuitamente em sede de interceptação telefônica. A priori, realiza-se uma análise sobre todo o aspecto de prova disposto na persecução penal brasileira, no que diz respeito às provas ilícitas, também aborda-se como um instituto que tem causado muita polêmica, e esclarece-se sobre sua inadmissibilidade e as hipóteses em que pode ser admitida excluindo sua ilicitude, fazendo sempre uma ponderação sobre qual direito fundamental deve prevalecer sobre o caso concreto em análise, sendo o objetivo principal garantir às partes a verdade real sobre os fatos, e influenciar diretamente no livre convencimento motivado do juiz. Ademais, discute-se toda a regulamentação, procedimentos e limitações sobre a interceptação telefônica disposta na Lei 9.296/96, todavia, o que tem causado discussão na doutrina e jurisprudência refere-se à validade da prova obtida de modo fortuito, havendo a necessidade de uma regulamentação. Porém, enquanto não há, tem sido permitido esse tipo de obtenção de prova, impedindo injustiças e impunidades diante de uma nova prova penalmente relevante para persecução penal em sede de interceptação. Para a conclusão do trabalho, empregam-se diversas fontes legais e doutrinárias assim expostas.

Palavras-chave: Provas. Teoria dos Frutos da Árvore Envenenada. Interceptação Telefônica. Direitos Fundamentais. Encontro Fortuito de Provas.

ABSTRACT

The present work emphasizes the use of the evidence obtained randomly by telephone interception. A priori, an analysis of the whole aspect of evidence provided for in the Brazilian criminal prosecution is carried out, with regard to illicit evidence, it is also approached as an institute that has caused much controversy, and clarifies its inadmissibility and the assumptions in which it can be admitted excluding its unlawfulness, always pondering which fundamental right should prevail over the particular case under consideration, the main purpose being to guarantee the parties the real truth about the facts, and to directly influence the judge's free motivated conviction. In addition, we discuss all the rules, procedures and limitations on telephone interception provided by Law 9.296/96, however, what has caused discussion in doctrine and jurisprudence refers to the validity of the evidence obtained randomly, and there is a need to a regulation. However, while there is none, this type of evidence has been allowed, preventing injustices and impunities in the face of new criminally relevant evidence for criminal prosecution in interception. For the conclusion of the work, it is used several legal and doctrinal sources thus exposed.

Keywords: Evidences. Poison Tree Fruit Theory. Telephone Interception. Fundamental Rights. Random Meeting of Evidence.

LISTA DE ABREVIATURAS E SIGLAS

CF – Constituição Federal

CPC – Código de Processo Civil

CPP – Código de Processo Penal

MP – Ministério Público

OAB – Ordem dos Advogados do Brasil

STF – Supremo Tribunal Federal

SUMÁRIO

1	INTRODUÇÃO.....	10
2	A PROVA E SEUS ASPECTOS IMPORTANTES NA PERSECUÇÃO PENAL.....	12
2.1	Conceito.....	12
2.2	Sujeito da Prova.....	13
2.3	Finalidade.....	13
2.4	Objeto.....	14
2.5	Sistema Jurídico de Valoração da Prova.....	14
2.5.1	Sistema da prova tarifada.....	14
2.5.2	Sistema da íntima convicção do juiz.....	15
2.5.3	Sistema da persuasão racional.....	15
2.6	Meios de Prova.....	15
2.7	Princípios Gerais da Prova.....	16
2.7.1	Princípio da auto responsabilidade das partes.....	17
2.7.2	Princípio da audiência contraditória.....	17
2.7.3	Princípio da aquisição ou comunhão.....	17
2.7.4	Princípio da oralidade.....	17
2.7.5	Princípio da concentração da prova.....	17
2.7.6	Princípio da publicidade.....	18
2.7.7	Princípio do livre convencimento motivado.....	18
2.8	Fases de Elaboração da Prova.....	18
2.8.1	Fase de preposição da prova.....	18
2.8.2	Fase de admissão da prova.....	19
2.8.3	Fase de produção da prova.....	19
2.8.4	Fase de valoração da prova.....	19
2.9	Ônus da Prova.....	19
3	DAS PROVAS OBTIDAS POR MEIO ILÍCITO.....	21
3.1	Prova Ilícita e Prova Ilegítima.....	21
3.2	Provas Ilícitas por Derivação (Teoria dos Frutos da Árvore Envenenada - <i>Fruits Of The Poisonous Tree</i>).....	23
3.2.1	Fonte independente (<i>Independent source</i>).....	24
3.2.2	Descobrimto inevitável (<i>Inevitable discovery</i>).....	25
3.3	Teoria da Proporcionalidade.....	25
4	INTERCEPTAÇÃO TELEFÔNICA COMO MEIO DE OBTENÇÃO DE PROVA.....	28
4.1	Considerações Gerais.....	28
4.2	O Regime das Interceptações Telefônicas (Lei 9.296/96).....	29
4.3	Meios Eletrônicos de Captação de Prova.....	31
4.4	Conceito e Natureza Jurídica.....	32
4.5	Requisitos para Concessão.....	33
4.6	Procedimento.....	35
4.7	Do Recurso Contra Decisão que Defere ou Indefere a Interceptação Telefônica.....	36
4.8	Segredo Profissional do Advogado.....	37
5	DOS DIREITOS FUNDAMENTAIS E LEGAIS DA INTERCEPTAÇÃO TELEFÔNICA.....	39
5.1	Do Direito a Honra e a Imagem das Pessoas.....	39

5.2	Do Direito a Intimidade.....	41
6	O USO DA PROVA FORTUITA COMO INSTRUMENTO DE INTERCEPTAÇÃO TELEFÔNICA.....	44
6.1	Prova Emprestada.....	44
6.2	Encontro Fortuito da Prova no Processo Penal por Meio de Interceptação Telefônica.....	47
6.3	A Validade da Prova Obtida Fortuitamente por Interceptação Telefônica.....	49
6.4	A Interceptação Telefônica e o Encontro Fortuito de Provas em Casos Concretos no Supremo Tribunal Federal.....	53
7	CONCLUSÃO.....	57
	REFERÊNCIAS.....	60

1 INTRODUÇÃO

O presente trabalho tem como principal enfoque o estudo sobre o encontro fortuito de provas por meio de interceptação telefônica e sua validade, admitida em direito e com influência sobre a persecução penal. A questão abordada é a possibilidade de fatos ou sujeitos novos serem penalmente relevantes e distintos da investigação originária determinado por autoridade competente. Vislumbra-se juridicamente todo o posicionamento de grandes doutrinadores, bem como uma grande evolução sobre a busca da verdade real para se provar fatos com maior certeza.

Ao mencionar a palavra “prova” surgem inúmeros pensamentos a respeito de seu conceito, diante disso, expõe-se os principais além de uma reflexão sobre cada um. No entanto, é importante salientar que todos esses conceitos chegam a mesma ideia. Ademais, evidencia-se o destinatário dessa prova, o objeto, a finalidade, os princípios norteadores, bem como as fases de elaboração e quem possui esse ônus, ou melhor, a faculdade de provar.

Os meios de provas são um assunto que tem gerado grande discussão, já que aqueles expostos no Código de Processo Penal (CPP) não são taxativos, onde se permite outros desde que não seja contrário a ordem legal, e que respeite acima de tudo os direitos fundamentais de cada indivíduo. Em seguida, são apresentados os sistemas de valoração que sofreram evoluções nesse contexto, destacando que atualmente o sistema adotado pelo ordenamento jurídico pátrio se refere ao sistema da persuasão racional.

Além disso, há um conflito entre opiniões diferentes a respeito da inadmissibilidade das provas ilícitas, sendo essa a regra geral adotada. Após, surgiram teorias que contornam essa máxima, também comentadas neste trabalho, lembrando que será sempre colocada em xeque a proporcionalidade bem como a razoabilidade quando se chocar valores morais, e direitos fundamentais frente a frente, fazendo o magistrado uma análise casuística.

Então, expõe-se o instituto da interceptação telefônica como meio de obtenção de prova, tendo como ferramenta para sua concessão requisitos e procedimentos a serem adotados, sob o enfoque do sigilo das comunicações e preservação dos direitos fundamentais, como intimidade, vida privada, nome e

honra, usando a proporcionalidade e sendo uma medida excepcional, buscando equilíbrio entre os direitos individuais e a função do estado em punir crimes.

Por fim, abordou-se o principal assunto do trabalho, que consiste no encontro fortuito de provas, bem como sua validade por intermédio de interceptação telefônica, trazendo posições de alguns doutrinadores e da jurisprudência, sendo que há uma ausência de regulamentação, ficando a critério do judiciário em optar ou não pelo uso dessas provas de acordo com o caso concreto.

O Supremo Tribunal Federal (STF) com decisões sobre o tema inova seu posicionamento com a permissão desse tipo de obtenção de prova, pois de acordo com a evolução da sociedade, novos entendimentos foram surgindo, sendo apresentados alguns julgados do STF, demonstrando toda a mudança e a admissibilidade no ordenamento jurídico sobre o tema.

Portanto, o presente trabalho demonstrará toda a essência da prova, quando poderá ou não ser admitida levando em conta sua licitude, expondo os motivos a partir dos quais será considerada imprópria, onde o processo probatório é elemento essencial para descobrimento da autoria e materialidade do delito, influenciando de forma direta no livre convencimento motivado do juiz.

Dessa forma, debater a validade da prova descoberta por interceptação telefônica de modo fortuito é ser objeto de diversos posicionamentos, já que não há um entendimento pacífico, porém será exposto de forma clara os predominantes no direito brasileiro, demonstrando a diversidade do instituto.

2 A PROVA E SEUS ASPECTOS IMPORTANTES NA PERSECUÇÃO PENAL

Ao longo dos anos, o instituto da prova vem se aperfeiçoando, além do que, é um dos assuntos mais importantes do direito processual penal, pois é através das provas que é possível analisar e ter certeza sobre o cometimento de um delito, sendo alvo sua autoria e materialidade.

Com isso, é imprescindível estudar todos os aspectos da prova, já que houve uma grande evolução nos meios deste instituto, sendo uma busca constante para se provar a verdade real diante dos fatos.

2.1 Conceito

Diante desse instituto jurídico chamado provas, surgem inúmeros posicionamentos tentando defini-lo da maneira mais certa e adequada, até porque se trata de um tema de alta complexidade. Então, grandes doutrinadores com uma tarefa árdua passaram a conceituar este tema, baseados nos seus estudos e interpretações próprias, como discutido a seguir.

Para Nucci (2014), o conceito de prova se baseia no ato de confrontação de teses, por meio de experiência, dialogo, exposição de fatos, que tem como finalidade persuadir o juiz para que este tome sua decisão de maneira justa e adequada.

O termo prova origina-se do latim *-probatio-*, que significa ensaio, verificação, inspeção, exame, argumento, razão, ou confirmação. Dele deriva o verbo provar *-probare-*, significando ensaiar, verificar, examinar, reconhecer por experiência, aprovar, estar satisfeito com algo, persuadir alguém a alguma coisa ou demonstrar. (NUCCI, 2014, p. 359)

Já Capez (2013) com seu conhecimento acerca do instituto, define prova como um conjunto de atos processuais, que tem como finalidade a comprovação de certo delito, influenciando no livre convencimento motivado do magistrado.

Do latim *probatio*, é o conjunto de atos praticados pelas partes, pelo juiz (CPP, arts. 156 I e II, com redação determinada pela lei n.11.690/2008, 209 e 234) e por terceiros (p. ex., peritos), destinados a levar ao magistrado a convicção acerca da existência ou inexistência de um fato, da falsidade ou veracidade de uma afirmação. Trata-se, portanto, de todo e qualquer meio de percepção empregado pelo homem com a finalidade de comprovar a verdade de uma alegação. (CAPEZ, 2013, p. 372)

Távora e Alencar (2013) também conceituam prova como um elemento probatório que expõe os fatos em busca da verdade, contribuindo para que o juiz ao analisá-las profira sua decisão de forma fundamentada, e sempre priorizando a justiça.

A demonstração da verdade dos fatos, é feita por intermédio da utilização probatória, e a prova é tudo aquilo que contribuiu para a formação do convencimento do magistrado, demonstrando os fatos, atos, ou até mesmo o próprio direito discutido no litígio. (TÁVORA; ALENCAR, 2013, p. 388)

Contudo, há de concluir que o juiz não conhece os fatos, apenas o direito, onde quem irá demonstrá-los são as partes trazidas em juízo que irão desenvolver toda a atividade probatória, além disso, terceiros também poderão influenciar na sua decisão, como por exemplo, o perito, dando uma condição ao magistrado para que ele chegue mais perto do que realmente aconteceu, ou seja, há uma busca efetiva pela verdade real proferindo uma sentença justa e fundamentada, com base no que foi produzido durante todo o processo, respeitando acima de tudo o contraditório e a ampla defesa, princípios estes que são postulados da constituição cidadã.

2.2 Sujeito da Prova

Para Aranha (1994), o sujeito no qual a prova recai, seria aquele indivíduo capacitado por lei onde promana a prova, e em determinada situação participará da produção probatória influenciando diretamente no livre convencimento motivado do juiz.

2.3 Finalidade

A principal finalidade da prova no âmbito penal consiste em convencer o juiz sobre um fato que se tornou litigioso no processo, além disso, este irá valorar

cada prova obtida ao decorrer da instrução através do exercício do contraditório probatório e é com base nos elementos supramencionados e em sua motivação que o magistrado irá proferir sua decisão.

2.4 Objeto

O objeto da prova se refere aos fatos que devem ser demonstrados, que irão influenciar diretamente para que o juiz profira uma sentença. É necessário salientar que nem todos os fatos são importantes para a discussão da causa, apenas aqueles que influenciam de forma significativa e que contêm alguma relação com o litígio debatido, devendo ser excluídos aqueles que não possuem qualquer relação.

O ordenamento jurídico dispensa de forma pragmática algumas situações que independem de produção de provas, Mirabete (2006) cita:

- A) Fatos notórios: são fatos de conhecimento público, de grande repercussão, que ninguém pode alegar ignorância;
- B) Fatos axiomáticos: são fatos que por sua obviedade do mundo real não precisam ser provados;
- C) Fato negativo: um fato que não ocorreu;
- D) Fato presumido por lei: a própria lei declara a existência do fato, dispensando a produção de provas.

2.5 Sistema Jurídico de Valoração das Provas

Há três principais sistemas adotados pela doutrina, cada um está ligado a uma fase histórica do judiciário, delimitando o poder do juiz para valoração das provas, autores como Mirabete (2006) e Nucci (2014) salientam:

2.5.1 Sistema da prova tarifada ou também chamado de prova legal

Esse sistema tinha como fonte estritamente a lei. O judiciário por ser um regime antigo e por sofrer uma grande desconfiança não possuía grandes poderes sendo submisso ao legislativo e executivo.

Cada prova possui uma valoração taxada pela legislação, o juiz não possui liberdade para valorar a prova, e para julgar procedente ou improcedente a ação bastava somar as pontuações obtidas por cada uma das partes, ficando totalmente adstrito ao critério fixado em lei, e restringindo os poderes do magistrado, reproduzindo assim o que está na lei e vigorando um legalismo estrito.

2.5.2 Sistema da íntima convicção do juiz

A lei, neste caso, nada diz sobre o valor de cada prova produzida, o poder judiciário ganha forças, e o magistrado passa a analisar e valorar a prova baseada na sua íntima convicção. Suas decisões são sigilosas e desmotivadas, sendo um elemento de poder absoluto, não estabelecendo qualquer limite normativo ou científico, sendo mero subjetivismo e voluntarismo.

2.5.3 Sistema da persuasão racional

É um sistema misto adotado pelo Processo Penal Brasileiro, que encontra amparo na Constituição Federal (CF) DE 1988 em seu Art. 93 IX. Ademais, é baseado no princípio do livre convencimento motivado do juiz, sendo um postulado que impõe um dever de motivação das decisões, analisando as provas colhidas no processo e expondo seu embasamento legal.

Deve haver uma fundamentação adequada, explicando porque tal prova convenceu de certa maneira, seja com base na ciência do direito, jurisprudência, ordem jurídica vigente ou limites da lide. Sendo assim, o juiz jamais poderá decidir da forma que bem entender, devendo sempre se pautar nas provas trazidas dentro da persecução penal.

2.6 Meios de Prova

Os meios de prova seriam as ações de determinado indivíduo ou os objetos que visam demonstrar a verdade sobre determinado fato criminoso, ou seja, comprovar a autoria e materialidade de algum ilícito.

As provas em espécie elencadas pelo CPP são: exame de corpo e delito e demais perícias; interrogatório do acusado; confissão; perguntas ao

ofendido; prova testemunhal; reconhecimento de pessoas e coisas; acareação; prova documental; e a busca e apreensão. Porém, este rol não é taxativo, onde se admite outros meios de provas desde que autorizados pelo direito, além do que, com a tecnologia que avança cada vez mais, exige que outras espécies de prova sejam arroladas, como foi à criação da Lei 9.296/96 que dispõe sobre os meios eletrônicos de captação da prova, lembrando que deve sempre haver um controle de legalidade e principalmente cautela para não ofender princípios e garantias constitucionais.

É necessário salientar que, vige no ordenamento jurídico o princípio da liberdade probatória, onde as partes tem amplo acesso para produzir e recolher provas que acharem relevante para julgamento da lide desde que sejam obtidas por meios lícitos, ou seja, meio aceitável pelo direito, influenciando diretamente no livre convencimento motivado do juiz.

No entanto, essa liberdade probatória não é absoluta, sendo limitada, onde se vislumbra no Art. 155 §1º do CPP, que normatiza: “Somente quanto ao estado das pessoas serão observadas as restrições estabelecidas na lei civil”. Nesse caso, há um exemplo evidente de limitação aos meios de prova, sendo que no caso de casamento, morte, menoridade, idade superior a 70 anos, grau de parentesco, etc., certidões devem ser apresentadas para fins de comprovação. Como por exemplo, para se provar que o acusado era menor de idade ao tempo do evento criminoso para atenuar sua pena, deverá ser comprovada sua idade com a devida certidão de nascimento.

Ademais, há uma busca muito grande sobre obter a verdade real, que seria exatamente obtida dos meios de provas, através de confrontações, argumentações, diálogos, debates, sendo produto do contraditório e ampla defesa como da comunicação entre indivíduos, e ao final da maneira que a prova é extraída terá um resultado.

2.7 Princípios Gerais da Prova

É de grande importância estudar os princípios que regem a teoria geral da prova, pois se houver conflito em relação à aplicação desse instituto utilizam-se eles para sanar qualquer dúvida existente, Mirabete (2006) e Capez (2013) dispõem:

2.7.1 Princípio da auto responsabilidade das partes

Este princípio aduz que a produção probatória é de total responsabilidade das partes, onde tudo o que for alegado durante o processo deve ser provado.

2.7.2 Princípio da audiência contraditória

É uma derivação do princípio da isonomia, igualdade processual ou paridade de armas, tem como ideia principal que toda prova deve ser confrontada pelas partes, passando pelo crivo do contraditório, e o juiz que tem o dever de manter um equilíbrio processual, e a partir disso proferir o julgamento da causa.

2.7.3 Princípio da aquisição ou comunhão

A prova quando produzida em juízo, pertence ao juiz, e não às partes, assumindo um viés republicano, priorizando o interesse da justiça e auxiliando na convicção do magistrado.

2.7.4 Princípio da oralidade

Significa que a prova deve ser feita de forma oral, não podendo ser pré-constituída, sendo verbalizada diante do órgão julgador, que a partir do contato humano, terá uma decisão mais humanizada do processo.

2.7.5 Princípio da concentração da prova

Decorre da economia processual, a ideia é concentrar o maior número de atos probatórios para ganhar tempo e obter um resultado mais rápido, ou seja, há uma junção de provas em uma audiência.

2.7.6 Princípio da publicidade

A regra sempre foi à publicidade ampla onde toda prova caracteriza informações públicas para o juiz, partes e até para a sociedade, obtendo conhecimento sobre determinado processo, sendo um pressuposto do contraditório debatido em juízo. Para que a parte conteste é necessário tomar ciência do que a outra alegou.

No entanto, há ainda a publicidade restrita, que também pode ser utilizada quando produzida a prova, são aquelas destinadas a processos que correm em segredo de justiça, como por exemplo, o Art. 1º da Lei 9.296/96 que aduz sobre a interceptação telefônica.

2.7.7 Princípio do livre convencimento motivado

O magistrado tem total autonomia de valorar as provas trazidas pelas partes no decorrer da instrução criminal, porém deve haver uma simetria entre o que foi confrontado pelas partes e o que o juiz decidiu, sempre julgando de forma justa e expondo a sua fundamentação.

2.8 Fases de Elaboração da Prova

Távora e Alencar (2013) normatizam que para a elaboração da prova é necessário o seguinte passo a passo:

2.8.1 Fase de preposição da prova

Acontece no curso da instrução penal, e é nesse momento que as partes vão delimitar quais provas irão produzir, analisando qual estratégia deve ser utilizada para o convencimento do juiz, lembrando que tudo o que for alegado deve exercer o ônus de provar.

2.8.2 Fase de admissão da prova

O juiz é responsável pelo controle de legalidade, então se vale disso nessa fase, onde fará uma análise sobre quais provas solicitadas pelas partes são pertinentes trazer em juízo.

2.8.3 Fase de produção da prova

Nesta etapa a prova é produzida, aplicando o contraditório, ou seja, há uma confrontação de teses, composta por diversos atos processuais e levando a legitimidade democrática, auxiliando assim no livre convencimento do magistrado.

2.8.4 Fase de valoração da prova

Diante das provas trazidas nos autos, o juiz irá valorá-las expondo quais fatos influenciaram para que este profira sua sentença, julgando o mérito da ação, fundamentando sua decisão, e reportando a autoria e materialidade do delito, individualizando assim a pena.

2.9 Ônus da Prova

O ônus da prova, também chamado de *onus probandi*, é um encargo facultativo que as partes, autor e réu, possuem para provar aquilo que se alega durante o processo, sendo uma atividade, ou melhor, uma opção.

É importante diferenciar ônus de obrigação, quando se refere à obrigação, trata-se de um dever que o indivíduo possui, pois se este não fizer violará expressamente a lei e prejudicará a parte contrária da relação existente. Já quando se refere a ônus, o indivíduo possui uma faculdade, ele que decide se irá ou não provar, porém se este optar por não, sofrerá os prejuízos correspondentes, mas não prejudicará a parte contrária.

Ademais, o ônus é um instituto processual que as partes possuem para provar os fatos imputados por elas, através de meio lícitos admitidos em direito. E é por meio deste que se forma o livre convencimento motivado do juiz.

De acordo com o Art. 156 do CPP, “A prova da alegação incumbirá a quem a fizer, sendo, porém, facultado ao juiz de ofício”. Então, quando se trata da pretensão do autor, cabe a ele provar a existência do fato constitutivo, quando se refere ao réu, ou melhor, ao ônus para a defesa, recairá sobre fatos constitutivos, modificativos o extintivos do direito do autor, podendo mitigar a pena e até excluir a responsabilidade penal.

Quando se refere ao Ministério Público (MP) é mais oneroso, porque este depende de um juízo categórico de certeza quanto à imputação do delito que foi narrado na denúncia, devendo demonstrar a existência do fato criminoso e a culpa do agente que o cometeu, além disso, é necessário seguir toda a legislação quando atua.

Vale ressaltar que o juiz não possui o ônus de provar, para evitar assim o ativismo judicial, justamente por ser o destinatário da prova, pois se fizer estará pré condenando o réu, rompendo totalmente com sua imparcialidade, até porque seu poder instrutório é delimitado.

3 DAS PROVAS OBTIDAS POR MEIO ILÍCITO

Em relação às provas ilícitas, o ordenamento jurídico Brasileiro primeiramente não as permite, porém ao longo dos anos, com toda a evolução, poderá ser relativizada com o advento de algumas teorias, conforme será esmiuçado.

3.1 Prova Ilícita X Prova Ilegítima

Quando se busca a verdade dos fatos, limitados ao contraditório e à ampla defesa, têm-se os meios ideais de provas que estão normatizados nos Art. 158 a 250 do CPP. Entretanto, esse rol, como já dito anteriormente, é exemplificativo, pois são permitidos os demais meios probatórios não fixados em lei, porém devem ser sempre admitidos em direito.

O processo ocorre nos limites da lei, conseqüentemente a produção de provas também, além do que, se o instrumento para coibir ilícitos permitisse meios ardis para obtenção de prova, estaria diante de um paradoxo não lógico, como encarar provas ilícitas em um instrumento criado para obtenção de justiça.

Sendo assim, a liberdade probatória não é absoluta onde as partes de um processo não podem se valer de provas ilícitas para provar determinado fato, encontrando amparo constitucional no Art. 5º LVI da CF, que aduz que são inadmissíveis no processo as provas obtidas por meios ilícitos, além do que também ganha normatização infraconstitucional no Art. 157 do CPP, que dispõe “são inadmissíveis, devendo ser desentranhadas do processo, as provas ilícitas, assim entendidas as obtidas em violação a normas constitucionais ou legais”.

Então, toda vez que violar normas de direito material e processual, direitos dos cidadãos, ou determinar à autoridade a produção probatória por arbitrariedade, sem fundamento nenhum, estará diante de prova que não é admissível pelo ordenamento jurídico. A partir disso, a doutrina começou a diferenciar a prova ilegítima da prova ilícita, considerando que são institutos diferentes.

Entende-se por prova ilegítima toda aquela que quando for produzida violar uma norma de natureza processual, tratando-se portanto de uma violação procedimental, ou seja, violação do rito probatório, só podendo ocorrer no curso da

ação penal. Além do que, essa prova se convalida, podendo ser refeita em acordo com a legalidade.

O Código de Processo Penal no Art. 564 veda a utilização de provas ilegítimas:

Art. 564. A nulidade ocorrerá nos seguintes casos:

I - por incompetência, suspeição ou suborno do juiz;

II - por ilegitimidade de parte;

III - por falta das fórmulas ou dos termos seguintes:

a) a denúncia ou a queixa e a representação e, nos processos de contravenções penais, a portaria ou o auto de prisão em flagrante;

b) o exame do corpo de delito nos crimes que deixam vestígios, ressalvado o disposto no Art. 167;

c) a nomeação de defensor ao réu presente, que o não tiver, ou ao ausente, e de curador ao menor de 21 anos;

d) a intervenção do Ministério Público em todos os termos da ação por ele intentada e nos da intentada pela parte ofendida, quando se tratar de crime de ação pública;

e) a citação do réu para ver-se processar, o seu interrogatório, quando presente, e os prazos concedidos à acusação e à defesa;

f) a sentença de pronúncia, o libelo e a entrega da respectiva cópia, com o rol de testemunhas, nos processos perante o Tribunal do Júri;

g) a intimação do réu para a sessão de julgamento, pelo Tribunal do Júri, quando a lei não permitir o julgamento à revelia;

h) a intimação das testemunhas arroladas no libelo e na contrariedade, nos termos estabelecidos pela lei;

i) a presença pelo menos de 15 jurados para a constituição do júri;

j) o sorteio dos jurados do conselho de sentença em número legal e sua incomunicabilidade;

k) os quesitos e as respectivas respostas;

l) a acusação e a defesa, na sessão de julgamento;

m) a sentença;

n) o recurso de ofício, nos casos em que a lei o tenha estabelecido;

o) a intimação, nas condições estabelecidas pela lei, para ciência de sentenças e despachos de que caiba recurso;

p) no Supremo Tribunal Federal e nos Tribunais de Apelação, o quorum legal para o julgamento;

IV - por omissão de formalidade que constitua elemento essencial do ato.

Parágrafo único. Ocorrerá ainda a nulidade, por deficiência dos quesitos ou das suas respostas, e contradição entre estas.

Este artigo dispõe sobre as etapas e procedimentos a serem seguidos durante o processo, se não forem respeitados, ocorre uma violação e a prova será considerada ilegítima. Como exemplo de prova ilegítima, pode-se mencionar quando a confissão é feita em substituição do exame de corpo e delito onde o crime deixou vestígios disposta no Art. 158 do CPP.

A prova ilícita é aquela que viola o direito material, ou seja, um bem jurídico tutelado pela ordem jurídica, sendo a informação direta de produto do crime,

não podendo ser sanável, gerando uma nulidade absoluta. Neste caso, não há o que se falar em fazer justiça.

Os exemplos de prova ilícita são as confissões de um crime obtidas por meio de tortura, sabendo que isto é vedado. Além disso, não será considerada lícita a prova obtida por interceptação telefônica nas hipóteses em que a Lei 9.296/96 não autorizar.

Em conclusão, as provas obtidas por meios ilícitos podem violar tanto normas, como os costumes, a moral, e também os princípios sustentados pelo direito brasileiro. Ademais, essa proibição não diz apenas respeito ao valor que a prova recebe, mas também a total remoção desta do processo em juízo.

3.2 Provas Ilícitas por Derivação (Teoria dos Frutos da Árvore Envenenada - *Fruits Of The Poisonous Tree*)

A prova ilícita por derivação tem normatização no Art. 157 do CPP, onde dispõe que a ilicitude se propaga no processo em razão do nexo de causalidade e efeito entre os atos processuais.

Os doutrinadores Silva (2010), Távora e Alencar (2013) salientam que a teoria dos frutos da árvore envenenada nasceu no direito norte-americano "*fruits of the poisonous tree*", o qual disciplina que uma prova, representada pela árvore, obtida por meio ilícito, tornará ilícita todas as demais provas que dela surgirem diretamente, sendo então os frutos, estando ligado com o princípio da consequencialidade. Por exemplo, uma confissão é obtida por meio de tortura, e dela decorre a busca e apreensão, então esta busca e apreensão está contaminada, pois decorreu de uma prova originária ilícita, e se propagou pelas demais provas decorrentes.

Essa teoria adentrou ao ordenamento jurídico brasileiro, e a partir disso toda vez que surgir uma prova obtida ilicitamente deve-se analisar toda a extensão de dano que pode causar, e o nexo de causalidade existente entre a prova originária e sua consequente, devendo desentranhar do processo.

É necessário salientar que tanto a doutrina, jurisprudência, como todas as leis do direito brasileiro não admitem prova ilícita, justamente porque tem como objetivo a proteção do réu, impedindo que a acusação viole os direitos fundamentais do indivíduo, trazendo segurança jurídica ao sistema. A única exceção que vai de

encontro com a teoria dos frutos da árvore envenenada é *pro réu*, ou seja, quando for essa prova ilícita o elemento único e essencial para constar a inocência do acusado, a partir disso, toda vez que se refere a esse instituto deve ser analisado com muita cautela.

No entanto, vale lembrar que essa teoria derivada do direito americano sofre limitações, podendo ser admitida nos casos da fonte ser independente (*independent source*) e na situação de descobrimento inevitável ou encontro fortuito de provas (*inevitable discovery*).

3.2.1 Fonte independente (*independent source*)

Essa é uma teoria coexistente, onde há a ruptura do nexo de causalidade. Apresenta uma via persecutória paralela, ou seja, independente, que não tem ligação com a prova ilícita produzida, não havendo o que se falar em teoria dos frutos da árvore envenenada, não existe contaminação, mesmo que ambas cheguem ao mesmo ponto.

Além disso, o próprio Código de Processo Penal admite essa teoria quando normatiza o Art. 157 §2º: “Considera-se fonte independente aquela que por si só, seguindo os trâmites típicos e de praxe, próprios da investigação ou instrução criminal, seria capaz de conduzir ao fato objeto da prova.”

Portanto, o ordenamento jurídico, a maioria das doutrinas e até posicionamentos nos tribunais admitem a fonte independente, que não fere nenhum princípio de ordem constitucional, já que não possui ligação nenhuma com a prova ilícita produzida, visto que corre uma investigação paralela sendo capaz de provar a autoria e materialidade do delito.

Silva (2010), para simplificar essa teoria, supõe como exemplo que em uma interceptação telefônica ilegal descobre-se o destino da droga que está sendo procurada, a apreensão desta será ilícita, já que derivou de prova não admitida pelo ordenamento pátrio, devendo ser desentranhada do processo. No entanto, corre paralelamente a essa interceptação uma via investigatória que não possui nenhum nexo causal com a prova originária, como por exemplo, prova documental, testemunhal, apreensão lícita, etc., que de forma fatal consegue descobrir sobre o carregamento da droga. Observa-se, portanto, que trata-se de uma fonte independente, sem contaminação e que não será retirada dos autos.

Diante disso, já é o entendimento passível no Supremo Tribunal Federal que quando a prova for independente e lícita poderá ser admitida perfeitamente no processo mesmo que gere a condenação do acusado.

3.2.2 Descobrimiento inevitável (*inevitable discovery*)

O descobrimiento inevitável também é um instituto aceito, onde se rompe o nexo de causalidade pelo advento de uma prova nova de origem lícita que de qualquer maneira esclarece o delito, ou seja, de qualquer forma a prova derivada seria descoberta, o que torna sem efeito a prova obtida ilicitamente.

Então, esta prova seria descoberta através de atos investigatórios lícitos, que não seriam contaminados por prova ilícita. Como exemplo, Távora e Alencar (2013) citam uma testemunha que foi descoberta por meio de interceptação telefônica sem autorização judicial e faz declarações sobre certo delito, porém não se pode ver como prova de origem ilegal, já que essa testemunha seria descoberta inevitavelmente através de outras pessoas, que a indicariam.

O que deve ficar evidente é que até há nexo de causalidade, mas este é quebrado quando se descobre uma prova inevitavelmente, ou seja, de todo o jeito essa iria se incorporar aos autos, mesmo tendo surgido uma prova ilícita, o que não se pode deixar é que esta última macule com seu vício a que foi descoberta posteriormente. A análise feita pelo magistrado depende do caso concreto tratado, já que deve ter muita cautela ao analisar, sabendo diferir se terá contaminação pela prova ilícita, ou será um descobrimiento inevitável.

O Art. 157 §1º do CPP dispõe sobre essa teoria supramencionada, e trazendo a possibilidade que a prova derivada de uma ilícita seja produzida, mas por uma fonte independente, para não haver contaminação, ser aproveitada nos autos e descobrir de forma cabal todo o fato criminoso que ocorreu.

3.3 Teoria da Proporcionalidade

Sabe-se que os direitos fundamentais dos cidadãos não são absolutos, sendo uma garantia constitucional disposta na Magna Carta em seu Art. 5º §2º: “Os direitos e garantias expressos nesta Constituição não excluem outros decorrentes do

regime e dos princípios por ela adotados, ou dos tratados internacionais em que a República Federativa do Brasil seja parte”.

Então, de acordo com esse trecho supramencionado do ordenamento jurídico vigente, os direitos fundamentais poderão ser relativizados. Um exemplo disso é o direito à vida, que é um direito supremo, e que em alguns casos previstos em lei, poderá ocorrer sua violação.

Portanto, haverá situações em que permitirão a possibilidade de utilização de prova ilícita, sendo que isso foi derivado do direito alemão ganhando efetividade no direito brasileiro, onde estará em conflito à legalidade probatória versus o estado de liberdade do réu, em que se comprove a sua inocência, sendo necessário a aplicação do princípio da proporcionalidade.

Silva (2010) dispõe que o balanço desses direitos citados em conflito é feito com base em subprincípios: necessidade, adequação e proporcionalidade. Será um meio necessário quando este for exceção, não cabendo outro meio em análise para ser utilizado, por outro lado, será adequado quando ficar comprovado essa adequação para obtenção do resultado, e proporcional quando feita uma ponderação de valores garantidos e podendo ser sacrificado um desses.

Dessa maneira, poderá ser utilizada a prova ilícita nos casos em que ficará comprovada a inocência do réu, para não se ter uma condenação injusta, devendo sempre avaliar a utilização dessa prova e a comprovação de que não existiu o crime. Havendo desproporção no caso em concreto, esta não poderá ser utilizada.

No entanto, o princípio da proporcionalidade deveria ser utilizado em *ultima ratio*, em situações extraordinárias, ou seja, quando não existir outro meio de prova a não ser o ilícito que fique comprovado que o acusado é inocente, não cometendo nenhum delito, sendo injusto este ser condenado, havendo uma preponderância a liberdade do indivíduo do que a inadmissibilidade de provas ilícitas.

O magistrado deve fazer uma análise com muita cautela ao permitir provas ilícitas no processo, sendo uma excepcionalidade, fazendo um juízo de ponderação entre normas e princípios que estão sendo tutelados e os que possivelmente poderão ser violados, sendo permitido para o benefício do réu, não sendo justo o estado condenar alguém que possui um meio mesmo que ilícito de comprovar a sua inocência.

Além do mais, há uma teoria admitida em direito que sustenta a exclusão da prova ilícita, onde aparentemente, a prova é ilegal, devendo ser desentranhada do processo, porém o indivíduo está amparado por alguma medida que justifica essa utilização ilegal, ou seja, uma causa de excludente de ilicitude, como legítima defesa, estado de necessidade, estrito cumprimento do dever legal ou exercício regular de um direito. Um exemplo dessa situação é o caso de uma pessoa agredida que está sendo vítima de um crime e pode gravar ilicitamente sua ocorrência para que ela possa se defender posteriormente, demonstrando que agiu em legítima defesa.

4 INTERCEPTAÇÃO TELEFÔNICA COMO MEIO DE OBTENÇÃO DE PROVA

É importante mencionar e fazer algumas considerações a respeito do instituto da interceptação telefônica e toda sua evolução para que esta fosse regulamentada por lei infraconstitucional específica.

4.1 Considerações Gerais

No Brasil, para o combate à criminalidade, permitiu-se esse instituto em situações excepcionais, onde se houvesse algum indício de que a pessoa possui vinculação com algum crime, realizava-se esse procedimento, principalmente em relação aos políticos, desvendando os mais variados crimes, entre os principais tráfico, sequestro, extorsão, ameaças por telefone, entre outros.

Antes do advento da Constituição Federal havia o Código Brasileiro de Telecomunicações (Lei 4.117/62) que dizia em seu Art. 57 II alínea e: “Não constitui violação de telecomunicações, o conhecimento dado ao juiz competente, mediante requisição ou intimação deste”, sendo extremamente vedado a violabilidade das comunicações telegráficas e telefônicas.

Esse dispositivo foi questionado veementemente ao longo dos tempos, já que observando acerca dos direitos fundamentais, nenhum direito é considerado absoluto, onde deveria haver alguma relativização em determinados casos, pois há necessidade de harmonia perante os direitos. Diante do exposto, passou-se a permitir interceptação telefônica para crimes em que havia existência de *periculum in mora* e *fumus boni iuris*.

Sucedeu a atual Constituição Federal de 1988, que dispõe em seu artigo 5º 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.

Com esse diploma legal, permite-se apenas a violação ao sigilo de correspondência e de comunicações telegráficas quando houver autorização legal, sendo imprescindível para fins de persecução penal. Diante disso, surgiram

inúmeros debates na doutrina e jurisprudência a respeito de ter uma lei específica para regulamentar esse diploma com mais detalhes, uma parte da doutrina dispunha que poderia continuar utilizando como sustento o Código Brasileiro de Telecomunicações, já a outra parte dizia que era necessário uma lei infraconstitucional especial.

Grinover, Gomes Filho e Fernandes (2011) dispõem sobre a regulamentação de um diploma legal que discipline a respeito das interceptações telefônicas:

Assim, não se podia dizer que o Código de Telecomunicações suprisse a existência constitucional. Enquanto não promulgada a lei disciplinadora das hipóteses e formas de interceptações e escutas telefônicas, não havia base legal para autorização judicial. E as operações técnicas porventura efetuadas seriam ilícitas subsumindo-se à espécie do inc. LVI do Art. 5º da Constituição. (GRINOVER; GOMES FILHO; FERNANDES, 2011, p. 171)

Ademais, enquanto não havia nenhuma lei, utilizava-se o Código de Telecomunicações, porém diante da extrema necessidade não havia base para esse instituto. Além disso, com a globalização, os meios de comunicação estavam crescendo ainda mais, e em decorrência os crimes tiveram um aumento significativo, foi então promulgada a Lei 9.296 de 24 de julho de 1996, que trouxe hipóteses, procedimentos e requisitos para a sua concessão.

4.2 O Regime das Interceptações Telefônicas (Lei 9.296/96)

O advento da Lei 9.296/96 teve a principal finalidade de regulamentar todo o regime das interceptações telefônicas nos doze artigos que sucedem, no entanto, foram constatadas algumas falhas do legislador no que se refere tanto à edição quanto à interpretação, sendo objeto de discussão pela doutrina e jurisprudência, o que é um grande problema, pois demorou tanto tempo para a promulgação de uma lei efetiva, e quando sobreveio, trouxe consigo defeitos.

Pela leitura da lei, o legislador abrangeu como regra a interceptação telefônica, pois apenas dispõe sobre as hipóteses em que não cabe esse instituto, o que foi um equívoco, pois é evidente que só será usada em situações excepcionais, que serão fundamentadas e motivadas por uma ordem do juiz.

Fazendo uma análise do Artigo 1º da lei que dispõe:

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

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

No que concerne à interpretação desse artigo, a garantia ao sigilo é a regra, sendo a interceptação exceção, além do mais, com o fluxo de crimes acontecendo nos meios de comunicação em massa, a doutrina tem discutido quais são as modalidades que englobam esse artigo, pois a própria lei salienta interceptação de qualquer natureza.

Uma parte da doutrina entende que essa lei engloba tanto a interceptação telefônica em sentido estrito quanto a escuta telefônica. Da mesma forma, há autores que sustentam apenas estar inserida a interceptação em sentido estrito, não tendo demais abrangência e quando autorizadas fazem prova lícita.

No que se refere à competência para se deferir a medida, só é possível nos casos em que o juiz determinar ser indispensável para o andamento do processo, e o juiz que deferir a interceptação telefônica será responsável pelo prosseguimento da ação principal, estando disposto no caput do artigo 1º já citado anteriormente.

Isso ocorre para que se protejam os direitos fundamentais, principalmente o direito à intimidade, porque os fatos revelados podem trazer uma informação devastadora para a vida da pessoa, ferindo consigo sua imagem, honra, e entrando totalmente em sua esfera íntima.

O pedido de interceptação traz um problema, pois o juiz que pedirá o procedimento de interceptação pode não ser o mesmo que dará andamento à ação principal, pois é feito no plantão do judiciário. Então, diante disso, Silva (2010) dispõe:

Se assim não for, e a Polícia ou Ministério Público tiverem de esperar a distribuição do inquérito policial, ou o próximo dia útil, para depois requerer a medida, a lei certamente seria inócua. Ademais, o juiz que autorizou a medida tomou uma decisão provisória a respeito do assunto. A decisão definitiva sobre a admissibilidade da prova, bem como quanto ao seu conteúdo material, será tomada pelo juiz que irá julgar o caso, inclusive, poderá entender que a prova é inadmissível por alguma razão. (SILVA, 2010, p. 33-34)

Outro ponto é que surgem questionamentos a respeito do juiz ser absolutamente incompetente para a determinação de interceptação telefônica. Nesse caso, é necessário usar como ferramenta o artigo 564 I do CPP, que salienta a respeito das nulidades. No caso desta ser absoluta, o processo será considerado nulo *ab initio*, ou seja, não poderá aproveitar a autorização de interceptação na ação penal.

Ademais, o Art. 10 da referida lei dispõe sobre a previsão de crime, quando houver quebra do segredo de justiça sem autorização judicial, ou quando permitir sem que haja necessidade, havendo outros meios de se descobrir sobre o cometimento de tal delito:

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

Esse artigo traz a hipótese de dois tipos de condutas. Primeiramente destaca-se o caso de uma terceira pessoa interceptar uma conversa, sem o consentimento dos demais interlocutores. Já a segunda conduta seria a quebra de um sigilo que corre sobre segredo de justiça, podendo neste último caso cometer o crime somente funcionário público que esteja vinculado. Para incorrer nessas duas condutas não pode haver nenhuma ordem judicial e nenhuma necessidade para o procedimento.

4.3 Meios Eletrônicos de Captação de Prova

Quando se faz referência à inadmissibilidade dos meios eletrônicos de captação de prova, verifica-se de um lado a repressão à criminalidade, sendo uma busca constante e uma forma de proteção dos direitos humanos, e de outro lado a impossibilidade de se requerer prova ilícita baseada em interceptação telefônica, onde com a sua concessão desnecessária também poderá ferir direitos constitucionais garantidos no ordenamento jurídico.

Grinover, Gomes Filho e Fernandes (2011) distinguem a interceptação telefônica em dois tipos, sendo elas:

Entende-se por interceptação a captação da conversa por um terceiro, sem o conhecimento dos interlocutores ou com o conhecimento de um só deles. Se o meio utilizado for o grampeamento do telefone, tem-se a interceptação telefônica, se se tratar de captação de conversa por um gravador, colocado por terceiro, tem-se a interceptação entre presentes, também chamada de interceptação ambiental. Mas se um dos interlocutores grava a sua própria conversa, telefônica ou não, com o outro, sem o conhecimento deste, fala-se apenas em gravação clandestina. (GRINOVER; GOMES FILHO; FERNANDES, 2011, p. 166)

Diante do que foi exposto, há vários tipos de captação eletrônica de prova, porém a interceptação telefônica e seu regime jurídico se baseia naquele em que há um terceiro envolvido. Onde se tem a anuência de um dos participantes, denomina-se escuta, já quando não tem, é chamado de interceptação em stricto sensu.

Os doutrinadores supramencionados fazem uma divisão dos meios de captação de prova:

- a) Interceptação da conversa telefônica por terceiro, sem o conhecimento dos dois interlocutores;
 - b) A interceptação da conversa telefônica por terceiro, com o conhecimento de um dos interlocutores;
 - c) A interceptação da conversa entre os 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 os presentes, por um dos interlocutores, sem o conhecimento do(s) outro(s).
- (GRINOVER; GOMES FILHO; FERNANDES, 2011, p. 166)

4.4 Conceito e Natureza Jurídica

Diante do que foi relatado a respeito da evolução e disposição sobre as interceptações telefônicas, é necessário de imediato dispor sobre o conceito e natureza jurídica acerca.

Para Avolio (1999, p. 101), “a interceptação telefônica, em sentido estrito, é a captação da conversa telefônica por um terceiro, sem o conhecimento dos interlocutores”.

Silva (2010, p. 28), por sua vez, dispõe que: “haverá a interceptação quando terceira pessoa interfere na conversação telefônica, sem o conhecimento dos interlocutores ou com o conhecimento de um só deles”.

Então, é possível concluir que há a interferência de um terceiro em meio às ligações ocorridas sem o consentimento, controlando-as a fim de obter alguma informação a respeito.

Quando se refere à natureza jurídica, é necessário destacar que quando lícita a interceptação telefônica, ou seja, nas hipóteses permitidas por lei para o auxílio da instrução penal, serve como fonte de prova para dar continuidade ao processo, ela prepara a ação penal, trazendo elementos indispensáveis para o descobrimento da autoria e materialidade do crime.

A doutrina salienta que trata-se de uma coação processual *in re*, onde a execução depende de ordem judicial fundamentada, estando presentes os requisitos do *fumus boni iuris* e *periculum in mora*, e a não concessão caracterizaria grave prejuízo para toda a persecução penal, então este meio deve ser indispensável para a fixação de fatos.

4.5 Requisitos para Concessão

A Constituição Federal e a lei específica sobre interceptação telefônica nº 9.296/96 regulamentaram os casos em que poderá ser concedido esse instituto, sendo imprescindível para o andamento da instrução penal e um meio de prova excepcional.

Para saber quais os requisitos necessários para a concessão desta medida, deve-se remeter ao artigo 2º da referida lei:

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

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

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

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

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

O legislador abrange no artigo acima uma redação negativa, que faz com que doutrinadores como Greco Filho (2005) salientem:

Lamentável, porque a redação negativa sempre dificulta a inteligência da vontade da lei e mais lamentável ainda porque pode dar a entender que a interceptação seja regra, ao passo que, na verdade, a regra é o sigilo e aquela, a exceção. (GRECO FILHO, 2005, p. 21)

Primeiramente, é importante ressaltar que deve haver indícios razoáveis de autoria e participação em infração penal, então não pode ser uma mera suposição, ou até mesmo uma mera suspeita para se violar a intimidade de alguém. Se permitir a concessão já no curso da ação penal, não há dúvidas desses indícios serem suficientes, porém quando o pedido for feito ainda na fase policial deve se ter um pouco de cautela, fazendo uma análise sistemática de proporcionalidade e razoabilidade para determinar a realização de interceptação telefônica.

Já no que tange ao inciso II do referido artigo, não é permitido solicitar a interceptação telefônica quando a prova puder ser produzida através de outros meios disponíveis. Portanto, deverá ser utilizada como última *ratio*, quando não houver outro meio para se provar a autoria e materialidade do crime.

Silva (2010) traz uma interpretação para esse inciso:

Produzida a interceptação telefônica e ficando demonstrado que seria possível a produção da prova, naquele momento, por outro modo, aquela não será utilizada. É claro que, em muitos casos, será possível a priori a verificação da desnecessidade da interceptação, quando ela não poderá ser deferida. (SILVA, 2010, p. 36)

Em relação ao último inciso, se exige para concessão do instituto que a infração penal investigada seja punida com pena de reclusão, não permitindo-se crime punido com detenção ou quando há o cometimento apenas de contravenção penal. Sendo assim, fica claro que somente crimes graves poderão se valer dessa medida, onde mais uma vez o legislador preocupou-se com os direitos fundamentais que vêm a ser violados de forma mais branda.

Esse inciso também é sujeito a críticas, como menciona o doutrinador Silva (2010):

Nem todo crime punido com reclusão é tão grave a ponto de possibilitar a intromissão no recato de um indivíduo, o furto simples é punido com pena de reclusão e nunca poderia ensejar essa medida extrema. (SILVA, 2010, p. 36)

Já Grinover, Gomes filho e Fernandes (2011) estabelecem:

É assim que o princípio da reserva legal converte-se em princípio da reserva legal proporcional. Decorre daí a consequência da inconstitucionalidade da previsão desarrazoada da lei, quando estende a possibilidade de interceptação a todo e qualquer crime apenado com reclusão, daí surgindo a necessária cautela com que o juiz deverá portar-se, ao autorizar a operação técnica de quebra de sigilo. (GRINOVER; GOMES FILHO; FERNANDES, 2011, p. 175)

Diante dos posicionamentos citados, não é todo crime que é tido como grave e que é apenado com reclusão que será permitida a interceptação telefônica, devendo o juiz analisar casuisticamente o pedido e com cautela, sopesando os bens jurídicos envolvidos.

4.6 Procedimento

Para uma prova ser considerada válida e admitida no processo, deve ser obtida de modo lícito, garantindo o contraditório, ampla defesa e o devido processo legal, direitos esses que são intimamente ligados com o instituto de provas no processo penal brasileiro.

A Lei 9.296/96 dispõe em seu artigo 3º a respeito do procedimento, onde diz que a interceptação telefônica poderá ser determinada pelo juiz de ofício, a requerimento da autoridade policial ou do representante do Ministério Público, onde o primeiro pode ser no decorrer do inquérito e o segundo no decorrer da investigação criminal.

O artigo permite que o juiz de ofício autorize a concessão de interceptação telefônica, o que é um equívoco já que está permitindo que este órgão atue na fase do inquérito policial, exercendo uma função atípica, pois é responsável apenas pela aplicação da lei e solução de litígios.

Ademais, para que haja pedido de interceptação telefônica, tanto o MP quanto a autoridade policial deve expedir uma ordem fundamentada, motivando sua necessidade de concessão, como dispõe o artigo 4º caput da lei: “o pedido de interceptação de comunicação telefônica conterà a demonstração de que a sua realização é necessária à apuração de infração penal, com indicação dos meios a serem empregados”.

O artigo 5º também salienta que a decisão deve ser fundamentada, indicando a forma de diligência que será utilizada e quem o fará, pois é importante que não se viole a esfera íntima do indivíduo, apenas em casos excepcionais em

que será permitida a concessão da interceptação verbalmente, desde que estejam presentes os requisitos e que reduz a termo, como salienta o §único do artigo 4º da Lei 9.296/96. Concluído o pedido, o juiz se manifestará no prazo de 24 horas fundamentando sua decisão.

O juiz então se manifestando e autorizando, a autoridade policial terá um prazo de 15 dias para o cumprimento do procedimento, caso esse prazo tenha que ser renovado deverá ser por igual período, não limitando a lei quantas vezes poderá ser prorrogada, desde que expondo os devidos argumentos poderá repetir quando necessário.

Após o deferimento do pedido, a interceptação será dirigida ao delegado de polícia nos casos em que se tratar de crimes comuns, já nos casos de crimes militares será encaminhado ao oficial Presidente do inquérito policial militar, lembrando que nos dois casos deve-se cientificar o Ministério Público sobre a realização. No caso de diligência em que se possibilite a gravação, deverá ser transcrito o que foi gravado.

A transcrição tem gerado uma discussão, e Silva (2010) salienta:

Poderão ser transcritos apenas os diálogos necessários para elucidação da causa, que deverão ser indicados pelo Ministério Público, que é o responsável pela propositura da ação penal e produção da prova acusatória. Esse expediente excepcional depende de fundamentada autorização judicial. (SILVA, 2010, p. 39)

Ao final, a autoridade policial deverá fazer um auto relatando todo o procedimento e o que ocorreu, sendo anexado com a fita de gravação e sua transcrição, após, remeterá ao juízo e dará ciência ao MP. O parágrafo único do artigo 8º da Lei 9.296/96 estabelece as fases em que pode ocorrer a interceptação telefônica, a primeira seria durante o inquérito policial, que será antes do relatório da autoridade, ou no processo criminal na sua conclusão, dependendo então da fase em que se encontra o processo.

4.7 Do Recurso Contra Decisão que Defere ou Indefere a Interceptação Telefônica

Em relação ao recurso cabível que defere ou indefere a interceptação telefônica, é necessário primeiramente salientar que não cabe apelação já que não

se trata de sentença, não cabe recurso em sentido estrito já que não está nas hipóteses taxadas do artigo 593 do CPP, surgindo questionamentos pertinentes a respeito.

Porém, o entendimento predominante atualmente é que quando for concedida a interceptação telefônica, ou seja, quando elencada nos requisitos para sua determinação e seguido o procedimento regulado por lei, como se trata de um direito líquido e certo caberá mandado de segurança, para que tramite tudo em segredo de justiça, além disso, caberá tanto na fase policial como na fase judicial, sendo requerido pelo órgão do Ministério Público.

Já quando o Ministério Público não concordar em conceder a medida, seja por falta de requisito ou por violação ao procedimento, sendo caso de nulidade absoluta ou falta de justa causa, poderá ser impetrado habeas corpus, sendo previsto esse direito no artigo 5º LXVIII da Constituição Federal, estando no rol dos direitos fundamentais, entre eles o direito de ir e vir. Já quando se violar o direito líquido e certo poderá impetrar mandado de segurança impedindo a interceptação telefônica.

No entanto, é necessário ressaltar que nos casos supracitados tudo deverá ocorrer em segredo de justiça, para ter uma resposta sucedida, livre de quaisquer vícios, e respeitando acima de tudo os direitos fundamentais que estão sendo discutidos.

4.8 Segredo Profissional do Advogado

Durante a interceptação telefônica, é possível que as autoridades se deparem com conversas entre o advogado e o acusado, nesta hipótese deve ser inadmitida no processo, já que o Estatuto da Ordem dos Advogados do Brasil (OAB) em seu Art. 7º II Lei nº 8.906/94 salienta que são invioláveis escritório ou local de trabalho, bem como de seus instrumentos de trabalho, de sua correspondência escrita, eletrônica, telefônica e telemática, desde que relativas ao exercício da advocacia.

Portanto, a conversa pessoal entre advogado e seu cliente não comporta que seja interceptada, tendo total proteção da lei, onde no qual se vier ser admitida será considerada prova ilícita, não sendo aceita no ordenamento jurídico,

podendo ser desentranhada do processo. A ilicitude presente alcança todas as demais provas decorrentes.

Caso haja indícios de participação do advogado no crime investigado não há de falar em sigilo profissional já que não é um direito absoluto, comportando exceções, sendo considerada válida a interceptação telefônica. As prerrogativas conferidas aos defensores não pode acobertar ilícitos cometidos, não acolhendo alegação de que fere um direito garantido.

5 DOS DIREITOS FUNDAMENTAIS E LEGAIS DA INTERCEPTAÇÃO TELEFÔNICA

Ao tratar-se da interceptação telefônica, assunto este tão polêmico, pois se depara com o afastamento de alguns direitos garantidos pela Constituição Federal, portanto, para ser o instituto considerado lícito, deve respeitar os requisitos expostos, bem como utilizar a proporcionalidade em relação aos direitos que serão abordados na sequência.

5.1 Do Direito a Honra e a Imagem das Pessoas

O direito constitucional a imagem ganha proteção no artigo 5º inciso X da Constituição Cidadão, que normatiza: “são invioláveis a intimidade, a vida privada, a honra e a imagem das pessoas, assegurado o direito a indenização pelo dano material ou moral decorrente de sua violação”.

O autor Rothenberg (2014) faz uma divisão relativa a esse direito, sendo a imagem atributo e a imagem retrato. A primeira se refere às características e atribuições do indivíduo perante o meio social, já a segunda consiste na visão que o próprio indivíduo tem de sua imagem, com suas peculiaridades individuais e físicas.

Esse direito fundamental é um objeto independente do direito de personalidade, que possui referência tanto às pessoas físicas como jurídicas, englobando até o direito a imagem frente aos meios de comunicação, sendo eles rádio, televisão, internet, revistas, jornais, etc. A mídia nos dias atuais é um dos maiores protagonistas para divulgação de notícias, quando se trata de artistas e políticos deve haver uma maior tolerância, porém não afasta a proteção a ofensas que não condiz com a proporcionalidade, que não há mero nexo causal.

O doutrinador Costa Júnior (1995, p. 54) salienta que: “o direito à imagem, portanto, é o direito de impedir que terceiros venham conhecer-lhe a imagem”. Essa definição relaciona o modo no qual se divulga essa imagem e sua difusão na sociedade, pouco importando como foi executada.

Nesse sentido, há uma proteção constitucional muito grande em relação à imagem, onde a mera divulgação de fotos e notícias desnecessárias ofensivas, que não há relevância em meio à sociedade, autoriza a indenização

relativa a danos morais e materiais, além do direito à resposta, havendo um ressarcimento econômico da pessoa lesada. Acima de tudo, é uma proteção ao direito da dignidade da pessoa humana, onde todos podem ter uma vida digna em sociedade de forma tranquila, sem qualquer perturbação psíquica.

Quando faz referência ao direito à honra, primeiramente é importante destacar que há uma proteção constitucional relativa a esse direito, estando também no artigo 5º inciso X da CF. Ademais, surgem alguns conceitos difundidos por doutrinadores acerca do tema.

Honra é o contingente mínimo de prestígio que um cidadão pode obter para merecer o respeito da coletividade. É a síntese das virtudes sem as quais o indivíduo será marginalizado, desprezado pelos os seus semelhantes. (COSTA JÚNIOR, 1995, p. 81)

Honra é o conjunto de qualidades que caracterizam a dignidade da pessoa, o respeito dos concidadãos, o bom nome, a reputação. É direito fundamental da pessoa resguardar essas qualidades. A pessoa tem o direito de preservar a própria dignidade. (SILVA, 2013, p. 211)

Contudo, com essas definições mencionadas, o direito à honra é muito mais que resguardar a boa impressão, reputação frente à sociedade, é uma espécie de proteção constitucional, que ao violar acarretará em indenização material e moral, sendo necessário respeito e uma consideração ética para a vida em sociedade.

A sua violação em algumas situações constitui até ilícito penal normatizado no próprio Código Penal, quando se refere aos crimes de calúnia, injúria e difamação, tendo como bem jurídico protegido a honra das pessoas, se cruzando totalmente com o direito de privacidade, onde tudo aquilo que é atacado contra a dignidade deve permanecer em silêncio, causando também responsabilidade na esfera civil. Além disso, a honra é subdividida em duas espécies, onde a honra subjetiva se relaciona com o sentimento que a pessoa possui, seja este intelectual, físico ou moral, e a honra objetiva é como o indivíduo é analisado perante a sociedade.

É importante salientar que, na maioria das situações, quando se faz menção à honra, se faz também à imagem. Pois mesmo estes sendo direitos de personalidade autônomos, eles podem se interligar. E ao se referir a esses direitos, ambos trazem o direito de resposta e indenização que é resguardado pela

Constituição Federal no Art. 5º inciso V: “é assegurado o direito de resposta, proporcional ao agravo, além da indenização por dano material, moral ou à imagem”.

De acordo com o artigo supracitado, o objetivo do direito a resposta é fornecer informações honestas e verdadeiras sobre o fato, sendo uma forma de defesa diante do direito de personalidade violado, lembrando que este direito a resposta também é autônomo, e poderá ser utilizado independente de resultar em uma possível indenização ou não.

5.2 Do Direito à Intimidade

Quanto ao direito à intimidade, é necessário ter em mente que ele atinge uma esfera mais restrita e íntima, como relações familiares, amizades, círculos menores, enquanto a vida privada há uma maior amplitude atingindo os mais diversos relacionamentos humanos, sendo diferenciados por meio da intensidade e amplitude que um possui em relação ao outro.

Para saber se houve violação à intimidade de determinado indivíduo, é necessário analisar o caso em questão, já que para alguns poderia ser considerada violação à intimidade enquanto para outros não. Como é o caso de celebridades e políticos que possuem uma proteção menos intensa.

É importante observar o objeto no qual ocorre a divulgação sobre a intimidade de alguém, pois o modo como se espalham grandes informações, fotografias e cenas filmadas em meios de comunicação de massa para que todos tenham acesso a determinado fato, agride muito mais as pessoas do que quando, por exemplo, é falado ou há a divulgação menos ostensiva, sendo aspectos específicos que definem sobre a agressão a esse direito.

Ademais, é importante ressaltar que a Constituição Federal em seu artigo 5º inciso X também protege o direito à intimidade, estando no rol dos direitos e garantias fundamentais, e quando se refere a este é necessário distinguir a inviolabilidade de domicílio, o sigilo da correspondência e o sigilo profissional que também apresentam uma grande interligação com tudo o que foi mencionado.

Em relação à inviolabilidade de domicílio, a proteção é assegurada no artigo 5º inciso XI, onde diz que a casa é um asilo inviolável, e com isso salienta que é um direito fundamental de todos que possuem algum lugar para ficar, seja sozinho ou com a sua família, sendo o conceito de casa atualmente muito amplo, porém o

ser humano goza de uma esfera íntima que precisa ser acima de tudo respeitada pela sociedade.

Entretanto, é necessário salientar que há uma relativização desse direito, presente no próprio texto constitucional, trazendo exceções em que a casa poderá ser violada no caso de flagrante delito, desastre, prestação de socorro e ordem judicial durante o dia, devendo analisar o caso concreto, ponderando acima de tudo os valores que estão sendo colocados em xeque.

Ressalta-se que a intimidade é tanto do ser humano com si próprio como nas relações com as demais pessoas, como seus filhos, cônjuges, e amigos que merecem uma proteção demasiada, já que hoje em dia é difícil conviver em sociedade principalmente com a era do direito à informação que vem ganhando grande espaço, porém deve ser interpretado com cautela e fazendo uma ponderação.

O sigilo de correspondência atinge uma grande esfera íntima tanto da pessoa que envia quanto da que recebe, onde há uma relação de confiança. A exposição de segredos pessoais, confissões e revelações de certos acontecimentos caracterizaria a violação à vida alheia. Já o sigilo profissional impõe a aquele que exerce alguma atividade especializada a guardar segredo com fidelidade sobre a confissão de uma pessoa no qual obteve confiança para falar sobre tal assunto em específico. Há proteção desta categoria também pelo fato de que afeta a vida íntima, devendo haver responsabilidade na esfera civil e penal, a depender do caso.

A tutela da intimidade pode ser compreendida como manifestações a outros direitos de personalidade, como a honra, imagem, ao nome, ao direito de informação, ao segredo seja ele profissional ou doméstico, a liberdade, estendendo-se esse direito nos mais variados casos rotineiros, podendo um ou mais direitos serem feridos em conjunto.

Costa Júnior relata sobre as limitações ao direito de intimidade:

O homem, enquanto indivíduo que integra a coletividade, precisa aceitar as delimitações que lhe são impostas pelas exigências da vida em comum. E as delimitações de sua esfera privada deverão ser toleradas tanto pelas necessidades impostas pelo Estado, quanto pelas esferas pessoais dos demais concidadãos, que poderão perfeitamente conflitar ou penetrar por ela. (COSTA JÚNIOR, 1995, p. 45)

Portanto, há de concluir que conviver em sociedade não é fácil, pois há exigências, limitações da vida privada, demandando acima de tudo respeito, sendo impostas sanções ao descumprir tal conduta considerada antiética, ferindo os direitos de personalidade, e entrando em conflito. É necessário sempre fazer uma ponderação de valores, onde nos mais diversos casos poderão influir em indenização de cunho patrimonial, além do direito a resposta garantido pela Constituição Cidadã, direito fundamental este que vem ganhando cada vez mais espaço, sendo uma forma de exteriorização da informação verdadeira sobre o fato.

6 O USO DA PROVA FORTUITA COMO INSTRUMENTO DE INTERCEPTAÇÃO TELEFÔNICA

O encontro fortuito da prova através de interceptação telefônica é um fenômeno que consiste no surgimento de sujeitos ou delitos novos que serão pertinentes para o fato investigado, orientando toda a persecução penal, no qual vem surgindo inúmeros posicionamentos a respeito de ser ou não admitido o instituto.

6.1 Prova Emprestada

A priori é necessário conceituar o que vem a ser a prova emprestada no instituto do direito processual brasileiro. Cesca (2016, p. 44) dispõe sobre: “prova emprestada é aquela, que regularmente produzida em determinado processo, é translada documentalmente a outro feito, a fim de neste ser valorada”. Busca-se uma celeridade e uma economia processual, evitando que seja produzida a prova novamente, sendo sua natureza correspondente ao meio de prova que foi ingressado na ação principal.

Ademais, esse instituto é regulado por lei infraconstitucional, pois no Código de Processo Civil (CPC) o dispositivo 372 autoriza a prova emprestada, onde salienta que “o juiz poderá admitir a utilização de prova produzida em outro processo, atribuindo-lhe o valor que considerar adequado, observado o contraditório”.

Frisa-se que acima de tudo deve ser resguardado o contraditório, direito fundamental esse que está previsto no Art. 5º LV da CF, podendo só utilizar a prova emprestada de uma ação originária quando o indivíduo for réu e quando for instruído a produzir prova para ele tenha dado a oportunidade do contraditório e ampla defesa, mesmo que seja usado esta em desfavor do acusado, sendo proibido utilizar uma prova de um processo para outro na ocasião do sujeito passivo ser distinto nessas duas ações.

Emprestar prova de um processo para outro deve se ter em mente que é de grande utilidade, porém deve ser fundamentada devidamente para ser concedido o empréstimo, não podendo isso se tornar cômodo. Com isso, Távora e

Alencar (2013) elencam requisitos para que este instituto ocorra no processo sem violações a direitos:

- A) Mesma partes: as partes devem ser as mesmas em ambos os processos, tanto no que empresta quanto naquele que vai recepcionar a prova emprestada;
- B) Mesmo fato probando: o fato demonstrado pela prova que se quer emprestar deve ser relevante aos dois processos;
- C) O contraditório no processo emprestado deve ter sido respeitado: só pode haver o empréstimo da prova que foi produzida sob o crivo do contraditório;
- D) Os requisitos formais de produção probatória tenham sido atendidos no processo representante: ou seja, a norma que rege a produção de prova deve ter sido rigorosamente respeitada para que se possa falar e empréstimo. (TÁVORA; ALENCAR, 2013, p. 404)

Portanto, é necessário sempre respeitar os requisitos supramencionados para que ter uma prova emprestada livre de vícios. Porém, uma discussão que se faz é caso o processo originário que se empresta a prova seja declarado nulo, que reflexos o processo que recebeu sofrerá, devendo observar até que ponto uma nulidade contamina. Se a nulidade contaminou a instrução do processo originário, sendo esta uma nulidade absoluta, há uma consequentialidade sendo nulos ambos os processos, já se a nulidade for relativa não afetando a instrução criminal, a prova emprestada será válida assim como o processo emprestado.

É importante salientar que no que tange à utilização da prova emprestada obtida por meio de interceptação telefônica, surgem inúmeras indagações como: É permitida sua utilização? É válida no ordenamento jurídico? É possível violar preceitos fundamentais? A respeito desse instituto é necessário fazer algumas considerações para o esclarecimento dessas questões polêmicas.

A Constituição salienta no Art. 5º XXI sobre o sigilo no que concerne as comunicações telefônicas, além disso, um dos requisitos para a concessão da interceptação telefônica é que o crime seja apenado com reclusão. Acerca dessas questões, é necessário esclarecer se é possível conceder prova emprestada em processo não penal, surgindo posicionamentos diferenciados na doutrina.

A priori, há um posicionamento de não ser possível utilizar a prova emprestada para fins não penais, não podendo haver interpretação restritiva, sendo uma fraude a própria constituição. Já outra corrente salienta ser possível o empréstimo de prova em instrução não criminal desde que tenha sido observada a

licitude dessa prova para ser aproveitada em outro processo, sendo necessário interesse público na lide. Em relação à concessão de prova emprestada em crime que não seja apenado com reclusão, destaca-se a posição do doutrinador Cesca (2016):

Não se exige, ainda, seja o novo delito, em caso de Interceptação Telefônica, apenado com reclusão, porquanto a interceptação já fora regularmente deferida e executada, ou seja, a intimidade e a vida privada de seu alvo devassada. O que não será permitido é que, no procedimento inaugurado para investigação desse novo crime, realiza-se nova interceptação para apura-lo, porquanto não apenado com reclusão. (CESCA, 2016, p. 115)

No entanto, a maioria da doutrina e jurisprudência vem entendendo ser possível quando se tratar de interceptação telefônica, a utilização da prova emprestada para crimes apenados com detenção sendo conexo ao que se deu ensejo a obtenção de prova.

É possível ocorrer a prova emprestada e o encontro fortuito de provas na persecução penal, sendo uma conexão de crimes que vem a incorporar no processo, inserindo em uma mesma cadeira sobre o acusado. Atualmente inexistente uma regulamentação específica sobre esse instituto.

Ao abordar as posições doutrinárias sobre esse assunto, verifica-se uma linha de pensamento que sustenta que é possível haver o empréstimo de prova no caso de encontro fortuito desde que lícitos todos os meios de obtenção, e tudo o que foi investigado seja relativo ao crime. Porém, outra linha da doutrina salienta que não é admitida a prova emprestada no encontro fortuito. O doutrinador Cesca (2016) dispõe acerca desse assunto:

De fato, se um determinado delito é descoberto no curso de investigação regulamente conduzida, choca-se a possibilidade de o Estado ter que fechar os olhos diante da descoberta de novo crime, como se ele não existisse, sendo que o contrário parece o correto, ou seja, que possui o dever de trazer à luz o conhecimento da nova infração, com todas as consequências daí derivadas. Isso não quer dizer, porém que na execução de determinado meio de obtenção de prova está-se a outorgar “cheque branco” para os agentes por eles responsáveis. Realmente, conforme já expedido, o conhecimento fortuito pressupõe a legalidade de autorização e execução do meio de prova respectivo (CESCA, 2016, p.114).

Portanto, a prova emprestada defende um sistema baseado no princípio da oralidade. Os atos são predominantes oralmente, proporcionando a sua

concentração, onde estes devem ser praticados em uma só audiência, priorizando a imediatidade, identidade física do juiz, e acima de tudo o contraditório para que se possa utilizar essa prova em outro processo.

No caso de interceptação telefônica, há diversas divergências sobre a possibilidade ou não de utilização da prova emprestada, porém conclui-se que desde que tenha oportunizado o contraditório, que tenha as mesmas partes e que haja interesse público, é possível o empréstimo, não sendo possível quando houver interesse privado de um dos litigantes, pois já que a intimidade foi violada não faria sentido não utilizar. Porém, esse instituto exige sempre muita cautela.

Ademais, o encontro fortuito de prova deve ser analisado caso a caso, quando surge um fato novo deve ser trazido ao processo para conhecimento de todos para que se exerça o contraditório. Além disso, no caso de interceptação telefônica, é permitido amplamente seu conhecimento pelo encontro fortuito, onde a prova é admitida para todas as pessoas ainda que o crime não seja conexo, porém é necessário que a interceptação seja lícita.

6.2 Encontro Fortuito da Prova no Processo Penal Obtido por Interceptação Telefônica

O encontro fortuito da prova é um fenômeno que causa muita polêmica no ordenamento jurídico, também chamado de “serendipidade”, que seria o descobrimento de novos elementos probatórios em relação a algum crime, ou seja, consiste em descobrir as coisas por acaso durante a persecução penal. Assim, no decurso da investigação são descobertas outras infrações penais ou até mesmo sujeito passivo distinto.

Um grande exemplo desse instituto seria quando concedida a interceptação telefônica para se apurar crime, e ao longo dessa apuração questiona-se a possibilidade de utilizar elementos probatórios de outras infrações penais para auxiliar nesta. Portanto, acerca do exemplo que foi citado, a jurisprudência e doutrina tem utilizado do encontro fortuito da prova, a qual Lima (2014) salienta sobre sua aplicação:

É utilizada nos casos em que, no cumprimento de uma diligência relativa a um delito, a autoridade policial casualmente encontra provas pertinentes à

outra infração penal, que não estavam na linha de desdobramento normal da investigação. (LIMA, 2014, p. 155)

Então, conclui-se que a prova obtida pelo encontro fortuito seria uma consequência de como esta foi obtida, pois se houver desvio de finalidade, esta será considerada prova ilícita, caso contrário, esta será totalmente lícita e aceita para o prosseguimento do processo, sendo esse instituto totalmente conhecido no ordenamento jurídico.

Porém, o que entra em questionamento seria quando for encontrado um elemento probatório por meio de interceptação telefônica, resultado desse encontro fortuito, sendo necessário analisar se este seria válido ou não, se seria uma violação maior à intimidade e à vida privada. Neste sentido, Gomes (2009) dispõe:

Da decisão judicial que determina a interceptação telefônica sobressaem, dentre outros, dois requisitos sumamente relevantes, sendo certo que ambos estão previstos no Art. 2º, parágrafo único, da Lei 9.296/96: a) descrição com clareza da situação objeto da investigação; b) indicação e qualificação dos investigados (dos sujeitos passivos). Fala-se em parte objetiva (fática) e subjetiva (pessoas) da medida cautelar. A lei, com inteira razão, preocupou-se com a correta individualização do fato objeto da persecução, assim como com a pessoa que está sendo investigada. (GOMES, 2009, s. p.)

Dessa forma, é necessário dispor que quando for concedida a interceptação telefônica nos termos dos requisitos e procedimentos, e houver o encontro fortuito de provas decorrente desta, será válida e totalmente aceita na instrução criminal, desde que tenha uma conexão entre as infrações penais, pois se assim não fosse não faria sentido.

Neste mesmo sentido, Lima (2014) relata:

Se a interceptação telefônica conduzir a descoberta de fatos sem que haja qualquer hipótese de conexão ou continência, os elementos aí obtidos não podem ser valorados como prova pelo magistrado, o que não impede, todavia, sua utilização como notícia criminis para deflagrar novas investigações. (LIMA, 2014, p.156)

Ademais, quando se é descoberta pessoa diversa além da que está sendo investigada por meio de interceptação telefônica, é necessário ressaltar que será um meio probatório lícito, já que o encontro fortuito caracterizaria a continência por razão subjetiva, ou seja, por razão da pessoa, disposta no Art. 77 I do CPP.

Quando há o encontro fortuito, a maioria da doutrina e jurisprudência salienta que deve existir conexão ou continência entre o que estava sendo investigado e o que foi descoberto, porém não se pode deixar de mencionar que outra parte da doutrina e alguns julgados neste mesmo sentido salientam não ser preciso a existência de conexão e continência.

A razão de ser consiste em argumentos dizendo que diante de tudo isso o Estado não se pode continuar inerte, além do mais, a própria Lei 9.296/96 não impõe isto em seus requisitos, e se o Estado violou a intimidade, se fez por autorização legal. Porém, tudo isso é admitido em situações passadas, pois em relação a situações futuras é necessário analisar a licitude do meio probatório que fez encontrar situações novas fortuitamente.

No entanto, há de se concluir que havendo o encontro fortuito de provas que levam à descoberta de algum fato novo, pessoa, ou até mesmo algum elemento probatório por meio de interceptação telefônica, deverão ser objetos de análise pelo magistrado, não podendo nunca ser desprezado pelo Estado.

Se há o descobrimento de coisas novas durante a instrução criminal não foi por acaso, e sim resultado de longas investigações que poderá ocasionar em situações novas, além do mais, o juiz deverá valorar e analisar essas provas com base em tudo o que foi apresentando, buscando sempre pela licitude, valorando-as conforme seu livre convencimento motivado sobre o caso em questão.

6.3 A Validade da Prova Obtida Fortuitamente por Interceptação Telefônica

Poderá efetivamente ocorrer a investigação de fatos ou pessoas durante a instrução penal, porém, de acordo com algumas circunstâncias, poderá levar ao conhecimento de novos fatos ou até mesmo indivíduos envolvidos no delito, sendo portanto o instituto do encontro fortuito. A questão que se perfaz é se poderiam ser aceitas na persecução penal todas essas instruções probatórias novas, ou melhor, qual seria a validade do encontro fortuito da prova obtida por meio de interceptação telefônica.

Antes de adentrar ao direito brasileiro, é necessário dispor sobre o direito aplicado em alguns países a respeito de tal instituto. No direito alemão, o encontro fortuito de provas é permitido desde que tenha conexão com o fato que foi objeto de interceptação telefônica. Já no direito italiano, é válido quando o fato tiver

conexão com a prisão em flagrante obrigatória. Por fim, no direito espanhol é válido esse encontro se o fato ou sujeito novo descoberto tiver coincidência com o crime investigado, porém, se não houver, poderá ser usado como *notitia criminis* para uma nova investigação, ou até mesmo solicitar uma nova interceptação telefônica.

Nesse sentido, o doutrinador Cabette (2015), salienta sobre a validade das provas encontradas fortuitamente:

Não seriam válidos, portanto, os encontros fortuitos em que a infração descoberta não admita interceptação, ainda que conexa ao crime investigado; ou mesmo sendo das que admitem esse meio de prova, se independente, ou seja, não ligada via conexão ou continência com o crime que ensejou a investigação. Também em relação a terceiros, somente valeria a prova se estes tivessem alguma ligação com o fato inicialmente apurado e seu autor. (CABETTE, 2015, p. 100)

Além disso, há outros posicionamentos por parte da doutrina que entendem que a prova obtida fortuitamente através de interceptação telefônica seria considerada ilícita, a partir de um conhecimento legalista, com base exclusiva na Lei 9.296/96.

É importante salientar o desvio de finalidade que não possui condão com o instituto supramencionado, não sendo válida a descoberta da autoria e materialidade de um crime no qual se deu a investigação por desvio de finalidade, não estando no desdobramento da instrução penal, totalmente ligada a validade ao meio em que se foi realizada toda a investigação, sendo a forma um dos principais requisitos para a descoberta da permissão da prova obtida fortuitamente. A respeito disso, Lima (2014) entende:

Nesses casos, a validade da prova inesperadamente obtida está condicionada à forma como foi realizada a diligência: se houve desvio de finalidade, a prova não deve ser considerada válida; se não houve desvio de finalidade, a prova é válida. (LIMA, 2014, p. 155)

Quanto aos novos fatos descobertos por interceptação telefônica, estes devem ter uma conexão com o crime objeto da investigação, já no caso de surgir sujeito passivo novo, este também deverá ter uma relação, mas o instituto citado nesse último caso é o da conexão. A respeito dos fatos não conexos, estes não serão descartados, pois está presente o *fumus boni iuris*, mas desde que este seja cabível interceptação telefônica, buscando a comprovação e autoria de um delito.

Cabette (2015) dispõe sobre sua posição a respeito:

Não se pode atribuir validade a quaisquer casos de provas alcançadas de maneira fortuita, especialmente em se tratando de infrações penais para as quais a interceptação é vedada. Neste caso, estar-se-ia premiando o acaso, pois se fosse formulado um pedido direto, certamente seria denegado, mas o encontro fortuito possibilitaria burlar os limites legais. Assim sendo, se a infração fortuitamente descoberta não admite a interceptação como prova, não importará se está ou não ligada ao crime anteriormente pesquisado, sendo sempre inadmissível a prova. (CABETTE, 2015, p. 104)

Silva (2010) afirma ainda sua posição sobre a validade da prova em face do surgimento de novos fatos:

É possível que durante a interceptação surjam conversas que indiquem a ocorrência de outros crimes, até então ignorados, praticados por um dos interlocutores investigados ou por outra pessoa identificada somente após o início do procedimento. Entendemos que se esses delitos forem daqueles que propiciem a interceptação telefônica (punidos com reclusão), nada impede que a prova produzida seja empregada validamente em juízo. Isso porque, embora o pedido tenha sido feito para apuração de outro delito, não se pode desprezar essa prova, uma vez que obtida por meio lícito. (SILVA, 2010, p. 40)

Então, não se admite, ainda que exista conexão ou continência, que este novo fato descoberto não seja passível de interceptação telefônica. Há dois requisitos para que a prova seja válida a partir do encontro fortuito. O primeiro é aquele em que o delito novo poderá ser objeto de interceptação. E o segundo, que haja relação com o crime que se originou a investigação, ou por uma relação de conexão ou continência.

Ademais, é impossível que se origine investigação autônoma com a informação sobre o crime, não podendo haver ratificação ou extensão, sendo a validade uma consequência da raiz, ou seja, ou a prova é válida desde o começo ou não será jamais, não sendo permitida nenhuma correção a respeito.

Poderá ocorrer casos em que a nova infração captada servirá como crime meio da infração final, não havendo nenhum caso de encontro fortuito, como por exemplo, no caso do delito de extorsão e for descoberto que houve ameaça (crime meio), aqui será válido já que se trata do passo a passo do *iter criminis* praticado pelo agente.

Do mesmo modo, poderá ocorrer durante a interceptação telefônica o conhecimento de um novo crime, mas que possui juízo competente diferente, como dispõe o Art. 74 do CPP. Nesses casos a prova não será dispensada, onde se

couber será admitido o instituto da prova emprestada, e assim que as informações surgirem cabe ao órgão ministerial ou a autoridade policial informar o juiz que determinou a realização dessa medida, para que este mande todos os meios probatórios colhidos ao juiz competente para julgar o caso, sendo totalmente válida esta prova.

A solicitação da interceptação pode levar ao conhecimento de novos sujeitos que apresentam relação com o crime investigado, sendo este meio aceito, já que foi obtida de maneira lícita, porém o maior problema é quando identificado alguma autoridade por esta medida que esteja envolvida no delito, mas que detém foro por prerrogativa de função, então imediatamente deve ser encaminhado os autos para a autoridade competente para o julgamento do litígio, pois se caso não o fizer a prova será nula de forma absoluta, conforme Art.564 I do CPP.

No encontro fortuito de provas por meio de interceptação telefônica, este é considerado válido, pois a concessão dessa medida foi autorizada e as autoridades que a realizaram estão totalmente de boa fé, não havendo no que se falar em ilegalidade, mas é necessário salientar que só será permitida a utilização desses meios probatórios se a nova infração descoberta for passível de interceptação, caso contrário a prova será inválida.

No entanto, a validade desse encontro é muito discutida em toda a doutrina, onde surgem diversos posicionamentos, não havendo um uniforme. Além disso, não há tanto espaço para se debater o tema, pois os autores na maioria das vezes citam um ao outro sem abrir margem de discussão e de colocar seu próprio entendimento e cognição sobre o instituto.

A doutrina que entende pela invalidade da prova obtida fortuitamente tem como base uma legalidade estrita, dizendo que esta viola o Art. 2º da Lei 9.296/96 que delimita o objeto e o investigado, no qual se houvesse relativização deveria haver autorização da autoridade competente, caso contrário poderia violar o sigilo das comunicações, direito este que está previsto no Art. 5º inciso XII da Constituição Cidadã.

Entretanto, o direito não pode ter como base uma legalidade estrita, sendo o magistrado livre para valorar as provas obtidas. Porém, essa valoração precisa ser devidamente fundamentada, e há quem defenda ser possível o encontro fortuito de provas por meio de interceptação telefônica. Uma grande parte da doutrina salienta que será válida a prova desde que o novo delito descoberto seja

objeto de interceptação telefônica e que haja conexão com o crime investigado, tanto os novos fatos descobertos quanto os sujeitos passivos novos.

Ademais, não há um procedimento a ser seguido pelo juiz quanto à ocorrência desse instituto, cabendo ao magistrado com base em todo o ordenamento jurídico vigente e direito comparado preencher as lacunas existentes e decidir conforme sua convicção, além de justificar sobre tal decisão tomada.

6.4 A Interceptação Telefônica e o Encontro Fortuito de Provas em Casos Concretos no Supremo Tribunal Federal

Nas Interceptações telefônicas concedidas validamente é possível ocorrer a serendipidade, ou seja, o encontro fortuito de provas ou sujeitos que não eram objetos de investigação originariamente, e a partir disso, surgem novos elementos probatórios que levam ao descobrimento da autoria e materialidade do delito.

Há exemplos na jurisprudência desse fenômeno que vem sendo discutido na atualidade, como o caso a seguir, que tem como alvo a apuração de celas que foram comercializadas por agentes públicos em Foz do Iguaçu/PR, e a partir do uso de interceptação telefônica concedida, houve encontro fortuito do envolvimento de um juiz.

Com isso, o juiz foi denunciado juntamente com os demais corréus, e sujeito ao regime fechado, no qual interpõe Habeas Corpus com o argumento de que não foi lícita a interceptação telefônica, pois existiam outros meios de ser descoberto o delito. Além disso, havia um fato específico sendo apurado e no decorrer das investigações descobriu-se outro fato, sendo totalmente inválido esse fenômeno e indo de encontro ao princípio da presunção de inocência.

O Habeas Corpus não foi concedido pelos termos da ementa citada a seguir, sendo os elementos da prova fortuita obtidos por interceptação telefônica válida, reconhecido esse instituto até pelo Supremo Tribunal Federal. Entretanto, é necessário salientar que essa medida não pode ser banalizada, mas usada sempre de forma subsidiária.

Ementa: AGRAVO REGIMENTAL NO HABEAS CORPUS. PENAL E PROCESSUAL PENAL. CRIME DE CORRUPÇÃO PASSIVA. ARTIGO 317 DO CÓDIGO PENAL. ALEGADA NULIDADE PROCESSUAL. INTERCEPTAÇÃO TELEFÔNICA. SUPOSTA DESOBEDIÊNCIA AO DISPOSTO NO ARTIGO 2º DA LEI 9.296/96. ENCONTRO FORTUITO DE PROVAS. ADMISSIBILIDADE. INCIDÊNCIA DO PRINCÍPIO DO “PAS DE NULLITÉ SANS GRIEF”. AUSÊNCIA DE PREJUÍZO. REVOLVIMENTO DO CONJUNTO FÁTICO-PROBATÓRIO. INADMISSIBILIDADE NA VIA ELEITA. IMPOSSIBILIDADE DE UTILIZAÇÃO DO HABEAS CORPUS COMO SUCEDÂNEO DE RECURSO OU REVISÃO CRIMINAL. AGRAVO REGIMENTAL DESPROVIDO.

1. O reconhecimento das nulidades alegadas pressupõe a comprovação do prejuízo, nos termos do artigo 563 do Código de Processo Penal, sendo descabida a sua presunção, no afã de se evitar um excessivo formalismo em prejuízo da adequada prestação jurisdicional.

2. Os elementos de prova colhidos de forma fortuita em interceptação telefônica válida são legítimos à luz da teoria da serendipidade. Precedentes: HC 129.678, Primeira Turma, relator p/ acórdão, min. Alexandre de Moraes, DJe de 18/8/2017; HC 106.152, Primeira Turma, rel. min. Rosa Weber, DJe de 24/5/2016.

3. A decisão judicial tem que ser fundamentada (artigo 93, IX, CF/88), ainda que sucintamente, sendo prescindível que o decisum se funde na tese suscitada pela parte. Precedentes: AI 783.503-AgR, Primeira Turma, rel. min. Dias Toffoli, DJe de 16/9/2014; RE 724.151-AgR, Segunda Turma, rel. min. Cármen Lúcia, DJe de 28/10/2013.

4. O artigo 93, IX, da CF, resta observado diante da fundamentação clara e suficiente, embora sucinta, realizada pelo Tribunal de origem sobre a necessidade de se permitir a excepcional quebra do sigilo telefônico.

5. Na hipótese sub examine, a partir de interceptações telefônicas destinadas a apurar possível comercialização de celas na cadeia pública de Foz do Iguaçu/PR, houve o encontro fortuito de indícios de participação do paciente em crimes tipificados no artigo 317 do Código Penal, o que ensejou a ampliação da quebra de sigilo telefônico, a fim de incluir o ora agravante.

6. In casu, o paciente restou condenado à pena de 6 (seis) anos, 2 (dois) meses e 20 (vinte) dias de reclusão, em regime inicial fechado, em razão da prática, por duas vezes, do crime previsto no artigo 317, § 1º, do Código Penal.

7. O habeas corpus é ação inadequada para a valoração e exame minucioso do acervo fático-probatório engendrado nos autos.

8. O habeas corpus é insuscetível de ser manejado como sucedâneo de recurso ou revisão criminal.

9. A reiteração dos argumentos trazidos pelo agravante na petição inicial da impetração é insuscetível de modificar a decisão agravada. Precedentes: HC 136.071-AgR, Segunda Turma, rel. min. Ricardo Lewandowski, DJe de 9/5/2017; HC 122.904-AgR, Primeira Turma rel. min. Edson Fachin, DJe de 17/5/2016; RHC 124.487-AgR, Primeira Turma, rel. min. Roberto Barroso, DJe de 1º/7/2015. 10. Agravo regimental desprovido.

Outro caso concreto que o STF declarou válido o encontro fortuito de provas pelo uso de interceptação telefônica foi a decisão relatada a seguir, no qual o autor do delito foi denunciado pelo incurso no Art. 33 e 35 da Lei 11.343/06 e encontra-se preso.

Impetrou Habeas Corpus perante o tribunal, no argumento de que foi constrangido ilegalmente com o deferimento da ordem de interceptação, devendo

considerá-la nula e que a investigação resultante da acusação feita não teria qualquer vínculo com a instauração do inquérito em questão.

Foi então negado provimento, salientando que é perfeitamente válido e admitido a existência de provas novas durante a realização da interceptação, ensejando um novo delito ou até mesmo o descobrimento de algum sujeito passivo, conforme a ementa a seguir:

STF HC 137438 AgR, Relator(a): Min. LUIZ FUX, Primeira Turma, julgado em 26/05/2017, PROCESSO ELETRÔNICO DJe-133 DIVULG 19-06-2017 PUBLIC 20-06-2017.

Ementa: AGRAVO REGIMENTAL NO HABEAS CORPUS. PENAL E PROCESSO PENAL. CRIMES DE TRÁFICO ILÍCITO DE ENTORPECENTES E DE ASSOCIAÇÃO PARA O TRÁFICO. ARTIGOS 33 E 35 DA LEI 11.343/06. HABEAS CORPUS SUBSTITUTIVO DE RECURSO EXTRAORDINÁRIO. INADMISSIBILIDADE. COMPETÊNCIA DO SUPREMO TRIBUNAL FEDERAL PARA JULGAR HABEAS CORPUS: CRFB/88, ART. 102, I, D E I. HIPÓTESE QUE NÃO SE AMOLDA AO ROL TAXATIVO DE COMPETÊNCIA DESTA SUPREMA CORTE. INTERCEPTAÇÃO TELEFÔNICA. APLICABILIDADE DA TEORIA DO JUÍZO APARENTE. ENCONTRO FORTUITO DE PROVAS. ADMISSIBILIDADE. PLEITO DE REVOGAÇÃO DA CUSTÓDIA PREVENTIVA. TEMA NÃO DEBATIDO PELAS INSTÂNCIAS PRECEDENTES. SUPRESSÃO DE INSTÂNCIAS. AUSÊNCIA DE EXAME DE AGRAVO REGIMENTAL NO TRIBUNAL A QUO. ÔBICE AO CONHECIMENTO DO WRIT NESTA CORTE. INOBSERVÂNCIA DO PRINCÍPIO DA COLEGIALIDADE. INEXISTÊNCIA DE CONSTRANGIMENTO ILEGAL. AGRAVO REGIMENTAL DESPROVIDO.

1. As provas colhidas ou autorizadas por juízo aparentemente competente à época da autorização ou produção podem ser ratificadas a posteriori, mesmo que venha aquele a ser considerado incompetente, ante a aplicação no processo investigativo da teoria do juízo aparente. Precedentes: HC 120.027, Primeira Turma, Rel. p/ Acórdão, Min. Edson Fachin, DJe de 18/02/2016 e HC 121.719, Segunda Turma, Rel. Min. Gilmar Mendes, DJe de 27/06/2016.

2. Nas interceptações telefônicas validamente determinadas é passível a ocorrência da serendipidade, pela qual, de forma fortuita, são descobertos delitos que não eram objetos da investigação originária. Precedentes: HC 106.152, Primeira Turma, Rel. Min. Rosa Weber, DJe de 24/05/2016 e HC 128.102, Primeira Turma, Rel. Min. Marco Aurélio, DJe de 23/06/2016.

3. In casu, o recorrente foi denunciado pela suposta prática dos crimes tipificados nos artigos 33 e 35 da Lei nº 11.343/06 e encontra-se preso preventivamente.

4. A competência originária do Supremo Tribunal Federal para conhecer e julgar habeas corpus está definida, exhaustivamente, no artigo 102, inciso I, alíneas d e i, da Constituição da República, sendo certo que o paciente não está arrolado em qualquer das hipóteses sujeitas à jurisdição desta Corte.

5. Agravo regimental desprovido.

Em suma, para se falar no instituto da interceptação telefônica, é necessário sempre pensar que essa medida é exceção no ordenamento jurídico, assim como dispõe a Lei 9.296/96, além do mais, terá que respeitar requisitos

próprios e procedimentos, devendo também ocorrer em sigilo, podendo ter acesso somente ao final, caso contrário a medida se dará por infrutífera.

Ademais, cumpre salientar que no pedido de interceptação devem estar expostos todos os motivos para fazer seu uso, porém poderá ocorrer durante as investigações o encontro fortuito de elementos probatórios em relação a outros fatos, onde os tribunais tem aplicado a serendipidade como exposto nos casos citados, sendo objeto de discussão até do STF.

Concluindo, há de se falar em validade do encontro dessas provas novas obtidas. Mesmo com muitas discussões a respeito, os tribunais têm consolidado seu entendimento, priorizando sempre a intimidade, a privacidade, a honra e o nome do indivíduo, para que não sejam violadas garantias constitucionais.

7 CONCLUSÃO

Apresentou-se um panorama da teoria geral das provas no processo penal brasileiro. Primeiramente se partiu de uma premissa do conceito de prova, trazendo o posicionamento de grandes doutrinadores, bem como sua principal finalidade de fundamentar a sentença, influenciando no livre convencimento motivado do juiz. Logo após, abordou-se quem seria o sujeito que participa da produção probatória, bem como o objeto, que advém de fatos juridicamente relevantes para o julgamento da causa.

Além disso, notou-se um grande avanço em relação aos sistemas de valoração da prova. Atualmente pratica-se o sistema da persuasão racional, no qual o juiz é livre para a valoração das provas trazidas em juízo, portanto, deve sempre fundamentar suas decisões e expor o embasamento legal. Outra grande transformação foi a permissão de outros meios de prova que não apenas os dispostos no ordenamento jurídico vigente, vigorando a liberdade probatória entre as partes, mas esta sofre uma limitação, onde mesmo que essa liberdade seja ampla, deve sempre respeitar os direitos e garantias constitucionais, sendo vedada a produção de prova ilícita.

No que concerne a este tema, é importante dispor sobre os princípios que são vetores, pois quando houver conflitos de direitos fundamentais, estes devem ser usados para saná-los. Além do que, quando se refere a provas é necessário também expor suas fases de elaboração, que servem para amadurecê-la suficientemente para que o magistrado possa utilizá-la em sua decisão. As fases que compõem esse processo são: fase de preposição da prova, fase de admissão, fase de produção, e fase de valoração. É através dessas etapas que se busca a verdade real para o esclarecimento de fatos.

Esclareceu-se também um aspecto amplo sobre o ônus da prova, quando se faz referência a isto, é necessário ter sempre em mente que este é um encargo facultativo atribuído às partes, para estas provarem o que foi alegado. No que tange às provas obtidas por meios ilícitos, primeiramente diferenciou-se provas ilícitas de provas ilegítimas, como se sabe, o artigo 157 do CPP proíbe expressamente a inadmissibilidade dessas provas pelo ordenamento jurídico pátrio, sendo denominada como prova ilícita por derivação ou também chamada de teoria dos frutos envenenados da árvore envenenada. Essa ilicitude se propaga no

processo em razão do nexo de causalidade, porém há teorias decorrentes desse instituto, das quais se destacam a teoria da fonte independente, do descobrimento inevitável e da proporcionalidade.

Quando se refere à teoria da fonte independente, o nexo de causalidade é rompido devido a uma investigação persecutória paralela à ilícita. No descobrimento inevitável, por sua vez, o nexo causal está presente, porém o surgimento de uma nova prova esclarece que inevitavelmente chegaria a aquele determinado resultado tornando sem efeito a prova ilícita. Já a teoria da proporcionalidade decorre do postulado normativo do devido processo substancial, ponderando valores constitucionais, onde se tem em colisão a aceitabilidade de provas ilícitas versus a violação dos direitos fundamentais. Além disso, essa teoria é sempre utilizada *pro réu*, ou seja, para beneficiar o réu, impedindo que este seja condenado de forma injusta.

A interceptação telefônica é uma medida muito onerosa, que conforme relatado ao longo do trabalho, há uma lei específica nº 9.296/96 que a regulamenta, com requisitos e procedimentos para a sua concessão, onde vigora a subsidiariedade, já que o requerimento da autoridade deve ter indícios de autoria e a impossibilidade de ser descoberto o delito por outro meio menos gravoso. O juiz autorizará com base na proporcionalidade, de forma a violar menos os direitos constitucionais expostos, como a intimidade, a vida privada, a honra e o nome.

Ademais, o presente trabalho trouxe uma consideração geral sobre a interceptação como meio de obtenção de prova com conceitos de grandes doutrinadores, além da sua natureza jurídica, os meios existentes de captação de prova, bem como o recurso sobre a decisão que defere ou indefere a medida, e o segredo de justiça do advogado que defende o investigado sujeito passivo do crime.

O encontro fortuito de uma prova é uma fonte de prova que tem gerado muitas polêmicas na doutrina e jurisprudência, através da qual podem surgir novos crimes ou novas pessoas envolvidas com o fato investigado que serão relevantes para o prosseguimento de toda a persecução penal.

Não há lei alguma sobre a validade do encontro fortuito, deixando lacunas no ordenamento para solução dos casos em concreto, ficando a critério do magistrado e da doutrina expor seu posicionamento a esse instituto aplicando da melhor forma o direito, fundamentando e valorando para se obter uma decisão justa, sendo elementos imprescindíveis no livre convencimento motivado do juiz.

A prova fortuita é válida quando for conexa ao delito investigado, além disso, o novo crime descoberto deve ser objeto de interceptação telefônica, ou seja, deve ser apenado por reclusão, devido ao critério estabelecido na lei. O direito não pode ter como base uma legalidade estrita, admitindo outros meios de descobrimento de autoria e materialidade desde que sejam lícitos e permitidos.

No Supremo Tribunal Federal, há um entendimento sobre a validade do encontro fortuito de elementos probatórios que foram trazidos no trabalho, buscando que o agente não fique impune, atribuindo uma interpretação justa, valorando a prova conforme seu posicionamento, priorizando o devido processo legal e aplicando a proporcionalidade, necessidade e adequação para não ferir direitos constitucionais resguardados.

Diante de todo o exposto, vislumbra-se uma grande evolução nesse instituto das provas, já que vem trazendo novidades no direito, sendo um tema de alta complexidade, o qual busca a comprovação de autoria e materialidade do delito e enseja inúmeras discussões, tanto por parte dos doutrinadores como por parte da jurisprudência, principalmente quando entram em confronto os direitos e as garantias fundamentais trazidas pela constituição, diante das quais o juiz deve analisar todo o contexto probatório, fundamentar e motivar sua decisão para o julgamento do processo.

REFERÊNCIAS

ARANHA, Adalberto José Q. T. de Camargo. **Da prova no processo penal**. 3 ed. São Paulo: Saraiva, 1994.

ARAÚJO, José Laércio. **Intimidade, vida privada e direito penal**. São Paulo: Habeas, 2002.

ARAÚJO, Luiz Alberto David. **Curso de direito constitucional**. 19.ed. São Paulo: Editora Verbatim, 2015.

AVOLIO, Luis Francisco Torquato. **Provas ilícitas: interceptações telefônicas e gravações clandestinas**. 2 ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1999.

BADARÓ, Gustavo Henrique Righi Ivahy. **Ônus da prova no processo penal**. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2003.

BADARÓ JÚNIOR, Eduardo Antônio. **A validade da prova fortuita obtida por interceptação telefônica**. Monografia, Salvador, 2016. Disponível em: <https://www.monografias.com/pt/trabalhos-pdf/validade-prova-fortuita-interceptacao-telefonica/validade-prova-fortuita-interceptacao-telefonica.shtml>. Acesso em: 15 out. 2019.

BRASIL. Código de Processo Civil (2015). **Código de processo civil**

BRASIL. Código de Processo Penal (1941). **Código de processo penal**.

BRASIL. Constituição (1988). **Constituição da República Federativa do Brasil**. Brasília: Senado, 1988.

BRASIL. Estatuto da Advocacia e da Ordem dos Advogados: **Lei 8.906, de 04 de Julho de 1994**. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/Leis/L8906.htm. Acesso em: 07 out. 2019.

BRASIL. **Lei nº 4.117/62, de 27 de Agosto de 1962**. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/L4117.htm. Acesso em: 08 set. 2019.

BRASIL. **Lei nº 9.296/96, de 24 de Julho de 1996**. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/l9296.htm. Acesso em: 07 set. 2019.

BRASIL. Supremo Tribunal Federal. Habeas Corpus. **Processo: 137438 AgR –PR**. Primeira Turma. Relator: Luiz Fux. Paraná, Julgado em 26 de maio de 2017. Disponível em: <http://portal.stf.jus.br>. Acesso em: 13 out. 2019.

BRASIL. Supremo Tribunal Federal. Habeas Corpus. **Processo: 167550 AgR –PR**. Primeira Turma. Relator: Luiz Fux. Paraná, Julgado em 26 de maio de 2017. Disponível em: <http://portal.stf.jus.br>. Acesso em: 09 out. 2019.

CABETTE, Eduardo Luiz Santos. **Interceptação telefônica**. 3 ed. São Paulo: Saraiva, 2015.

CAPEZ, Fernando. **Curso de processo penal**. 20 ed. São Paulo: Saraiva, 2013.

CESCA, Brenno Gimenes. **Prova emprestada no Processo Penal**. Curitiba: Juruá, 2016.

COSTA JÚNIOR, Paulo José. **O direito de estar só**. 2 ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1995.

GOMES, Luiz Flávio. **Natureza jurídica da serendipidade nas interceptações telefônicas**. 2009. Disponível em: <http://www.lfg.com.br>. Acesso em: 03 out. 2019.

GRECO FILHO, Vicente. **Interceptação telefônica**. 2 ed. São Paulo: Saraiva, 2005.

GRINOVER, Ada Pelegrini; GOMES FILHO, Antonio Magalhães; FERNANDES, Antonio Scarance. **As nulidades no processo penal**. 12 ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2011.

GRINOVER, Ada Pelegrini; FERNANDES, Antonio Scarance; GOMES FILHO, Antonio Magalhães. **As nulidades no processo penal**. 10. ed. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2007.

LIMA, Renato Brasileiro de. **Legislação criminal especial comentada**. 2 ed. Salvador: Juspodivm, 2014.

MIRABETE, Julio Fabbrini. **Processo penal**. 18 ed. São Paulo: Atlas, 2006.

MORAES, Alexandre de. **Direito constitucional**. 24.ed.São Paulo: Atlas, 2009.

NUCCI, Guilherme de Souza. **Código de processo penal comentado**.13 ed. Rio de Janeiro: Forense, 2014.

ROTHENBURG, Walter Claudius. **Direitos fundamentais**. São Paulo: Método, 2014.

SILVA, César Dario Mariano da. **Provas Ilícitas**: princípio da proporcionalidade, interceptação e gravação telefônica, busca e apreensão, sigilo e segredo, confissão, Comissão Parlamentar de Inquérito (CPI) e sigilo. 6 ed. São Paulo: Atlas, 2010.

SILVA, José Afonso da. **Curso de direito constitucional positivo**. 37 ed. São Paulo: Malheiros Meditadores, 2013.

TÁVORA, Nestor; ALENCAR, Rosmar Rodrigues. **Curso de direito processual penal**. 8 ed. Salvador: Juspodivm, 2013.