

INTERCEPTAÇÃO TELEFÔNICA: PUBLICIDADE DE GRAVAÇÕES TELEFÔNICAS FORTUITAS EM FACE DA PRERROGATIVA DE FUNÇÃO DO PRESIDENTE DA REPÚBLICA

Taiane Pontini Grola*

Jaqueline Dias**

RESUMO: Pretende-se neste artigo abordar aspectos teóricos-legais que norteiam a interceptação telefônica, além de apresentar a forma como o mesmo vem sendo utilizado nos últimos acontecimentos de nível nacional. Além disso, pretende-se explicar de forma detalhada o tema, sob a ótica da investigação criminal, levando em consideração a prerrogativa de foro a que faz jus o cargo de Presidente da República. Para tanto, direito a intimidade, que são garantias fundamentais insculpidas na Constituição Federal de 1988, será tratado como premissa geral em relação à Presidenta da República. Busca-se ainda explicar o que a lei determina acerca do processamento do grampo envolvendo a atual chefe de estado. Este texto foi dividido em quatro partes abordando os principais tópicos acerca do tema.

PALAVRAS-CHAVE: Interceptação Telefônica, Publicidade De Gravações Telefônicas, Prerrogativa De Função Do Presidente Da República.

ABSTRACT: It is intended in this article to talk about the theoretical and legal aspects that guide the phone records breakings, and to present how it has been used in recent national events. In addition, it intends to explain in detail the issue from the perspective of the criminal investigation, taking into consideration the jurisdiction of the prerogative that lives up the post of President of the Republic. For this, the right to privacy, in which the Federal Constitution of 1988 makes the fundamental guarantees, that will be treated as a general premise in relation to the President of the Republic. We try to explain here that the law states about the telephone tap involving the current head of state. This text is divided into four parts covering the main topics on the subject.

KEYWORDS: Phone Interception. Calling records disclose. President of Republic's role prerogative.

1 INTRODUÇÃO

A escolha do tema abordado na presente pesquisa, notadamente, se deve a um fato atual de grande repercussão, envolvendo a atual chefe de Estado do Brasil. O afastamento da privacidade de conversas particulares de Luiz Inácio Lula da Silva, em que foi grampeada uma conversa telefônica com a Presidente Dilma Rouseff, iniciou-se uma discussão nacional acerca da legalidade ou não do ato, tendo em vista a prerrogativa de função do cargo de Chefe do Estado, logo os resultados da investigação criminal desta quebra de sigilo, necessitaria de ter seguido um procedimento determinado, e não ser publicado para a imprensa. Assim, pretende-se expor o tema, sob a ótica da apuração processual criminal, levando em consideração a prerrogativa de foro a que faz jus certos cargos públicos.

Com os avanços da tecnologia no mundo, o homem conseguiu realizar gravações de conversas telefônicas. Restou, então, ao Poder Público criar um método de proteção dessa comunicação, sobrevivendo a inclusão do inciso XII ao art. 5º da Constituição de 1988, o qual prevê, como direito fundamental, a privacidade. Lado outro, o mesmo inciso narra, ao final, que somente é possível o afastamento deste segredo mediante proteção judicial, nos casos previstas em lei.

Neste ponto, trata-se a intimidade como premissa geral, ou seja, deriva da personalidade humana. Logo, o art. 5º da Lei maior de 1988, elencou um rol direitos indisponíveis, considerando que todas essas garantias fundamentais não são plenos, podendo, sob a ótica do princípio da proporcionalidade, serem afastadas objetivando encontrar a verdade.

Considerando que a intimidade é garantia fundamental insculpada na Constituição, a sua violação sempre será um tema polêmico.

Desta forma, objetiva-se o estudo da maculação às comunicações do Chefe de Estado, através da quebra da privacidade, considerando o afastamento de uma garantia constitucional e uma prerrogativa de função, sem que isso represente uma violação a legalidade, e conseqüente inadmissibilidade das gravações obtidas ilicitamente.

Noutro ponto, deve-se analisar ainda a serendipidade, pois o parecer que originou a quebra do segredo telefônico do Ex Chefe de Estado Lula, se deu na operação laja jato, da qual a presidente da república não compõe o polo passivo. Então, busca-se explicar a lei determina o processamento de tal grampo envolvendo a atual chefe de estado.

É cediço que a legitimidade para atuar nos processamentos de demandas judiciais em que há o cometimento de crimes que envolvam o Chefe de Estado é do STF, segundo as diretrizes de nossa Lei Maior de 1988, em seu art. 102, inc. I, alínea "b". O assunto abordado encontra previsão legal, na Carta Magna de 1988, no Código Penal de 1940, Código de Processo Penal de 1941, e Lei 9.296/96, as quais serão abordadas especificadamente mais adiante.

Desta forma, surge certa dúvida de como o afastamento da privacidade das conversas, são tratadas pelas disposições legais pátrias, face a prerrogativa de função de alguns cargos, bem como aos Direitos Fundamentais.

Neste ponto, procura-se analisar sobre o crivo legal, a legalidade do ato de um juiz federal permitir a gravação envolvendo a Chefe de Estado, e publicar o áudio embasado no interesse público, ou, como disse em sua decisão, o povo precisa saber do que se passa com seus governantes fora dos holofotes.

2 INTERCEPTAÇÃO TELEFÔNICA *STRICTU SENSU*

É de conhecimento geral que as inovações mais importantes da tecnologia, foram no âmbito da comunicação. O desenvolvimento da área da comunicação ocasionou uma necessidade de regulamentação pelos órgãos competentes, os quais disciplinaram o assunto visando a proteção das garantias fundamentais da liberdade, do sigilo de correspondências e do sigilo das comunicações.

O art. 5º inciso X da Constituição Federal de 1988 tratou a intimidade e a honra como garantias fundamentais invioláveis, sendo o presente tema produto deste inciso. Ainda, no mesmo diploma legal, o art. 60, §4º, inc. IV, verifica-se a preocupação em evitar que uma futura emenda constitucional revogasse tal garantia fundamental, transformando o sigilo das comunicações telefônicas em clausula pétrea.

É necessário dizer que direitos fundamentais são de todos independentemente de quem seja, conforme narra o *caput* do artio 5º da Constituição Federal.

Por tanto, garantias fundamentais é o acervo de direitos individuais e/ou coletivos que podem ser exercidos contra o Estado ou o particular assegurando uma condição minimamente digna a todo e qualquer cidadão.

Acerca do aludido, Alexandre de Moraes diz:

[...] o conjunto institucionalizado de direitos e garantias do ser humano que tem por finalidade básica o respeito a sua dignidade, por meio de sua proteção contra o arbítrio do poder estatal, e o estabelecimento de condições mínimas de vida e desenvolvimento da personalidade humana pode ser definido como direitos humanos fundamentais. (ALEANDRE DE MORAES, 2000, p.39).

Sendo assim, a privacidade das comunicações foi inserido no rol de direitos fundamentais. Entrementes, esta garantia poderá ser afastada nos previstos na legislação brasileira.

Em suma, apenas se afasta a proteção a privacidade das conversas telefônicas mediante a devida fundamentação no bojo da Carta Maior de 1988. Neste contexto, a Lei Maior de 1988 traz em seu corpo como se utilizar do procedimento sob análise por meio de permissão da justiça, segundo o procedimento descrito em lei ordinária, com o objetivo previsto em lei.

Considerando todo o aludido, houve a indispensabilidade de se regulamentar a interceptação, atribuindo requisitos e estabelecendo o procedimento. Foi então que promulgaram a lei ordinária nº 9.296/96, a qual regulamenta os detalhes deste meio de produção de prova, não sendo mais necessário a discussão da possibilidade da realização da quebra do sigilo telefônico, mas sim quando e como será realizada.

Após o advento da Lei nº 9.296/96, os tribunais alteraram sua forma de analisar tais casos, recebendo como lícitas as conversas telefônicas, por meio de interceptações, observando o procedimento.

A Constituição de 1988 elenca as condições indispensáveis para a instauração deste meio de produção de prova. São eles:

a) Ordem judicial: é necessário o acionamento do Poder Judiciário, seja por parte do Ministério Público ou por parte da Autoridade Policial, permitindo que seja feita à interceptação telefônica. Convém notar que essa autorização judicial poderá ser dispensada nos casos expressamente previstos na Constituição, quais sejam: estado de defesa (artigo 136, § 1º, I da CF) e estado de sítio (artigo 139, III da CF);

- b) Para fins de investigação criminal ou instrução processual penal: o pedido de interceptação só poderá ser deferido pelo juiz se for para servir de base em uma investigação criminal ou em um processo pena;
- c) Nas hipóteses e na forma que a lei estabelecer: para que seja possível a feitura da interceptação telefônica será necessário cumprir os requisitos exigidos na Lei 9.296/96 que veio para regulamentar o artigo 5º, XII da CF.

Antes de se compreender o significado da interceptação telefônica, se faz necessário diferenciar escuta telefônica, escuta ambiental, interceptação ambiental, gravações clandestinas e interceptação telefônica em sentido estrito.

A escuta ocorre quando outrem, previamente autorizado, intercepta a fala. Considera-se uma espécie da interceptação telefônica em sentido amplo. Este tipo não abrange a interceptação das comunicações realizada por um apenas dos envolvidos na conversa, eis que tal atitude não caracteriza quebra de sigilo, mas sim de uma gravação furtiva de uma conversa própria.

A gravação realizada por terceiro que esteja dentro de um mesmo ambiente, sem a permissão de todos ou ao menos de um dos interlocutores, é chamada de interceptação ambiental

No momento em que um dos interlocutores intercepta sua conversa com outro, sem sua permissão, estamos diante de uma interceptação clandestina. Neste contexto, para Ricardo Rangel, a gravação clandestina não poderá ser abarcada pela Lei nº 9.296/96:

[...] a gravação de conversa telefônica efetuada por um dos interlocutores foge ao alcance da previsibilidade contida na Lei 9.296/96, já que esta trata da interceptação telefônica, caracterizada pela intervenção de uma terceira pessoa no fluxo de comunicação, sem conhecimento dos participantes da conversação. (Ricardo Rangel, 2000, p. 70).

Em linhas menores, quando um terceiro realiza o grampo sem a permissão dos interlocutores, estamos diante de uma interceptação telefônica em sentido mais estreito.

Em relação a gravação clandestina, é necessário diferenciá-la de interceptação clandestina. A interceptação clandestina tem-se um terceiro estranho a conversa que grava a conversa dos interlocutores, sem a permissão deles. Desta forma, aplica-se o art. 1º, § único da Lei 9.296/96. Lado outro, em relação a gravação clandestina é a hipótese de quem um dos próprios interlocutores grava sua conversa sem o consentimento do outro, ocasião em que não se aplica a Lei ordinária nº 9.296/96.

Então, em vista das varias interpretações sobre o mesmo assunto, e a insegurança dos julgamentos, a lei 9.296 surgiu em 1996, com o intuito de orientar a forma que se daria o procedimento da quebra do sigilo das comunicações, a luz do permissivo da Constituição Federal de 1988.

Após a criação desta Lei, inseriram-se no corpo do ordenamento jurídico, meios eficientes na luta contra o crime organizado, estabelecendo os casos aos quais seriam afastados o sigilo das comunicações.

Logo, aos olhos desta lei, considera-se como prova valida apenas o que se chamava de interceptação telefônica em seu sentido restrito, não abrangendo a escuta, deixando esta de ter validade probatória.

Insta mencionar que o requerimento do afastamento do sigilo da comunicação também ocorrerá antes de iniciado o procedimento legal, ou seja, pode-se requerer a instauração durante a investigação criminal ou a instrução processual.

Ainda, o juiz poderá requerer a interceptação de ofício ou pode-se instaurar a requerimento do delegado, no caso da investigação criminal, ou do membro do *Paquet*, no caso da investigação criminal e instrução processual, conforme narra o art. 3º.

Art. 3º A interceptação das comunicações telefônicas poderá ser determinada pelo juiz, de ofício ou a requerimento:

I - da autoridade policial, na investigação criminal;

II - do representante do Ministério Público, na investigação criminal e na instrução processual penal.

Importantíssimo mencionar que o mestre Luiz Flavio Gomes leciona a inconstitucionalidade do *caput* do artigo 3º:

[...] *estabelece que o juiz pode determinar a interceptação de ofício. Para ele, com tal dispositivo, o legislador teria recriado a figura do juiz inquisidor, restabelecendo o sistema inquisitório, no qual o juiz procede de ofício na colheita de provas. (LUIZ FLÁVIO GOMES, 1997, p. 205).*

Considerando o principio da imparcialidade a que todos os juizes estão submetidos, este somente possui legitimidade para produção de uma atividade probatória complementar no caso de deficiência de provas, sob pena de tornar o processo inteiro nulo.

Segundo preceito da mesma lei, em seu art. 4º, *caput*, o pleito possui requisitos, quais sejam a indispensabilidade da medida, e sua conformidade com a legislação,

além de indicar as formas que devem ser empregadas. Estabelece ainda, que o requerimento deve ser redigido, ou verbalmente, desde que posteriormente seja reduzido a termo, nos termos do parágrafo primeiro do mesmo artigo.

Art. 4º 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.

§ 1º Excepcionalmente, o juiz poderá admitir que o pedido seja formulado verbalmente, desde que estejam presentes os pressupostos que autorizem a interceptação, caso em que a concessão será condicionada à sua redução a termo.

§ 2º O juiz, no prazo máximo de vinte e quatro horas, decidirá sobre o pedido.

Considerando a urgência da medida, dentro de 24 (vinte e quatro) horas o magistrado decidirá, independentemente de prévia oitiva do Membro do Ministério Público. Sendo certo que, caso seja ouvido o *Paquet*, não gerar o procrastinamento da decisão.

Além da fundamentação clara no parecer do Juiz, Luiz Flávio Gomes diz que a decisão deve conter o seguinte:

[...] a) quais são os concretos indícios de autoria ou de participação; b) quais são as provas existentes a respeito da infração penal (materialidade); c) que se trata de infração punida com reclusão; d) que a interceptação é necessária em virtude da inexistência de outros meios disponíveis para obtenção da prova; e) a descrição com clareza da situação objeto da investigação (delimitação fática da medida, isto é, qual é o crime, onde está ocorrendo, desde quando vem ocorrendo, etc.); f) indicação e, se possível, a qualificação do sujeito passivo da medida (identificação do investigado ou dos investigados); g) individualização da linha telefônica que servirá de fonte para a captação da comunicação; h) quais meios serão empregados para a execução da medida (quais recursos tecnológicos, quais operações serão feitas); i) qual será a forma de execução da diligência – recursos próprios da polícia, recursos da concessionária, técnicos da concessionária etc.; j) qual é a duração da medida (o prazo não pode exceder 15 dias); l) qual é a intensidade da medida (captação de todas as comunicações ou sodas chamadas feitas ou só das chamadas recebidas, ou ambas, apenas constatação das chamadas sem importar o conteúdo etc.); m) que a interceptação é proporcional no caso concreto, em razão da gravidade da infração, da necessidade da prova, dos interesses afetados etc.; n) que tudo deve ser feito sob sigilo de justiça. (LUIZ FLAVIO GOMES, 1997. p.215).

O prazo da realização do afastamento do sigilo telefônico é de no máximo quinze dias, podendo ser prorrogado se, novamente, comprovado a necessidade desta medida (artigo 5º da Lei 9.296/96). Como se percebe, não há uma baliza para as prorrogações da quebra da privacidade das comunicações. A partir deste ponto,

iniciou-se uma discussão doutrinária do limite das prorrogações do afastamento das interceptações.

Há os que defendam que apenas uma única vez é lícito prorrogar-se as interceptações, que são minoritários. Do lado oposto, majoritariamente, há os que pensam que a prorrogação não pode ter um limite, uma vez que não existe na legislação tal imposição. Cumpre registrar, que na linha majoritária, vemos a presença de grandes doutrinadores, como Vicente Greco Filho, Damásio de Jesus e Luiz Flávio Gomes.

Acerca deste tema, o Ministro do Supremo, Nelson Jobim, assim se posicionou:

[...] o juízo acerca da necessidade na renovação das autorizações de interceptação telefônica deve levar em conta a natureza dos fatos e dos crimes e das circunstâncias que envolvem o caso. A denúncia (fls. 101/127), com a indicação de 13 (treze) réus, que se pauta em um conjunto complexo de relações e fatos, com a acusação de diversos crimes, dentre os quais a evasão de divisas, a formação de quadrilha, a lavagem de dinheiro e configuração de organização criminosa, não poderia ser viabilizada senão por meio de uma investigação contínua e dilatada a exigir a interceptação telefônica ao longo de diversos períodos de 15 dias. A possibilidade de renovação da interceptação telefônica por mais de um período de 15 (quinze) dias amplamente aceita na doutrina. Leio VICENTE GRECO FILHO: "A lei não limita o número de prorrogações possíveis, devendo entender-se, então, que serão tantas quantas forem necessárias à investigação, mesmo porque 30 dias pode ser prazo muito exíguo. A leitura rápida do art. 5º, poderia levar à idéia de que a prorrogação somente poderia ser autorizada uma vez. Não é assim: 'uma vez', no texto da lei, não é adjunto adverbial, é preposição. É óbvio que se existisse uma vírgula após a palavra 'tempo', o entendimento seria mais fácil." Com o mesmo entendimento, cito ANTONIO SCARANCE FERNANDES: "A decisão deve indicar a forma de execução da diligência (art. 5º). Diz a lei que a diligência não poderá exceder o prazo de quinze dias, 'renovável por igual tempo uma vez comprovada a indispensabilidade do meio de prova'. Pode-se, assim, permitir a renovação da interceptação, pelo mesmo prazo, por outras vezes, desde que, contudo, fique demonstrada a sua indispensabilidade, ou, como dizia o Projeto Miro Teixeira, quando permaneçam os pressupostos que permitem a sua autorização". Ainda no mesmo sentido, DAMÁSIO DE JESUS e LUIZ FLÁVIO GOMES. Diante do exposto, são legais as sucessivas prorrogações de prazo para a interceptação telefônica em virtude da necessidade de apuração de fatos complexos - que, inclusive, foi objeto de Comissão Parlamentar de Inquérito no Rio Grande do Sul -, crimes que se configuraram no tempo e pluralidade de réus e, conseqüentemente, de relações e contados que deveriam ser investigados. Não está configurado desrespeito ao art. 5º, caput, da Lei 9.296/96. (STF, HC 83.515/RS. Rel. Min. Nelson Jobim, publicado no informativo do STF n. 365).

Conforme leciona Greco Filho, não há limitação do tempo da interceptação, devendo-se estender por quanto tempo seja necessário para alcançar os objetivos do ato. De uma rápida análise do art. 5º, conclui-se que a interceptação somente se

prorrogaria uma única vez. Entrementes, quando se diz “uma vez”, no texto da lei, não é adjunto adverbial, é preposição. É obvio que se existisse uma vírgula após a palavra “tempo”, o entendimento seria mais simples (GRECO FILHO, 1996).

O papel de atuação do Ministério Público é apenas de fiscal dos atos, tomando ciência dos passos da operação. A responsável pela condução das operação é a polícia, por meio do Delegado, que possui poder de solicitar trabalhos técnicos, inclusive utilizar o apoio das concessionárias. Mas, apesar de apenas tomar ciência dos atos praticados na operação de interceptação, é valido lembrar que isso é obrigatório e a fiscalização dos procedimentos é facultativo.

Imperioso registrar que para a eficiência do procedimento de quebra do sigilo telefônico, é indispensável que a outra parte não tome conhecimento. Sendo certo que após a finalização do procedimento, será oportunizado aos investigados a ampla defesa e o contraditório, obviamente para garantir a efetividade da investigação criminal.

Importante registrar que o procedimento da quebra de sigilo telefônico ocorrerá em apenso e, após, poderá ser apartado ao processo de investigação, uma vez que sigiloso.

Por derradeiro, sobrevirá uma decisão judicial determinando a inutilização do excesso, ou seja, aquilo que não servir a investigação, garantindo, assim, a intimidade das conversas. Assim como nos demais atos, o *paquet* deverá a fiscalizar este ato obrigatoriamente, além de ser facultado ao investigado ou seu procurador o acompanhamento.

3 DA PRERROGATIVA DE FUNÇÃO DO PRESIDENTE DA REPÚBLICA

Segundo determina a Constituição Federal de 1988, o foro especial por prerrogativa é atribuído a alguns cargos do poder público, em que somente podem ser processados por crimes comuns em instancias especiais do Poder Judiciário.

É notório que os algumas pessoas são julgados criminalmente por órgãos jurisdicionais superiores, considerando o peso do cargo publico que ocupam, em detrimento do foro comum dos civis.

Conforme narra o art. 69, inciso VII do Código de Processo Penal, a competência jurisdicional será determinada segundo o cargo ou função que a pessoa exerce, levado a termo por órgãos diferenciados:

Art. 69. Determinará a competência jurisdicional:
[...]
VII - a prerrogativa de função.

Em outras palavras, o privilegio não é direcionado a alguém, sob pena de desobediência ao comando expresso no *caput* do art. 5º da Carta Magna de 1988, mas sim de uma regalia atribuída a um cargo ou função ocupado por determinada pessoa.

Faz-se necessário, ainda, distinguir privilegio de prerrogativa, sendo o primeiro decorrente de regalia de uma pessoa, enquanto o outro é destinado a um cargo ou função que exerce determinada pessoa. Ao contrario da prerrogativa, o privilegio é uma ofensa a constituição.

Nos casos do foro especial, o qual encontra previsão no corpo da própria Carta Maior de 1988, foram separados de acordo com os órgãos e a estrutura do Poder Judiciário.

Logo, segundo a ordem, e pelo tema aqui proposto, compete ao Supremo Tribunal Federal processar e julgar, originariamente, “nas infrações penais comuns, o Presidente da República, o Vice-Presidente, os membros do Congresso Nacional, seus próprios Ministros e o Procurador-Geral da República, conforme narra o art. 102, I, b, CF/88.

Art. 102. Compete ao Supremo Tribunal Federal, precipuamente, a guarda da Constituição, cabendo-lhe:
I - processar e julgar, originariamente:
[...]
b) nas infrações penais comuns, o Presidente da República, o Vice-Presidente, os membros do Congresso Nacional, seus próprios Ministros e o Procurador-Geral da República;

4 INTERCEPTAÇÃO FORTUITA

Recentemente os encontros fortuitos durante a fase de colheita de provas, tem dado inicio a novas investigações e, conseqüentemente, julgamentos. A essa

descoberta dá-se o nome de “serendipidade”, que se refere às descobertas afortunadas feitas, aparentemente, por acaso.

Durante anos foi discutido se essas provas fortuitas poderiam ser utilizadas como provas. O Supremo e o Superior Tribunal de Justiça geralmente validavam as provas, desde que tivessem ligação com o objetivo original.

Atualmente os encontros fortuitos tem sido admitidos pelo poder judiciário como prova. Afinal, seria uma omissão dos investigadores depararem-se com provas robustas do cometimento de outros crimes e não fazer nada.

Naturalmente, os investigadores precisam dar inicio a uma investigação sempre que se depararem com indícios do cometimento de um crime, independentemente do objetivo pelo qual chegaram até às provas.

Vale lembrar que as escutas devem ser precedidas da devida autorização pela autoridade judiciaria competente, requisito indispensável para a validação da prova encontrada. Sem o preenchimento deste requisito inicial, não há que se falar em prova.

Cumprе ressaltar, ainda, que as interceptações telefônicas podem ser utilizadas para a abertura de novas investigações, conforme muito bem disse o Ministro Jorge Mussi:

“perfeitamente possível que, diante da noticia da pratica de novos crimes em interceptações telefonias autorizadas em determinado procedimento criminal, a autoridade policial inicie investigação para apura-los, não havendo que se cogitar de ilicitude”. (STJ - HC: 189735 ES 2010/0205182-1, Relator: Ministro JORGE MUSSI, Data de Julgamento: 07/02/2013, T5 - QUINTA TURMA, Data de Publicação: DJe 19/02/2013)

Conforme dito no inicio do presente tópico, inúmeros são os casos em que os encontros fortuitos são utilizados para abertura de novas investigações. O mais atual, e que é objetivo do presente trabalho, foi a interceptação fortuita de Dilma Roussef, Presidente afastada.

Neste caso em especial, após a interceptação, a autoridade judiciaria competente ordenou a quebra do sigilo do áudio capitado, permitindo que a imprensa tomasse conhecimento da conversa que, imediatamente, expôs os interlocutores para toda a nação brasileira.

Entretanto, resta analisar aos olhos da lei, dos princípios constitucionais e da boa fé a exposição da maneira como foi feita, se seguiu o devido procedimento conforme determina a lei.

5 PUBLICIDADE DE GRAVAÇÕES TELEFÔNICAS

Após tecer tais pontos acerca das prerrogativas a que faz jus a Presidente da República, conclui-se que para a publicação de tais provas, é necessário observar um procedimento. Sob esta ótica, resta analisar a legalidade da publicação de interceptações telefônicas quando não realizado o devido procedimento.

Como dito alhures, a publicidade das interceptações apenas é admitida como conteúdo probatório com previa autorização judicial, nos termos do art. 3 da Lei 9.296/96. Caso não haja prévia permissão da autoridade competente a prova será considerada ilícita, juntamente com sua publicação.

É possível ocorrer o pedido de empréstimo de prova de demandas diferentes, quando na outra houve a observação do procedimento perante a autoridade competente, tendo sido deferida a escuta telefônica. Neste caso, a prova pode ser aproveitada em uma ação diversa, eis que considerada legal para todos os efeitos.

Entretanto, a ilicitude das interceptações telefônicas foi alvo de grande discussão no passado, quando decidiu o STF no Acórdão 69.912, Rel. Min. Pertence, o que se reafirmou quando do Julgamento do ex-Presidente Fernando Collor de Melo (Ação penal nº 307). Na época, os Ministros do Supremo fizeram pressão no Congresso Nacional para que se fosse normalizada a interceptação, eis que os acusados condenados com base em provas obtidas por escutas em todo país, seriam soltos, pois as interceptações telefônicas eram consideradas crime.

Em outras palavras, antes da entrada em vigor da Lei nº 9.296/96, a interceptação telefônica era ilegal e considerada um crime, ou seja, não poderia ser usada para condenar um criminoso, por mais perigoso que fosse, conforme narra o art. 151, § 1º, II do Código Penal de 1940:

Art. 151 - Devassar indevidamente o conteúdo de correspondência fechada, dirigida a outrem:

Pena - detenção, de um a seis meses, ou multa.

[...]

Violação de comunicação telegráfica, radioelétrica ou telefônica

II - quem indevidamente divulga, transmite a outrem ou utiliza abusivamente comunicação telegráfica ou radioelétrica dirigida a terceiro, ou conversação telefônica entre outras pessoas;

III - quem impede a comunicação ou a conversação referidas no número anterior;

IV - quem instala ou utiliza estação ou aparelho radioelétrico, sem observância de disposição legal.

§ 2º - As penas aumentam-se de metade, se há dano para outrem.

§ 3º - Se o agente comete o crime, com abuso de função em serviço postal, telegráfico, radioelétrico ou telefônico:

Pena - detenção, de um a três anos.

§ 4º - Somente se procede mediante representação, salvo nos casos do § 1º, IV, e do § 3º.

Acerca da discussão sobre a proteção das comunicações e da publicidade das gravações, o STF, no julgamento da ADIn 1.488-UF, negou o pedido pòrtico ante a falta de condições, conforme informativo transcrito abaixo:

Admitindo embora a relevância da tese defendida pela autora da ação direta, o Tribunal indeferiu, por falta de demonstração do periculum in mora, a medida cautelar requerida pela Associação dos Delegados de Polícia do Brasil - ADEPOL, contra o par. único do art. 1º da Lei 9296/96, que regulamenta o art. 5º, XII, da CF ("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;"). Sustenta-se que a norma impugnada, ao permitir a "interceptação do fluxo de comunicações em sistemas de informática e telemática", estaria ofendendo o citado dispositivo constitucional, que, segundo a autora, só autoriza a quebra de sigilo das comunicações telefônicas. ADIn 1.488-UF, rel. Min. Néri da Silveira, 07.11.96.

Sobre este assunto, o doutrinador Vicente Greco Filho, escreveu em sua obra "Interceptação Telefônica-Considerações sobre a Lei nº 9.296/96, diz que:

"A finalidade da interceptação, publicações de gravações telefônicas, investigação criminal e instrução processual penal é, também, a finalidade da prova, e somente nessa sede pode ser utilizada. Em termos práticos, não poderá a prova obtida ser utilizada em ação autônoma, por exemplo, de indenização relativa a direito de família etc". (GRECO FILHO, 2005, p. 39/40).

6 INTERCEPTAÇÃO TELEFÔNICA DO PRESIDENTE DA REPÚBLICA

Recentemente a mídia publicou um áudio do processo da Operação Lava Jato em que o Ex Presidente Luiz Inácio Lula da Silva recebeu uma ligação da atual Presidente da República. A conversa foi a respeito da nomeação de Lula para Ministro da Casa Civil, enquanto se cogitava a possível aceitação da denuncia em desfavor do Ex Presidente, tornando-se réu na Ação Lava Jato.

É cediço que alguns cargos do governo gozam de foro privilegiado, ou seja, devem ser julgados por instancias superiores. Logo, iniciou-se uma discussão acerca do real motivo para a nomeação de Lula como Ministro da casa Civil, eis que com a nomeação, ele faria jus a prerrogativa de foro, então o Juiz Sérgio Moro não seria mais competente para julgá-lo, devendo os autos (em relação a Lula) serem remetidos para o Supremo Tribunal Federal.

Mas, de volta ao assunto central, houve a interceptação de conversa de Lula, deferido pelo juiz federal Sergio Moro, tendo, fortuitamente, captado uma conversa com a presidente, um tanto quanto suspeita.

Conforme determina a lei, essa gravação entre a atual presidente da republica e o ex presidente Lula, não poderia ter sido juntado aos autos, tampouco ser divulgada, sem, antes, passar pelo crivo do órgão competente para julgá-la, ou seja, o STF.

Então, em relação à publicação da gravação envolvendo a atual presidente da republica, é imprescindível mencionar os dispositivos legais, utilizados pelo Juiz Federal Sergio Moro, como fundamentação para a publicidade da gravação, quais sejam, o art. 5º, LX, e o art. 93, IX, ambos da Constituição de 1988:

Art. 5º. [...]LX - a lei só poderá restringir a publicidade dos atos processuais quando a defesa da intimidade ou o interesse social o exigirem;

Art. 93. Lei complementar, de iniciativa do Supremo Tribunal Federal, disporá sobre o Estatuto da Magistratura, observados os seguintes princípios:

[...]

IX todos os julgamentos dos órgãos do Poder Judiciário serão públicos, e fundamentadas todas as decisões, sob pena de nulidade, podendo a lei limitar a presença, em determinados atos, às próprias partes e a seus advogados, ou somente a estes, em casos nos quais a preservação do direito à intimidade do interessado no sigilo não prejudique o interesse público à informação;

Conformeas diretrizes acima, conclui-se que o sigilo processual será mantido apenas se o interesse social o exigirem. Neste ponto, resta questionar acerca do

interesse social na publicidade de uma gravação fortuita da presidente da república, levando-se em consideração sua prerrogativa de função.

Insta mencionar que apenas em casos de proteção ao interesse público, bem coibir o incentivo à prática de crimes, é cabível o afastamento do sigilo das comunicações privadas (MORAES, 2005).

Vale acrescentar que atualmente não existe lei ou jurisprudência que defina ou regulamente a interceptação fortuita do chefe de estado, o que torna ainda mais polêmico o tema. O que existe são doutrinas que tratam o assunto, como por exemplo, Luiz Flávio GOMES (Natureza jurídica da serendipidade nas interceptações telefônicas).

A obra acima citada trata da serendipidade nas interceptações telefônicas, afirmando que da decisão que autoriza a interceptação telefônica sobressaem, dentre outros, dois requisitos importantes, quais sejam a descrição com clareza do caso que motivou a investigação, assim como a descrição dos envolvidos. Tais requisitos encontram-se previstos no art. 2º, parágrafo único da Lei 9.296/96:

Art. 2º. [...]

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.

Em outras palavras, quando da prolação de decisão sobre a quebra do sigilo telefônico, é necessário identificar o fato e a pessoa investigados na medida cautelar.

Entretanto, no curso das gravações podem surgir outros fatos relevantes, diversos dos objetivos da investigação, envolvendo o investigado e outras pessoas alheias ao fato, da mesma forma que podem aparecer outros envolvidos no caso investigado, desconhecidos até então. É justamente neste ponto que reside a serendipidade, ou seja, procurar algo e encontrar outro diferente.

A serendipidade foi chamada pela doutrina de “encontro fortuito”. Damásio E. de Jesus ainda menciona: conhecimento fortuito de outro crime, novação do objeto da interceptação ou resultado diverso do pretendido. (V. "Interceptação de comunicações telefônicas", RT 735, p. 458-473.)

Neste passo, em sendo encontrado fato novo diverso do descrito na decisão de interceptação telefônica, é medida que se impõe a imediata comunicação ao juiz para que se decida o que fazer.

Resta, ainda, verificar acerca da validade da prova encontrada fortuitamente. Neste sentido, o Desembargador Julio Cesar Finer (TJRS), assim sopesou:

“A *serendipidade* das interceptações refere-se ao encontro fortuito de prova, seja ela relacionada a novos crimes, seja relacionada a novos suspeitos. Consistindo o encontro fortuito em fato conexo ao investigado ou com relação de continência, a prova obtida por meio de interceptação telefônica será válida, podendo ser valorada no processo. (...) (TJ-RS - HC: 70061135893 RS, Relator: Julio Cesar Finger, Data de Julgamento: 01/10/2014, Primeira Câmara Criminal, Data de Publicação: Diário da Justiça do dia 07/10/2014).

Neste passo, conclui-se que para a validade da prova obtida é necessário a existência de relação com o investigado, desde que haja responsabilidade do mesmo sujeito passivo ou com o fato investigado. Do contrario, trata-se de prova nula.

Pois bem, superada tal condição de validade da prova obtida fortuitamente, resta analisar o procedimento pelo qual deve seguir as investigações. Analisando o que diz o art. 102, inc. I, “b” da Constituição Federal de 1988, o juiz em primeiro grau de jurisdição, ao constatar a presença de gravação envolvendo agentes públicos com prerrogativa de foro, deveria encaminhar, sob sigilo, os autos ao órgão jurisdicional competente, sob pena de usurpação de competência do Supremo. Ainda, verifica-se que a decisão em primeira instância, envolvendo agente público com prerrogativa de foro, sofre de vício de incompetência absoluta.

Em suma, para a validade da interceptação telefonia, assim como para a publicação das informações, imprescindível ater-se a três pontos, quais sejam:

- I) Que haja a previa permissão para a quebra do sigilo das comunicações, obedecendo as condições legais impostas;
- II) Que aos interlocutores a quem se pretende quebrar o sigilo das comunicações telefônicas, tenha sido oportunizado o contraditório no procedimento e deu origem a interceptação;
- III) A interceptação telefônica seja imprescindível ao deslinde da demanda criminal ou investigação criminal, e não seja utilizado apenas para mero complemento de provas.

Não se busca com este trabalho qualquer juízo acerca da legitimidade ou não quebra do sigilo telefônico em si mesmo, mas sim a forma com a qual foram divulgadas as conversas interceptadas. Verifica-se que a prova sequer foi levada ao órgão competente, nem ao menos submetida ao contraditório. Há de se reconhecer que a forma utilizada foi de fato indevida, mas os efeitos dela decorrentes, a essa altura, são irreversíveis.

REFERÊNCIAS

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

_____. Lei n. 9.296, de 24 de julho de 1996. Regulamenta o inciso XII, parte final, do art. 5º da **Constituição Federal de 1988**. Disponível em:<
http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/Leis/L9296.htm>. Acesso em: 22 abril. 2016.

_____. Lei n. 7.170, de 14 de dezembro de 1983.

Define os crimes contra a segurança nacional, a ordem política e social, estabelece seu processo e julgamento e dá outras providências. Disponível em:< http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/l7170.htm>. Acesso em: 22 abril. 2016.

_____. Supremo Tribunal Federal.**Hábeas Corpus** nº 75.338/RJ. Relator: **Ministro Nelson Jobim**. 11 de março de 1998. Disponível em:<
<http://www.stf.jus.br/arquivo/informativo/documento/informativo102.htm>>. Acesso em: 22 abril. 2016.

_____. Supremo Tribunal Federal. Hábeas Corpus nº 83515/RS. Relator: **Ministro Nelson Jobim**. Disponível em:<
<http://stf.jusbrasil.com.br/jurisprudencia/2967251/habeas-corpus-hc-83515-rs>>. Acesso em: 22 abril. 2016.

CAPEZ, Fernando. **Curso de Direito Penal**. 2 ed. São Paulo: Saraiva, 2007. 4v.

GOMES, Luiz Flávio. **Interceptação Telefônica: Lei 9.296/96**, de 24.07.96. Luiz

Flávio Gomes, Raul Cervini. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1997.

GRECO FILHO, Vicente. **Interceptações Telefônicas: considerações sobre a Lei 9.296/96**. São Paulo: Saraiva, 1996.

MORAES, Alexandre de. **Direitos Humanos Fundamentais: teoria geral, comentários aos arts. 1º a 5º da Constituição da República Federativa do Brasil**, doutrina e jurisprudência. 6ª ed. São Paulo: Atlas, 2005.

TOURINHO FILHO, Fernando da Costa. **Manual de Processo Penal**. 7 ed. São Paulo: Saraiva, 2005.

CASTRO, R. A. de. **Provas ilícitas e o sigilo das comunicações telefônicas**. 2 ed. Curitiba: Juruá, 2010, p. 43.

CAPEZ, F. **Curso de processo penal**. 16. ed. São Paulo: Saraiva, 2009, p. 297.

MORAES, Alexandre de. **Constituição do Brasil interpretada e legislação constitucional**. São Paulo: Atlas, 2002.

_____. **Direito constitucional**. 5. ed. São Paulo: Jurídico Atlas, 1999.

_____. **Os 10 anos da Constituição Federal**. São Paulo: Atlas, 1999.

MORAES, Alexandre de. **Direito Constitucional**. 3. ed. São Paulo: Atlas, 2000.

RANGEL, Ricardo Melchior de Barros. **A prova ilícita e interceptação no direito processual penal brasileiro**. Rio de Janeiro: Forense, 2000, p. 70.

GOMES, Luiz Flávio. **Natureza jurídica da serendipidade nas interceptações telefônicas**. Disponível em <http://www.lfg.com.br>. 18 de março de 2009.

_____. Tribunal de Justiça do Rio Grande do Sul. Habeas Corpus nº 70061135893. Relator: **Desembargador Julio Cesar Finger**. Disponível em: <<http://tj-rs.jusbrasil.com.br/jurisprudencia/151197823/habeas-corpus-hc-70061135893-rs>>. Acesso em 01 de maio de 2016.

BARROS, Suzana de Toledo Barros. **O princípio da proporcionalidade e o controle de constitucionalidade das leis restritivas de direitos fundamentais**. 3ª ed., Brasília: Brasília Jurídica,

BRASIL. **Resolução do Conselho Nacional de Justiça nº 59, de 9 de setembro de 2008**, que Disciplina e uniformiza as rotinas visando ao aperfeiçoamento do procedimento de interceptação de comunicações telefônicas e de sistemas de informática e telemática nos órgãos jurisdicionais do Poder Judiciário.

BRASIL. **Superior Tribunal de Justiça**. On-line. Disponível em: <www.stf.jus.br>. Acessos em: 14 de novembro de 2011

BRASIL. **Vademecum. Decreto-lei nº 3.689, de 3 de outubro de 1941. Código de processo penal**. 3. ed.rev , ampl. e atual., São Paulo: Revista dos Tribunais, 2008.

BRASIL. **Vademecum. Constituição da república federativa do Brasil**. 3. ed.rev , ampl. e atual., São Paulo: Revista dos Tribunais, 2014.

BECHARA, Fábio Ramazzini. **Crime organizado e interceptação telefônica**. Revista de Direito Penal e Ciências Afins. Revista nº 36. Disponível em: <www.direito

GRECO FILHO, Vicente. **Interceptação telefônica. Considerações sobre a lei n.º 9296 de 24 de julho de 1996**. 2ª ed., São Paulo: Saraiva, 2005

Ministro Jorge Mussi *STJ - HC: 189735 ES 2010/0205182-1, Relator: Ministro JORGE MUSSI, Data de Julgamento: 07/02/2013, T5 - QUINTA TURMA, Data de Publicação: DJe 19/02/2013*)