

12. NOTICIÁRIO

INTERCEPTAÇÃO TELEFÔNICA: BREVES REFLEXÕES

MARIA THEREZA ROCHA DE ASSIS MOURA

A interceptação telefônica foi um dos temas discutidos no 1.º Seminário Catarinense de Direito Penal e Processual Penal, III Seminário Regional do IBCCrim, realizado em Florianópolis, nos dias 2 a 4 de outubro último.

Relativamente ao tema, por excelência polêmico, lançamos o debate alguns aspectos, que, a nosso ver, não foram disciplinados, de maneira adequada, pela Lei 9.296/96:

a) A interceptação da comunicação telefônica entre o indiciado, ou acusado, e seu defensor, relativamente aos fatos objeto de investigação criminal ou de instrução processual, está, a nosso ver, vedada. E assim o afirmamos tendo em vista o disposto nos arts. 5.º, inc. LXIII, e 133, da Constituição Federal; art. 8.º, inc. II, letra "d", da Convenção Americana sobre Direitos Humanos, e arts. 7.º, inc. II, e 34, inc. VII, da Lei 8.906, de 4 de julho de 1994 (Estatuto da Advocacia).

O dever de sigredo entre advogado e cliente é inerente ao exercício do direito de defesa, garantido constitucionalmente, assim como o é a inviolabilidade do exercício da advocacia.

Há, ainda, a acrescentar que se o advogado, na condição de "confidente necessário",¹ está obrigado a guardar

sigredo profissional, tanto que a violação deste, sem justa causa, constitui crime (art. 154 do Código Penal), além de consubstanciar infração disciplinar, não pode e não deve o Estado intrometer-se na conversa, mormente em prejuízo do cliente.

b) Não se pode admitir que o sigilo da interceptação seja tal que a prova dela resultante se torne secreta, subtraindo do acusado o direito de impugná-la, antes do oferecimento das alegações finais. Isto contraria as garantias constitucionais do contraditório e da mais ampla defesa.

Entendemos que a defesa deva ter ciência do resultado da interceptação logo após o término da captação da comunicação telefônica, devidamente autorizada, uma vez feitas as respectivas gravações e transcrições, independentemente do momento da persecução criminal em que a interceptação se dê.²

c) De outra sorte, só se deve permitir que a gravação resultante da diligência seja inutilizada, no decorrer do inquérito

Revista dos Tribunais, v. 735, jan. 1997, p. 461.

- (2) Estamos, neste passo, inteiramente de acordo com Ada Pellegrini Grinover, Antonio Scarance Fernandes e Antonio Magalhães Gomes Filho, *As nulidades no processo penal*, 6. ed., São Paulo, Ed. Revista dos Tribunais, 1997, p. 188. V., ainda, Luiz Flávio Gomes; Raúl Cervini, *Interceptação telefônica*, São Paulo, Ed. Revista dos Tribunais, 1997, p. 227/230.

(1) A expressão é de Damásio E. Jesus, *Interceptação de comunicações telefônicas: notas à Lei 9.296, de 24.07.1996*,

policial, sob o fundamento de não interessar à prova, após a oitiva do indiciado, a quem deve ser concedida a oportunidade de impugnar o pedido, sob pena de caracterizar inquestionável cerceamento de defesa e ofensa à garantia do contraditório.

A participação da defesa no incidente de inutilização da prova deve ser sempre assegurado, ainda que instaurado no curso das investigações policiais. É que o conteúdo da gravação pode interessar à prova da inocência daquele que teve invadida a sua intimidade.

d) Da decisão proferida no incidente de inutilização, cabe, de acordo com a doutrina,³ recurso de apelação, fundado no art. 593, II, do Código de Processo Penal.

O terceiro, cuja conversa telefônica com o investigado foi interceptada, também pode ter interesse na destruição das gravações, sendo facultado requerê-lo. Se indeferido o pedido, caberá mandado de segurança, para ver respeitado o direito líquido e certo à intimidade e ao sigilo de suas comunicações.

(3) V., a propósito, Luiz Flávio Gomes, *Interceptação...* cit., p. 236; Vicente Greco Filho, *Interceptação telefônica*, São Paulo, Saraiva, 1996, p. 35; Antonio Scarance Fernandes, *A lei de interceptação telefônica. Justiça Penal: críticas e sugestões*, coord. Jaques de Camargo Penteado, Centro de Extensão Universitária, 1997, v. 4, p. 68, dentre outros.