

Revista Jurídica

Ano XLV — Nº 232 — Fevereiro de 1997

P
R Jurd
n. 232/ex 2
1997

Repositório Autorizado de Jurisprudência:

- Supremo Tribunal Federal - SDI Nº 003/85
- Superior Tribunal de Justiça - Nº 09/90
- Tribunal Regional Federal 1ª R. - Nº 05/92
- Tribunal Regional Federal 4ª R. - Nº 001

FUNDADOR

Prof. Angelito Asmus Aiquel

DIRETORES

Luiz Antônio Coutinho Paixão
Luiz Antonio Duarte Aiquel
Marco Antônio Coutinho Paixão

EDITOR CHEFE

Walter Diab

CONSELHO EDITORIAL

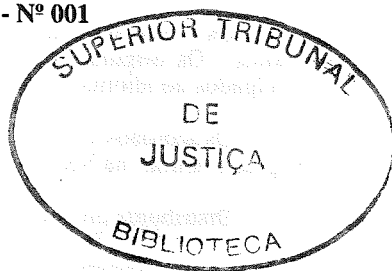
Antônio Janyr Dall'Agnol Jr. - Araken de Assis
Fábio Luiz Gomes - Ovídio Araújo Baptista da Silva
Sérgio Gilberto Porto

COLABORADORES

Ada Pellegrini Grinover - Adhemar Ferreira Maciel
Alexandre R. Atheniense - Antonio Chaves - Antonio de Pádua Ribeiro
Antônio Vital Ramos de Vasconcelos - Aristóteles Atheniense - Arnoldo Wald
Athos Gusmão Carneiro - Cândido Rangel Dinamarco - Carlos M. S. Velloso
Cláudio Santos - Cristiano Paixão Araújo Pinto - Eli Alves Fortes - Elício de Cresci Sobrinho
Elísio de Assis Costa - Eulámpio Rodrigues Filho - Felon Teodoro Reis
Fernando da Costa Tourinho Filho - Francisco de Assis Toledo - Francisco Norival Fraga do Couto
Gelson Amaro de Souza - Geraldo Batista de Siqueira - Geraldo Gonçalves da Costa
Gerson Fischmann - Heráclito A. Mossin - Hugo Nigro Mazzilli - Humberto Theodoro Júnior
Ilmar Galvão - J. Nascimento Franco - Jayme Piterman - José Henrique Pierangelli
Luís Paulo Sirvinskas - Luiz Vicente Cernicchiaro - Negi Calixto - Ney Fayet
Orlando de Assis Correa - Osmar Brina Correa Lima - Paulo Cesar Salomão - Paulo Cesar Scanavez
Paulo Roberto S. da Costa Leite - Pedro dos Santos Barcelos - Raimundo Gomes da Cruz
S.O. Castro Filho - Sálvio de Figueiredo Teixeira - Sérgio Resende - Sydney Sanches
Theotônio Negrão - Tupinambá Miguel Castro do Nascimento - Voltaire Marensi
Wagner Guerreiro - Washington de Barros Monteiro - Washington Epaminondas Barra

CONSULTORES

Área Cível: Consultoria Interna
Área Criminal: Dr. José Francisco Oliosi da Silveira



INTERCEPTAÇÃO TELEFÔNICA

Luiz Vicente Cernichiaro

Ministro do Superior Tribunal de Justiça

Professor Titular da UnB

A Constituição de 1988 consagra o princípio de serem, em juízo, admitidos todos os meios de prova; registra, porém, uma ressalva: se não obtidos por meios ilícitos (art. 5º, LVI). A colocação é lógica. O Direito não pode agasalhar o que ele mesmo rejeita. O dispositivo relaciona-se com a intimidade (bem jurídico que, nos últimos tempos, vem recebendo o devido cuidado), também preocupação da Carta Política. Tanto assim, consagra a inviolabilidade das comunicações telefônicas, salvo “nas hipóteses e na forma que a lei estabelecer para fins de investigação criminal ou instrução processual penal” (art. 5º, XII). O STF firmou orientação da necessidade do texto legislativo. A norma, em toda sua extensão, não seria auto-aplicável.

A L. 9.296, de 24 de julho de 1996 – regulamenta o inciso XII, parte final, do art. 5º da CF – trata da interceptação das comunicações telefônicas, aplicando-se também ao fluxo de comunicações em sistemas de informática e telemática.

O legislador brasileiro mostrou-se cauteloso. Adotou o sistema de verificação prévia, ou seja, nenhuma interceptação será lícita se o juiz não a autorizar. Além disso, fixou as hipóteses de consentimento judicial: I – houver indícios razoáveis da autoria ou participação em infração penal; II – a prova não puder ser feita por outros meios disponíveis; III – o fato investigado constituir infração penal punida com pena de reclusão.

A lei, visando ainda a impedir abusos, determina que o requerimento deva ser feito com clareza, descrevendo o objeto da investigação, inclusive com indicação e qualificação dos investigados, salvo impossibilidade manifesta, devidamente justificada. E mais. A interceptação será determinada de ofício, ou a requerimento da autoridade policial, na investigação criminal, ou do representante do MP, na investigação criminal e na instrução processual penal.

Melhor seria se a lei houvesse optado, como exceção, pelo sistema da verificação posterior da legalidade. Em outras palavras, a autoridade policial e o representante do MP poderiam tomar a iniciativa; concluída a diligência, encaminhariam-na ao magistrado; se não contivesse vício e fosse pertinente, seria anexada aos autos. Caso contrário, destruída,

implicando eventual responsabilidade criminal. Nessa direção, o moderno CPP da Itália (art. 267.2). Com efeito, a prova é caracterização de um fato; poderá ser passageiro. O crime não tem hora marcada. Acontece a qualquer momento, mesmo fora do expediente do Judiciário. Se não for tomada medida imediata, perderá importância. Não creio que a autorização verbal (art. 4º, § 1º) possa cobrir todas as hipóteses.

A L. 9.296/96, indiscutivelmente, é de interpretação restrita. A interceptação não poderá ser consentida a não ser nos casos mencionados. Apesar disso, seria conveniente se houvesse disposto expressamente a respeito de dois aspectos: um relativo à coleta da prova; outro, à utilização da prova.

Evidente, a interceptação não pode colher a conversa do indicado, ou do réu, com seu advogado. Vou além. De qualquer pessoa que procure o profissional a fim de aconselhar-se porque praticara uma infração penal. Será contraditório o Estado obrigar o advogado a guardar segredo profissional e imiscuir-se na conversa e dela valer-se para punir o cliente. O Direito não admite contradição lógica!

De outro lado, a prova colhida, conforme o procedimento mencionado, só pode ser utilizada na hipótese mencionada no requerimento de autorização judicial. Ou seja, imprestável para outro inquérito, ou outro processo.

Se assim não for, a cautela da lei desmorona; ter-se-á a consagração do uso dos frutos da árvore envenenada! Haveria, sem dúvida, atalho para contornar as cautelas que se evidenciam na recente lei. A propósito, lembre-se o CPP de Portugal, no art. 187.3: “É proibida a interceptação e a gravação de conversações ou comunicações entre o argüido e o seu defensor, salvo se o juiz tiver fundadas razões para crer que elas constituem objeto ou elemento de crime”. Entenda-se, porém, como interpretam os comentadores portugueses: se houver sérios indícios de o defensor haver participado da atividade criminosa. Nesse caso, não atua como profissional, mas como qualquer outro delinqüente. Conclusão, aliás, resultante de interpretação lógico-sistemática.