

Provas Ilícitas – Não há que se confundir a interceptação telefônica stricto sensu com a gravação clandestina ou ambiental – Inexistência de ofensa ao disposto no artigo 5º, incisos XII e LVI, da Constituição da República de 1988.

GABINETE DA PROMOTORIA DE JUSTIÇA JUNTO À 1ª VARA CRIMINAL DE NILÓPOLIS

PROMOTORIA DE JUSTIÇA DA COMARCA DE NILÓPOLIS – RJ
Processo nº 22.735/98

Contra-Razões de Apelação

Apelante: *Anderson Gonçalves Nunes*

Apelado: Ministério Público do Estado do Rio de Janeiro

Ementa: Provas Ilícitas – Não há que se confundir a interceptação telefônica *stricto sensu* com a gravação clandestina ou ambiental – Inexistência de ofensa ao disposto no artigo 5º, incisos XII e LVI, da Constituição da República de 1988. De toda sorte, mesmo que se convencesse da ilicitude da prova, deveriam ser adotados os princípios da proporcionalidade e da razoabilidade, sendo certo, ainda, que o Juízo *a quo* não fundamentou seu convencimento com a gravação telefônica, mas sim por outros meios de prova. Impõe-se, assim, a manutenção da sentença condenatória.

Contra-Razões de Apelação

Egrégio Tribunal de Justiça

Colenda Câmara Criminal

DD. Procurador de Justiça oficiante

A presente ação penal teve início com denúncia oferecida pelo Ministério Público do Estado do Rio de Janeiro, que imputou ao réu, ora Apelante, a prática do delito descrito no artigo 158, *caput*, do Código Penal, consoante os fatos descritos na denúncia de fls. 02/03.

Finda a instrução criminal, após a produção das provas oral e pericial, a ilustre e culta magistrada *a quo*, com o costumeiro e alto senso de justiça, prolatou, às fls. 120 *usque* 129, justa sentença, em que julgou procedente a pretensão punitiva, *condenando* o réu na prática do delito a ele imputado, impondo-lhe a pena privativa de liberdade de 04 (quatro) anos de reclusão, a

ser cumprida inicialmente em *regime aberto*, e a sanção pecuniária de 10 (dez) dias-multa, no mínimo valor legal.

Inconformada com a respeitável decisão de 1º grau de jurisdição, a diligente e combatida Defensora Pública recorreu *tempestivamente*, apresentando, às fls. 150 *usque* 154, suas *infundadas razões*, pugnando:

a) *Preliminarmente*, pela nulidade da decisão judicial, por ter julgado "*citra petita*", bem como por fundar-se em provas ilícitas;

b) *Meritoriamente*, pela absolvição do réu, face à atipicidade da conduta (ausência de dolo) ou pela desclassificação para a modalidade tentada, concedendo-se a suspensão condicional da pena ("*sursis*").

Falece-lhe, contudo, qualquer razão.

I - DAS QUESTÕES PRÉVIAS

I.1 — DA SUPOSTA SENTENÇA "CITRA PETITA"

A douta Defensora Pública, em suas razões recursais, alega a nulidade da sentença por ser a mesma "*citra petita*", vez que não atentou para uma das teses defensivas, qual seja, o fato de o acusado ter agido como *animus jocandi* e não *dolendi*.

Não assiste razão à defesa, por uma série de motivos, a saber:

Inicialmente, cumpre esclarecer que sentença "*citra petita*" é aquela decisão judicial que, em havendo dois ou mais *pedidos* cumulados, deixa de apreciar algum deles, o que faz com que seja a mesma inadmissível. Não é o caso dos autos.

Ora, conforme salientado e grifado, a sentença deve examinar o *pedido*, este é a mola mestra do processo, face ao princípio da *congruência ou da correlação entre a sentença e a acusação*, sendo certo que, salvo nas ações dúplices, que não é o caso, no sistema processual penal quem formula o pedido, a pretensão punitiva, é o Ministério Público, nos casos de crimes de ação penal pública, daí, conclui-se que, caso a decisão judicial tivesse sido "*citra petita*", quem deveria alegar seria a parte autora, a formuladora do pedido, no caso, através de embargos declaratórios, porém não o fez, vez que o pedido foi determinado, sendo que a sentença foi determinada, examinando a pretensão punitiva em toda a sua plenitude.

Deve-se atentar que a sentença recorrida apresenta todos os requisitos legais, quais sejam, relatório, fundamentação, dispositivo e autenticidade.

Ora, a douta magistrada, após relatar extensivamente o feito, valorou as provas e, de acordo com o seu livre convencimento, acabou condenado o acusado. Frise-se que a *prova oral* produzida foi marcante para fundamentar o decreto condenatório, sendo certo que a ilustre magistrada, inclusive, transcreveu a confissão do acusado, bem como os depoimentos da ofendida e

das testemunhas, transcrevendo, ainda, arestos, o que demonstra que está perfeitamente compatível com o disposto no artigo 93, inciso IX, da Constituição da República.

De se ressaltar que na r. sentença foi afastada a tese defensiva do “*conatus*”, podendo-se dizer o mesmo quanto ao suposto *animus jocandi* do acusado, haja vista que a culta magistrada *a quo* reconheceu fundamentadamente o *animus dolendi* do acusado.

Ora, alegar que a sentença foi “*citra petita*”, isto sim, é agir com o referido *animus jocandi*, pois as teses defensivas não só foram examinadas como afastadas com o exame aprofundado dos fatos (provas) e do direito.

Afastada a 1ª prévia, cumpre o exame da suposta ilicitude da prova pericial.

I.2 — DA ILICITUDE DA PROVA

A douta Defensora Pública, em suas razões recursais, procura de todas as formas extrair algum *error in procedendo e/ou in iudicando* na decisão judicial, porém sem sucesso, agora procurar fazer crer que a prova pericial foi obtida de maneira ilícita, ou seja, que houve interceptação telefônica.

Inicialmente, com uma perfunctória leitura da sentença condenatória, chega-se à conclusão de que o r. Juízo *a quo* fundamentou seu livre convencimento nas *provas orais* produzidas em sede policial e judicial, fazendo menção apenas ao laudo pericial no seu relatório, porém, sequer teceu qualquer comentário sobre o mesmo, ou seja, não foi a prova pericial que fundamentou o decreto condenatório, se não vejamos:

À fl. 122, transcreveu o termo do interrogatório judicial do acusado, em que o mesmo acaba por *confessar a autoria* dos telefonemas.

Às fls. 123 e 124, transcreveu os depoimentos da ofendida (*Cláudia Maria*) e de três testemunhas (*Cláudia Soares; Celso da Silva e Benedicto da Motta*), acabando por se convencer da autoria e do dolo do acusado.

À fl. 125, acabou afastando a tese defensiva da tentativa, transcrevendo, inclusive, diversos arestos.

Por fim, às fls. 126 e 127 acabou por proceder à dosimetria da reprimenda penal.

Como se constata, cadê a prova pericial citada pela douta Defensora Pública?

Em momento algum a decisão foi motivada com base na prova pericial, mais precisamente na alegada “interceptação telefônica” mencionada pela defesa, concluindo, então, que, mesmo que tal meio de prova fosse considerado ilícito, de toda sorte, não influenciou o convencimento do r. Juízo.

Entretanto, alega a defesa a existência nos autos de provas ilícitas; vejamos se a mesma está certa.

Inicialmente, convém fazer uma pequena distinção entre *provas ilícitas e ilegítimas*, sendo certo que as primeiras dizem respeito à forma de *obtenção* (Direito Material), enquanto as últimas à *produção* (Direito Processual), sendo ambas espécies do gênero provas ilegais.

Ora, no caso, a prova pericial produzida não se enquadra em nenhuma das duas espécies, ou seja, ilicitude ou ilegitimidade, vez que foi obtida e produzida corretamente, sendo, portanto, válida e legal.

É de bom alvitre salientar que, no caso, procura-se qualificar a transcrição de fita magnética, cujo laudo pericial encontra-se acostado às fls. 94 *usque* 103, como *interceptação telefônica*; ousamos, *respeitosamente*, discordar desta qualificação dada pela douta Defensora Pública.

É certo que o artigo 5º, inciso XII, da CR/88 garante o direito à intimidade, tornando inviolável, em regra, o sigilo das comunicações telefônicas, salvo autorização judicial, sendo certo que tal norma constitucional, por não ser de eficácia plena, exigia regulamentação por parte do legislador infraconstitucional, o que aconteceu com o advento da *Lei n° 9.296, de 24 de julho de 1996*.

Tal lei, ao regulamentar a vontade do legislador constituinte, acabou por disciplinar a "*interceptação de comunicações telefônicas*", exigindo esta sim a autorização judicial, sob pena de ser ilícita, havendo, inclusive a previsão de um tipo penal.

Dai, pode-se afirmar que não é a simples gravação de comunicação telefônica que, sem autorização judicial, por si só, é ilícita, mas apenas a interceptação telefônica sem esta autorização.

Deve-se, portanto, fazer a imprescindível distinção, a fim de que alegações infundadas como as da defesa não voltem a ocorrer.

Poucos julgados e poucos doutrinadores procedem a tal distinção, porém a mesma existe, é flagrante, senão vejamos.

A *interceptação telefônica* propriamente dita, *em sentido estrito*, é aquela realizada por alguém (terceiros) sem autorização de qualquer dos interlocutores para a escuta e, eventualmente, gravação de sua conversa. E no desconhecimento deles, esta gravação, sim, ofende o direito à intimidade, sendo indispensável a autorização judicial, sob pena de ser ilícita e, portanto, inválida, configurando, inclusive, o delito descrito no artigo 10 da Lei n° 9.296/96, salvo se for utilizada pela defesa, pois aí ocorre a discriminante do estado de necessidade.

Já a *gravação de comunicação telefônica* em sentido estrito, diverso da interceptação, é aquela gravação *unilateral* feita por um dos interlocutores com o desconhecimento do outro, chamada por alguns de *gravação clandestina ou ambiental*, sendo que não é considerada interceptação nem está disciplinada pela lei suso referida como tipo penal, e não poderia ser diferente, pois o tipo penal previsto na lei que regula a interceptação telefônica visa proteger o sigilo das conversas (direito à intimidade) entre os interlocutores com relação

à terceiros, porém nada impede que um dos próprios interlocutores grave a sua conversa com outra pessoa, sem que esta tenha conhecimento desta gravação, sem que isso importe em qualquer ilicitude, pois o sigilo existe apenas em face de terceiros e não entre eles, os quais estão liberados se houver justa causa para divulgação.

Ora, o que ocorreu no presente caso, vez que quem gravou ou autorizou a gravação da comunicação telefônica foi um dos interlocutores, no caso a ofendida *Cláudia Maria Pizzolloto*, sendo que havia justa causa para tal gravação, qual seja a tranqüilidade de sua família, a vida de seus filhos. Ademais, o próprio acusado abriu mão dessa suposta intimidade, vez que todos os telefonemas foram feitos de aparelhos telefônicos públicos, denominados vulgarmente de "orelhões", o que demonstra a inexistência de qualquer violação à intimidade, que é a *ratio legis*.

Frisa-se, ainda, que a referida também não disciplina, ou seja, não veda a interceptação telefônica realizada *por terceiro*, mas com consentimento de um dos interlocutores; sendo assim, pode ser lícita e válida como prova, se houver justa causa para tal gravação.

A respeito, cumpre-nos trazer à colação as lições imprescindíveis do mestre VICENTE GRECO FILHO, em sua obra "*Interceptação Telefônica*", Editora Saraiva, 1ª edição, a saber:

"(...) A lei não disciplina, também, a interceptação (realizada por terceiro), mas com consentimento de um dos interlocutores. Em nosso entender, aliás, ambas as situações (gravação clandestina ou ambiental e interceptação telefônica consentida por um dos interlocutores) são irregulamentáveis porque fora do âmbito do inciso XII do artigo 5º da Constituição e sua licitude, bem como da prova dela decorrente, dependerá do confronto do direito à intimidade (se existente) com a justa causa para a gravação ou a interceptação, como o estado de necessidade e a defesa do direito, nos moldes da disciplina da exibição da correspondência pelo destinatário (art. 153 do Código Penal e art. 233 do Código de Processo Penal).

A hipótese, portanto, não se aplica a lei comentada, inclusive, quanto à autorização judicial, porque o Poder Judiciário brasileiro não exerce função consultiva, e, no caso de jurisdição voluntária, atua somente nos casos expressos em lei.

(...) Há necessidade de se ponderar a respeito dos bens jurídicos envolvidos: não se pode sacrificar o

bem jurídico da magnitude do sigilo das comunicações telefônicas para a investigação ou instrução de crime em que não estejam envolvidos bens jurídicos de maior valor(...)"

Ora, no caso entelado, conclui-se que não houve interceptação telefônica (prova ilícita, sem autorização dos interlocutores), mas sim a denominada gravação clandestina ou ambiental, quando muito interceptação telefônica, porém com autorização de um dos interlocutores, no caso da ofendida *Cláudia Maria Pizzolloto*, havendo, assim, total licitude.

Porém, a título apenas de argumentação, mesmo que se admita a ocorrência de alguma ilicitude, de toda sorte, deveria a prova ser aceita, diante do *principio alemão da proporcionalidade*, sendo certo que, de um lado, tem-se um suposto direito à intimidade do acusado, que abriu mão ao passar a telefonar de aparelhos telefônicos públicos e, do outro, o direito constitucional à liberdade de locomoção e à vida (tranqüilidade/segurança/bem estar/etc).

Ora, o que deve prevalecer no presente caso?

Deve-se atender para as lições sempre precisas do ínclito Ministro **Cordeiro Guerra** do E. Supremo Tribunal Federal que, enfrentando o tema da prova ilícita, afirmou:

"(...) não creio que entre os direitos humanos se encontre o direito de assegurar a impunidade dos próprios crimes, ainda que provados por outro modo nos autos, só porque o agente da autoridade se excedeu no cumprimento do dever e deva ser responsabilizado. Nesse caso, creio a razão assiste à nossa jurisprudência: pune-se o responsável pelos excessos cometidos, mas não se absolve o culpado pelo crime efetivamente comprovado"

Na esteira deste entendimento, o professor **FERNANDO DE ALMEIDA PEDROSO**, em sua obra "*Processo Penal - O Direito de Defesa: Repercussão, Amplitude e Limites*", Editora Revista dos Tribunais, leciona que:

"(..) Ora, se o fim precípua do processo penal é a descoberta da verdade real (na qual há que se fulcrar a própria realização do direito penal substantivo, pela aplicação ou não da pena), crível é que, se a prova ilegalmente obtida ostentar essa verdade, deve ser aceita(...)"

Defendendo também este entendimento, o professor e prestigiado Desembargador Fluminense *José Carlos Barbosa Moreira*, examinando a questão, acabou concluindo que o direito à prova é integrante do direito de ação, que é igualmente um direito constitucional, não podendo este ser sempre sacrificado em nome da preservação da intimidade.

Admitindo a utilização da prova ilícita, o eminente magistrado LUIZ GUSTAVO GRANDINETTI CASTANHO DE CARVALHO, em sua novel obra "*O processo Penal em face da Constituição*", Editora Forense, afirma:

"(...) O que se poderia admitir seria o uso de uma prova ilícita pelo autor da ação penal, não com o fim único de obter a condenação do réu, mas para salvaguardar outro direito fundamental, como por exemplo, a vida da vítima de um crime de seqüestro (...) Uma vez obtida a gravação, legitimada pela supremacia do bem jurídico tutelado ou ameaçada – a vida ou a liberdade –, poderia ser utilizada no processo pelo Ministério Público (...)"

Ora, a prova pericial constante nos autos, repise-se, é lícita; de toda sorte, mesmo que fosse considerada ilícita, qual seria a consequência? Nenhuma, pois, a *uma* o Juízo não se valeu dela, sendo que, mesmo que tivesse se valido, dever-se-ia sopesar os bens jurídicos tutelados.

Como já decidiu o *E. Supremo Tribunal Federal*, em havendo provas ilícitas, devem as mesmas ser desentranhadas dos autos do processo, o que faz com que não sejam consideradas na sentença, vez que passam a ser ineficazes, sem qualquer aptidão para servirem como meios de prova. Entretanto, as demais provas constantes nos autos, não eivadas de quaisquer vícios, devem ser consideradas e, se for caso, servindo para condenar o acusado.

A respeito, cumpre-nos trazer à colação o entendimento dos *E. Tribunais*, *in verbis*:

"Acórdão condenatório suficientemente fundamentado. Prova argüida de ilicitude, mas que não constituiu elemento decisivo para a condenação além de demandar, a averiguação da assertiva do impetrante, dilação probatória inconciliável com o rito do *Habeas Corpus*" (HC nº 72528 – 1ª Turma do STF – Min. Relator Octávio Gallotti)

Ora, conforme leciona o *i. magistrado GRANDINETTI*, em sua obra suso referida, deve-se proceder ao temperamento quanto à utilização das provas

ilícitas, a fim de que se busque uma solução para resolver o problema da contaminação, de modo que se encontre a medida certa para proteger a intimidade, sem que se tenha de tomar a Justiça extremamente cega ao ponto de rejeitar o que é evidente.

Daí, a razão dos seguintes arestos, a saber:

“Prova – Gravação de comunicação telefônica – Deferimento – Interpretação do artigo 5º, inciso XII, da Constituição da República – Recurso provido nesse sentido. É admissível aceitar como prova a gravação feita através de fita magnética da conversação mantida com terceiro, quando não haja interceptação, cumprindo ao juiz apreciar o valor do documento, se necessário através de perícia aferitória de sua autenticidade”(TJSP-AP. nº 171.084-São José dos Campos-Rel. Euclides de Oliveira)

“Prova – Comunicação telefônica – Interceptação – Secretária eletrônica – Admissibilidade, eis que obtida licitamente, embora sem o conhecimento de sua formação pela outra parte – reputa-se inaceitável que, a pretexto da intransigente proteção ao direito à inviolabilidade das comunicações, se viole o igualmente constitucional direito de defesa. O que a Constituição veda é a interferência de terceiro do diálogo, sem aceitação do comunicador ou receptor, aquilo que se denomina interceptação, dando azo à gravação clandestina. Todavia, a conversa regular como comunicador e receptor, em livre expressão de pensamento admite a gravação por uma das partes(...)” (TACRIM-SP RTACRIM, vol. 222, Rel. José Santana).

Este é o caso dos autos.

Conclui-se, então, que não há nos autos provas ilícitas, vez que ocorreu gravação clandestina ou ambiental e não interceptação telefônica; porém, se for considerada como interceptação telefônica, de toda sorte, houve autorização de um dos interlocutores, no caso, da ofendida. Entretanto, mesmo que se considere como prova ilícita, o decreto condenatório sequer fundou-se em tal prova, mas apenas na prova oral (interrogatório e depoimentos da ofendida e das testemunhas), daí afastada também esta segunda questão prévia.

II — DO MÉRITO

Afastadas as questões prévias, quanto à suposta tese defensiva da tentativa, a mesma não pode ser reconhecida, vez que o *o iter criminis* foi todo percorrido, pois o acusado constrangeu a ofendida, ficando esta completamente atemorizada, mais precisamente, conforme firmado pela mesma, "(...) *entrou em parafuso* (...)", ensejando, assim, a consumação delitiva, vez que, para ocorrer esta, não se exige a efetiva obtenção da vantagem patrimonial, que é o mero exaurimento.

Deixamos de transcrever os entendimentos jurisprudenciais, a fim de evitar maiores delongas, até porque a doutra magistrada o fez de maneira brilhante às fls. 125/126.

III — DA CONCLUSÃO

Por todo o exposto, o Ministério Público manifesta-se, no tocante ao juízo de admissibilidade pelo *conhecimento* do presente apelo, vez que presentes os requisitos de admissibilidade, porém no mérito, pelo seu *desprovimento*, face à ausência de *error in procedendo e in iudicando*.

Nilópolis, 18 de março de 1999.

CLÁUDIO CALO SOUSA
Promotor de Justiça

Nota: O Egrégio Tribunal de Justiça, através da Colenda 8ª Câmara Criminal, em 25 de novembro de 1999, julgou provido o recurso de apelação ministerial, aumentando a dosimetria da reprimenda penal fixada pelo Juízo *a quo*, bem como julgou desprovido o recurso interposto pela defesa, rejeitando, por unanimidade, as *preliminares*. (Desembargador Presidente: Dr. Flávio Magalhães)

CLÁUDIO CALO SOUSA é Ex-Defensor Público do Estado do Rio de Janeiro, Promotor de Justiça do Estado do Rio de Janeiro, Professor-substituto (contratado) de Direito Comercial da Universidade do Estado do Rio de Janeiro (UERJ), Expositor-conferencista convidado de Direito Comercial da Escola da Magistratura do Estado do Rio de Janeiro (EMERJ), professor de Direito Comercial da Fundação Escola do Ministério Público do Estado do Rio de Janeiro (FEMPERJ), professor dos Cursos Jurídicos preparatórios para concursos públicos Master *Juris* e CEPAD/RJ e UNIEQUIPE/SP.
