

**UNIVERSIDADE FEDERAL DE UBERLÂNDIA**  
**FACULDADE DE DIREITO**

**A TEORIA DA SERENDIPIDADE NA INTERCEPTAÇÃO**  
**TELEFÔNICA – LEI Nº 9.296/96**

**UBERLÂNDIA-MG**  
**2018**

**ADAM DAVID DE OLIVEIRA SANTANA**

**A TEORIA DA SERENDIPIDADE NA INTERCEPTAÇÃO  
TELEFÔNICA – LEI Nº 9.296/96**

Trabalho de Conclusão de Curso desenvolvido junto ao curso de Direito da Universidade Federal de Uberlândia como requisito para conclusão da graduação.

Orientador: Prof. Karlos Alves Barbosa

**UBERLÂNDIA-MG**

**2018**

**ADAM DAVID DE OLIVEIRA SANTANA**

**A TEORIA DA SERENDIPIDADE NA INTERCEPTAÇÃO  
TELEFÔNICA – LEI Nº 9.296/96**

Trabalho de Conclusão de Curso desenvolvido  
junto ao curso de Direito da Universidade  
Federal de Uberlândia como requisito para  
conclusão da graduação.  
Orientadora: Prof. Me. Karlos Alves Barbosa

Uberlândia, \_\_\_\_\_ 2018

**BANCA EXAMINADORA**

---

Prof. Me. Karlos Alves Barbosa  
Orientador

---

Prof. Dr. Alexandre Walmott Borges

## AGRADECIMENTOS

*Agradeço primeiramente a Deus por me ter dado força para nunca desistir e sempre acreditar que posso sempre mais. Aos meus pais e irmão pelo incentivo e apoio incondicional que sempre compreenderam os momentos de ausência dedicados aos estudos. A minha esposa companheira, amiga pelo apoio e incentivo nas horas difíceis, de desânimo e cansaço. Aos amigos batutas, companheiros de trabalhos e irmãos na amizade que fizeram parte da minha formação e que vão continuar presentes em minha vida Ao Professor Karlos Alves pela prontidão e orientação neste trabalho. A toda a equipe da Faculdade de Direito Professor Jacy de Assis.*

## RESUMO

Este estudo tem como finalidade abordar a Teoria Serendipidade, o encontro da prova fortuita oriundo de uma medida cautelar a interceptação telefônica decreta durante as investigações criminais e instruções processuais penais. O trabalho visa analisar a interpretação doutrinária e jurisprudencial sobre a teoria da serendipidade na interceptação telefônica com fulcro na lei nº 9.296/96.

Para tanto, será realizado um levantamento bibliográfico e jurisprudencial acerca dos entendimentos divergentes acerca do encontro fortuito de prova na interceptação das comunicações telefônicas, com base no estudo da Lei 9.296/96 que regularizou as interceptações telefônicas no ordenamento jurídico brasileiro, além disso, o estudo abordará os limites legais e os requisitos para decretação da medida.

Para aprofundamento do tema foi realizada pesquisa fundamentada na Constituição Federal de 1988, Lei 9.296/96, fontes doutrinárias e decisões dos Tribunais superiores. O estudo parte do princípio da evidente controvérsia a respeito das provas obtidas fortuitamente durante a decretação de interceptação telefônica.

Estas controvérsias inicialmente causaram uma insegurança jurídica na medida em que foi questionada a validade da prova obtida por meio da serendipidade, fazendo surgir fatos ou pessoas envolvidas com infrações penais que inicialmente não estavam presentes no pedido inicial de interceptação telefônica. Portanto, a fim de assegurar o garantismo jurídico faz se necessário uma análise mais aprofundada sobre a teoria da serendipidade na interceptação telefônica – lei nº 9.296/96.

Palavras chaves: Serendipidade, encontro fortuito de provas, Interceptação Telefônica.

## ABSTRACT

This study aims to address the Theory Serendipity, the meeting of the random testing coming from a protective medium to telephone interception decrees during criminal investigations and procedural instructions. The paper aims to analyze the doctrinal and jurisprudential interpretation on the theory of serendipity in the telephone interception with fulcrum in the law n ° 9.296 / 96.

Therefore, there will be a bibliographic and jurisprudential survey on the different understandings about the chance encounter of proof in the interception of telephone communications, based on the study of Law 9,296 / 96 which regularized the telephone interceptions in the Brazilian legal system, in addition, the study will address the legal limits and requirements for enactment of the measure.

In order to deepen the theme, a research based on the Federal Constitution of 1988, Law 9.296 / 96, doctrinal sources and decisions of the Superior Courts was carried out. The study is based on the principle of obvious controversy over the evidence obtained during the telephone interception decree.

These controversies initially caused legal uncertainty in that it has questioned the validity of evidence obtained by serendipity, giving rise to facts or persons involved in criminal offenses that initially were not present in the original application for telephone interception. Therefore, in order to ensure the legal guarantee, a more in-depth analysis is required on the theory of serendipity in telephone interception - Law 9.296 / 96.

Key words: Serendipity, fortuitous encounter of evidence, telephone Interception.

## SUMÁRIO

<b>1</b>	<b>INTRODUÇÃO</b>	<b>7</b>
<b>2</b>	<b>HISTÓRICO DAS INTERCEPTAÇÕES TELEFONICAS</b>	<b>9</b>
<b>3</b>	<b>INTERCEPTAÇÃO TELEFONICA NA LEI Nº 9.296/96</b>	<b>12</b>
3.1	Conceito	12
3.2	Natureza Jurídica da Interceptação	16
3.3	Ordem judicial e finalidade das Interceptações telefônicas.	17
3.4	Requisitos para interceptação telefônica	20
3.5	Duração da interceptação telefônica.	23
3.6	“ <i>Fumus Commisi Delicti</i> ” e “ <i>Periculum in mora</i> ” na Lei nº 9.296/96	25
<b>4</b>	<b>PROVAS E INTERCEPTAÇÃO TELEFÔNICA</b>	<b>28</b>
4.1	Conceito, Objeto, destinatário e natureza jurídica	28
4.2	Meios de prova e a vedação probatória	29
4.3	Inadmissibilidade da prova ilícita e Teoria da exclusão da ilicitude da prova	30
4.4	Provas ilícitas por derivação	30
<b>5</b>	<b>TEORIA DA SERENDIPIDADE NA INTERCEPTAÇÃO TELEFONICA</b>	<b>32</b>
<b>6</b>	<b>ENCONTRO FORTUITO(SERENDIPIDADE) DE OUTRO FATOS OU ENVOLVIDOS E SUA UTILIZAÇÃO NO PROCESSO PENAL</b>	<b>34</b>
6.1	Impossibilidade da utilização de prova oriunda de encontro fortuito	35
6.2	Admissibilidade mediante observância do “critério da conexão ou continência”	36
6.3	Total admissibilidade de prova obtida por serendipidade	38
<b>7</b>	<b>PROVA EMPRESTADA E A TEROIA DA SERENDIPIDADE</b>	<b>41</b>
<b>8</b>	<b>CONSIDERAÇÕES FINAIS</b>	<b>44</b>
<b>9</b>	<b>REFERENCIAS BIBLIOGRAFICAS</b>	<b>46</b>

## 1 INTRODUÇÃO

A interceptação telefônica trata-se de meio de investigação cuja finalidade é a obtenção da prova, reveste-se de procedimento extraprocessual com o objetivo de alcançar provas materiais do crime, tal dispositivo foi regulamentado e previsto na lei nº 9.296/1996. Deste modo, o presente trabalho tem a finalidade de analisar a interpretação doutrinária e jurisprudencial sobre a interceptação telefônica.

Será realizado levantamento bibliográfico e jurisprudencial com fulcro apresentar os entendimentos divergentes acerca da interceptação das comunicações telefônicas como meio de prova, sendo fragmentado o posicionalmente entre majoritário e minoritário no aspecto quantitativo dos estudos publicados sobre o tema, sem, contudo, esgotar a discussão jurisprudencial entre a Lei nº 9.296/96 e o entendimento dos Tribunais Superiores.

A interceptação telefônica torna-se instrumento de obtenção de um meio de prova, ou seja, um elemento de informação de prova dentro do processo com a finalidade de investigar criminalmente e auxiliar na instrução processual, desde que ordenada por ordem judicial.

Calha salientar, que a interceptação telefônica é mais um instrumento de investigação e obtenção de provas, não podendo, portanto haver a prevalência sobre quaisquer outros meios investigatórios. Contudo mesmo após a publicação da referida lei, houve diversos questionamentos legais a respeito das provas obtidas fortuitamente, serendipidade, durante a interceptação telefônica. O que fez surgir o questionado novamente sobre a dualidade entre o direito a intimidade e o direito a interceptação telefônica.

As divergências a respeito do conteúdo da serendipidade continuam na atualidade com objeto de divergência entre os estudiosos, no qual existem posicionamentos distintos a respeito da admissibilidade das provas oriunda da serendipidade as quais serão estudadas logo mais.

É importante relacionar e contextualizar a importância do encontro fortuito de provas nas interceptações telefônicas e sua importância como *notitia criminis* ou como prova em um processo, pois poderão ser encontrados fatos criminosos ou pessoas envolvidas.

Outrossim, a Serendipidade esta intimamente associado com as descobertas fortuitas de coisas, de forma que encontra-se algo pelo qual não estava procurando, más tal descoberta é importante no contexto fático. É importante relacionar e contextualizar a importância do encontro fortuito de provas nas interceptações telefônicas e sua importância como *notitia criminis* ou como prova em um processo, pois poderão ser encontrados fatos criminosos ou pessoas envolvidas em situação delituosa.



No artigo 2º, parágrafo único da Lei nº 9.296/96 estabelece que a decisão judicial ao determinar a interceptação telefônica deve observar dois requisitos. O primeiro requisito estabelece que deva haver descrição com clareza da situação objeto da investigação, e segundo requisito a indicação ou qualificação dos investigados na investigação criminal.

Fato é que durante a investigação criminal e captação da interceptação telefônica pode aparecer outros fatos penalmente relevantes distintos da situação inicialmente alvo da investigação, podendo conter informações de novas pessoas que em uma investigação inicial não foram solicitadas no ato da solicitação da interceptação. Também pode surgir outros fatos diferentes, ou outras pessoas relacionadas com o mesmo fato investigado, neste caso estaríamos diante do fenômeno da serendipidade ou encontro fortuito.

O trabalho aborda a teoria da serendipidade na interceptação telefônica de forma ampla com base na doutrina e posicionamentos diversos que sobre a admissibilidade dos meios de prova produzidos por encontro fortuito até questiona sobre a validade deste meio de obtenção de prova.

No mais, a prova emprestada goza dos princípios da celeridade bem como da economia processual, a fim de se evitar repetição desnecessária de atos processuais já esgotados com o aproveitamento de provas pretéritas. A prova emprestada será admitida e valorizada pelo juiz conforme seu crivo desponha o novo CPC em seu artigo 372, que é facultada ao juiz admitir a utilização da prova produzida em outro processo, conforme considerar adequado e observando o contraditório.

Não há dúvidas interceptação telefônica é o meio de obtenção de prova, e que somente pode ser autorizada para investigação criminal, porém é questionável na doutrina se a prova obtida na interceptação telefônica pode ser emprestada para instruir um processo civil, administrativo e outros.

## 2 HISTÓRICO DAS INTERCEPTAÇÕES TELEFÔNICAS

A problemática da interceptação telefônica no Brasil carece de um estudo aprofundado, de forma preliminar, devemos nos atentar a história da interceptação telefônica no Brasil bem como sua proteção na Constituição Federal e no ordenamento jurídico. Em uma análise histórica das constituições brasileiras, observar-se que sempre houve uma preocupação com o segredo e a intimidade pessoal. A Constituição Política do Império do Brasil (1824), em seu art. 179 prescrevia ser inviolável o segredo das cartas, de forma universal todas as constituições brasileiras tutelaram o segredo de correspondência, assegurando a plenitude do sigilo de correspondência.

A partir da Constituição de 1967, houve de fato a proteção do sigilo das comunicações telefônicas passou a ser assegurado de forma expressa, conforme dispunha o art.150, § 9º: "É inviolável o sigilo de correspondência e das comunicações telegráficas e telefônicas". A constituição de 1969 garantiu os mesmos direitos de garantir a inviolabilidade das garantias da constituição anterior. Atualmente a Constituição Federal de 1988 dispõe em seu artigo 5º, inciso XII, ser 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 bem estabelece o art. 5º, inciso XII, da Constituição Federal o próprio artigo traz uma exceção constitucional nos casos que envolvam interceptação telefônica. Cabe ressaltar o entendimento que não há nenhuma liberdade individual absoluta, de forma que cada garantia constitucional possui parâmetros que limitam as próprias garantias. Assim estas podem ser restringidas quando liberdades públicas estiverem sendo utilizadas como instrumentos de salvaguarda de práticas ilícitas.

Logo as garantias do artigo 5º, inciso XII, Constituição Federal tem o efeito *erga omnes*, ou seja, irradiam para todos os cidadãos, não podendo ser alteradas, as garantias constitucionais de sigilo funcionam como regra, não podendo e não devendo ser violadas, salvo nos termos da própria constituição. A própria Carta Magna menciona a existência de exceção, justamente nos casos de quebra do sigilo do cidadão com a finalidade de obtenção de meios de provas para instrução criminal, por meio da interceptação telefônica.

Retornando a Constituição Federal de 1967, em seu art. 153, § 9º, previa ser inviolável o sigilo da correspondência e das comunicações telegráficas e telefônicas, esta regra não comportava exceção. Porém havia uma contradição jurídica, na medida em que o art. 57, inciso II do Código Brasileiro de Telecomunicações (Lei 4.117/1962) admite a possibilidade da realização da interceptação telefônica desde que autorizada por ordem judicial, com a finalidade de realizar investigação criminal.

Em virtude da Lei 4.117/1962 ser anterior a Constituição Federal de 1967, em tese estaríamos diante de uma lei não recepcionada pela Constituição vigente na época, contudo eram realizadas interceptações telefônicas embasadas na referida lei.

Com o advento da Constituição Federal de 1988, no art. 5º, XII, admite a admissibilidade da violação da interceptação telefônica desde que autorizado por ordem judicial para fins de investigação, nas hipóteses e nas formas em que a lei estabelecer. A Carta Magna não deixou dúvidas sobre a exigência da aprovação de uma lei ordinária para regularizar os requisitos legais para decretação da interceptação telefônica.

Após a promulgação da Constituição de 1988, não havia no ordenamento jurídico Brasileiro lei ordinária que regula-se a forma de realização da violação da intimidade. Na época havia a tese que por existir o Código Brasileiro de Telecomunicações, poderia utilizar como instrumento jurídico capaz de amparar por meio dos dispositivos art. 57, II e 56, § 2º da Lei nº 4.117/1962, a autorização das interceptações telefônicas.

A defensora desta tese Grinover (1976) defende a tese que o art. 57, II da Lei nº 4.117/62 da recepção da lei diante da Constituição da 1988, tendo em vista o direito a intimidade, possui natureza relativa perante o sigilo das comunicações telefônicas. Ensina também que a decretação desta medida possui proteção, na medida em que existe a impedimento de divulgação abusiva das informações colhidas.

Mesmo diante do respeitável argumento, deve-se fazer uma leitura hermética e procurar entender quais os motivos originários do legislador ao criar a norma bem como adaptando-a as necessidades atuais ao tempo presente, para que possa ser efetivada diante de um Estado Democrático de Direito.

É importante observar que segundo Fernando Capez (2010) a Constituição Federal em seu art. 5º, XII, prescreveu a exceção, mas esta norma constitucional é eficácia limitada, que não são auto aplicáveis e depende de lei futuras para gerar seus efeitos principais, pois vinculam a autorização do legislador infraconstitucional.

Em função das divergências de entendimento, como ensina Gomes e Cervini (1997, p. 90) “que reinava no plano jurídico (*ius positum*), que constituía inquestionavelmente um dado extremamente prejudicial para a segurança do direito”.

O questionamento chegou ao Superior Tribunal Federal por meio do Habeas Corpus 69.912, julgado no ano de 1993, a Corte Superior decidiu que a Constituição de 1988, não havia recepcionado o art. 57 do Código Brasileiro de Telecomunicações, e as interceptações realizadas após a Constituição de 1988 eram ilícitas, mesmo que com ordem judicial, uma vez que não existia no ordenamento jurídico brasileiro lei ordinária regulamentando o assunto.

Após um período de grande insegurança jurídica, entre 1988 a 1996, o dispositivo constitucional foi regulado pela lei ordinária, Lei nº 9.296 publicada em 24 de julho de 1996, que possibilitou a interceptação telefônica com a finalidade de investigar criminalmente e auxiliar na instrução processual, desde que ordenada por ordem judicial.

Contudo mesmo após a publicação da referida lei, houve diversos questionamentos legais a respeito das provas obtidas fortuitamente, serendipidade, durante a interceptação telefônica. O que fez surgir o questionado novamente sobre a dualidade entre o direito a intimidade e o direito a interceptação telefônica.

As divergências a respeito do conteúdo da serendipidade continuam na atualidade com objeto de divergência entre os estudiosos, no qual existem três posicionamentos distintos a respeito da admissibilidade das provas oriunda da serendipidade as quais serão estudadas logo mais.

Nota-se que o advento da Lei. 9.296/96 aliado a uma investigação criminal possibilitou o alavancar e descobrir inúmeros crimes relacionados com grandes organizações criminosas. Crimes estes caracterizados pelo astúcia dos integrantes em não deixarem vestígios por serem criados mediante estabilidade dos integrantes, divisão de tarefa bem definida, e aproveitam de brechas para se perpetrarem ao longo do tempo.

### 3 INTERCEPTAÇÃO TELEFÔNICA NA LEI 9.296/96

A interceptação telefônica é um tema de extrema relevância na sociedade atual brasileira, na medida em que, vem sendo adotado como fonte de prova, pois é por meio dela que se obtêm a comprovação de uma ação delituosa e ou do envolvimento de um agente com um crime. Porém a sua aplicabilidade em âmbito social só foi possível por meio da positivação da lei ordinária nº 9.296/96.

No entanto, cabe salientar que apesar da edição de uma norma específica acerca da interceptação telefônica, nota-se que o tema é objeto de inúmeras decisões jurisprudenciais e debates doutrinários razão pela qual o presente artigo se propõe a realizar um confronto entre o entendimento positivado e o jurisprudencial.

#### 3.1 Conceito

Ao estudar a palavra interceptação telefônica, é importante entender o significado da palavra interceptar. De acordo com o dicionário Houais da língua português a, tem o significado de interromper o curso de, fazer parar, deter, captar ou apreender aquilo que é dirigido a outrem.

Desta forma pelo significado do dicionário estaríamos definindo a interpretação telefônica como um ato de interromper a comunicação telefônica. Porém a ideia central de interceptação central esta no fato de uma pessoa terceira pessoa passar a ouvir e ter conhecimento da conversa de outras duas pessoas. Neste sentido Renato Brasileiro de Lima ressalta que:

Sob o ponto de vista da Lei nº 9.296/96, interceptar uma comunicação telefônica não quer dizer interrompê-la, impedi-la, detê-la ou cortá-la. A expressão deve ser compreendida como o ato de captar a comunicação telefônica alheia, tendo conhecimento do conteúdo de tal comunicação. É da essência da interceptação a participação de um terceiro, que passa a ter ciência do conteúdo de uma comunicação telefônica alheia. (LIMA, 2015, p. 723)

Acerca da definição de interceptação telefônica, o entendimento do doutrinador Gabriel Habib:

Interceptar significa cortar a passagem de algo, interromper o fluxo de algo. Assim, por interceptação telefônica entenda-se o ato de interromper, realizar a interferência no fluxo de comunicação telefônica entre duas pessoas diferentes do interceptador, sem o conhecimento dos interlocutores. O interceptador capta o fluxo da comunicação entre duas pessoas estranhas a ele. (HABIB, 2018, p. 510)

Até este momento e apresentado por ambos juristas uma definição de interceptação telefônica de forma restritiva, pois entendem que existe a interceptação quando duas pessoas conversam pelo sistema telefônico, e uma terceira pessoa estranha passa a conhecer da conversa sem interferir na conversa.

Más de forma diversa Antonio Scarane Fernandes (2000, p.86) entende que existe a interceptação em sentido estrito quando há a “captação da conversa por um terceiro sem conhecimento dos interlocutores”, e que existe outra modalidade de interceptação telefônica quando existe a captação telefônica com a aquiescência de um dos interlocutores.

Aliando ao mesmo entendimento se necessário mencionar que, na lição de Norberto Avena (2014), interceptação telefônica é gênero, da qual se podem discriminar três espécies, a saber, a interceptação telefônica *stricto sensu*, escuta telefônica e gravação telefônica.

Sobre essas, Noberto Avena (2014) conceitua:

**Interceptação telefônica *stricto sensu*:** hipótese na qual um terceiro viola a conversa telefônica de duas ou mais pessoas, registrando ou não os diálogos mantidos, sem que nenhum dos interlocutores tenha conhecimento da presença do agente violador.

**Escuta telefônica:** situação na qual um terceiro viola a conversa telefônica mantida entre duas ou mais pessoas, havendo a ciência de um ou alguns dos interlocutores de que os diálogos estão sendo captados.

**Gravação telefônica:** aqui não há figura de terceiro. Um dos interlocutores, simplesmente, registra a conversa que mantém com o outro. Não há, propriamente, uma violação de conversa telefônica, já que o registro está sendo feito por um dos indivíduos que mantém o diálogo. (AVENA, 2014, p.484).

Os doutrinadores de forma majoritária entendem que o art.1º da Lei 9.296/96 refere-se a interceptação telefônica em sentido estrito e a escuta telefônica estão protegida pelo regime jurídico da referida lei, pois ambas referem-se ao processo de captação da comunicação alheia.

Contudo a gravação telefônica também chamada de gravação clandestina, segundo Capes (2000) ocorre quando um dos interlocutores grava a sua conversa, com outro, sem conhecimento recebe uma proteção constitucional genérica de proteção à intimidade no art 5º, inciso X da Constituição Federal e não está abrangida pela da Lei 9.296/96. Tal entendimento também é concedido pelo doutrinados Noberto Avena (2014).

Não se deve confundir a interceptação telefônica com a quebra do sigilo de dados telefônicos ligadas as comunicações telefônicas e registros que são armazenados pelas empresas prestadora de serviço telefônicos, como: chamada, horário, numero do numero chamado, duração de ligação, horário que aconteceu a ligação e outros dados.

Segundo, Habib (2018):

Por fim a quebra de sigilo de dados telefônicos significa o acesso à relação de números de telefones que foram objetos de ligação, oriundas e recebidas por determinada linha telefônica, ou seja, o acesso ao histórico da relação de chamadas feitas e recebidas por um determinado numero. (HABIB, 2018, p. 510).

Desta forma entende-se que a comunicação telefônica diz respeito a algo que esta acontecendo momentaneamente, já a quebra do sigilo de dados refere a algo pretérito, aos dados arquivados e salvos pelas empresas prestadoras dos serviço telefônico.

Em uma posição minoritária a doutrina Greco Filho (1996) assevera que a Lei 9.296/96 deve ser aplicada também para a quebra dos registros telefônicos existentes nos concessionários de serviços públicos, e não somente nas comunicações telefônicas convencionais.

Contrario a este entendimento, mas majoritário Lima (2016) entende que:

O objeto da Lei nº 9.296/96 não abrange a quebra do sigilo de dados telefônico. Como manifestou a jurisprudência, a Lei 9.296/96 é aplicável apenas às interceptações telefônicas (atuais e presentes), não alcança o registro telefônico relacionadas a comunicação passada ( LIMA, 2016, p. 147)

Assim a quebra do sigilo telefônico não esta resguardado pela proteção da Lei 9.296/96. A violação legal do sigilo telefônico permite que seja realizada pelas autoridades judiciais, além destas também recebem a atribuição constitucional as Comissões Parlamentares de Inquérito, prevista no art. 58, parágrafo 3º, desde que o ato seja devidamente fundamentado.

E importante observar que a Lei nº 13.344/16 alterou o Código de Processo Penal Brasileiro e acrescentou o art.12-B, que nos casos que envolvam tráfico de pessoas, vejamos:

Art. 13-B. Se necessário à prevenção e à **repressão dos crimes relacionados ao tráfico de pessoas**, o membro do **Ministério Público** ou o **delegado de polícia** poderão requisitar, mediante autorização judicial, às empresas prestadoras de serviço de telecomunicações e/ou telemática que disponibilizem imediatamente os meios técnicos adequados – como sinais, informações e outros – que permitam a localização da vítima ou dos suspeitos do delito em curso.

§ 1º Para os efeitos deste artigo, sinal significa posicionamento da estação de cobertura, setorização e intensidade de radiofrequência

§ 2º Na hipótese de que trata o **caput**, o sinal:

I - não permitirá acesso ao conteúdo da comunicação de qualquer natureza, que dependerá de autorização judicial, conforme disposto em lei,

II - deverá ser fornecido pela prestadora de telefonia móvel celular por período não superior a 30 (trinta) dias, renovável por uma única vez, por igual período,

III - para períodos superiores àquele de que trata o inciso II, será necessária a apresentação de ordem judicial,

§ 3º Na hipótese prevista neste artigo, o inquérito policial deverá ser instaurado no prazo máximo de 72 (setenta e duas) horas, contado do registro da respectiva ocorrência policial.

**§ 4 Não havendo manifestação judicial no prazo de 12 (doze) horas, a autoridade competente requisitará às empresas prestadoras de serviço de telecomunicações e/ou telemática que disponibilizem imediatamente os meios técnicos adequados – como sinais, informações e outros – que permitam a localização da vítima ou dos suspeitos do delito em curso, com imediata comunicação ao juiz. (grifo nosso)**

Assim nos casos relacionados a tráfico de pessoas o delegado de polícia e Ministério Público deve solicitar ao poder judiciário os dados relativo à estação radio base que permite saber onde estava operando determinado aparelho celular e assim estabelecer a localização aproximada da vítima ou dos envolvidos neste crime.

Porém acrescenta que nos casos em que for solicitando ao Juiz e este não manifestar em 12 horas, a autoridade competente (promotor de justiça ou delegado) poderá, sem autorização judicial, requisitar as empresas prestadoras os dados que permitam a localização da vítima e envolvidos. Assim esta inovação é más uma exceção da quebra de sigilo de dados, de tal forma a entender que realmente não esta protegida pela da Lei 9.296/96.



### 3.2 Natureza Jurídica da Interceptação

Ao questionar a natureza jurídica estamos procura-se saber a afinidade que um instituto tem com os diversos pontos no ordenamento jurídico, e ao analisar a Lei nº 9.296/96 e observado que a referida lei é predominantemente processual. Segundo Badaró (2015) a interceptação telefônica é um meio de obtenção da prova, e não um meio de prova. Desta forma a interceptação não tem a finalidade de ser um instrumento destinado a provar um fato alegado.

Os dados apreendidos impropriamente (o conteúdo da conversa), estes, sim, quando levados ao processo, poderão constituir prova. Por meio da interceptação telefônica são obtidos elementos de prova (o conteúdo da conversa). A interceptação telefônica tem a natureza jurídica de uma medida cautelar, consistente em um meio de obtenção de prova. (BADARÓ, 2015, p.507)

Ainda complementa “os meios de prova são instrumentos pelos quais se leva ao processo um elemento de prova apto a revelar ao juiz a verdade de um fato”, por outro lado “meios de obtenção de provas, também denominados meios de investigação ou de pesquisa de provas, são instrumentos para a colheita de fontes ou elementos de prova”. (BADARÓ, 2015, p.384)

Neste mesmo sentido Capez (2012) menciona que o procedimento da interceptação tem natureza cautelar, e a medida poderá ser preparatória ou incidental, aquela quando realizada durante a investigação criminal e esta durante a instrução processual.

A interceptação telefônica trata-se de meio de investigação da prova (ou de obtenção da prova), pois, reveste-se de procedimento extraprocessual e regulado por lei, com o objetivo de alcançar provas materiais do crime, podendo ser realizado por agente público diverso do juiz, ou seja, a autoridade policial e seus agentes (LIMA, 2016).

Portanto, pode-se concluir que interceptação telefônica será mais um instrumento de obtenção de um meio de prova, ou seja, um elemento de informação de prova dentro do processo, não pode-se haver a prevalência sobre qualquer outro meio de prova, em respeito ao princípio da relatividade das provas

Esclarecedor é Lopes Junior (2006, p.269) ao diferenciar atos de prova de atos de investigação, afirmando que “somente são considerados atos de prova e, portanto, aptos a fundamentarem a sentença, aqueles praticados dentro do processo, à luz da garantia da jurisdição e demais regras do devido processo penal”.

Assim os atos de investigação são aqueles realizados durante a fase pré-processual de investigação preliminar, e como tais “de limitado valor probatório”, de função “endoprocudimental”.

A exclusão física dos autos do inquérito de dentro do processo, como forma de garantir a efetiva garantia processual, e o direito de ser julgado conforme a base de provas realizadas em juízo (LOPES JUNIOR, 2006).

Portanto pode-se concluir que interceptação telefônica será mais um instrumento de obtenção de um meio de prova, ou seja, um elemento de informação de prova dentro do processo, não pode-se haver a prevalência sobre qualquer outro meio de prova, em respeito ao princípio da relatividade das provas

### 3.3 Ordem judicial e finalidade nas Interceptações telefônicas.

A interceptação telefônica de acordo com art. 5º da Constituição Federal poderá ser determinada ordem judicial, nas hipóteses previstas em lei. Assim a Lei 9.296/96 surgiu com o intuito de regularizar as situações legais e as finalidades que permitem a interceptação telefônica, vejamos:

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. (**grifo nosso**).

A referida lei teve como finalidade regulamentar os limites para a realização da interceptação telefônica como meio de prova no curso da persecução penal. Assim de acordo com o texto legal a sua finalidade é criar meios de provas tanto na fase pré-processual investigação criminal e na fase processual instrução processual penal (HABIB, 2018).

A finalidade da interceptação também foi tratada por Gomes e Cervini (1997) que ensinaram:

A finalidade da interceptação telefônica, é antes de tudo, a obtenção de uma “prova”, que se materializa num documento (auto circunstanciado, transcrição) ou num depoimento (prova testemunhal). É um dos meios de provas que irá fixar os fatos no processo, de tal modo a legitimar a decisão judicial, seja frente às partes, se já frente à universalidade das pessoas. (GOMES e CERVINI, 1997, p.116)

A autorização durante a investigação criminal compreende todas as formas de investigação criminal, não só o inquérito policial realizada por Delegado de Polícia. Hoje temos outros órgãos que realizam investigações criminais, dentre eles o Ministério Público e as Comissões Parlamentares de Inquérito que apuram infrações penais, autoria e materialidade.

Segundo LIMA (2016, p.148) “ainda que não haja inquérito policial instaurado, será possível a interceptação telefônica, desde que haja outra forma de investigação criminal em curso”. Logo a finalidade da interceptação telefônica não pode ser distorcida, pois é claro a não possibilidade da interceptação telefônica fundada para fins comerciais, civis e políticos.

Também não poderá ocorrer quando houver mera conjectura da existência de crime, ou denuncia anônima, ou seja diante de uma denuncia anônima deve ser realizadas uma investigação preliminar com o intuito de verificas mais indícios que levam a decretar uma investigação criminal bem como um possível instauração de Inquérito Policial. Somente após estas verificações e cumpridos os requisitos da lei que regula a interceptação telefônica pode-se questionar a possibilidade de uma decretação da medida cautelar. Sobre o tema ensina Gomes e Cervini, vejamos:

Não existe interceptação de ‘prospecção’, para se descobrir se uma determinada pessoa estaria ou não envolvida em algum possível crime. A interceptação, de outra parte, é pós-delitual. A infração vem antes. Só depois de sua ocorrência torna-se possível a medida cautelar. Não há interceptação “pré-delitual”. Não é preciso inquérito policial já aberto. Bastam notícias fundadas, razoáveis, sobre a infração e sua autoria. A interceptação pode ser o primeiro ato da ‘investigação criminal’, desde que já existam indícios razoáveis de autoria ou participação em uma infração penal. (GOMES e CERVINI, 1997, p.117)

Porém nada obsta que as informações das interceptações telefônicas sejam emprestadas na forma de provas para outros processos, desde que respeitado o devido processo legal, como será analisado mais afrente o tema neste trabalho.

Em consonância com a Constituição Federal (art. 5º, XII) a interceptação telefônica esta condicionada a prévia autorização judicial. Ainda fundamentada na Lei 9.296/96 nos (art.1º, *caput* c/c art. 5º) existe exclusividade ao Poder Judiciário para determinar a interceptação das comunicações telefônicas, esta decisão deverá ser devidamente fundamentada, sob pena de ser nula.

Sendo assim, não existe exceção para que autoridade policial ou Ministério Público decrete a interceptação telefônica. Neste sentido já existe jurisprudência, vejamos:

STJ. Informativo nº 510

Quinta Turma

DIREITO PROCESSUAL PENAL. INTERCEPTAÇÃO TELEFÔNICA SEM AUTORIZAÇÃO JUDICIAL. VICIO INSANAVEL.

**Não é válida a interceptação telefônica realizada sem prévia autorização judicial, ainda que haja posterior consentimento de um dos interlocutores para ser tratada como escuta telefônica e utilizada como prova em processo penal.** A interceptação telefônica é a captação de conversa feita por um terceiro, sem o conhecimento dos interlocutores, que depende de ordem judicial, nos termos do inciso XII do artigo 5º da CF. regulamentado pela Lei n. 9.296/1996. A ausência de autorização judicial para captação da conversa macula a validade do material como prova para processo penal. A escuta telefônica é a captação de conversa feita por um terceiro, com o conhecimento de apenas um dos interlocutores. A gravação telefônica é feita por um dos interlocutores do diálogo, sem o consentimento ou a ciência do outro. A escuta e a gravação telefônicas, por não constituírem interceptação telefônica em sentido estrito, não estão sujeitas à Lei 9.296/1996, podendo ser utilizadas, a depender do caso concreto, como prova no processo. O fato de um dos interlocutores dos diálogos gravados de forma clandestina ter consentido posteriormente com a divulgação dos seus conteúdos não tem o condão de legitimar o ato, pois no momento da gravação não tinha ciência do artifício que foi implementado pelo responsável pela interceptação, não se podendo afirmar, portanto, que, caso soubesse, manteria tais conversas pelo telefone interceptado. Não existindo prévia autorização judicial, tampouco configurada a hipótese de gravação de comunicação telefônica, já que "nenhum dos interlocutores tinha ciência de tal artifício no momento dos diálogos interceptados, se faz imperiosa a declaração de nulidade da prova, para que não surta efeitos na ação penal. Precedente citado: EDcl no HC 130.429-CE, DJe 17/5/2010. HC 161.053-SP, Rei. Min. Jorge Mussi .. julgado em 27/11/2012. **(grifo nosso)**

Também é importante ressaltar a observação de Habib (2018) que nos caso em que a interceptação seja realizada antes da instauração do processo criminal, deverá ser autorizada pelo juízo que posteriormente tornar-se-á competente para processar e julgar o delito.

Note-se que, nesse caso, a interceptação telefônica terá a natureza de medida cautelar, hipótese na qual o seu requerimento será remetido à livre distribuição a um dos juízos criminais competentes para processar e julgar o delito, no qual esse juízo ficará prevento para o processo posteriormente instaurado, por força dos art.75 e 83 do Código de Processo Penal brasileiro.

Porém pode ocorrer do juiz que tomou conhecimento na fase pré-processual não seja competente para julgar o fato, por absoluta incompetência. Sobre o assunto o Superior Tribunal de Justiça consolidou entendimento que são plenamente validas e podem ser ratificadas pela autoridade competente.

STJ. "(...) INTERCEPTAÇÕES TELEFÔNICAS. AUTORIZAÇÃO. ALTERAÇÃO SUPERVENIENTE DA COMPETÊNCIA. NÃO OCORRÊNCIA DE NULIDADE. PRORROGAÇÕES. CABIMENTO. AUSÊNCIA DE EMBASAMENTO APENAS EM DENÚNCIA ANÔNIMA. AGRAVO REGIMENTAL A QUE SE NEGA PROVIMENTO. ( ... }. **Nos termos da jurisprudência desta Corte Superior, as "interceptações telefônicas eventualmente determinadas por autoridade absolutamente incompetente permanecem válidas e podem ser plenamente ratificadas":** (APn S36/BA, Rei. Ministra ELIANA CALMON, CORTE ESPECIAL, DJe 04/04/2013} ( ... } AgRg no REsp 1316912. Rei. Min. Maria Thereza de Assis Moura, julgado em 18/03/2014. **(grifo nosso).**

Entende-se que a decisão da corte é correta tendo em vista que respeita a teoria do juízo aparente, pois no momento da decretação da medida judicial, os elementos de informação disponível apontam para a autoridade judiciária competente que decretou a medida.

### 3.4 Requisitos para interceptação telefônica

Além dos requisitos já estabelecidos na Constituição Federal de 1988, a Lei 9.296/96 inovou em trazer em seu texto formas negativas que permitem a interceptação telefônica vejamos:

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.

**(grifo nosso)**

Apesar de estranho em uma primeira análise o legislador quis que o cabimento desse meio de obtenção de prova fosse a regra e, o seu não cabimento, a exceção. Desta forma fica fácil compreender que o legislador optou por trazer as hipóteses excepcionais, ou seja, de não cabimento (HABIB, 2018).

O primeiro requisito é a existência de indícios razoáveis de autoria e participação em modalidade criminosa. Assim deve haver indícios anteriores que identificam a autoria e participação do agente investigado assevera que a lei não se contenta com a mera “possibilidade” ou suspeita de autoria e participação, deve ser sim extremamente provável, uma suspeita provável é razoável a autoria e participação para que justifique a interpretação (GOMES E CEVERINI, 1997).

O segundo requisito ocorre quando a prova não poder ser feita por outros meios disponíveis, assim o legislador estabeleceu que só deve ser utilizada como *ultima ratio*, pena de nulidade.

Esta medida por extremamente evasiva seu deferimento está condicionado que as informações deve ser obtida por tal meio, não podendo a investigação criminal iniciar com a interceptação vejamos:

STJ. Informativo nº 490.

Sexta Turma

INTERCEPTAÇÃO TELEFÔNICA. INVESTIGAÇÃO EM CURSO.

**O pedido de interceptação telefônica não pode ser a primeira providência investigatória realizada pela autoridade policial.** *In casu*, ao formular o pedido de quebra do sigilo telefônico, a autoridade policial descreveu quais eram os ilícitos que estariam sendo praticados, quais tipos de pessoas integravam a organização criminosa, bem como qual era a sua forma de atuação cometimento dos crimes. Ficou evidenciado que a quebra do sigilo telefônico não foi a primeira medida efetivada pela autoridade policial. Pelo contrário, tal providência teve suporte de elementos já colhidos que demonstravam que as investigações em curso levantaram indícios da prática criminosa e apontavam para a imprescindibilidade do deferimento da medida excepcional segundo o disposto no art. 2º da Lei n. 9.296/1996. Precedentes citados: HC 85.502-SP, DJe 9ÍS/2011, e HC 43.234-SP. DJe 21 /S/2011.1HC 130.054-PE, Rei. Min. Sebastião Reis Júnior, julgado em 7/2/2012. **(Grifo nosso).**

A respeito de outros “meios de prova” disponível Antonio Scarance Fernandes (2000, p.92) ensina que “tera o magistrado extrair o seu convencimento com base em outros meios que eram ou podiam ser de seu conhecimento no momento da decisão”.

Desta forma não é ilegítima a decisão se em um momento posterior venha a ser demonstrados que havia outros meios de prova, salvo se demonstrada a má-fé por parte de quem requereu a medida cautelar, cabendo neste caso o cancelamento da medida cautelar.

O terceiro requisito pela interpretação do artigo cabe nos crime punidos com reclusão, não importandose o crime esta previsto no Codigo Penal ou em legislação penal especial. Observa-se que o legislador não criou um rol taxativo de crimes que possibilitam a aplicação da medida cautelar, Greco Filho ( 1996, p.22) ensina que a “possibilidade de interceptação telefônica com relação a todos crimes de reclusão precisa ser restringida, pois e muito ampla.” Outros apontam que a previsão para os crimes de reclusão está ligado a proporcionalidade da medida entre agravidade dos fatos e violação do direitos fundamentais, vejamos ensinamento de Gabriel Habib (2018):

A única justificativa plausível seria no sentido de que o legislador restringiu a utilização desse meio de prova em razão da sua gravidade no tocante à violação dos direitos fundamentais à intimidade e ao sigilo das comunicações telegráficas de dados e das comunicações telefônicas. HABIB (2018, p.425)

Também devemos ressaltar o entendimento Nery Junior (1996) o qual defende que a medida cautelar de interceptação telefônica deveria ser mais expansiva, pois deveria cobrir os casos em que a própria Constituição Federal classificou como graves, e não somente os crimes punidos com reclusão. Assim o legislador foi além dos preceitos constitucionais ao limitar a interceptação aos crimes punidos com reclusão, deixando de contemplar alguns crimes que tem gravidade jurídica, más que não são apenados com reclusão por uma escolha do legislador ou ate mesmo de uma política criminal.

Em sentido diametralmente oposto Lênio Streck (2001) critica a abrangência de crimes autorizado pela Lei 9.296/96, “crimes de catálogo”, não justificam a invasão da privacidade por pequenos delitos, pois o remédio não deve ser mais drástico que a própria doença

Alguns doutrinadores ainda defendem a tese que os crimes que permitem a realização de interceptação telefônica deveriam ter previsão legal, um rol taxativo, das infrações, dentro do ordenamento jurídico, de forma a permitir que algumas infrações que não são apenas com reclusão possam autorizar a medida cautelar.

Para que ocorra esta mudança dever haver um processo legislativo alterando a Lei 9.296/96, o que torna a proposta perigosa por banalizar a medida em face de um direito penal expansionista e midiático que é vivenciado na atualidade.

### 3.5 Duração da interceptação telefônica.

De acordo com o artigo 5º da Lei nº 9.296/96 a interceptação telefônica não poderá exceder o prazo de “15 (quinze) dias, renovável por igual tempo um ver comprovada a indisponibilidade do meio de prova”. O termo inicial da interceptação telefônica é o dia em que é efetivada, e não o dia que o juiz autoriza, devendo os 15 dias ser contados da ata de efetivação da medida.

STJ. Informativo Nº 493.

Sexta Turma

INTERCEPTAÇÃO TELEFÔNICA. TERMO INICIAL.

A Lei n. 9.296/1996, que regula a quebra de sigilo das comunicações telefônicas, estabelece em 15 dias o prazo para duração da interceptação, porém não estipula termo inicial para cumprimento da ordem judicial. No caso, a captação das comunicações via **telefone iniciou-se pouco mais de três meses após o deferimento**, pois houve greve da Polícia Federal no período, o que interrompeu as investigações. **A Turma entendeu que não pode haver delonga injustificada para o começo da efetiva interceptação e deve-se atentar sempre para o princípio da proporcionalidade**, mas, na hipótese, sendo a greve evento que foge ao controle direto dos órgãos estatais, não houve violação do mencionado princípio. Assim, a alegação de ilegalidade das provas produzidas, por terem sido obtidas após o prazo de 15 dias, não tem fundamento, **uma vez que o prazo é contado a partir do dia em que se iniciou a escuta, e não da data da decisão judicial que a autorizou**. Precedente citado: HC 135.771-PE, DJe 24/8/2011. HC 113.477-DF, Rei. Min. Maria Thereza de Assis Moura, julgado em 20/3/2012. **(Grifo nosso)**.

O requerimento de renovação deve ocorrer antes do termino do prazo estabelecido pelo poder judiciário. Evitando que seja realizada a interceptação por um determinado período sem autorização judicial, neste novo pedido deverá ser observados os requisitos da decretação da medida bem como deve ser fundamentada.

Caso haja captação durante este período deverá ser desconsiderada por violar uma garantia constitucional, preceito estabelecido no art. 5º, XII da Constituição Federal. O artigo 5º da Lei nº 9.296/96 não deixa duvidas da possibilidade de renovação da interceptação telefônica.

Após findar o lapso temporal poderá ser novamente renovada por um perido até de 15 dias, mas foi questionado na justiça quantas renovações seriam possíveis deste prazo. Os tribunais superiores tem importantes decisões, vejamos:



STF

INFORMATIVO N° 855.

Segunda turma.

(...) Quanto às prorrogações das interceptações telefônica, ponderou que a Corte tem admitido a razoável dilação dessas medidas, desde que respeitado o prazo de quinze dias entre cada uma das diligências, o que não caracteriza desrespeito ao art. 5º Da Lei 9.9296/1996. (...).

Nesta mesma linha de argumentação existe julgados no Superior Tribunal de Justiça, vejamos:

STJ.

INFORMATIVO N° 491.

Quinta turma.

INTERCEPTAÇÃO TELEFONICA. PRORROGAÇÃO REITERADA HC 133.148/ES, rela. Min. Ricardo Lewandowski, julgamento em 21.2.2017. DA MEDIDA.

A Turma, por maioria, reiterou o entendimento de que as interceptações telefônicas **podem ser prorrogadas sucessivas vezes pelo tempo necessário para a produção á prova**. Especialmente quando o caso for complexo e a prova, indispensável, sem que a medida configure ofensa ao art. 5º, *caput*, da Lei n. 9.291:/1996. Sobre a necessidade de fundamentação da prorrogação, esta pode manter-se idêntica à do pedido original, pois a repetição das razões que justificaram a escuta não constitui, por si só, lícitude. Precedentes citados: RHC 13.274-RS, DJ 29/9/2003; HC 1 51.415-SC. DJe 2/12/2011; HC 134.372-DF, DJe 17/11/2011; HC 153.994-MT, DJe 13/12/2010; HC 177.166-PR, DJe 19/9/2011, e HC 161.660-PR, DJe 25/4/2011. HC 143.805-SP. Rel. originário Min. Adilson Vieira Macabu (Desembargador Convocado do TJRJ). Rel. para o acórdão Mim. Gilson Dipp, julgado em 14/2/2012. **(grifo nosso)**.

Desta forma as Cortes superiores tem admitido a possibilidade das renovações sucessivas da interceptação telefônica, sem que haja o limite de vezes, devendo ser indispensáveis para a colheita de prova e respeitando os requisitos de admissibilidade. Cabendo ao poder judiciário analisar a necessidade de manutenção da medida por meio de relatórios ou pedido dos requerentes. Segundo (LIMA, 2016, p. 166) “a renovação do prazo da interceptação telefônica não pode se dar de maneira automática, sendo imprescindível a existência de decisão fundamentada comprovada a indispensabilidade do meio de prova”.

### 3.6 “Fumus commissi delicti” e “Periculum in mora” na lei nº9.296/96

A interceptação telefônica é uma medida cautelar e para ser realizada o legislador estipulou no art. 2º, incisos I e II da Lei 9.296/1996 alguns pressupostos que deveriam ser observados pelo poder judiciário. Analisar se estão presentes os requisitos que autorizam a medida, *fumus commissi delicti* e seu fundamento, *periculum in mora*.

Assim as medidas cautelares exigem serem exigidas de forma cumulativa e que seja estabelecida a materialidade e autoria (*fumus commissi delicti*) e a indicação concreta da situação de perigo gerado pela demora (*periculum in mora*).

Segundo Gomes (2009), normalmente no ordenamento jurídico as medidas cautelares devem ser orientadas pelas premissas, *fumus boni iuris e periculum in mora*, porém esta etimologia torna-se mais adequada aos processos na área civil. Quando estivermos analisando fatos ligados ao direito processual penal, a medida cautelar deve observar, *fumus commissi delicti* ou “fumaça do cometimento de um delito”.

De forma geral Lima (2016) ensina que denominado no processo penal como *fumus commissi delicti*, não é a fumaça do bom direito, para ser decretada a medida cautelar deve existir elementos objetivos nos autos que confirme a presença de indícios razoáveis de autoria (ou participação) em fato delituoso cometido pela pessoa que se deseja impetrar a medida cautelar.

No inciso I, da Lei nº 9.296/96 o legislador trouxe a determinação que deve haver indícios razoáveis, ou seja uma prova semiplena, assim em relação a autoria não é necessário que o poder judiciário tenha certeza, bastando a probabilidade de autoria por meio de indícios suficientes (LIMA, 2016).

No mesmo sentido Gomes e Cervini (1997, p.178) ensina que não se trata de mera suspeita, “não basta que autoria seja possível ; urge que seja provável”.

Segundo Ruiz Vadillo(1992) citado por Gomes e Cervini (1997), definiu em o que é indícios razoáveis de autoria, vejamos:

São indicações razoáveis ou sinais, ou seja, dados externos que, apreciados judicialmente, conforme as normas da reta razão, permitem descobrir ou vislumbrar, como diz a doutrina científica, sem a segurança da plenitude probatória porém com a firmeza que proporciona uma suspeita fundada, é dizer razoável, lógica, conforme as regras da experiência, a responsabilidade criminal por um fato punível objeto de investigação por meio da interceptação. (VADILHO,1992, apud GOMES e VERVINI, 1997, p. 179).

Desde que existe indícios razoáveis de autoria (ou de participação) não é necessário que exista inquérito policial, mas a devida notícia fundada, ou seja, elementos de prova que irão fundamentar de alguma forma mesmo que indiretamente a alta probidade de participação, “é necessário um juízo de probabilidade, um predomínio das razões positivas”. (LOPES JUNIOR, 2006, p.202).

Neste sentido não é aceitável a decretação da medida cautelar de decretação de interceptação telefônica fundada em simples manifestação policial ou do ministério público. Ainda existe a possibilidade de ocorrer a decretação da interceptação telefônica sem que exista um sujeito determinado, ou autoria razoáveis.

A Lei nº 9.296/96 em seu parágrafo único do art. 2º estabelece este fenômeno quando impossível de manifestar sobre autoria do crime, mas deve ser devidamente fundamentada no pedido as razões da impossibilidade de citar os indícios razoáveis de autoria e participação. Nestes casos as diligências devem recair sobre a linha telefônica (LIMA, 2016).

É visível que o sujeito passivo da medida cautelar não é o titular da linha é sim a pessoa que utiliza a linha telefônica. Neste mesmo posicionamento temos Greco Filho (2005):

O sujeito passivo da interceptação é o interlocutor e não o titular formal ou legal do direito de uso, justificando-se a interceptação em face de alguém que se utiliza de linha ainda que não seja seu titular. Dai temos a possibilidade de interceptação em linha pública, aberta ao público ou entidade pública. (GRECO FILHO, 2005, p. 29).

Diante desta possibilidade de interceptação telefônica fica evidente que existe grande possibilidade de ser encontrada por meio da serendipidade, autores e infrações penais em virtude da media cautelar. Deste modo o próprio legislador a autorizar esta media aceitou a possibilidade de encontrar fortuitamente novos “autores” relacionados com a infração penal.

Já o *periculum in mora* e o segundo pressuposto para decretação da media cautelar, o perigo na demora, que dever ser entendido como o “risco ou prejuízo que a não realização imediata da diligência poderá acarretar para investigação criminal ou instrução processual”. (LIMA, 2016, p. 156).

Desta forma a não diligência poderá acarretar perda da conversa não colhida, ou seja perda elementos de prova para a investigação criminal. No artigo 2º, inciso II da Lei nº 9.296/96 estabelece que a interceptação telefônica não poderá ocorrer quando a prova poder ser realizada por outros meios.

Assim a lei estipula que a interceptação é *ultima ratio*, ou seja deve ser a ultima coisa a ser buscada em um processo investigativo, sob pena de ser ilícita, pois a regra é a preservação da intimidade.

Neste sentido a 6º turma do Superior Tribunal de Justiça, no HC 49.146/SE julgado em 15 de abril de 2010, entende que “ é medida constritiva, da mais invasivas, sendo imprescritível, para seu deferimento, que a informação somente seja obtiva por tal meio, [...], sob pena de ser reconhecida a ilicitude da prova obtida.”.

## 4 PROVAS E INTERCEPTAÇÃO TELEFÔNICA

A interceptação telefônica trata-se de meio de investigação cuja finalidade é a obtenção da prova. É notório que a prova configura-se com o elemento essencial para a demonstração da verdade.

Segundo Paulo Rangel (2003) os meio de prova são todos que diretamente ou indiretamente o juiz utiliza para conhecer a verdade dos fatos. Nesse diapasão é fundamental a discussão acerca da prova oriunda da interceptação telefônica.

### 4.1 Conceitos, Objeto, destinatário e Natureza Jurídica

A etimologia da palavra prova oriunda do latim probatio que significa ensaio, verificação, inspeção, argumento, razão, aprovação ou confirmação. Por sua vez, dela deriva verbo provar do latim probare, que denota verificar, examinar, aprovar, persuadir alguém a alguma coisa ou demonstrar (NUCCI, 2014).

A prova é um elemento fundamental para a demonstração da verdade. Além disso, perfaz entre os quadros de garantias processuais penais o direito a prova. A prova tem como objeto desmontar os fatos, atos de interesses das partes e do processo, a fim de que possa influenciar no julgamento da lide, ou seja, é o que de fundamental deve estar conhecido e demonstrado para viabilizar o julgamento.

Segundo, doutrinador Nestor Távora (2015, p. 560) afirma que “(...) a prova é aquilo que contribui para a formação do convencimento do magistrado, demonstrando os fatos, atos, ou até mesmo o próprio direito discutido no litígio”.

Ainda o autor, diferencia em sua obra objeto da prova e objeto de prova, sendo o primeiro relaciona aos fatos relevantes que deve ser conhecido pelo juiz, a fim que possa emitir um juízo de valos, já o segundo atribui-se ao que é pertinente de ser provado.

O destinatário do direito a prova é o magistrado, pois é ele que formará o seu livre convencimento pelo material que trazido aos autos. Cabe salientar, que as partes interessadas na lide também são destinatários da prova de forma indireta.

Nesse diapasão, a prova é a demonstração da verdade dos fatos, sendo par tanto, inerente ao desempenho do direito de defesa e ação, assim a natureza jurídica da prova esta ligada ao direito subjetivo.

## 4.2 – Meios de prova e a vedação probatória

Os meios de prova são os recursos para a percepção da verdade e formação do convencimento do magistrado. A vedação probatória constitui uma limitação a persecução criminal, no sentido, de assegurar a imprestabilidade das provas colhidas em desacordo com a legislação.

Nesse sentido, a carta magna de 1988 em seu artigo 5º, inciso LIV, traz inadmissibilidade no processo de provas obtidas por meios ilícitos. Segundo Grinover, Fernandes e Gomes Filho (2001) as provas taxadas de proibidas ou vedadas ou inadmissíveis dividem-se nas espécies:

a) Provas ilícitas

São as provas que violam a disposição de direito material ou princípio constitucionais penais, no campo da interceptação telefônica, citam as realizadas sem autorização judicial conforme art.10 da lei 9.296/96.

b) Provas ilegítimas

São as provas que violam as normas processuais e princípios constitucionais da mesma espécie.

Uma terceira classificação dentre as espécies de provas proibidas são as provas irregulares, no entanto, não é uma posição ainda aceita entre os doutrinários. Para Paulo Rangel (2003) as provas irregulares são permitidas pela legislação processual, mas sua produção e as formalidades legais não foram atendidas. Para Távora (2015) as provas tidas como irregulares violam as normas de caráter processual, logo seriam provas consideradas ilegítimas.

Cabe salientar, que uma única prova é possível violar tanto o direito material quanto o processual, podendo revelar-se prova ilícita e ilegítima ao mesmo tempo. Em consequência a aplicação no campo da lide diferencia-se, Távora (2015), afirma que se tratar de prova ilícita em sentido estrito, a mesma deve desentranhar do processo, não podendo ser parâmetro para fundamentação das decisões magistradas, por outro lado, tratando se de provas ilegítima, a consequência afeta o plano do reconhecimento de nulidade absoluta, nulidade relativa ou mera irregularidade.

### **4.3. Inadmissibilidade da prova ilícita e Teoria da exclusão ilicitude da prova**

É notório e expresso na constituição Federal a inadmissibilidade das provas obtidas de meios ilícitos. No entanto, trata-se de uma norma geral e abstrata, que produz efeito quando aplicada e aceita pelo magistrado, assim, não há inadmissibilidade automática da prova ilícita, depende de decisão judicial que verifica, reconhece e determine qual parte produzida seja desentranhada e excluída do processo.

Não obstante, a prova aparentemente ilícita, deve se reputada como válida, quanto a conduta do agente na sua captação esta amparada pelo direito, no instituto de excludente de ilicitude (TÁVORA, 2015).

Em consonância com este pensamento, Rangel (2005), afirma que é admissível prova colhida aparentemente infringência as normas legais, desde que em favor do réu, a fim de provar a sua inocência, cita o autor que o réu interceptando ligação telefônica sem ordem judicial com objetivo de demonstrar sua inocência, estaria agindo com verdadeiro estado de necessidades. Destarte, a inadmissibilidade da prova ilícita defronta a teoria da ilicitude da prova, uma que a vedação da prova obtida por meio ilícito e de caráter relativo e não absoluto.

### **4.4 Provas Ilícitas por Derivação**

As provas ilícitas por derivação são aquelas provas adquiridas em conformidade com o ordenamento jurídico e de forma lícita, porém a sua origem deriva de uma informação obtida de prova ilicitamente, como consequência as provas outrora lícitas são consideradas ilícitas em efeito de repercussão causal.

A prova ilícita por derivação tem sua origem na suprema corte norte americano, segundo entendimento, as prova ilícitas são como árvores e todas as provas produzidas desta seriam seus frutos que também seriam viciados, dando origem a teoria dos frutos da árvore envenenada, o vício da planta se transmite a todos os seus frutos.

Tal entendimento foi descrito e incorporado ao ordenamento jurídico através do artigo 157, § 1, do CPP que diz:

Art. 157. São inadmissíveis, devendo ser desentranhadas do processo, as provas ilícitas, assim entendidas as obtidas em violação a normas constitucionais ou legais.

§ 1º São também inadmissíveis as provas derivadas das ilícitas, salvo quando não evidenciado o nexo de causalidade entre umas e outras, ou quando as derivadas puderem ser obtidas por uma fonte independente das primeiras.

O dispositivo citado dispõe que a prova derivada exige nexo de causalidade entre a prova ilícita (precedente) e a subsequente. Portanto, comprovado o nexo de causalidade, ainda que mínimo, por força de dispositivo legal expresso é ilícita a prova derivada.



## 5 TEORIA DA SEREDIPIDADE NA INTERCEPTAÇÃO TELEFÔNICA

Em um primeiro momento devemos entender como surgiu a palavra Serendipidade, segundo Siqueira (2016), a palavra teria sido inventada pelo Inglês Horace Walpole em 1754, ao criar o conto conhecido como “Os três príncipes de Serendip”. A história relata que existia uma ilha denominada Serendip local onde havia o rei Giaffer que tinha três filhos. No conto os três príncipes iniciam uma viagem em outro reino, e durante esta viagem deparam com diversos fatos que levam os príncipes a descobrirem coisas novas, como por exemplo identificar um camelo sem nunca ter visto.

Desta forma o termo Serendipidade está intimamente associado com as descobertas fortuitas de coisas, de forma que encontra-se algo pelo qual não estava procurando, mas tal descoberta é importante no contexto fático. Neste sentido “Juridicamente Serendipidade significa a descoberta de provas por meio fortuito, ou seja, pelo simples acaso, através desse fenômeno é possível apreciar novos fatos nas investigações podendo se tratar de novas provas ou novas pessoas”. (SIQUEIRA, 2016, p. 17).

É importante relacionar e contextualizar a importância do encontro fortuito de provas nas interceptações telefônicas e sua importância como *notitia criminis* ou como prova em um processo, pois poderá ser encontrado fatos criminosos ou pessoas envolvidas em situação delituosa.

Sobre a Serendipidade em relação à interceptação telefônica Gomes (2009) discorre:

Mas no curso da captação da comunicação telefônica ou telemática podem surgir outros fatos penalmente relevantes, distintos da “situação objeto da investigação”. Esses fatos podem envolver o investigado ou outras pessoas. De outro lado, podem aparecer outros envolvidos, com o mesmo fato investigado ou com outros fatos, diferentes do que motivou a decretação da interceptação. É nisso que reside o fenômeno da serendipidade, que significa procurar algo e encontrar coisa distinta (buscar uma coisa e descobrir outra, estar em busca de um fato ou uma pessoa e descobrir outro ou outra por acaso). (GOMES, 2009, p.474)

Portando apesar de diferente as palavras a serendipidade tem ocorrido quando existe a busca por alguma coisa e acaba por descobrir outra(s), que pode ser até mais interessante e valiosa que o objeto inicial da procura.

Os Tribunais superiores têm tratado como serendipidade os fatos em que ocorre o encontro fortuito e casual de provas, que existe o “encontro fortuito de provas, quando a prova de determinada infração penal é obtida a partir de diligências regularmente autorizada para a investigação de outro crime”. (LIMA, 2016, p. 160).

A descoberta esta na linha de desdobramento natural da investigação criminal, sem o desvio de finalidade, pois ocorrendo tal vício a prova deverá ser desconsiderada. Ambos os graus de serendipidade nascem das teorias do encontro fortuito de provas ou envolvidos de determinado fato praticado, desta forma durante uma investigação criminal de determinado fato se uma autoridade policial casualmente encontra provas pertinentes outra infração penal. O encontro fortuito de provas é analisado sobre dois vetores:

Haverá **serendipidade ou encontro fortuito de primeiro grau** em relação ao encontro fortuito de fatos conexos (ou quando haja continência), hipótese em que a prova produzida tem valor jurídico e deve ser analisada pelo juiz como prova válida. Quando trata de fatos não conexos (ou não haja continências), impõe-se falar em **serendipidade ou encontro fortuito de segundo grau**, situação em que a prova produzida não pode ser valorada pelo juiz, valendo apenas como *notitia criminis*. (GOMES, 2009, p. 475) (**grifo nosso**)

Em um primeiro momento, segundo Lima (2015, p. 391) “conexão é a interligação entre duas ou mais infrações, levando a que sejam apreciadas perante o mesmo órgão jurisdicional”, assim as infrações conexas estão interligadas e em virtude da celeridade processual e evitar decisões contraditórias devem ser analisadas preferencialmente em um mesmo processo. Já continência “é o vínculo que une vários infratores a uma única infração, ou a ligação de varias infrações por decorrerem de conduta única, resultarem concurso formal de crimes”. (LIMA, 2015, p. 392).

Assim da mesma forma se faz necessário a reunião de todos os elementos em processo único. Neste sentido proteger a reunião dos elementos informativos em um processo único temos a Súmula nº 704 STF: “ Não viola as garantias do juiz natural, da ampla defesa e do devido processo legal a atração por continência ou conexão do corréu ao foro por prerrogativa de função de um dos denunciados”.

Cabe ressaltar outra classificação doutrina como bem ensina Masson e Marçal (2016), existe a **serendipidade objetiva** no qual há uma interceptação telefônica em curso e descobre indícios de outro fato criminoso diferente do fato criminoso originalmente investigado. Por outro lado a **serndipidade subjetiva** ocorre de igual forma quando durante uma investigação criminal surge noticias do envolvimento de outra pessoa, que originalmente não é o alvo principal da interceptação telefônica.

## 6 ENCONTRO FORTUITO (SERENDIPIDADE) DE OUTRO FATOS OU ENVOLVIDOS E SUA UTILIZAÇÃO NO PROCESSO PENAL

No artigo 2º, parágrafo único da Lei nº 9.296/96 estabelece que a decisão judicial ao determinar a interceptação telefônica deve observar dois requisitos. O primeiro requisito estabelece que deve haver descrição com clareza da situação objeto da investigação, e segundo requisito a indicação ou qualificação dos investigados na investigação criminal.

Fato é que durante a investigação criminal e captação da interceptação telefônica pode aparecer outros fatos penalmente relevantes distintos da situação inicialmente alvo da investigação, podendo conter informações de novas pessoas que em uma investigação inicial não foram solicitadas no ato da solicitação da interceptação. Também pode surgir outros fatos diferentes, ou outras pessoas relacionadas com o mesmo fato investigado, neste caso estaríamos diante do fenômeno da serendipidade ou encontro furtivo.

Segundo Távora e Alencar (2015) a prova obtida fortuitamente será válido quando se tratar da serendipidade de primeiro grau e ocorrer quando:

- a) Houver relação de **conexão** ou de **continência** nos estritos termos dos artigos 76 e 77, do CPP;
- b) Autoridade policial responsável pela interceptação autorizada comunicar ao juiz imediatamente a revelação de fato delituoso diverso do conexo ou continente, ou, de outra pessoa envolvida **em regime de coautoria**, notadamente quando a coautoria envolver pessoa com prerrogativa de função, para as cautelares tendentes à autorização de órgão competente para processá-la e julgá-la;
- c) O juiz, ciente da hipótese de serendipidade ( também chamada, neste caso, encontro furtivo de primeiro grau), aferir que o fato descoberto ou a participação de coautor segue o desdobramento histórico do ilícito penal investigado, conforme os parâmetros exarados na decisão que autoriza a medida, mormente quando a infração penal investigada ( o novo crime deve ser conexo ou o crime continente) e à autoria ( o investigado encontrado deve ser coautor juntamente com a pessoa apontada como autor da infração penal consignada na decisão que determinou, por exemplo, a interceptação telefônica. (TAVORA e ALENCAR, 2015, p. 582-583)

Da mesma forma a prova não será válida, mas servira de fonte de prova ou seja servira de *notitia criminis* para que possa ser deflagrado outra investigação criminal com objeto distinto da investigação inicial. O encontro furtivo de provas de segundo grau ocorre quando:

- a) for reveladora de crime diverso daquele objeto da investigação, destoando dos parâmetros estabelecidos na decisão que autoriza a medida
- b) evidenciar que o crime foi cometido por pessoa diversa da investigada, ou seja, que se trata de pessoa que não guarda relação de concurso de agentes com aquela apontada na decisão ( sem coautoria);
- c) o juiz verificar que o fato diverso descoberto não seguir o desdobramento histórico alusivamente àquela que foi o motivo determinante da medida, pelo que não será válida a transcrição da prova ( da interceptação telefônica autorizada), mas será fonte de prova válida, eis que será notícia de crime apta a desencadear novas providências investigadas ( serendipidade de segundo grau);
- d) as conversas entre o investigado e seu advogado, quando a comunicação envolver estritamente relação profissional, conforme disposto no inciso II, do art. 7º do Estatuto da Ordem dos Advogados do Brasil. (TAVORA e ALENCAR, 2015, p. 583).

Apesar da didática exposta não podemos resumir a questão de forma tão simples, a questão da admissibilidade ou não da interceptação telefônica como meio de provas. Existem na doutrina três posicionamentos diversos que sobre a admissibilidade dos meios de prova produzidos por encontro fortuito até questiona sobre a validade deste meio de obtenção de prova.

### **6.1 Impossibilidade da utilização de prova oriunda de encontro fortuito**

Os defensores desta corrente admitem que não deve ser admitida a utilização desta prova descoberta por acaso ou fortuitamente, uma vez que ao realizar a interceptação telefônica esta se restringindo um direito constitucional, a intimidade. Tal restrição deve sempre realizada de forma contida, pois a medida cautelar estará restringindo um direito fundamental de terceiro sem o respaldo legal.

Defensor deste posicionamento o doutrinador Lopes Junior (2014, p.423) ensina que “o ato judicial que autoriza a obtenção de informações telefônicas – com o sacrifício do direito fundamental respectivo – é plenamente vinculado e limitado”, e em respeito ao principio da especialidade da prova, deve existir um contexto jurídico e fático.

Trata-se de uma vinculação causal, em que a autorização judicial para a obtenção da prova naturalmente vincula a utilização naquele processo (e em relação àquele caso penal), sendo assim, ao mesmo tempo, vinculada e vinculante. Essa decisão, ao mesmo tempo em que está vinculada ao pedido (imposição do sistema acusatório), é vinculante em relação ao material colhido, pois a busca e apreensão, interceptação telefônica, quebra do sigilo bancário, fiscal etc., está restrita à apuração daquele crime que ensejou a decisão judicial. Não há que se admitir o abuso do poder de polícia no

cumprimento de medidas judicialmente determinadas e limitadas, pois isso conduz à ilegalidade do excesso cometido. (...). A vinculação causal da prova (especialidade) é decorrência natural da adoção de um processo penal minimamente evoluído, como forma de recusa ao substancialismo inquisitorial e às investigações abertas e indeterminadas. (LOPES JUNIOR, 2014,p.423).

Em relação a este pensamento Pacelli (2012, p.357) confronta a teoria e assevera que “é preciso certa prudência na sua aplicação, para que a teoria não se transforme em instrumento de salvaguarda de atividades criminosas.”

Sobre a impossibilidade da utilização da prova na interceptação telefônica justifica-se na medida proteção à intimidade e a privacidade, com fulcro a impedir à pratica de abuso de autoridade que realizam a investigação criminal. (PACELLI, 2012).

Segundo Lopes Junior (2014) as provas obtidas por meio da serendipidade são ilegais. Diante do garantismo integral penal, existe o entendimento que mesmo diante de uma prova ilegal esta deve ingressar no processo judicial, em prol do réu, com fundamento nos princípios do processo legal, ampla defesa e proporcionalidade, proporcionando uma absolvição criminal.

## **6.2 Admissibilidade mediante observância do “critério da conexão ou continência”**

Este posicionamento entende ser possível o encontro fortuito de provas, serendipidade, nos casos em que houver conexão ou continência com o fato investigado.

Aliado a este entendimento Távora e Alencar ( 2015) ensinam que é possível nos casos de serendipidade de primeiro grau, ou seja, naqueles fatos em que existem conexão ou continência entre o fato encontrado e o investigado. Neste caso não importa se o crime descoberto é punido com detenção ou reclusão, desde que respeitado as hipóteses de admissibilidade. Acerca deste entendimento, posicionou-se o STF:

AGRAVO REGIMENTAL EM AGRAVO DE INSTRUMENTO. INTERCEPTAÇÃO TELEFÔNICA LICITAMENTE CONDUZIDA. ENCONTRO FORTUITO DE PROVA DA PRÁTICA DE CRIME PUNIDO COM DETENÇÃO. LEGITIMIDADE DO USO COMO JUSTA CAUSA PARA OFERECIMENTO DE DENÚNCIA. AGRAVO REGIMENTAL DESPROVIDO.

**1. O Supremo Tribunal Federal, como intérprete maior da Constituição da República, considerou compatível com o art. 5º, XII e LVI, o uso de prova obtida fortuitamente através de interceptação telefônica lícitamente conduzida, ainda que o crime descoberto, conexo ao que foi objeto da interceptação, seja punido com detenção. (grifo nosso) 2.**

Agravo Regimental desprovido. (AI 626214 AgR, Relator(a): Min. JOAQUIM BARBOSA, Segunda Turma, julgado em 21/09/2010, DJe-190 DIVULG 07-10-2010 PUBLIC 08-10-2010 EMENT VOL-02418-09 PP-01825 RTJ VOL-00217-01 PP-00579 RT v. 100, n. 903, 2011, p. 492-494). **(grifo nosso)**.

Como observa Gomes (2009) os fatos encontrados fortuitamente que possuem nexo causal com o investigado ou com o crime apurado por outro lado existem outros fatos que não tem nexo, e por tal critério merecem ser tratados de forma distinta.

É válida a prova se se descobre fato delitivo conexo com o investigado, más desde que de responsabilidade do mesmo sujeito passivo. Logo, se o fato não é conexo ou se versa sobre outra pessoa, não vale a prova. Cuida-se prova nula. Mas isso não significa que a descoberta não tenha nenhum valor: vale como fonte de prova, é dizer, a partir dela pode-se desenvolver nova investigação. vale, em suma, como *notitia criminis*. Nada impede a abertura de uma nova investigação, até mesmo nova interceptação, más independente. (GOMES,2009, p. 474),

Neste mesmo entendimento Habib (2018, p. 520) afirma “[...] a interceptação telefônica não pode servir de meio de prova, (...), uma vez que não se tem indícios pré-existente de concorrência”.

Porém a as informações capitadas a partir da serendipidade que não possuem nexo com o pedido principal poderá servir de elementos de informações ou *notitia criminis* para futura investigação, pois a interceptação é um meio subsidiário de prova, podendo ser decretada em última razão.

Nesta mesma linha de entendimento temos Renato Brasileiro de Lima ( 2015, p.750) e alguns jugado do Superior Tribunal de Justiça, em especial da quinta turma ( 5ª Turma, HC 33.462/DF, Rel. Min. Laurita Vaz, julgado em 27/09/2005, DJ 07/1 1/2005 e 5ª Turma, HC 33.553/CE, Rei. Min. Laurita Vaz, j. 17/03/2005, DJ 11/04/2005).

Também temos os ensinamentos de Gomes e Cervini (1997):

O critério de conexão e continência, como se vê, por si só, é adequado para solução do problema do encontro fortuito. Não é de cogitar, portanto, de extensão ou ratificação *a posteriori* pelo Juiz. Isso não existe no nosso direito, que adotou o critério verificação *a posteriori*. (GOMES e CERVINI, 1997, p.195).

Como observa-se não existe óbice para posterior a posterior retificação do juiz de provas obtidas pro meio da serendipidade, dedes que tenha necessariamente conexão ou continência nos casos de infrações penais pretéritas.

Por óbvio que é não autorizou a interceptação por prospecção no qual não existe uma infração penal já ocorrida, ou seja, não pode ser aceita a interceptação com a finalidade de descobrir se o investigado estaria ou não cometendo um crime

### **6.3 Total admissibilidade de prova obtida por seredipidade**

Segundo este posicionamento sempre poderá haver a utilização da prova obtida fortuitamente, pois foi restringida de maneira lícita a intimidade e privacidade da pessoa. Assim se houve uma restrição lícita, não pode o poder judiciário ignorar a descoberta realizada, de forma que esta autorizada a utilização como prova.

Com o mesmo posicionamento Madeira (2016, p.271) afirma “que se houve restrição lícita à privacidade, pouco importa se há conexão ou não com o fato investigado, deve ser permitida a utilização deste elemento como prova”.

Embasa a teoria na eficácia objetiva da autorização, pois o art. 2º da Lei 9.296/96 prescreve com clareza situação objetiva da investigação, o que vincula o juiz em sua decisão, descrever detalhadamente o fato objeto da interceptação telefônica. (CAPEZ, 2012).

Apesar de outros posicionamentos, esclarece:

Embora questão suscite divergências na doutrina, entendemos que a ordem de quebra do sigilo vale não apenas para o crime objeto do pedido, mas também para quaisquer outros que vierem a ser desvendados no curso da comunicação, pois a autoridade não poderia adivinhar tudo o que está por vir. Se a interceptação foi autorizada judicialmente, ela é lícita e, como tal, captará lícitamente toda a conversa. Não há nenhum problema. (CAPEZ, 2015, p.387).

Ainda em relação a autorização da interceptação telefônica, os doutrinadores defendem que ela pode ser utilizada a favor ou contra qualquer interlocutor no fato que esta sendo apurado e não somente aqueles que justificaram a decretação da medida cautelar, como ensina Greco Filho (1996) pode ocorrer em virtude das gravações a descobertas de meio de provas que inocenta a pessoa que justificou a medida, bem como estabelecer indícios de autoria materialidade e envolvimento de outras pessoas em crime. Nesse sentido tem-se o acórdão:

DA DENÚNCIA OFERECIDA EM DESFAVOR DOS PACIENTES BASEADA EM MATERIAL COLHIDO DURANTE A REALIZAÇÃO DE INTERCEPTAÇÃO TELEFÔNICA PARA APURAR A PRÁTICA DE CRIME DIVERSO. ENCONTRO FORTUITO. NECESSIDADE DE DEMONSTRAÇÃO DA CONEXÃO ENTRE O CRIME INICIALMENTE INVESTIGADO E AQUELE FORTUITAMENTE DESCOBERTO.

I - Em princípio, **havendo o encontro fortuito de notícia da prática futura de conduta delituosa, durante a realização de interceptação telefônica devidamente autorizada pela autoridade competente, não se deve exigir a demonstração da conexão entre o fato investigado e aquele descoberto**, a uma, porque a própria Lei nº 9.296/96 não a exige, a duas, pois o Estado não pode se quedar inerte diante da ciência de que um crime vai ser praticado e, a três, tendo em vista que se por um lado o Estado, por seus órgãos investigatórios, violou a intimidade de alguém, o fez com respaldo constitucional e legal, motivo pelo qual a prova se consolidou lícita.

II – A discussão a respeito da conexão entre o fato investigado e o fato encontrado fortuitamente só se coloca em se tratando de infração penal pretérita, porquanto no que concerne as infrações futuras o cerne da controvérsia se dará quanto a licitude ou não do meio de prova utilizado e a partir do qual se tomou conhecimento de tal conduta criminosa. Habeas corpus denegado. (HC 69.552/PR, Rel. Ministro FELIX FISCHER, QUINTA TURMA, julgado em 06/02/2007, DJ 14/05/2007, p. 347) **(grifo nosso)**.

Neste mesmo sentido O Superior Tribunal de Justiça tem firmado:

PENAL. HABEAS CORPUS SUBSTITUTIVO DE RECURSO PRÓPRIO. INADEQUAÇÃO. ADVOCACIA ADMINISTRATIVA QUALIFICADA. NULIDADE. INTERCEPTAÇÃO TELEFÔNICA. **ENCONTRO FORTUITO DE PROVAS (SERENDIPIDADE)**. CRIME PUNIDO COM DETENÇÃO. POSSIBILIDADE. PROVA LÍCITA. TRANCAMENTO DO PROCESSO PENAL. TIPICIDADE DA CONDUTA. OCORRÊNCIA. JUSTA CAUSA. PARA A PERSECUÇÃO PENAL EVIDENCIADA. LASTRO NAS PROVAS CAUTELARES. HABEAS CORPUS NÃO CONHECIDO.

1. Esta Corte e o Supremo Tribunal Federal pacificaram orientação no sentido de que não cabe habeas corpus substitutivo do recurso legalmente previsto para a hipótese, impondo-se o não conhecimento da impetração, salvo quando constatada a existência de flagrante ilegalidade no ato judicial impugnado. 2. A jurisprudência desta Corte é firme no sentido da adoção da teoria do encontro fortuito ou casual de provas **(serendipidade)**. **Segundo essa teoria, independentemente da ocorrência da identidade de investigados ou réus, consideram-se válidas as provas encontradas casualmente pelos agentes da persecução penal, relativas à infração penal até então desconhecida, por ocasião do cumprimento de medidas de obtenção de prova de outro delito regularmente autorizadas, ainda que inexista conexão ou continência com o crime supervenientemente encontrado e este não cumpra os requisitos autorizadores da medida probatória, desde que não haja desvio de finalidade na execução do meio de obtenção de prova.** (HC 376927 / ES – Rel. Ministro RIBEIRO DANTAS, QUINTA TURMA, JUGADO EM 17/10/2017, DJe 25/10/2017). **(grifo nosso)**.



Desta forma o Superior Tribunal de Justiça consolida o entendimento, no sentido ser válida a prova obtida pela serendipidade, mesmo que se trate de serendipidade de segundo grau, ou seja, não importa para a corte superior se existe relação de conexão ou continência entre o delito objeto da investigação e o delito descoberto durante a medida cautelar.

## 7 A PROVA EMPRESTADA E TERORIA DA SERENDIPIDADE

Segundo Távora (2015) prova emprestada são aquelas produzidas em processo e transportada a outro. Calha salientar, que a prova produzida ingressa em outro processo sob a forma documental, cuja força probatória será valorada pelo juiz, bem como, irrepetibilidade da prova produzida no curso do inquérito penal.

No mais, a prova emprestada goza dos princípios da celeridade bem como da economia processual, a fim de se evitar repetição desnecessária de atos processuais já esgotados com o aproveitamento de provas pretéritas.

Ressalta que são requisitos da prova emprestada: partes idênticas, ou seja, devem ser as mesmas em ambos os processos, tanto no em que empresta como que vai recepcionar; mesmo fato probando, o direito ao contraditório no processo emprestado e por fim o respeito a formalidade da produção probatória do processo emprestado (TÁVORA, 2015).

A prova emprestada será admitida e valorizada pelo juiz conforme seu crivo desponta o novo CPC em seu artigo 372, que é facultada ao juiz admitir a utilização da prova produzida em outro processo, conforme considerar adequado e observando o contraditório.

Não há dúvidas interceptação telefônica é o meio de obtenção de prova, e que somente pode ser autorizada para investigação criminal, porém é questionável na doutrina se a prova obtida na interceptação telefônica pode ser emprestada para instruir um processo civil, administrativo e outros.

Sobre este assunto existe no Superior Tribunal de Justiça vários julgados, vejamos:

INFORMATIVO Nº 505

TERCEIRA SEÇÃO

DIREITO ADMINISTRATIVO. PROCESSO ADMINISTRATIVO DISCIPLINAR (PAD). UTILIZAÇÃO DE INTERCEPTAÇÃO TELEFÔNICA.

**É possível utilizar, em processo administrativo disciplinar, na qualidade de "prova emprestada", a interceptação telefônica produzida em ação penal,** desde que devidamente autorizada pelo juízo criminal e com observância às diretrizes da Lei n. 9.296/1996. Precedentes citados: MS 13.099-DF, DJe 22/3/2012; MS 15.823-DF, DJe 18/8/2011; MS 14.598-DF, DJe 11/10/2011; MS 15.786-DF, DJe 11/5/2011, e AgRg na APn 536-BA, DJ 9/10/2007. MS 14.140-DF, Rel. Min. Laurita Vaz, julgado em 26/9/2012. **(grifo nosso).**

Nesta mesma linha o referido Tribunal reafirmou novamente o entendimento:

INFORMATIVO Nº 523

PRIMEIRA SEÇÃO

DIREITO ADMINISTRATIVO. **UTILIZAÇÃO INTERCEPTAÇÃO TELEFÔNICA EM PAD.**

**É possível utilizar, em processo administrativo disciplinar**, na qualidade de "**prova emprestada**", a interceptação telefônica produzida em ação penal, desde que devidamente autorizada pelo juízo criminal e com observância das diretrizes da Lei 9.296/1996. Precedentes citados: MS 14.226-DF, Terceira Seção, DJe 28/11/2012; e MS 14.140-DF, Terceira Seção, DJe 8/11/2012. MS 16.146-DF, Rel. Min. Eliana Calmon, julgado em 22/5/2013. **(grifo nosso)**

Portanto é pacífico o entendimento no Superior Tribunal de Justiça que pode haver o “empréstimo de prova” de uma investigação criminal onde se utilizou da interceptação telefônica, e que tais meios de prova podem ser emprestadas a processos administrativos, desde que seja observado pelo juiz as diretrizes e requisitos da Lei nº 9.296/96. Nesta mesa linha Capez (2006, p.520) defende que “admitimos a utilização da prova colhida no procedimento de interceptação telefônica em outro processo, desde de que gere efeito contra quem tenha sido parte no processo originário”.

Em conjunto vale ressaltar o entendimento de Antônio Scarane Fernandes (1999):

Pode -se admitir a prova produzida em outro processo criminal como prova emprestada, com a exigência de que se trate do mesmo acusado, para não haver ofensa ao princípio do contraditório e à ampla defesa. **Mais discutível é o uso da prova emprestada em processo cível**, pois a Constituição não permite a interceptação para se obter prova fora do âmbito criminal. O transplante da prova representaria forma de se contornar a vedação constitucional quanto à interceptação para fins não criminais. **Há, contudo, razoável entendimento no sentido de que a prova poderia ser aceita porque a intimidade, valor constitucionalmente protegido pela vedação das interceptações telefônicas, já teria sido violada de forma lícita.** Não haveria razão, então, para se impedir a produção da prova, sob o argumento de que, por via oblíqua, seria desrespeitado o texto constitucional (FERNANDES,1999, p. 96-97) **(grifo nosso).**

Em posição totalmente diversa dos doutrinadores e da jurisprudência, Rangel (2005) adverte que não poderá levar para o juízo civil a interceptação telefônica, pois não existe autorização na Constituição Federal e somente autoriza para fins de investigação criminal ou instrução processual penal.

Nesta mesma linha Greco Filho (1996) reafirma a mesma tese ao defender que a prova obtida no processo criminal não poderá ser utilizado em processo de natureza civil.

Também prospera na mesma linha de pensamento Gomes e Cevirini (1997), vejamos:

Não é possível, conseqüentemente, interceptação para fins civis, comerciais, industriais, administrativos, políticos etc. Nem sequer para investigação que envolva direitos difusos (coletivos). Não cabe interceptação em ação civil pública, ação de enriquecimento ilícito etc.(GOMES e CEVIRINI, 1997, p.118).

Segundos esta tese o legislador constitucional ao definir que a interceptação somente pode ser realizado em determinadas infrações criminais, legislou de forma a ponderar valores, de forma que não poderá ser “emprestada” a qualquer outros ramos do direito.

## 8 CONSIDERAÇÕES FINAIS

Ante ao exposto o trabalho realizou uma análise legal e constitucional a respeito da interceptação telefônica bem como a validade das provas obtidas pela serendipidade no processo penal. Inicialmente foi observado que a no Brasil desde a Constituição Imperial (1824) trouxe a proteção a informações de dados, contudo a proteção ao sigilo telefônico foi realmente positivado pela Constituição de 1967 (art. 153, § 9º) no qual não permitia a realização da interceptação telefônica.

Em virtude de não haver direito constitucional absoluto, estava vigente o Código Brasileiro de Telecomunicações (Lei. 4.117/1962) que admitia desde que autorizada por decisão judicial. Após a promulgação da Constituição Federal de 1988 foi estabelecido no art. 5º, inciso XII, ficou estabelecido a autorização da interceptação telefônica desde que regulada por lei ordinária.

Em virtude de não haver lei ordinária vivenciou no Brasil um período de insegurança jurídica até a decisão do Superior Tribunal Federal, que decidiu pela não recepção constitucional da Lei 4.117/62. As obscuridades cessaram com a vigência da Lei nº 9.296/96 que veio a regularizar a s hipóteses e as forma de ser decretada a interceptação telefônica.

Após a vigência da Lei 9.296/96 que trata da interceptação telefônica, foi contatado que a lei não regulamentou os casos em que forem coletados provas relativos a fatos (serendipidade objetiva) ou a pessoas (serendipidade subjetiva) que não são objeto inicialmente da investigação criminal.

Diante deste novo impasse jurídico houve na doutrina uma divergência doutrinaria e jurisprudencial , a respeito da validade das provas descobertas furtivas (senrendipidade). Discursão envolveu o direito de restringir um direito constitucional da intimidade, para que não houve-se uma forma de impunidade de autores de infrações criminosas, diante da descoberta de fatos ou pessoas envolvidas com crimes.

Foi exposto no estudo discussão a respeito da admissibilidade ou não das provas obtidas por meio da serendipidade nas interceptações telefônicas, sendo observado que existe na doutrina três posicionamentos diante das situações fática.

A primeira corrente defende a tese de não reconhecer a utilização da nova prova obtida por fortuitamente, pois ocorre a restrição da intimidade do investigado e tal mitigação só pode ser realizada de maneira limitada e com respaldo legal.

Tem como seu principal defensor Lopes Júnior (2014), minoritário na doutrina, posicionamento amplamente garantista do direito penal. O segundo posicionamento defendida, pela maioria da doutrina brasileira, unicamente pode ser utilizada como provas oriundas da serendipidade em determinado processo desde que necessariamente conexão (continência) com os fatos que originalmente fundamentaram a investigação criminal e a decretação da media cautelar, assim estaríamos diante da serendipidade de primeiro grau.

Também esta mesma linha defende que quando não houver conexão entre os fatos encontrados fortuitamente com o fato objeto da apuração, poderá utilizar utiliza as “provas” como *notitia criminis*, para que seja realizada futura investigação criminal com o devido abertura do inquérito policial. Seus principais defensores são Luiz Flávio Gomes e Raúl Cervivni (1997), Antônio Scarance Fernandes (2000), Nestor Távora (2015), Renato Brasileiro de Lima (2016).

O terceiro posicionamento defende que as provas descobertas em virtude de caso fortuitamente encontrado sempre poderá ser utilizado como prova, pois após decretada a interceptação telefônica já que foi respeitada a devida restrição da intimidade, estabelecida conforme a Le n° 9.296/96. À medida que, as descoberta é realizada por vias legais autorizados pelo poder judiciário que possui eficácia objetiva da autorização.

No contexto atual das diversas investigações relativo a crimes organizados, foi constatado que a jurisprudência do Superior tribunal de Justiça tem admitido em seus julgados a seredipidade como meio de prova independente de conexão entre os fato investigado originalmente. Estão entre seus principais defensores Fernado Capez(2012), Guilherme Madeira (2016), Eugênio Pacelli (2009) e Noberto Avena (Avena)

Por fim buscou-se com este trabalho estudar a admissibilidade da teoria da serendipidade nas interceptações telefônicas, sendo observado divergência no da doutrina majoritária com entendimento da jurisprudência das cortes superiores no Brasil, pois estas entende ser mais abrangente as possibilidades de utilização das provas oriundas da serendipidade.

## 9 REFERÊNCIAS BIBLIOGRÁFICAS

BRASIL. Constituição (1988). **Constituição da República Federativa do Brasil**: promulgada em 05 de Outubro de 1988. Disponível em: <[http://www.planalto.gov.br/ccivil\\_03/constituicao/ConstituicaoCompilado.htm](http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/ConstituicaoCompilado.htm)>. Acesso em: 18 Maio 2018.

BRASIL. Decreto-Lei nº 2.848 (**Código Penal**), de 07 de Dezembro de 1940. Disponível em: <[http://www.planalto.gov.br/ccivil\\_03/decreto-lei/del2848compilado.htm](http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/decreto-lei/del2848compilado.htm)>. Acesso em: 20 Abril 2018.

BRASIL. Decreto-Lei nº 3.689 (**Código de Processo Penal**), de 03 de Outubro de 1941. Disponível em : <[http://www.planalto.gov.br/ccivil\\_03/decreto-lei/del3689compilado.htm](http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/decreto-lei/del3689compilado.htm)>. Acesso em:18 Maio de 2018.

BRASIL. Lei nº 9.296 (**Lei de Interceptação Telefônica**), de 24 de Julho de 1996. Regulamenta o inciso XII, parte final, do art. 5º da Constituição Federal. Disponível em <[http://www.planalto.gov.br/ccivil\\_03/leis/19296.htm](http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/19296.htm)>. Acesso em 20 Abril 2018.

BRASIL. Superior Tribunal de Justiça. Habeas Corpus n:161.053-SP, Relator: Ministro Jorge Mussi. DJ: 27/11/2012. **JusBrasil**, 2012. Disponível em: <<https://stj.jusbrasil.com.br/jurisprudencia/9117225/habeas-corpus-hc-161053>>. Acesso em: 14 Mar. 2018.

BRASIL. Superior Tribunal de Justiça. Agravo Regimental no Recurso Especial: 1316912 SP 2012/0073661-5, Relatora: Ministra Maria Thereza de Assis Moura. DJ: 18/03/2014. **JusBrasil**, 2014. Disponível em: <<https://stj.jusbrasil.com.br/jurisprudencia/25043789/agravo-regimental-no-recurso-especial-agrg-no-resp-1316912-sp-2012-0073661-5-stj>>. Acesso em: 14 Mar. 2018.

BRASIL. Superior Tribunal de Justiça. GRAVO REGIMENTAL EM AGRAVO DE INSTRUMENTO: 626214 MG, Relator: Ministro: JOAQUIM BARBOSA, DJ: 21/09/2010. **JusBrasil**. 2010. Disponível em:<<https://stf.jusbrasil.com.br/jurisprudencia/16548015/agreg-no-agravo-de-instrumento-ai-626214-mg>>. Acesso em 30 Abril 2018.

BRASIL. Superior Tribunal de Justiça. Habeas Corpus: 69552 PR 2006/0241993-5, Relator: Ministro FELIX FISCHER, DJ: 06/02/2007. **JusBrasil**. 2007. Disponível em:<<https://stj.jusbrasil.com.br/jurisprudencia/20067/habeas-corpus-hc-69552-pr-2006-0241993-5>>. Acesso em 30 Abril 2018.

BRASIL. Superior Tribunal de Justiça. **Informativo 490 do STJ - 2012**. Conteúdo Jurídico: Brasília-DF. 2012. Disponível em: <<http://www.conteudojuridico.com.br/?artigos&ver=238.35798&seo=1>>. Acesso em: 14 Mar. 2018.

BRASIL. Superior Tribunal de Justiça. **Informativo 493 do STJ - 2012**. Conteúdo Jurídico: Brasília-DF. 2012. Disponível em: <<http://www.conteudojuridico.com.br/?artigos&ver=238.36266&seo=1>>. Acesso em: 28 Mar. 2018.

BRASIL. Superior Tribunal de Justiça. **Informativo 491 do STJ - 2012**. conteúdo Jurídico: Brasília-DF. 2012. Disponível em: <<http://www.conteudojuridico.com.br/?artigos&ver=238.35919&seo=1>>. Acesso em: 10 Abril 2018.

BRASIL. Superior Tribunal de Justiça. **Informativo 505 do STJ - 2012**. conteúdo Jurídico: Brasília-DF. 2012. Disponível em: <<http://www.conteudojuridico.com.br/?artigos&ver=238.39956&seo=1>>. Acesso em: 14 Mar. 2018.

BRASIL. Superior Tribunal de Justiça. **Informativo 523 do STJ - 2013**. conteúdo Jurídico: Brasília-DF. 2013. Disponível em: <<http://www.conteudojuridico.com.br/?artigos&ver=238.44783&seo=1>>. Acesso em: 18 Mar. 2018.

AVENA, Norberto. **Processo Penal esquematizado**. 6. ed. Rio de Janeiro: Forense; São Paulo: MÉTODO, 2014.

CAPEZ, Fernando. **Curso de Processo Penal**. 19. ed. São Paulo: Saraiva, 2012.

CAPEZ, Fernando. **Curso de Direito Penal**. 4.ed. São Paulo: Saraiva, 2006.

BADARÓ, Gustavo Henrique. **Processo Penal**. 3. ed. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2015.

FERNANDES, Scarane Antônio. **Processo Penal Constitucional**. 2. ed. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2000.

GRECO FILHO, Vicente. **Interceptação telefônica. Considerações sobre a Lei n. 9.296/96, de 24 de julho de 1996**. São Paulo: Saraiva, 1996.



GOMES, Luiz Flávio. **Legislação Criminal Especial**. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2009.

GOMES, Luiz Flávio; CERVINI, Raúl. **Interceptação Telefônica: Lei 9.296, de 24.07.96**. 1. ed. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 1997.

GOMES, Luiz Flávio; CUNHA, Rogério Sanches. **Legislação Criminal Especial. Coleção Ciências Criminais**. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2009. v 6.

GRINOVER, Ada Pellegrini. **Liberdades públicas e processo penal – As interceptações telefônicas**, Saraiva, São Paulo, 1976.

GRINOVER, Ada Pellegrini; FERNANDES, Antônio Scarance; GOMES FILHO, Antônio Magalhães. **As nulidades no processo**. 7. Ed. São Paulo: RT, 2001.

LOPES JUNIOR, Aury. **Direito Processual Penal**. 11. ed. São Paulo: Saraiva, 2014.

LOPES JUNIOR, Aury. **Introdução Crítica ao Processo Penal, (Fundamentos da Instrumentalidade Constitucional)**. 4. ed. Rio de Janeiro, 2006.

LIMA, Renato Brasileiro. **Manual de Processo Penal**. 3.ed., Salvador: JusPodvm, 2015.

LIMA, Renato Brasileiro. **Legislação especial criminal comentada**. 4. ed. Salvador: JusPodvm, 2016.

NUCCI, Guilherme de Souza. **Leis Penais e Processuais Penais Comentadas**. 4. ed. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2009.

MADEIRA, Guilherme. **Curso de Processo Penal**. 2. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2016.

MASSON, Cleber; MARÇAL, Vinícius. **Crime organizado**. 2. ed. São Paulo: Método, 2016.

MENDES, Marcio Steillo. **Teoria da Serendipidade no Processo Penal**. 1.ed. Rio de Janeiro: Escola da Magistratura do Estado do Rio de Janeiro, 2014.

NERY JUNIOR, Nelson. **Proibição de prova ilícita. Novas Tendências do direito.** n. 4. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1996.

PACELLI, Eugênio de Oliveira. **Curso de Processo Penal.** 12. ed. Rio de Janeiro: Editora Lúmen Juris, 2009.

RANGEL, Paulo. **Direito processual penal.** 7. ed. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2003.

STRECK, Lênio Luiz. **As interceptações telefônicas e os direitos fundamentais – Consituição – Cidadania – Violência: A Lei 9.296 e seus reflexos penais e processuais.** 2. ed. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2001.

TOURINHO FILHO, Fernando da Costa. **Processo penal.** 25. ed. São Paulo: Saraiva, 2003. p. 47.192.v 1.