PUCRS

FACULDADE DE DIREITO

PROGRAMA DE PÓS-GRADUAÇÃO

TESE DE DOUTORADO EM CIÊNCIAS CRIMINAIS

MARCELO MARCANTE FLORES

LIMITES AO COMPARTILHAMENTO DE PROVA NO PROCESSO PENAL

Porto Alegre
2017

PÓS-GRADUAÇÃO - *STRICTO SENSU*

Pontifícia Universidade Católica do Rio Grande do Sul

MARCELO MARCANTE FLORES

LIMITES AO COMPARTILHAMENTO DE PROVA NO PROCESSO PENAL

Tese de Doutorado apresentado como requisito parcial para obtenção do título de Doutor em Ciências Criminais da Faculdade de Direito do Programa de Pós-Graduação em Ciências Criminais da Pontifícia Universidade Católica do Rio Grande do Sul.

Área de Concentração: Sistema Penal e Violência.
Linha de Pesquisa: Sistemas jurídico penais contemporâneos.

Orientador: Prof. Dr. Aury Lopes Jr.

Porto Alegre

2017

Dados Internacionais de Catalogação na Publicação (CIP)

F634l Flores, Marcelo Marcante

Limites ao compartilhamento de prova no processo penal. / Marcelo Marcante Flores. – Porto Alegre, 2017.

251 f.

Tese (Doutorado em Ciências Criminais) – Faculdade de Direito, Pontifícia Universidade Católica do Rio Grande do Sul (PUCRS).

Orientação: Prof. Dr. Aury Lopes Júnior.

Área de Concentração: Sistema Penal e Violência.

Linha de Pesquisa: Sistemas jurídico penais contemporâneos.

1. Direito Penal. 2. Prova Criminal (Direito). 3. Teoria Geral da Prova. 4. Direitos Fundamentais. I. Lopes Júnior, Aury. II. Título.

CDD 341.59
341.43

Ficha catalográfica elaborada pela Bibliotecária:
Cíntia Borges Greff - CRB 10/1437

MARCELO MARCANTE FLORES

LIMITES AO COMPARTILHAMENTO DE PROVA NO PROCESSO PENAL

Tese de Doutorado apresentado como requisito parcial para obtenção do título de Doutor em Ciências Criminais da Faculdade de Direito do Programa de Pós-Graduação em Ciências Criminais da Pontifícia Universidade Católica do Rio Grande do Sul.

Aprovada em 18 de maio de 2017.

BANCA EXAMINADORA:

_____

Orientador: Prof. Dr. Aury Lopes Jr.
PUCRS

_____

Prof. Dr. Khaled Jr.

_____

Prof. Dr. Nereu José Giacomolli

_____

Prof. Dr. Ricardo Jacobsen Gloecker

_____

Profa. Dra. Flaviane de Magalhães Barros

Porto Alegre

2017

AGRADECIMENTOS

Não tenho palavras para expressar a minha profunda gratidão à Pontifícia Universidade Católica do Rio Grande do Sul, à Faculdade de Direito e ao Programa de Pós-Graduação em Ciências Criminais por ter me aceito no curso de doutorado em Ciências Criminais, local que se tornou a minha "segunda casa" em vista da minha trajetória acadêmica até aqui.

Ao meu orientador Prof. Dr. Aury Lopes Jr pelo voto de confiança que me foi dado durante a condução desta pesquisa, pela sua imensa contribuição na minha formação e aprofundamento na área do processo penal, bem por todo apoio, seja com material bibliográfico, seja com incentivo e impulso para seguir adiante, sempre com o intuito de instigar meu crescimento pessoal, profissional e acadêmico.

À toda minha família, em especial minha mãe, meu pai e minha irmã pelo apoio incondicional, principalmente nos momentos de maior dificuldade. Por compreenderem minha necessária ausência em diversos momentos, o que se fez necessário para a conclusão deste trabalho.

Aos professores do Programa de Pós-Graduação em Ciências Criminais por acreditarem no meu potencial. Por propiciarem, nos inúmeros seminários realizados no decorrer do curso, amplo espaço de discussão, debate, aprofundamento e críticas, que muito auxiliaram no amadurecimento pessoal e acadêmico.

Aos colegas de doutorado pela oportunidade de convívio, momento em que dividimos nossas angústias e ansiedades. Pela disposição de sempre auxiliar no crescimento pessoal e acadêmico, seja nos seminários em sala de aula, nos muitos "cafezinhos" durante os intervalos ou mesmo em conversas de corredor ou pelas redes sociais.

A toda equipe do escritório, em especial aos colegas e amigos Verônica de Souza Pinto e a Michel Dreger, que deram toda a cobertura e apoio necessário, sem o qual a concretização deste trabalho não seria possível.

Ao amigo e colega Álvaro Antanavicius Fernandes, pelas discussões acadêmicas feitas, bem como pela troca de material bibliográfico, o que foi de grande importância para a conclusão da pesquisa.

Aos muitos amigos que muito me apoiaram, escutaram e orientaram, dando o suporte e força nas horas difíceis. Sou profundamente grato a todos: Francis Beck, Jader Marques, Fabiano Clementel, Rodrigo Oliveira de Camargo, Raccius Potter, Bernardo Azevedo e Souza, Felipe Bertoni, Ezequiel Vetoretti, Ernani Ruschele tantos outros que muito me auxiliaram durante esta caminhada.

RESUMO

O presente trabalho tem o objetivo de discutir os limites ao compartilhamento de provas no processo penal, tendo como perspectiva de análise o indivíduo enquanto sujeito de direitos e não mero objeto da investigação, sobretudo considerando o incremento dos novos meios de obtenção de prova que propiciam uma substancial alteração na forma como devemos encarar a investigação preliminar e a produção da prova sob o crivo do contraditório. No contexto do processo penal brasileiro, o entendimento dos Tribunais Superiores não enfrenta a temática do compartilhamento de provas com a profundidade necessária, razão pela qual esse tem sido admitido de forma ilimitada e irrestrita. Com isso, na *práxis* forense tem se verificado o compartilhamento de provas entre processos penais ou mesmo entre o processo penal e um processo de natureza distinta, sem observância das proibições de prova estabelecidas pela legislação constitucional e infraconstitucional. A problemática do compartilhamento de provas deve observar que a introdução dos novos meios de obtenção de prova acarreta uma (re)discussão da sua teoria geral e de seus princípios norteadores. As proibições de prova devem ser respeitadas, não se podendo admitir a usurpação desses parâmetros por uma via transversa (o compartilhamento das provas), quando se verificar violação aos direitos fundamentais do sujeito de direitos. O estudo da temática também perpassa a valoração dos conhecimentos fortuitos, ou seja, quando e diante de quais circunstâncias a informação obtida em uma investigação criminal pode ser utilizada (compartilhada) com outro processo também de natureza penal. Contudo, a discussão sobre o compartilhamento de provas não se restringe aos conhecimentos fortuitos, pois abarca outras situações. Assim, a discussão doutrinária sobre a prova emprestada também assume grande importância como ponto de partida para definição de alguns *standards* mínimos. Entretanto, deve-se observar que as categorias jurídicas discutidas no âmbito da prova emprestada não fornecem subsídios suficientes para delimitar as situações em que a prova é obtida pelos métodos invasivos aos direitos fundamentais, sendo necessário avançar nesse aspecto a partir de legislação comparada e da discussão principiológica estabelecida. A construção desses *standards* mínimos para delimitar as hipóteses nas quais será (ou não) admitido o compartilhamento, tem como pauta o tratamento do indivíduo como sujeito de direitos e não mero objeto da investigação, de modo a estabelecer um norte para a valoração judicial das situações concretas verificadas no processo penal brasileiro.

Palavras-chave: Compartilhamento de provas. Teoria geral da prova. Proibições de prova. Conhecimento fortuito. Direitos fundamentais.

ABSTRACT

The present study aims to discuss the limits for the evidence sharing in criminal action, focusing on the individual while subject of rights and not a mere object of investigation as the perspective for the analysis. Especially regarding the increment in the new ways of obtaining evidence, which provide a substantial change in the way one should look at the preliminary investigation and the production of the evidence under the contradictory scrutiny. In the Brazilian criminal action context, the understanding of the Superior Courts does not face the issue of evidence sharing with the necessary depth, which is why it has been admitted in an unlimited and unrestricted way. Thus, forensic praxis has been seeing the evidence sharing procedure - between criminal actions or even between criminal process and inaction of a different nature - without following the evidence prohibitions established by constitutional and infraconstitutional legislation. The evidence sharing discussion should observe that the introduction of new ways of obtaining evidence entails a (re)discussion on its general theory and its guiding principles. Evidence prohibition must be respected, and usurping these parameters by transversal routes (the sharing of evidence) cannot be allowed when there is violation of the subject's fundamental rights. The study of the subject also passes through the valuation of fortuitous knowledge, which means, when and under what circumstances the information obtained in a criminal investigation can be used (shared) with another process of criminal nature as well. However, the discussion about sharing evidence is not restricted to fortuitous knowledge, once it covers other situations. Thus, the doctrinal discussion about the borrowed evidence also takes over great importance, as it is a starting point for the definition of some minimum standards. Nevertheless, one should observe that the legal categories discussed in the scope of the borrowed evidence do not provide enough subsidies to delimit the situations in which evidence is obtained by invasive methods in relation to fundamental rights, it is necessary to go further in this aspect from the comparative legislation and the established principles discussion. The construction of these minimum standards to delimit the hypotheses in which sharing shall happen (or not) has as basis the treatment of the individual as a subject of rights and not merely the object of the investigation, in order to establish a direction for the judicial valuation for the Brazilian criminal proceedings situations.

Keywords: Evidence sharing. Evidence general theory. Evidence prohibitions. Serendipity. Fundamental rights.

ASTRATTO

Questo lavoro si propone di discutere i limiti alle prove condivisione nei procedimenti penali, in prospettiva analitica dell'individuo come soggetto di diritti e non mero oggetto di ricerca, soprattutto se si considera l'aumento di nuovi mezzi di raccolta delle prove che forniscono una sostanziale cambiamento nel nostro modo di affrontare l'istruttoria e la produzione di elementi di prova sotto il controllo del contraddittorio. Nel contesto della procedura penale brasiliana, la comprensione delle Corti Superiori non affronta la questione della condivisione di prove con la profondità necessaria, che è il motivo per cui questo è stato permesso modo illimitato e senza restrizioni. Così, nella prassi forense ha controllato le prove condivisione tra procedimento penale o anche tra procedimento penale e un processo di diversa natura, senza rispettare i divieti di prova stabiliti dalla normativa costituzionale e infra-costituzionale. La questione della condivisione delle prove dovrebbe notare che l'introduzione di nuovi mezzi di ottenere prove conduce ad una (ri) discussione della sua teoria generale e dei suoi principi guida. I divieti di prova devono essere rispettate, non essendo in grado di ammettere il furto di questi parametri per un percorso trasversale (di condividere la prova), si è stabilito violazione dei diritti fondamentali del titolare dei diritti. L'oggetto di studio permea anche la valutazione delle conoscenze casuali, cioè, quando e quali circostanze prima che le informazioni ottenute nell'ambito di un'indagine penale può essere utilizzato (in comune) con un altro processo anche criminale. Tuttavia, la discussione di condivisione delle prove non si limita alla conoscenza casuale, dato che copre altre situazioni. Così, la discussione dottrinale circa la prova in prestito anche di grande importanza come punto di partenza per la definizione di alcuni standarts minimi. Tuttavia, va notato che le categorie legali riportate nella prova in prestito non fornisce sufficienti informazioni per definire i casi in cui le prove è ottenuta con metodi invasivi ai diritti fondamentali, è necessario compiere progressi in questo senso dal confronto e discussione la legislazione di principio stabilito. La costruzione di questi standarts minimi per definire le situazioni in cui sarà (o non) ha ammesso la condivisione, dovrebbe trattare l'individuo come soggetto di diritti e non mero oggetto di ricerca, per stabilire un percorso per la valutazione giudiziaria delle situazioni concreta verificato nel procedimento penale brasiliano.

Parole chiave: Evidence condivisione. Teoria generale della prova. Divieti della prova. Conoscenza fortuita. Diritti fondamentali.

SUMÁRIO

1 INTRODUÇÃO

A discussão sobre os limites a serem dados ao compartilhamento de provas situa-se em uma zona de permanente tensão entre indivíduo e Estado, que sempre se verifica quando aprofundamos nosso estudo em temas relativos as proibições de prova. A forma como iremos tratar a pessoa sujeita as engrenagens que movem o sistema penal, desde o início da investigação preliminar, passando pelo contraditório judicial e desaguando nas pérfidas casas penitenciárias onde os apenados brasileiros cumprem pena privativa de liberdade, é o pano de fundo que deve nortear a atividade probatória no curso do processo. Esse conhecimento global do sistema penal e, ao mesmo tempo, (inter)transdisciplinar[1], deve servir de parâmetro quando nos deparamos diante do caso penal.

O tratamento dado a qualquer pessoa envolvida no âmbito do sistema penal - seja investigado, indiciado, denunciado, réu ou mesmo apenado – deve observar a dignidade da pessoa humana, a quem os direitos e garantias fundamentais devem ser assegurados. Entretanto, os discursos político-criminais com viés autoritário e maximalista permeiam toda a persecução criminal, gerando influências significativas no âmbito do processo penal.

Nessa perspectiva, não se pode aceitar uma política criminal meramente eficientista em matéria probatória, que busca atropelar as garantias processuais em detrimento de critérios de economia processual, hoje agravados pelas facilidades tecnológicas incorporadas ao processo penal. Atualmente, o compartilhamento de provas tem sido admitido quase que de forma irrestrita, sendo que a sua operacionalização tornou-se muito fácil com a introdução do processo eletrônico. Basta uma ferramenta no sistema de informática para viabilizar que a prova produzida em um processo específico venha a ser utilizada em outros processos de natureza penal ou extrapenal.

Todavia, o compartilhamento de provas não deve ser tratado como algo automático, simplesmente operacional, sendo imprescindível o estabelecimento de limites sob a perspectivadas garantias processuais penais, não podendo as justificações unicamente eficientistas

---

[1] Edgar Morin critica a fragmentação dos saberes e o pensamento reducionista e simplificador no conhecimento científico e nas práticas educativas escolares, sustentando a necessidade de sua superação com a promoção da interdisciplinaridade e da transdisciplinaridade, como modos de produzir e de trabalhar o conhecimento. A formação das bases do "pensamento complexo" inclui a superação da maneira de pensar que fragmenta, simplifica e reduz. O autor diz que no desenvolvimento da maneira de pensar da modernidade, formou-se uma concepção de razão que ele denomina de "razão fechada", que contribuiu para hiperespecialização e, consequentemente, a perda da visão ou concepção de conjunto, pois os espíritos fechados em suas disciplinas não podem captar os vínculos de solidariedade que unem os conhecimentos. (MORIN, Edgar. **A cabeça bem-feita**: repensar a reforma, reformar o pensamento. Trad.: Eloá Jacobina. Rio de Janeiro: Bertrand Brasil, 2002b, p.160-8).

definirem os rumos da atividade probatória. No curso do processo penal, o acusado deve ser tratado como sujeito de direitos e não mero objeto da investigação, sendo o processo penal, no Estado Democrático de Direito, visto como um instrumento de concretização dos direitos fundamentais aplicáveis. Dessa perspectiva decorrem os pressupostos teóricos que irão balizar os limites a serem dados ao compartilhamento de provas.

No contexto brasileiro, verifica-se uma lacuna quanto à regulamentação sobre a temática, o que gera uma grande dificuldade na definição dos seus limites. Além disso, a jurisprudência dos Tribunais Superiores não enfrenta a matéria com a profundidade necessária, uma vez que deixa de observar o conteúdo dos direitos fundamentais envolvidos. Nessa lógica, são reproduzidos os precedentes que admitem o compartilhamento de forma irrestrita de provas produzidas no âmbito do processo penal, as quais são exportadas para outros processos criminais por fatos distintos ou contra pessoas que sequer eram alvo da investigação, ou, ainda, para processos de natureza distinta, sem observar as limitações estabelecidas pelas proibições de prova.

A problemática do compartilhamento de provas se agrava quando se está tratando dos meios de investigação invasivos aos direitos fundamentais (interceptação telefônica, infiltração, colaboração premiada, quebras de sigilo fiscal, bancário e telefônico, ação controlada, etc.), pois, amplia-se a possibilidade de existirem conhecimentos fortuitos que não guardam relação com a investigação inicialmente instaurada.

Lidar com investigações preliminares e processos criminais cada vez mais complexos tem sido um dos desafios da investigação criminal e do processo penal contemporâneo como um todo. O objetivo, dessa forma, é estabelecer uma reflexão mais aprofundada sobre o compartilhamento de provas no processo penal, para estabelecer alguns *standarts* interpretativos mínimos, no sentido de que sejam respeitados os direitos fundamentais das pessoas alvo dos métodos investigativos invasivos aos direitos fundamentais.

O presente estudo está adequado a área de concentração “Sistema Penal e Violência” do Programa de Pós-Graduação em Ciências Criminais da Pontifícia Universidade Católica do Rio Grande do Sul, estando inserido na linha de pesquisa “sistemas jurídico-penais contemporâneos”, pois se propõe uma discussão dogmática no âmbito do processo penal, com permanente leitura sob à ótica constitucional. Busca-se estabelecer alguns *standards* mínimos para o compartilhamento de provas no processo penal, ante a lacuna legislativa e doutrinária na temática, sempre em observância ao tratamento constitucional dado ao sujeito de direitos.

No Capítulo I, serão abordados aspectos principiológicos que configuram a espinha dorsal para a definição dos critérios e limites ao compartilhamento de provas. Inicialmente, é

preciso destacar a importância da valorização da dimensão normativa, ou seja, o respeito aos limites legais (reserva legal) e jurisdicionais (reserva jurisdicional) na persecução criminal em observância aos direitos e garantias fundamentais, em detrimento dos discursos de viés autoritário. Isso porque, o uso dos novos métodos de obtenção de provas invasivos aos direitos fundamentais não pode ser visto sob a ótica de uma política criminal securitária, pois o investigado deve ser tratado como sujeito de direitos em um Estado Democrático de Direito.

Ainda, a introdução desses novos métodos investigativos irradia efeitos em toda a teoria geral da prova. É necessária uma substancial reflexão sobre alguns aspectos tradicionalmente tratados no âmbito da teoria geral da prova, os quais precisam ser revisitados diante do incremento de complexidade na investigação preliminar. Desse modo, princípios como da especialidade e do menor gravame ao direito fundamental na execução da medida investigativa precisam ser aprofundados e observados no caso concreto, até porque servirão de norte para a definição dos limites ao compartilhamento das provas obtidas.

Também as regras atinentes ao contraditório precisam ser (re)discutidas em relação a esses novos métodos investigativos, pois exercidos na forma diferida, considerando o sigilo da execução da medida. A perfectibilização do contraditório em processos nos quais as provas foram obtidas por meio de interceptação telefônica, colaboração premiada, infiltração, etc. deve observar a peculiaridade de cada um desses métodos investigativos, propiciando à Defesa a possibilidade de contestar seu conteúdo, bem como questionar a sua licitude, seja pela ausência dos requisitos legais para sua admissibilidade, seja por eventuais ilegalidades na execução da medida probatória.

Inclusive, a abrangência da presunção de inocência com o seu corolário do *in dubio pro reo*deve ser revisitada diante dos novos métodos de obtenção de prova, considerando que a discussão sobre a ilicitude da prova pode passar, em algumas situações, por dilação probatória e interpretação fática.

Além disso, valorização dos direitos fundamentais na persecução criminal submetem os referidos métodos de investigação às reservas legal (tipicidade processual) e reserva jurisdicional. Assim, para que possam ser utilizados, os métodos de investigação devem estar regulamentados em lei, assim como devem ser submetidos à apreciação judicial. No momento da avaliação judicial, presentes os requisitos legais autorizativos (dentre eles a causa provável), a medida investigatória poderá ser executada observando o princípio da especialidade da prova.

No Capítulo II, serão aprofundados os conceitos relativos às proibições de prova no processo penal brasileiro, pois o direito à prova encontra barreira nos direitos fundamentais

das pessoas, seja no momento de sua proposição, passando pela sua produção e pela metodologia de colheita da prova, até a valoração pelo julgador. A inadmissibilidade das provas ilícitas é uma das garantias no processo penal que tratam de proteger o cidadão da intervenção estatal arbitrária. Nesse aspecto, também se destaca a importância da superioridade ética do Estado, ou seja, da preservação de sua dignidade na persecução penal, pois o próprio Estado cairá em contradição normativa, comprometendo a legitimidade da pena, se recorrer a uma conduta antijurídica para a imposição de uma pena pelo cometimento de um determinado crime.

Diante das vedações probatórias, o estudo de direito comparado se mostra de grande relevância. De um lado, será aprofundado o estudo sobre o modelo alemão (o qual influenciou em parte o processo penal português), que diferencia as proibições de prova e proibições de valoração da prova. Da tentativa de se estabelecer pontes normativos entre ambos os institutos, foram construídas teorias que se valem dos juízos de ponderação. E, de outro lado, o modelo americano das *exclusionaryrules* criadas para proteger e manter as garantias fundamentais dos cidadãos, pois acarretam a exclusão da prova ilícita do processo. O artigo 157 do Código de Processo Penal brasileiro determina o desentranhamento da prova ilícita, aproximando-se do modelo americano, de modo buscar evitar que a prova ilícita gere algum efeito no processo.

Também no Capítulo II, será abordada a teoria da árvore dos frutos envenenados (*fruitsofthepoisonoustree*) a partir dos *leading cases* da jurisprudência americana, bem como a doutrina da atenuação (*doctrineofattenuation*), a qual estabeleceu as exceções da ausência do nexo de causalidade (*the causal connection havebecomesoattenuated as todissipatethetaint*), da fonte independente (*independent sourcedoctrine*), da descoberta inevitável (*inevitable discovery*), as quais foram incorporadas ao processo penal brasileiro.

Ao final deste Capítulo, não se pode esquecer da influência do modelo alemão e dos juízos de ponderação na jurisprudência brasileira, os quais têm sido aplicados para relativizar as proibições de prova. Dessa forma, uma análise crítica se faz necessária, uma vez que, em se tratando das proibições de prova, estabelece-se uma verdadeira tensão entre indivíduo e Estado. Em um prato da balança estão os direitos fundamentais do cidadão aplicáveis no processo penal e que são garantidos pelas proibições de prova; no outro, está o discurso político criminal de uma justiça funcionalmente eficaz na perseguição da criminalidade.

Sob essa perspectiva, demonstra-se que os juízos de ponderação calcados no princípio da proporcionalidade não podem servir como subterfúgio retórico para legitimar arbitrariedades na investigação preliminar em se tratando das proibições de prova, até porque

deve prevalecer a superioridade ética do Estado. De outro lado, é ressaltada a importância do princípio da proporcionalidade, no plano *lege ferenda*, ao se discutir quais as condutas penalmente típicas possuem dignidade penal de modo a justificar, por exemplo, o uso dos métodos investigativos, sempre de acordo com o princípio do menor gravame ao direito fundamental.

No Capítulo III, passa-se ao estudo dos conhecimentos fortuitos que consistem naquelas informações obtidas durante a execução de um meio de obtenção de prova lícito, mas que não guardam relação com a finalidade da investigação criminal que autorizou a respectiva medida. Diante disso, o estudo do instituto tem como objetivo definir até que ponto e em quais situações estes conhecimentos podem ser valorados, tendo como perspectiva de análise o indivíduo como sujeito de direitos e, portanto, a concretização dos direitos fundamentais.

Nesse contexto, a diferenciação entre os conhecimentos da investigação e os conhecimentos fortuitos assume um papel relevante para delimitar em quais situações será possível a valoração da prova. Os conhecimentos da investigação são aqueles que guardam uma relação de conexão ou continência com o fato objeto da investigação, razão pela qual, normalmente, estarão na mesma unidade processual. Os conhecimentos fortuitos consistem naqueles que não guardam qualquer relação com o fato investigado, razão pela qual sua eficácia deve ser discutida e aprofundada, em observância ao princípio da especialidade da prova.

A inserção da discussão doutrinária que busca estabelecer a diferença conceitual entre conhecimentos fortuitos e conhecimentos da investigação também é inserida no contexto dos autores brasileiros, que passaram a expor sua preocupação sobre a temática a partir da publicação da Lei nº 9.296/96. A doutrina e a jurisprudência dos Tribunais Superiores tem utilizado a nomenclatura de “serendipidade” (de origem do inglês *serendipity*) para definir os conhecimentos fortuitos, valendo-se das regras de conexão e continência (artigo 76 e 77 do Código de Processo Penal) como critério pragmático para diferenciar as duas categorias.

Assim, alguns requisitos e limites precisam ser adotados para a valoração dos conhecimentos fortuitos, a partir de estudos com base na legislação comparada, sobretudo considerando a ausência de previsão legal a estabelecer de que forma tais descobertas podem ser aproveitadas no processo penal brasileiro. Ainda, a formulação de requisitos de admissibilidade também almeja assegurar o controle jurisdicional, garantir que as proibições de prova não sejam usurpadas, bem como viabilizar a perfectibilização do contraditório no processo importador desses conhecimentos, sempre observando a concretização dos direitos fundamentais.

No Capítulo IV, demonstra-se a problemática jurisprudencial nos Tribunais Superiores brasileiros, que tem admitido de forma irrestrita o compartilhamento de provas, seja entre processos criminais ou estes e processos de natureza distinta. Tal situação gera insegurança jurídica, pois, possibilita por uma via indireta, a usurpação das proibições de prova. Ou seja, métodos de obtenção de prova como a interceptação telefônica podem ser utilizados, por uma via indireta, para produzir prova em processos de natureza não penal, para o qual tal medida investigativa é vedada. Tal situação torna clara a necessidade do estabelecimento de limites claros, calcados nos direitos fundamentais e nas proibições de prova.

Nesse contexto, o debate doutrinário vale-se do conceito de prova emprestada, o qual corresponde a possibilidade da prova produzida em um determinado processo ser trasladada a outro, na forma documental, onde terá o mesmo valor probante. Todavia, os critérios debatidos pela doutrina não são suficientes para o enfrentamento da circulação das provas obtidas pelos métodos invasivos aos direitos fundamentais. A formulação desses limites passa não só pela construção de categorias dogmáticas e de critérios de classificação e interpretação bastante claros, mas também pelas proibições de prova e pelo aprofundamento do estudo dos princípios da especialidade e do menor gravame ao direito fundamental.

O que se propõe, obviamente sem encerrar o debate sobre uma temática de tamanha complexidade, é estabelecer *standarts* e critérios mínimos para o compartilhamento de provas, tanto nos casos em que o processo penal é exportador da prova (como, por exemplo, em se tratando dos conhecimentos fortuitos, das cisões processuais, ou do uso das provas produzidas no processo criminal em processos de natureza distinta), como quando o processo penal é importador da prova (quando são anexados ao processo penal elementos produzidos em processos de natureza diversa).

Trata-se, portanto, de temática de grande relevância e pertinência para a prática processual penal, principalmente tendo em vista o inevitável (e positivo, mas não ilimitado) incremento do uso de medidas de inteligência na investigação criminal que, por vezes, acaba estando em uma zona de tensão com os direitos fundamentais do cidadão aplicáveis ao processo.

2 (RE)DISCUTINDO ASPECTOS DA TEORIA GERAL DA PROVA A PARTIR DOS NOVOS MEIOS DE OBTENÇÃO

2.1 "OLHAR" POLÍTICO CRIMINAL SOBRE OS NOVOS MEIOS DE OBTENÇÃO DE PROVA NO PROCESSO PENAL

A evolução tecnológica, a crescente globalização[2] e as novas concepções de tempo e espaço significam a diminuição das fronteiras nacionais, das restrições ao comércio e o aumento da interdependência (econômico-cultural) entre os países. Esta constante mutação denota uma mudança de paradigma, que surge com o esfacelamento das (modernas) concepções de tempo/espaço. Castells[3] aponta que a interdependência dos mercados financeiros e monetários evidencia que o grau de autonomia dos governos para a definição de suas políticas foi drasticamente reduzido (sobretudo a partir dos anos 90), com o objetivo de aumentar a mobilidade do capital pelo globo. Como consequência, os Estados-Nação[4], individualmente considerados, estão a perder o controle sobre componentes fundamentais das suas políticas.

A capacidade instrumental e operacional de cada país ditar suas próprias políticas básicas também está sendo transformada pela globalização que abrange, inclusive, a própria criminalidade que se mostra cada vez mais organizada. A novidade não corresponde à maior penetração do crime na política, mas sim à ligação global do crime organizado, o seu condicionamento às relações internacionais, econômicas e políticas, acarretando o aumento da escala e do dinamismo da economia criminosa.[5]

A consequência do fenômeno que envolve a complexa criminalidade contemporânea é a repercussão direta na percepção social relativa à violência, o risco e o medo. Assim, cada vez com maior intensidade aparece a segurança dos cidadãos como um bem jurídico a ser

---

[2] Um conceito bastante abrangente de globalização é formulado por Fernando Herren Aguillar tentando abordá-lo sob diversas acepções: Globalização significa o fenômeno econômico de busca de conquista de mercados sem restrições às fronteiras nacionais, o fenômeno político da crescente interdependência dos países, o fenômeno cultural de influências recíprocas entre habitantes de países diversos, o fenômeno social do frequente deslocamento e fixação de residência de habitantes de um país em outros, o fenômeno financeiro dos investimentos especulativos planetários, causando simultaneamente a reestruturação dos agentes econômicos, a transformação do papel do Estado do direito em todos os países envolvidos. (AGUILLAR, Fernando Herren. **Direito econômico**: do direito nacional ao direito supranacional. São Paulo: Atlas, 2006, p.53).

[3] CASTELLS, Manuel. **A Era da Informação**: economia, sociedade e cultura. O Poder da Identidade. Lisboa: Fundação Calouste Gulbenkian, 2003, p.295-7.

[4] Castells utiliza a definição de Estado-Nação trabalhada por Giddens na obra "*The Nation-Stateand Violence*". Consiste num conjunto de formas institucionais de governo, que mantém o monopólio administrativo sobre um determinado território demarcado por fronteiras, com uma autoridade assegurada por lei e com um controle direto sobre os meios geradores de violência, tanto externos quanto internos.

[5] *Ibid.*, p.313.

tutelado. O terrorismo e o tráfico fizeram surgir o conceito de criminalidade organizada, cujos atos praticados recebem especial conotação. Por consequência, sustenta-se que o direito penal e o processo penal devem se adaptar às exigências de uma luta eficaz e repressiva contra a criminalidade organizada.[6]

Assim, nos últimos anos, novas e fortes teses começaram a emergir, sustentando um modelo de "gerenciamento de riscos" e a necessidade de neutralização dos "sujeitos perigosos", o que implica em um maior rigor penal e no aumento dos controles situacionais para evitar o acontecimento de comportamentos socialmente lesivos.[7]

Nas palavras de Hassemer[8]:

> *Ha llegado la hora de conceptos como "lucha", "eliminación" ou "represión" en detrimento de otros como los de "elaboración" o "vivir con". Incluso la idea de prevención ha perdido su sabor terapéutico, social o individual, y se estructura como un instrumento efectivo y altamente intervencionista en la lucha contra la violencia y el delito. La sociedad, amenazada por el delito y la violencia, se ve entre la espada y la pared.*

Tais modelos político-jurídicos denotam a tendência expansionista da política criminal contemporânea nos países ocidentais. Atualmente, conforme Silva-Sanchez[9], verifica-se uma clara tendência de introdução de novos tipos penais, assim como o aumento das penas dos crimes já existentes, com a ampliação dos espaços de risco penalmente relevantes, a flexibilização das regras de imputação e a relativização dos princípios de garantia no âmbito do processo penal.

Câncio Meliá[10] também aponta a tendência expansionista na política criminal contemporânea, destacando a evolução das legislações penais em todo mundo ocidental, com o surgimento de setores inteiros de regulação e de um ritmo acelerado de reformas dos tipos penais já existentes.

Os discursos punitivos encontram ampla aceitação e unanimidade no meio social, atingindo (quase que) um consenso geral sobre os benefícios de uma política criminal

---

[6] HASSEMER, Winfried. **Persona, mundo y responsabilidad**: bases para una teoría de la imputación en derecho penal. Traducción Francisco Muños Conde y Maria del Mar Díaz Pita. Bogotá: Editorial Temis, 1999, p. 39-40.

[7] GARLAND, David. Penal Modernism and Postmodernism. *In*: **Punishment and Social Control**. New York: Aldine de Gruyter, 2004, p. 45-74.

[8] HASSEMER, *op. cit.*, p.41.

[9] SILVA SÁNCHEZ, Jesus-Maria. **La expansión del derecho penal**: aspectos de la política criminal en las sociedades postindustriales. Madrid: Civitas, 2002, p.20.

[10] CANCIO MELIÁ, Manuel. Direito Penal do inimigo? *In*: _____; JAKOBS, Günther. **Direito penal do inimigo**: noções e críticas. Tradução de André Luis Callegari. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2008, p.55-6.

repressiva e autoritária. Silva-Sanchez[11] enumera dez fatores (exemplificativos) que justificariam a cristalização deste consenso: a) a aparição de novos bens jurídicos relevantes; b) o efetivo surgimento de novas esferas de ação potencialmente delitivas, nos âmbitos do meio ambiente, ordem econômica, ciberespaço, bem como pela revalorização de condutas delitivas antes consideradas de menor importância, como a violência doméstica e os delitos trânsito; c) a institucionalização da insegurança a partir do enaltecimento de sua noção objetiva advinda da ideia de sociedade do risco[12]; d) a sensação social de insegurança numa dimensão subjetiva, hiperdimensionada pelo excesso de informação do *mass mídia*; e) a criação de uma sociedade de "sujeitos passivos", como pensionistas, desempregados, destinatários de serviços públicos educacionais, sendo cada vez menos numerosas as classes empreendedoras, ativas e dinâmicas em razão das políticas do *Welfare State*; f) a identificação da maioria com a vítima do delito, decorrente da configuração de uma sociedade majoritariamente de classes passivas; g) o descrédito de outras instituições de proteção dos bens jurídicos diversas do direito penal, como o direito civil, administrativo e a própria ética social; h) mudança de posição de boa parte dos criminólogos de esquerda, que passam a visualizar os sujeitos pertencentes aos estratos inferiores da sociedade como titulares de bens jurídicos transindividuais ou difusos, o que motiva um discurso punitivo direcionado a estes interesses específicos; i) a incorporação do punitivismo por todos os setores do espectro político (esquerda e direita), com a adoção do discurso do "eficientismo simbólico"; e j) o "gerencialismo penal", que corresponde à visão do direito penal como um mecanismo de gestão eficiente de determinados problemas, sem conexão com os valores que estiveram na base de formação do direito penal clássico.

Todos esses fatores têm propiciado a ampliação dos mecanismos de controle e de persecução penal nos países ocidentais, facilitando o eco das manifestações de punitivismo que fertilizam o terreno para o desenvolvimento de uma política criminal de viés autoritário.[13] Nesse contexto, insere-se a necessidade (e a dificuldade) em se estabelecer limites aos procedimentos investigatórios realizados por meio dos métodos ocultos de investigação, de

---

[11] SILVA SÁNCHEZ, 2002, p.20-74.

[12] O termo "Sociedade do Risco" foi cunhado por Ulrich Beck para descrever o incremento dos novos riscos sociais decorrentes do desenvolvimento industrial, que se intensificaram nos últimos anos. Grande parte das ameaças e perigos que os cidadãos estão expostos provém, precisamente, de decisões vinculadas ao manejo dos avanços técnicos ocorridos na indústria, na biologia, na genética, na energia nuclear, na informática, nas comunicações. (BECK, Ulrich. **La sociedad del riesgo**: hacia una nueva modernidad. Barcelona: Paidós, 1998, p.28-31).

[13] CALLEGARI, André Luís. Controle Social e Criminalidade Organizada. *In*: _____. (Org.). **Crime Organizado**: tipicidade – política criminal – investigação e processo. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2008, p.13-4.

maneira a respeitar os direitos fundamentais dos cidadãos e assegurar o seu tratamento na condição de sujeito de direitos.

A sofisticação das estruturas do crime – em especial do crime organizado – enseja dúvidas quanto à ordem global e nacional em que cada um se insere, ocupando a agenda dos decisores políticos nacionais e internacionais. Além disso, a sofisticação da criminalidade provoca a natural sofisticação da atividade policial, que na formação técnica e tática, quer na própria aquisição de meios mais fáceis, cômodos, úteis e céleres na persecução criminal. Conforme Valente[14] esta dotação profissionalizante e mecânica da polícia conduziu a que mesma se socorresse, invariavelmente, das escutas telefônicas. E conclui:

> No limiar da nova era inquieta-nos a aspereza com que muitos defendem mais instrumentos legais isentos de autorização judicial ou aligeirados que permitam uma maior eficácia da descoberta do crime, de detenção em flagrante delito, da produção de prova real e pessoal inquestionável, da condenação louvada por todos os vértices da sociedade. Inquieta-nos o pedido de (des)judicialização e, consequente, policialização de procedimentos processuais potenciais violadores dos direitos e liberdades do cidadão.[15]

Conforme ainda o autor, verifica-se uma consequente redução da política criminal em política de segurança pública, que acarreta a exacerbação e ampliação dos meios de combate ao crime. Os sentimentos de ameaça enfatizados e popularizados dão sustentação à política de segurança (ou política criminal voltada para uma política de segurança), sendo que os direitos e liberdades fundamentais são vistos, sob a perspectiva de combate ao crime, como medidas anacrônicas, ingênuas e teimosas.[16]

Consequentemente, os discursos político-criminais vinculados à ampliação de uma política de segurança sustentam a falaciosidade dos movimentos a favor de direitos humanos em que as garantias processuais penais devem ser reduzidas em detrimento de uma maior atividade policial na investigação criminal, viabilizando a maior abrangência dos meios ocultos de obtenção de prova.[17]

Nesse contexto, refere Hassemer[18] que a garantia da liberdade e da proteção dos direitos fundamentais cede às exigências de um efetivo combate ao crime, colocando em jogo todas as tradições do Estado de Direito, não importando com que eficácia e quem deva ou possa proclamá-las e defendê-las. Assim, opta-se pela ampliação e exacerbação do arsenal

---

[14] VALENTE, Manuel Monteiro Guedes. **Escutas telefónicas**: da excepcionalidade à vulgaridade. Coimbra: Almedina, 2008, p.16-8.
[15] *Ibid.*, p.18-9.
[16] *Ibid.*, p.177.
[17] *Ibid.*, p.177-8.
[18] HASSEMER, 1999, p.43-4.

investigatório, em detrimento de estratégias como prevenção técnica, policiamento ostensivo, possibilidades de sobrevivência para os jovens e inovações na política de drogas.

O princípio da subsidiariedade ou da *ultima ratio* do direito penal é simplesmente cancelado, para dar lugar a um direito penal como *sola ratio* ou *prima ratio* na solução de conflitos: a resposta penal surge para as pessoas responsáveis por estas áreas cada vez mais frequentemente como a primeira, senão a única saída para controlar os problemas. De acordo com Hassemer[19] *"un derecho penal fiel a sus principios no puede realizar la misión que se le encomienda de control y de represión de la violencia, decidiéndose, en cambio, por el debilitamiento de la vinculación del derecho penal a sus principios"*.

Concluí afirmando que:

> *Actualmente estamos viviendo una dramatización de la violencia y la amenaza. Antes esta situación se está elaborando una política criminal que tiende a hacer del derecho penal, endureciéndolo y reestructurándolo, un instrumento de direccionismo estatal. En caso de necesidad se considera que los principios que caracterizan nuestra cultura jurídica no deben ser tenidos en cuenta o considerárselos vigentes. El provecho que de ello se obtiene es escaso, los costes muy altos: a la larga, un derecho penal así concebido perderá su fuerza de convicción.*[20]

A política criminal, como ciência integrante da ciência global do direito penal, revela-se sobremaneira no plano do processo penal – por meio do qual se instrumentaliza o próprio direito penal. Em se tratando dos meios ocultos de obtenção de prova, a colisão entre a persecução criminal e os direitos fundamentais do cidadão se mostra com maior tensão, sendo que o discurso de flexibilização de garantias processuais penais e direitos fundamentais acaba ganhando mais espaço no meio social.

Para Dias e Andrade[21], apenas no Estado de Direito formal o direito penal, como ordem de proteção do indivíduo e de seus direitos subjetivos perante o poder estatal, ocupava um papel preponderante em relação à política criminal e à criminologia, ambas vistas como ciência auxiliares. Entretanto, tendo como ponto de partida uma concepção funcionalista de direito penal, os autores defendem que a dogmática penal deve se voltar para a justa resolução do problema, viabilizando um sistema aberto aos interesses político-criminais. Nesse contexto, a política criminal passa a ocupar um papel central (de primazia) no seio das ciências criminais. Desse modo, abre-se um grande flanco para uma política criminal

---

[19] HASSEMER, 1999, p.45.
[20] *Ibid.*, p.49-50.
[21] ANDRADE, Manuel da Costa; DIAS, Jorge de Figueiredo. **Criminologia**: o homem delinqüente e a sociedade criminosa. Coimbra: Coimbra, 1992, p.94-5.

securitária e de flexibilização de garantias, considerando o consenso do discurso punitivo que vigora na contemporaneidade.

A questão da influência da política criminal sobre os conceitos jurídicos fundamentais do direito penal e seu papel no seio da ciência conjunta do direito penal foi objeto de estudo de Franz Von Liszt[22] salienta, o direito penal é a ciência essencialmente jurídica e, portanto, sistemática. Se o direito em geral tem por objeto a personalidade humana, e por finalidade a proteção de interesses, dos bens da vida nas relações entre as pessoas, o objeto especial do direito penal é a responsabilidade dos que violam as normas sancionadas pela lei penal.

Sua missão é a análise da matéria jurídica de modo a formar um sistema orgânico que condense as ideias, os princípios e as regras aplicáveis aos casos concretos. Ao lado do direito penal figura a política criminal, que diz respeito à investigação dos meios adequados à consecução dos fins do Estado, consistindo na ciência que estuda os meios adotáveis para conseguirem-se os fins políticos. Dessa forma, a política criminal vem a ser chamada para apreciar o direito existente sob o ponto de vista da sua correlação com os fins de direito penal. Nesse contexto, incumbe à política criminal proporcionar os critérios valorativos para apreciação do direito que deve vigorar, tendo seu lugar ao lado do direito penal. Assim, o direito penal consiste na barreira intransponível da política criminal.[23]

Conforme D´Ávila[24], Liszt defende que "o código penal é a magna carta do criminoso". O seu objetivo não é proteger a ordem jurídica ou a coletividade, mas o indivíduo violador, concedendo o direito de ser punido, apenas e exclusivamente, dentro dos limites da lei e mediante o atendimento de seus pressupostos. O direito penal torna-se, nesse contexto, "o poder estatal delimitado juridicamente".

A política criminal crítica orientada constitucionalmente é tarefa inafastável no Estado Democrático de Direito. Todavia, a concessão de prevalência a esse espaço crítico, no âmbito da ciência conjunta do direito penal, acarreta uma sensível perda dos contornos de um conflito de indiscutível atualidade, muito expressivo na concepção de Liszt, que diz respeito ao conflito entre os interesses estatais de combate à criminalidade com os interesses de preservação de direitos e garantias fundamentais. Uma eventual e inevitável disfunção entre esses interesses, em vez de ser recepcionada como conflito que toca, em primeiro lugar, a

---

[22] LISZT, Franz Von. **Tratado de direito penal alemão.** Tradução José Hygino Duarte Pereira. Rio de Janeiro: Briguiet, 1899, p. XXXV-XXXVI.

[23] *Ibid*.

[24] D´ÁVILA, Fábio. **Ofensividade em Direito Penal**: escritos sobre a teoria do crime como ofensa a bens jurídicos. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2009, p.20.

normatividade, como espaço de garantia, passa a ser traduzida como problema de adequação político-criminal.[25]

Lizst[26] ressalta que, ao se colocar o direito penal no centro das ciências criminais, o poder repressivo do Estado transforma-se em direito público de punir limitado pela lei penal, de modo a excluir o arbítrio no caso concreto, pelo respeito ao império das regras fixas e obrigatórias, que determinam o objeto, a extensão e requisitos que circunscrevem a ideia de crime.

Para D´Ávila[27], a dimensão da política criminal tem assumido papel central de convergência de princípios (penais e constitucionais) o que, para além de provocar uma desvalorização da dimensão normativa desses mesmos princípios e regras, termina por retirar demasiada consistência dos princípios e regras reitores da ordem jurídico-penal, pelo simples fato de recepcioná-los e trabalhá-los em um âmbito assumidamente político. E mais, verifica-se no contexto de cristalização do discurso político-criminal de caráter expansionista (Silva-Sanchez), o terreno propício para que a política criminal se torne política de segurança pública (Valente), com a flexibilização das regras penais e processuais penais de garantia.

O espaço de atuação da política criminal é infinitamente maior do que aquele a que está adstrito o direito penal. A proposta de valorização da normatividade é muito mais uma ideia de preferência ou de prevalência do direito penal, tão só quando confrontado com interesses de política criminal. Em outras palavras, o espaço de atuação da política criminal deve ser sempre o espaço de atuação legítima previamente estabelecida pela normatividade penal e constitucional. Assim, D´Ávila[28] sustenta que o enfrentamento crítico dos novos problemas sociais não se deve dar na dimensão político-criminal, mas em uma dimensão normativa revista, uma ciência normativa que, ao aproximar-se da Constituição, ressurge como lugar de convergência de direitos e garantias fundamentais. Como espaço de princípios e regras que não só fazem parte dessa normatividade, como conferem os elementos da sua identidade.

Nesse contexto, trazendo a discussão para o âmbito do processo penal, nos termos de Valente, verifica-se hoje a vulgarização[29] das interceptações telefônicas e dos meios investigativos invasivos aos direitos fundamentais, os quais deveriam ser utilizados apenas na

---

[25] D´ÁVILA, 2009, p.28-9.
[26] LIZST, 1899, p.8.
[27] D´ÁVILA, *op. cit.*, p.29-30.
[28] *Ibid.*, p.34-5.
[29] Valente ressalta que a policialização da investigação preliminar, principalmente no que concerne aos meios de obtenção de prova, desprovida de fiscalização e controle direto judicial cria margens de manobra indefinidas e, consequentemente, arbitrárias. (VALENTE, 2008, p.181-2).

impossibilidade do uso de outros meios de prova disponíveis, mas acabaram se tornando a regra na investigação preliminar, sobretudo em processos que tratam de delitos com maior complexidade envolvendo organizações criminosas.

Dessa forma, em se tratando dos meios ocultos de obtenção de prova, nos quais os direitos fundamentais do cidadão (intimidade, vida privada, honra, imagem) estão sempre sendo colocados em xeque na persecução criminal, a valorização da dimensão normativa, o estabelecimento de limites legais (reserva legal) e jurisdicionais (reserva jurisdicional) é um caminho para respeito à Constituição e, de algum modo, estabelecer um freio ao ímpeto político criminal de cariz autoritário que permeia (ou está como pano de fundo) dos discursos de segurança pública. Nesse sentido, Goldschimdt[30], defende que:

> *Los principios de la política procesal de una nación non son otra cosa que segmentos de su política estatal en general. Se puede decir que la estructura del proceso penal de una nación no es sino el termómetro de los elementos corporativos o autoritarios de su Constitución.*

Deve-se buscar um processo penal constitucional, que maximize as garantias processuais penais e que assegure a condição de sujeito de direitos ao acusado.

2.2 REFLEXÕES SOBRE A PRINCIPIOLOGIA DA PROVA

A introdução dos novos meios de obtenção de prova enseja uma necessária reflexão sobre os princípios que, tradicionalmente, a doutrina processual penal brasileira aborda em se tratando da teoria geral da prova. Tais métodos investigativos foram inseridos, de um modo geral, pela Lei nº 9.034/95[31] (posteriormente, revogada pela Lei nº 12.850/13[32]) e pela Lei de Interceptações Telefônicas (Lei nº 9.296/96[33]) – além de outras legislações esparsas – e trouxeram novidades significativas no âmbito da persecução criminal e da fase preliminar.

---

[30] GOLDSCHMIDT, James. **Princípios generales del proceso**: problemas jurídicos y políticos del proceso penal. Buenos Aires: Ediciones Juridicas Europa-America, 1963, p.109-10.

[31] Lei ordinária que definia os mecanismos operacionais de repressão e prevenção ao crime organizado. Em seu texto legal autorizava e estabelecia os critérios e requisitos para o uso, para fins de persecução dos crimes praticados por organizações criminosas, da ação controlada, do acesso a dados, documentos e informações fiscais, bancárias, financeiras e eleitorais, da infiltração de agentes, da captação e da interceptação ambiental de sinais eletromagnéticos, óticos ou acústicos. (BRASIL. **Lei nº 9.034/95**. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/L9034.htm>. Acesso em: 25 maio 2016).

[32] Lei ordinária que definiu o crime de organização criminosa, revogou a Lei nº 9.034/95 e dispôs, para esses casos, sobre a investigação criminal, os meios de obtenção de prova e o procedimento criminal.

[33] Lei ordinária que regulamenta as interceptações telefônicas e do fluxo de comunicações em sistemas de informática e telemática. (*Ibid.)*

Novos requisitos e princípios passaram a ser incorporados ao ordenamento jurídico, pois aplicáveis especificamente aos métodos ocultos de investigação, justamente, pois tencionam os direitos fundamentais do investigado na atividade probatória. Nesses casos, a persecução criminal passa a se situar numa zona "cinza", sendo que o preenchimento dos requisitos legais e constitucionais estabelecidos, bem como o respeito à estrutura principiológica que deve nortear o uso desses métodos investigativos (muito diferentes quando comparados aos meios de prova tradicionais) são os aspectos que irão definir a (i)licitude do respectivo conteúdo probatório.

Em consequência, a perfectibilização do contraditório e da ampla defesa vai exigir novas regras em relação a atividades probatórias como, por exemplo, a interceptação telefônica, a infiltração, quebras de sigilo e colaboração premiada. Tais medidas possuem requisitos próprios e devem respeitar os princípios da especialidade e do menor gravame ao direito fundamental, justamente para se evitar a sua banalização ou, nas palavras de Valente[34], a sua vulgaridade. A reflexão acerca desses institutos é essencial para que possamos discutir a possibilidade (ou não) do seu compartilhamento, assim como em que hipóteses pode ser admitido.

Em outras palavras, a inserção dos novos métodos de obtenção da prova invasivos aos direitos fundamentais irradia efeitos em toda a estrutura da teoria geral da prova, sendo de grande relevância profunda reflexão sobre essas mudanças, que acarretarão consequências também na possibilidade (ou não) de que o magistrado defira o seu compartilhamento com outros processos, bem como em que hipóteses esse pode ser admitido.

2.2.1 Conceito, objeto e função da prova

O vocábulo prova vem do latim – *probatio* – que significa prova, ensaio, verificação, e deriva do verbo *probare*, cuja raiz se verifica presente em diversos idiomas – *preuve (*francês), *proof* (inglês), *prueba* (espanhol), *prova* (italiano). Originado de *probus*, que significa bom, reto, honrado, e transmissor da ideia de credibilidade, confiabilidade, veracidade.[35] Do ponto de vista jurídico, o vocábulo prova possui diferentes acepções, podendo ser usado como sinônimo de atividade probatória, como resultado da prova e como meio de prova.[36]

---

[34] VALENTE, 2008, (capa).

[35] BAPTISTA, Francisco das Neves. **O mito da verdade real na dogmática do processo penal**. Rio de Janeiro: Renovar, 2001, p.39.

[36] BADARÓ, Gustavo Henrique Righi Ivahy. **Ônus da prova no processo penal**. São Paulo: RT, 2003, p.156-7.

Para Malatesta[37], a prova é o meio objetivo pelo qual o espírito humano se apodera da verdade, sendo que sua eficácia será tanto maior, quanto mais clara, mais plena se induzir no espírito a crença de estarmos na posse da verdade. Dessa forma, para conhecermos a eficácia da prova, é preciso conhecer como se refletiu a verdade no espírito humano. As provas, nessa perspectiva, são um modo de apreciação da fonte objetiva (verdade) ou, ainda, o meio com que a verdade atinge o espírito. Ainda, consiste na relação concreta entre a verdade e o espírito humano nas suas especiais determinações de credibilidade, probabilidade e certeza.

Segundo Manzini[38], *"la prueba penal es la actividad procesal inmediatamente dirigida al objeto de obtener la certeza judicial, según el criterio de la verdad real acerca de la imputación o de otra afirmación o negación que interese a una providencia del juez"*. Além disso, ressalta que a lei processual penal usa o termo prova*"también para indicar los medios de comprobación o los resultados conseguidos con el empleo de esos mismos medios"*.

Dellepiane[39] ressalta que a prova é sinônimo de ensaio, experimentação, revisão, tendo no fundo sempre o elemento da confrontação. A prova resulta da confirmação ou concordância entre as coisas ou operações confrontadas, sendo o desacordo e o sinal de inexatidão um indício de erro. Portanto, prova, no sentido de ação de provar, é este exercício de confrontação da versão de cada parte com os elementos ou meios produzidos para afiançá-la.

Conforme Mendes[40], prova é o pressuposto da decisão jurisdicional que consiste na formação através do processo no espírito do julgador da convicção de que certa alegação singular de fato é justificavelmente aceitável como fundamento da mesma decisão. Dinamarco[41] conceitua a prova como "um conjunto de atividades de verificação e demonstração, mediante as quais se procura chegar à verdade dos fatos relevantes para o julgamento".

Aragoneses Alonso e Lopez-Puigcerver[42] ressaltam que se fala em prova como um meio de averiguar a verdade de um fato, mas o conceito de verdade seria algo de difícil definição. Por isso, refere a obtenção da certeza da existência de um fato, ressaltando que a certeza é a

---

[37] MALATESTA, Nicola Framarino Dei. **A lógica das provas em matéria criminal**. Campinas: Bookseller, 2005, p.87-8. Para o autor, as provas de probabilidade devem ser banidas do processo penal, a não ser que acumuladas, de uma certa maneira, convertam-se em provas de certeza, podendo legitimamente autorizar a condenação.

[38] MANZINI, Vicenzo. **Tratado de derecho procesal penal –** Tomo III. Buenos Aires: Ediciones Jurídicas Europa – America, 1952, p.197-8.

[39] DELLEPIANE, Antonio. **Nova Teoria da Prova**. Rio de Janeiro: Labor Omnia Vincit, 1942, p.17-20.

[40] MENDES, João de Castro. **Do conceito de prova em processo civil**. Lisboa: Ática, 1961, p.158.

[41] DINAMARCO, Cândido Rangel. **Instituições de direito processual civil**. v. III. São Paulo: Malheiros, 2001, p. 43.

[42] LOPEZ-PUIGCERVER, Carlos Viada; ALONSO, Pedro Aragoneses. **Curso de Derecho Procesal Penal**. Madrid: Prensa Castellana, 1974, p.308-10.

extremidade da perfeição entre os diversos estados da mente (ignorância, dúvida, suspeita, opinião e crença). Em resumo, os autores sintetizam o conceito da seguinte forma:

> *(1) la que define la prueba como actividad que se propone demostrar la existencia o inexistencia de un hecho, la verdad o falsedad de una afirmación; (2) la orientación formal según la cual la prueba debe configurarse como un simple mecanismo de fijación formal de los hechos alegados en el proceso; (3) la que considera la prueba como actividad encaminada a conseguir el convencimiento psicológico del juez o Tribunal con respecto a la veracidad o falsedad de los hechos.*[43]

Knijnik[44] refere que a prova, mais que um procedimento, é um sistemático instrumento de controle do raciocínio judicial e de refreamento de sua arbitrariedade. Nesse contexto, ressalta que as ideias iluministas alteraram, de forma radical, a fisionomia da prova, chegando ao ponto de modificar o seu próprio conceito. A confiança na razão humana deslocou o eixo das regras legais, largamente aplicadas na Idade Média, para a razão do juiz, através do livre convencimento motivado.

Diante dessas diversas conceituações encontradas na doutrina processual penal, denota-se o caráter polissêmico do conceito de prova. Muitos autores defendem um conceito de prova atrelado a uma relação de meio e fim com a descoberta da verdade, sendo essa sua função lógico-jurídica, concepção ainda muito vinculada a autores como Malatesta e Manzini.

Knijnik[45] relaciona a prova com a característica de Estado (autoritário ou democrático), pois as práticas processuais consistem num fragmento da relação entre indivíduo e Estado. A cada Estado corresponde um modelo processual: em um Estado totalitário a tendência é a atribuição de poderes ilimitados ao juiz; já em um Estado democrático, em contrapartida, a tendência é que a gestão da atividade probatória fica sob encargo das partes. Assim, substitui-se o modelo do juiz-espectador para o modelo do juiz administrador, mediante redução das regras de exclusão dos meios de prova, extensão do poder de iniciativa probatória do juiz e adoção do critério da livre valoração da prova.

Assim, a função ou a finalidade da prova, explica Badaró[46], irá variar de acordo com a concepção que se tenha do processo e, por consequência, da possibilidade ou não de atingir o conhecimento verdadeiro dos fatos. Nessa perspectiva, ressalta a existência de duas teorias do processo: semióticas ou narrativistas. A prova serve como um elemento de persuasão para que cada uma das partes procure convencer o juiz. Em tal contexto, a prova não possui função cognitiva, mas sim argumentativa. Por outro lado, se a referência for a premissa de que é

---

[43] LOPEZ-PUIGCERVER; ALONSO, 1974, p.308-10.
[44] KNIJNIK, Danilo. **A prova nos juízos cível, penal e tributário**. Rio de Janeiro: Forense, 2007, p.5-8.
[45] *Ibid.*, p.9-10.
[46] BADARÓ, 2003, p.161.

possível atingir um conhecimento verdadeiro dos fatos – ainda que esta verdade não seja uma verdade absoluta -, a prova assume função de ser um instrumento para fundamentar racionalmente uma escolha da versão dos fatos que se possa definir como verdadeira.

Em outras palavras, Knijnik[47] formula sua construção a partir dos modelos (ideais) demonstrativo ou persuasivo, ou seja, os institutos de direito probatório ora pendem para uma dimensão demonstrativa, ora para uma persuasiva. No modelo demonstrativo, a prova tem por finalidade reconstruir o fato no processo, para, depois, resolver a questão de direito. Seu ponto de partida é a autonomia do mundo fático, supondo ser viável uma atividade empírica que introduza a verdade dos fatos.

O modelo persuasivo tem ponto de partida diverso, pois questiona a possibilidade de reconstruir os fatos como eles ocorreram para, depois, resolver a questão jurídica. Também sustenta ser um mito a finalidade de atingir a verdade histórica dos fatos atribuída à instrução probatória. Assim, a prova dos fatos pertence à argumentação e não à demonstração, sendo que seu ponto de chegada é uma reconstrução próxima da realidade, valorizando o diálogo das partes na formação da questão de fato no transcurso do processo.[48]

Em um processo penal que se pretende adequado ao Estado Democrático de Direito, e tendo como referência o tratamento da pessoa como sujeito de direitos, é preciso que sejam afastados todos os resquícios de um modelo autoritário, a partir do que Lopes Jr.[49] defende como um giro interpretativo do processo penal, deslocando-se a descoberta da verdade para uma posição periférica e não fundante da estrutura do processo penal. Ou seja, deve-se superar a noção de prova penal que está enraizada à posição da verdade como mito fundante do processo penal, sendo que o processo penal deve ser lido à luz da Constituição.

A percepção do processo como um instrumento de reconstrução histórica gera repercussões no conceito, objeto e função que é dada a prova no processo penal. Portanto, a relação de meio e fim da prova deve estar relacionada com a captura psíquica do convencimento julgador, de modo a aumentar as perspectivas de uma sentença favorável a partir de uma estrutura dialética de processo, assegurada a *par conditio*.

Para Dellepiane[50], a prova judicial deve se dirigir a reconstrução de um fato passado, dirigido à captura psíquica do convencimento do juiz. Assim, o processo se propõe a esclarecer fatos pretéritos, mostrando e explicando como se passaram as coisas no passado.

---

[47] KNIJNIK, 2007, p.9-12.
[48] *Ibid*.
[49] LOPES JR., Aury. **Fundamentos do processo penal**: introdução crítica. São Paulo: Saraiva, 2017a, p.78-9.
[50] DELLEPIANE, 1942, p.24-5.

Para se chegar a essa finalidade, utilizam-se como meios de prova vestígios ou sinais deixados pelos fatos ao se produzirem.

A partir dessa perspectiva, como ressalta Lopes Jr.[51], as provas são os meios através dos quais se fará a reconstrução do fato passado (crime). Ou seja, o tema probatório é sempre a afirmação de um fato passado, não sendo o direito objeto de prova, ressalvados os casos de legislação municipal e estadual, além de portarias e resoluções internas administrativas (em se tratando de normas penais em branco heterogêneas).

O objeto da prova é sempre a alegação de um fato e não o fato em si mesmo. Os fatos em si mesmo são acontecimentos que tem existência no mundo real. Os "fatos" debatidos no processo são enunciados sobre os fatos do mundo real, isto é, aquilo que se diz em torno de um fato. Em outras palavras, o que se produz no curso do processo é a enunciação de um fato, e não o próprio fato.[52] Nessa perspectiva, são analisadas as afirmações, os relatos dos fatos pretéritos que as partes e testemunhas fazem perante o juiz. Os fatos não se provam, eles simplesmente existem; o que são objeto de prova são afirmações ou representações que fazem referência aos fatos.[53]

Ao se iniciar o processo, o juiz desconhece o fato e somente terá acesso a ele através das provas produzidas no processo. Conforme Cordero[54], prova é toda matéria útil ao juízo histórico, ou seja, os fatos percebidos diretamente. Assim, critica a classificação entre provas diretas e indiretas afirmando ser infundada, pois a única prova verdadeiramente direta seria no caso do cometimento de um crime na sala de audiências:

> *Los procesos son máquinas retrospectivas que se dirigen a establecer si algo ha ocurrido y quién lo realizo" e, nesse contexto, "las pruebas son la materia de la tarea dirigida a convertir la hipótesis en conclusión aseverativa" o, ainda, "son signos del hecho que se ha de conocer.*[55]

Dessa forma, no Estado Democrático de Direito, para se assegurar a estrutura dialética do processo penal e a *par conditio*, deve prevalecer uma função persuasiva da prova que almeja a captura psíquica do convencimento do julgador. Desse modo, caso no curso do processo a parte consiga se desincumbir da carga probatória de modo a persuadir o julgador, serão ampliadas suas expectativas de uma sentença favorável. Portanto, considerando o caráter polissêmico que a prova possui, quando se busca delimitar um conceito ou, ainda,

---

[51] LOPES JR., Aury. **Direito processual penal e sua conformidade constitucional**. São Paulo: Saraiva, 2017b, p.341.
[52] BADARÓ, 2003, p.159.
[53] KNIJNIK, 2007, p.9-14.
[54] CORDERO, Franco. **Procedimiento Penal**. Tomo II. Bogotá: Temis, 2000, p.7-11.
[55] *Ibid.*

definir a sua função da prova no processo penal, deve-se buscar um substrato teórico que afaste qualquer resquício das categorias inquisitivas e assegure ao acusado o tratamento como sujeito de direitos.

Em se estabelecendo os pressupostos de um sistema persuasivo da prova em busca da captura psíquica do convencimento do julgador, assegurando-se a igualdade das partes no curso do processo, se está mais próximo da necessidade primordial que deve nortear a matéria de vedações probatórias, assegurando ao acusado o tratamento como sujeito de direitos e não como objeto de investigação, de modo a se sobrepor às exigências do eficientismo processual penal.

2.2.2 Atos de prova, atos de investigação e provas irrepetíveis, cautelares e antecipadas

A diferenciação tradicional de atos de prova (aqueles produzidos sob o crivo do contraditório judicial) e atos de investigação também merece uma reflexão a partir dos meios ocultos de obtenção de prova. Isso porque, os elementos obtidos, por exemplo, por meio de uma interceptação telefônica serão produzidos no âmbito da investigação preliminar, servindo, num primeiro momento, à formação do *opinio delicti* do órgão acusatório. Ocorre que, esse mesmo elemento (inicialmente indiciário) permanece instruindo o processo na fase judicial, sendo submetido ao contraditório na forma diferida e, ao final, servirá como elemento de convicção na sentença.

Em matéria probatória, o papel ocupado pelo juiz no processo deve ser de espectador, não devendo ter iniciativa probatória para que não seja quebrada a estrutura dialética do processo. Nesse contexto, deve-se considerar que o processo penal se divide, basicamente, em três fases: pré-processual (investigação preliminar), processual (na qual se perfectibiliza o contraditório) e execução (cumprimento da pena estabelecida pela sentença definitiva[56]). O artigo 155 do Código de Processo Penal preceitua que:

> O juiz formará sua convicção pela livre apreciação da prova produzida em contraditório judicial, não podendo fundamentar a sua decisão exclusivamente nos elementos informativos colhidos na investigação, ressalvadas as provas cautelares, não repetíveis e antecipadas.[57]

---

[56] Não há como se dizer que a execução penal - vale frisar, momento em que o Estado concretiza no mundo dos fatos a sentença penal condenatória proferida pelo Juiz – não é uma fase do processo penal. Isso porque, trata-se de um procedimento judicializado, no qual se discute o *status libertatis* do indivíduo que está cumprindo pena sob a fiscalização de um julgador, participação do Ministério Público e da Defesa.

[57] BRASIL. Código de Processo Penal. **Decreto-lei nº 3689/41**. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/decreto-lei/Del3689.htm>. Acesso em: 13 mar. 2016.

O referido texto legal estabelece a garantia de jurisdição e a distinção entre atos de investigação e atos de prova, ao afirmar que o magistrado deverá formar a sua convicção a partir da prova produzida em contraditório judicial. A garantia de jurisdição é estruturante do processo penal, na medida em que sem ela falta o elemento-chave para o estabelecimento da estrutura dialética do processo, devendo ser vista no contexto das garantias orgânicas da magistratura, de modo a orientar a inserção do juiz no marco institucional da independência, pressuposto da imparcialidade.[58]

A distinção entre atos de investigação e atos de prova é explicada por Lopes Jr. e Gloeckner[59] a partir das seguintes características:

> Atos de prova são aqueles que (1) estão dirigidos a convencer o juiz de uma afirmação; (2) estão a serviço do processo e integram o processo penal; (3) dirigem-se a formar a convicção do juiz para o julgamento final – tutela de segurança; (4) servem à sentença; (5) exigem estrita observância da publicidade, contradição e imediação; (6) são praticados ante o juiz que julgará o processo.
>
> [...] os atos de investigação – realizados durante a investigação preliminar – (1) não se referem a uma afirmação, mas a uma hipótese; (2) estão a serviço da investigação preliminar e para o cumprimento de seus objetivos; (3) servem para formar um juízo de probabilidade e não a convicção do juiz para o julgamento; (4) não exigem estrita observância da publicidade, contradição e imediação, pois podem ser restringidas; (5) servem para a formação da *opinio delicti* do acusador; (6) não estão destinados à sentença, mas a demonstrar o *fumus commissi delicti*; (7) também serve de fundamento para as decisões interlocutórias e medidas cautelares pessoais ou reais; (8) podem ser praticados pelo Ministério Público ou Polícia Judiciária.[60]

Analisando o valor probatório dos atos de investigação, no contexto do ordenamento jurídico brasileiro, no qual não existe a exclusão física dos autos do inquérito policial (investigação preliminar) e, tampouco, o juiz de garantias[61], Giacomolli[62] ressalta que os depoimentos extrajudiciais possuem valor probatório relativo, tendo em vista que as informações prestadas na fase preliminar não são obtidas com as garantias do contraditório e da ampla defesa, de forma plena.

---

[58] LOPES JR, Aury; GLOECKNER, Ricardo Jacobsen. **Sistemas de Investigação Preliminar no Processo Penal**. São Paulo: Saraiva, 2015, p.546.

[59] *Ibid.*, p.322-3.

[60] *Ibid.*

[61] Em se tratando da contaminação do inquérito policial na fase processual, Lopes Jr. E Gloeckner ressaltam dois grandes problemas. O primeiro está intimamente relacionado com a ausência de uma verdadeira fase intermediária, presidida por um juiz distinto daquele que irá sentenciar (juiz de garante da investigação preliminar). O segundo acarreta como sugestão uma urgente reforma que determine a exclusão física do inquérito policial dos autos do processo, evitando o que o legislador espanhol em 1995 definiu como indesejáveis confusões de fontes cognoscitivas atendíveis, contribuindo, assim, para orientar sobre o alcance e a finalidade prática probatória realizada no debate. O sistema italiano também utiliza esta técnica, eliminando as peças da *indagini preliminar* dos autos do processo. (*Ibid.*, p.329).

[62] GIACOMOLLI, Nereu. **A fase preliminar do processo penal**: crises, misérias e novas metodologias investigatórias. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2011, p.117.

A perspectiva de que os depoimentos produzidos nos autos da investigação preliminar possuem valor relativo, pois não produzidos sob o crivo do contraditório judicial, persiste correta mesmo com advento da Lei nº 13.245/16[63]. A referida legislação inseriu o inciso XXI no artigo 7º do Estatuto da Advocacia e da Ordem dos Advogados do Brasil, preceituando se tratar de prerrogativa funcional do advogado assistir a seus clientes investigados, sob pena de nulidade absoluta do respectivo interrogatório ou depoimento e, subsequentemente, de todos os elementos investigatórios e probatórios dele decorrentes ou derivados, direta ou indiretamente, podendo, inclusive, no curso da respectiva apuração apresentar razões e quesitos.

Não obstante a ampliação da atuação do advogado no âmbito do inquérito policial – aspecto que, de certa forma, já possuía previsão legal a partir de uma leitura conjugada do artigo 5º, inciso LV, da Constituição Federal e do artigo 14 do código de processo penal – os atos investigatórios continuam se destinando à formação da *opinio delicti* do órgão acusatório. Assim, o valor probatório dos elementos informativos constantes no inquérito policial exaure-se com o recebimento da denúncia, no momento da avaliação da existência de justa causa[64] para a instauração da fase processual.

Todavia, quando se está diante de provas cautelares, não repetíveis e antecipadas, essa distinção acaba ganhando contornos mais "acinzentados". As provas não repetíveis ou não renováveis são aquelas que, por sua própria natureza, tem de ser realizadas no momento do seu descobrimento, sob pena de perecimento ou impossibilidade de posterior análise, normalmente relacionadas com as provas técnicas.

Ainda, se tomarmos como base a referência normativa do artigo 155 do Código de Processo Penal, o qual permite ao magistrado fundamentar sua decisão final (sentença) com base nesses elementos de prova, tais atos inicialmente de investigação acabam se tornando atos de prova. Dessa forma, embora produzidos na investigação preliminar, deverão ser

---

[63] BRASIL. **Lei nº 13.245/16**. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_ato2015-2018/ 2016/ lei/L13245.htm>. Acesso em: 25 maio 2016.

[64] De acordo com Assis Moura, até hoje ainda não se precisou bem o conceito processual penal de "justa causa", o que explica a grande controvérsia existente na concepção de justa causa para a prisão, para a ação penal e para a condenação. Para a autora, é inviável estabelecer uma definição absoluta de justa causa, mas apenas um conceito – limite praticável para análise no caso concreto, sendo que a pergunta a ser feita é a seguinte: Há, segundo a ordem jurídica vigente, causa legítima para a coação processual? Respondendo a indagação, afirma ser factível a análise, pelo magistrado, da existência ou não de justa causa. (MOURA, Maria Thereza Rocha de Assis. **Justa Causa para a Ação Penal**. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2001, p.165-77). Nos Tribunais Superiores, exemplificativamente, cita-se o RHC 20718 (DJ 07/05/2013) julgado pelo Superior Tribunal de Justiça, cujo teor ressalta ser entendimento pacífico a admissibilidade do trancamento da ação penal em sede de *habeas corpus* quando patente a ausência de indícios de autoria, de prova da materialidade delitiva, ou quando de plano se vislumbra a atipicidade da conduta e a extinção da punibilidade.
No âmbito do Supremo Tribunal Federal, também exemplificativamente, pode-se citar o HC 106941/MS (DJ 28/10/2014) da Primeira Turma, julgado este que ressalta a possibilidade de trancamento de procedimento investigatório ou de ação penal quando estiverem comprovadas, de logo, a atipicidade da conduta, a extinção da punibilidade ou a evidente ausência de justa causa.

submetidos ao crivo do contraditório judicial (mesmo que na forma diferida), que deverá ser devidamente regulamentado de acordo com a peculiaridade de cada meio de obtenção de prova. Somente após a perfectibilização do contraditório judicial, ao final do processo, em sendo consideradas válidas tais provas, poderão servir de fundamento no momento em que o magistrado profere a sentença, transformando-se em verdadeiros atos de prova.

Conforme Lopes Jr. e Gloeckner[65], pela impossibilidade de repetição em iguais condições, tais provas deveriam ser colhidas pelo menos sob a égide da ampla defesa (isto é, na presença fiscalizante da defesa técnica), posto que são provas definitivas e, via de regra, incriminatórias (exemplos: exame de corpo de delito, apreensão de substância tóxica em poder do autor do fato). A participação da defesa em contraditório não deve se restringir apenas às provas periciais, mas também as interceptações telefônicas, busca e apreensão, informações obtidas por agente infiltrado, ação controlada, vale dizer, todos meios de obtenção de prova que tem sido utilizados na persecução criminal e que acarretam o tensionamento dos direitos fundamentais do indivíduo.

Amodio[66] analisando o ordenamento jurídico italiano, destaca a falta de efetividade do controle jurisdicional na fase preliminar, principalmente no fenômeno do *maxiprocesso*[67], o que influenciou patologicamente todo o processo penal italiano. Nesses casos, o uso dos meios de obtenção de prova invasivos aos direitos fundamentais se tornaram a regra e, consequentemente, as provas não repetíveis, acabam assumindo importante papel no deslinde da fase processual, influenciando sobremaneira na captura psíquica do juiz.

Assim, a fase do *dibattimento* no *maxiprocesso* acaba sendo impraticável (*maxidibattimento*), o que favorece o trabalho do órgão acusatório.[68] Em verdade, principalmente no contexto do processo penal brasileiro onde não há o juiz de garantias, ou seja, o mesmo juiz que autorizou, por exemplo, uma interceptação telefônica é o juiz que vai proferir a sentença, a fase processual torna-se um mero simulacro e os elementos produzidos na fase pré-processual (provas não repetíveis) acabam assumindo um papel decisivo no processo, quase incontestável aos olhos do julgador que autorizou o uso do respectivo meio de obtenção de prova. Essa é a grande problemática na banalização do uso desses meios de

---

[65] LOPES JR.; GLOECKNER, 2015, p.328.

[66] AMODIO, 2003, p.252.

[67] A *fattispecie* do *maxiprocesso* conduz a três objetivos: (a) criminalidade organizada ou subversiva; (b) ilícitos que são a expressão de uma ilegalidade de massa; e (c) delitos que determinam uma lesão de massa. (AMODIO, 2003, p.253). Normalmente, tratam-se de processos complexos, com um grande número de réus e volume de documentos, bem como nos quais é comum de novos meios de obtenção de prova invasivos a direitos fundamentais como a interceptação telefônica, quebras de sigilo fiscal, bancário e telefônico, infiltração, delação premiada, entre outros.

[68] AMODIO, *op. cit.*, p.261.

prova e, por isso, as regras do contraditório devem ser devidamente definidas e cumpridas no curso do processo, diante de um juiz imparcial, assegurada a *par conditio*.

Assim, as provas não repetíveis, cautelares ou antecipadas – embora sejam produzidas no âmbito da investigação preliminar – irão persistir no processo após a formulação da *opinio delicti* do acusador, mesmo naqueles sistemas processuais que normatizam a exclusão física dos autos do inquérito.[69] Como frisado, no Brasil, o artigo 155 do código de processo penal preceitua, expressamente, que o magistrado poderá firmar sua convicção nesses elementos de prova irrepetíveis, cautelares e antecipadas.

Dessa forma, para que as provas obtidas por meio dos meios ocultos de investigação possam servir como elemento de convicção para o julgador é imprescindível o respeito ao contraditório. Entretanto, no Brasil existe um déficit legislativo nesse sentido, isto é, são inseridos pela *novel* legislação os meios de obtenção de prova necessários à persecução da criminalidade organizada e complexa, contudo, a previsão legal acerca de como se dará o procedimento é insuficiente, seja na fase pré-processual (o que amplia sobremaneira a arbitrariedade no uso dessas medidas) ou na fase processual (dificultando o exercício do contraditório com todos os recursos a ele inerentes). Consequentemente, esse déficit normativo acaba sendo uma grande dificuldade a ser enfrentada no curso do processo.

Deve-se pensar na maximização das garantias processuais penais do indivíduo que responde ao processo, possibilitando o devido processo penal com todos os seus consectários. Em outras palavras, o procedimento deve se dar em contraditório conforme ensina Fazzalari[70], também nesses meios de obtenção de prova, para que a fase judicial não se torne um mero simulacro de processo, o que é inadmissível no Estado Democrático de Direito.

Na verdade, é preciso pensar a partir da ideia do homem como sujeito de direitos no processo penal, o que impõe o uso excepcional dos meios de obtenção de prova que ofendem tais direitos e garantias fundamentais, bem como a implementação de mecanismos de fiscalização e controle, durante e posteriormente à realização da medida investigativa, tendo em conta que o nosso processo penal deve estar norteado consoante os princípios do Estado Democrático de Direito.[71]

---

[69] GIACOMOLLI, 2011, p.116-7. O autor complementa que não há como esperar o impossível, ou seja, a ausência de contaminação das peças do inquérito policial no processo penal. Por isso, o corretivo seria a exclusão física dos autos da investigação preliminar, excetuando as provas irrepetíveis, cautelares ou antecipadas.

[70] FAZZALARI, Elio. **Istituzioni di diritto processuale**. Padova: CEDAM, 1996, p.82-5.

[71] VALENTE, 2008, p.181-2.

2.2.3 Presunção de inocência, carga da prova e o *in dubio pro reo*

O princípio da presunção de inocência surgiu como uma necessidade de ruptura com a mentalidade processual da Idade Média em que vigorava o modelo inquisitório[72], no qual o acusado era tratado como mero objeto do processo, bem como se presumia culpado cabendo-lhe o ônus probatório.[73] Nesse contexto do processo inquisitivo, o grande objetivo era buscar evidências do delito e fazer o acusado confessar, mirando a extração de uma verdade histórica que somente ele possui, indiferentemente a qualquer limite legal e com o (ab)uso da prisão cautelar. Obtida a confissão (rainha das provas), o inquisidor não necessitava de mais nada, pois o sistema probatório era previamente tarifado.

No processo inquisitivo, a presunção de inocência foi até mesmo invertida, sendo que a dúvida gerada pela insuficiência de provas equivalia a uma semiprova, que comportava um juízo de semiculpabilidade e semicondenação a uma pena leve, configurando, na verdade, uma presunção de culpabilidade.[74] Conforme o *Directorium Inquisitorum de Eymerich*, a orientação dada aos inquisidores era: "o suspeito que tem uma testemunha contra ele é torturado". "O suspeito contra quem se reuniu um ou vários indícios deve ser torturado. Suspeita e indícios são suficientes". "Um boato e um depoimento constituem, juntos, uma semi prova e isso é suficiente para uma condenação".[75-76]

---

[72] Ferrajoli centra o estudo da epistemologia inquisitiva em dois aspectos principais. O primeiro corresponde a uma concepção intrínseca de delito (substancialismo penal), ou seja, a resposta penal não recairia sobre fato (pré)determinado através do princípio da legalidade, pelo contrário, seria dirigida à pessoa classificada como herege, perversa, delinquente. A definição de desvio punível é construída mediante a coligação entre as simétricas noções de direito e moral. Logo, a intervenção jurídica ocorria no âmbito do pensamento. A noção de criminoso confundia-se com a de herege, razão pela qual, sob a perspectiva da Igreja Católica, a pessoa antes de ser um criminoso era um pecador. O segundo elemento da epistemologia inquisitiva é o decisionismo processual, que corresponde ao efeito da falta de fundamentos empíricos precisos e da consequente subjetividade dos pressupostos da sanção nas aproximações substancialistas e nas técnicas conexas de prevenção e de defesa social. (FERRAJOLI, Luigi. **Derecho y Razón**: teoría del garantismo penal. Madrid: Trotta, 1995, p.40-44).

[73] VALENTE, Manuel Monteiro Guedes. **Processo Penal**: Tomo I. Coimbra: Almedina, 2010, p.159-60.

[74] FERRAJOLI, *op. cit.*, p. 40-4.

[75] Conforme Boff, o controle e a repressão realizados pela Igreja Católica foram intensificados no século XII, culminando no édito de perseguição aos hereges promulgado em 1232 pelo Imperador Frederico II. Os dogmas católicos tornaram-se incontestáveis, sendo descabidos quaisquer questionamentos (racionais ou do coração). Vigorava a intolerância em decorrência de uma concepção de "verdade absoluta" sustentada por uma metafísica religiosa. A doutrina católica era a única verdade admissível e os membros que a difundiam (Papa e Bispos) gozavam do privilégio da infalibilidade. Não havia outra leitura possível do livro sagrado. o *Directorium inquisitorum* (Diretório dos inquisidores) consiste num verdadeiro manual que trata de toda a lógica da inquisição. Segundo este manual, herética é toda proposição que se oponha: (a) a tudo o que esteja expressamente contido nas Escrituras; (b) a tudo que decorra necessariamente do sentido das Escrituras; (c) ao conteúdo das palavras de Cristo, transmitida aos apóstolos, que, por sua vez, as transmitiram à Igreja; (d) a tudo o que tenha sido objeto de uma definição em alguns concílios ecumênicos; (e) a tudo que a Igreja tenha proposto à fé dos fiéis; (f) a tudo o que tenha sido proclamado, por unanimidade, pelos Padres da Igreja, no que diz respeito à reputação da heresia; (g) a tudo o que decorra, necessariamente, dos princípios estabelecidos nos itens c, d, e f. (BOFF, Leonardo. "Prefácio. Inquisição: um espírito que continua a existir." *In*: **Directorium Inquisitorium** – Manual dos Inquisidores. Nicolau Eymerich. Brasília, Rosa dos Tempos, 1993, p.10-13).

[76] EYMERICH, Nicolau. **Directorium Inquisitorum** – Manual dos Inquisidores. rev. e ampl. por Francisco de La Peña em 1578. Brasília: Rosa dos Tempos, 1993, p.208-13.

No contexto de ruptura com este modelo de processo penal, os pensadores do iluminismo carregavam consigo a ansiedade de reação contra o processo inquisitório, adequado a um Estado que se sobrepunha implacavelmente à liberdade individual do cidadão.[77] Conforme Beccaria[78], "é inocente, segundo as leis, o homem cujos delitos não estão provados". Assim, o jusnaturalismo teológico que permeava a forma de pensar na Idade Média começa a ceder terreno a uma justificativa antropológica, num verdadeiro giro interpretativo.[79]

A ideia de pacto social desencadeia um processo civilizatório de limitação do poder punitivo estatal através da reserva legal e da criação de direitos e garantias individuais. Com isso, solidificou-se a estrutura principiológica do direito e do processo penal moderno, perspectiva dentro da qual se insere o princípio da presunção de inocência, além da independência e imparcialidade do julgador que buscam a racionalização do poder punitivo.

A efetiva ruptura com os excessos e arbítrios do poder punitivo impregnados no modelo inquisitivo tem a sua consagração com o artigo 9º da Declaração dos Direitos do Homem e do Cidadão de 26 de agosto de 1789. Conforme afirma Valente[80], o iluminismo carregava a ansiedade de reação contra o processo inquisitivo, sendo que a presunção de inocência surgiu como uma necessidade para esse corte.

Entretanto, mesmo após a Declaração dos Direitos do Homem e do Cidadão, o princípio da presunção de inocência sofreu ataques no fim do século XIX e início do século XX. O primeiro ocorreu a cargo da Escola Positiva Italiana: Ferri e Garofalo, em coerência com suas opções substancialistas, consideraram "vazia", "absurda" e "ilógica" a presunção de inocência, exigindo a prisão provisória obrigatória e generalizada para os delitos mais graves. O golpe decisivo dado ao princípio foi de autoria de Manzini, que estigmatizou a fórmula como "um estranho absurdo extraído do empirismo francês", chegando a equiparar os indícios que justificam a imputação à prova da culpabilidade.[81]

O raciocínio era o seguinte: como a maior parte dos imputados resultavam ser culpados ao final do processo, não há o que justifique a proteção e a presunção de inocência. Com base na doutrina de Manzini citada por Ferrajoli[82], o próprio Código Rocco de 1930 não consagrou a presunção de inocência, pois era vista como "*una extravagância derivada de los*

---

[77] VALENTE, 2010, p.160.
[78] BECCARIA, Cesare. **Dos delitos e das penas**. São Paulo: Martins Fontes, 1991, p.93.
[79] CARVALHO, Salo de. **Pena e Garantias**. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2003, p.24.
[80] VALENTE, *op. cit.*, p.161.
[81] FERRAJOLI, 1995, p. 550-1.
[82] *Ibid*.

antigos conceptos, nascidos de los princípios de la Revolución francesa, que llevan a las garantias individuales a los más exagerados e incoerentes excesos".

No contexto contemporâneo, mesmo com a consagração da presunção de inocência na grande maioria das constituições modernas, ainda se verificam alguns retrocessos. No Brasil, até o julgamento do *habeas corpus* nº 84.078/MG (DJ 05/02/2009) pelo Tribunal Pleno do Supremo Tribunal Federal[83], era admitida possibilidade de execução antecipada de pena, sob o argumento de que os recursos especial e extraordinário não possuíam efeito suspensivo. Assim, a decisão condenatória proferida em sede de Tribunal de Apelação poderia ser executada desde logo, mesmo pendente de julgamento recursos aos Tribunais Superiores, não obstante a consagração constitucional da presunção de inocência. Com advento do referido julgamento, consagrou-se a plena validade da garantia processual penal da presunção de inocência e, em última análise, a própria dignidade da pessoa humana, vedando-se a aplicação antecipada da pena, vale dizer, o cumprimento da pena antes do trânsito em julgado da sentença penal condenatória.

A decisão proferida pelo Supremo Tribunal Federal no julgamento do *habeas corpus* nº 84.078/MG consistiu em um grande avanço no sentido de consagrar as garantias constitucionais e o Estado Democrático de Direito. Entretanto, em fevereiro de 2016, o *habeas corpus* nº 126.292/SP julgado pelo Tribunal Pleno[84] deu um passo atrás nesse entendimento, o que consistiu num verdadeiro retrocesso democrático, ao aceitar novamente a execução antecipada de pena após o julgamento de segundo instância. Sustentou a Suprema Corte, por maioria, que não há ofensa constitucional à presunção de inocência, pois os Tribunais de Apelação esgotam a análise dos fatos e das provas que assentam a culpabilidade do acusado.

Entretanto, o princípio da presunção de inocência, ao preceituar que ninguém poderá ser considerado culpado até o trânsito em julgado de sentença penal condenatória, abrange todos os aspectos do processo, sejam fáticos ou jurídicos, incluindo, portanto, a garantia constitucional do devido processo legal (artigo 5º, LIV) que deve ser respeitada para haja o trânsito em julgado[85]. Assim, caso a defesa esteja discutindo a validade do processo por alegada ofensa ao devido

---

[83] BRASIL. Tribunal Pleno do Supremo Tribunal Federal. **HC nº 84.078/MG (DJ 05/02/2009**. Disponível em: <http://www.stf.jus.br/portal/processo/verProcessoAndamento.asp?numero=84078&classe= HC& codigo Classe= 0&origem=JUR&recurso=0&tipoJulgamento=M>. Acesso em: 28 abr. 2016.

[84] *Id*. Tribunal Pleno do Supremo Tribunal Federal. **HC nº 126.292/SP**. Disponível em: <http://www.stf.jus.br/portal/processo/verProcessoAndamento.asp?numero=84078&classe= HC& codigo Classe= 0&origem=JUR&recurso=0&tipoJulgamento=M>. Acesso em: 28 abr. 2016.

[85] Inclusive, o sistema processual penal brasileiro possibilita a revisão criminal quando a sentença condenatória for contrária à texto expresso de lei, nos termos do artigo 621, inciso I, do código de processo penal.

processo legal ou, ainda, a ilicitude dos meios probatórios utilizados pelo órgão acusatório (artigo 5º, LVI), a sentença penal condenatória ainda é passível de reversão.

Em outras palavras, o princípio da presunção de inocência não pode ser interpretado de forma dissociada da garantia do devido processo legal, como fez o Supremo Tribunal Federal no julgamento do o *habeas corpus* nº 126.292/SP ao restringir a aplicação da presunção de inocência à discussão fático-probatória.

Não se pode aceitar o cumprimento de uma pena privativa de liberdade antes de encerrada a discussão acerca da culpabilidade do acusado, que também abrange o respeito ao devido processo legal e as proibições de provas – ambas garantias processuais e cláusulas pétreas da Constituição. O indevido encarceramento pode acarretar dano grave e irreparável ao sujeito de direitos (ainda réu no processo penal), sobremaneira considerando a realidade carcerária brasileira.

Não obstante todas essas oscilações, inclusive na jurisprudência da Suprema Corte do Brasil, a presunção de inocência continua sendo consagrada como princípio basilar do Estado de Direito. Explica Ferrajoli[86] que a presunção de inocência é decorrência do princípio da jurisdicionalidade, pois se trata de atividade necessária para obtenção da prova de que alguém cometeu um delito. Essa prova deve ser produzida em um processo regular, caso contrário nenhum delito pode considerar-se cometido e ninguém pode ser considerado culpado nem submetido a uma pena (*nulla poena sine culpa, nulla culpa sine judicio*).

O conteúdo da presunção de inocência está no seu âmago ligado à liberdade individual, devendo ser compatibilizado com outros valores constitucionais que representam direitos, liberdades e garantias[87]. Somente quando demonstrada a excepcional necessidade de decretação de alguma medida cautelar pessoal, que pode haver alguma restrição ao direito de locomoção. A aplicação de medida cautelar pessoal é situação completamente diversa da execução (automática e antecipada) da pena privativa de liberdade após julgamento pelo Tribunal de Apelação, pois o

---

[86] FERRAJOLI, 1995, p.549.

[87] A prisão preventiva (como qualquer outra medida cautelar) possui caráter instrumental e, portanto, sua finalidade é garantir o normal desenvolvimento do processo e, como consequência, a eficaz aplicação da lei penal. Sob essa ótica deve ser encarada a prisão cautelar, considerando o princípio da presunção de inocência assegurado a todos os cidadãos que respondem a processo criminal. Logo, a liberdade é a regra! Prisão é a exceção! E a exceção deve ser devida e idoneamente fundamentada. Assim, além de preencher o pressuposto legal previsto no artigo 313, inciso I, do Código de Processo Penal (crime doloso com pena privativa de liberdade superior a quatro anos), devem estar presentes os requisitos (*fumus commissi delicti* – prova da materialidade do crime e indícios suficientes de autoria) e os fundamentos (*periculum libertatis* - perigo para o processo que decorre do estado de liberdade do sujeito passivo, conforme disposto no art. 312 do CPP). As demais medidas cautelares pessoais estão previstas no artigo 319 do Código de Processo Penal. Para Lopes Jr, os limites de aplicação da prisão preventiva devem ser utilizados também como balizadores das medidas cautelares diversas da prisão. (LOPES JR., Aury. **O Novo Regime Jurídico da Prisão Processual, Liberdade Provisória e Medidas Cautelares Diversas**. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2011, p. 125-8).

devido processo legal não foi inteiramente concretizado e, enquanto perdurar o trâmite do devido processo legal, a presunção que deve preponderar é a de inocência.

Isso, pois, no Estado Democrático de Direito, o princípio da presunção de inocência está em conexão com a dignidade da pessoa humana, do qual decorre o direito assegurado a todos indivíduos de ter um processo criminal com todas as garantias de defesa. Também deve ser considerado como uma regra política, baseada nos princípios da democracia, da liberdade e, essencialmente, do respeito à dignidade humana.[88]

Portanto, a presunção de inocência deve ser tratada como princípio reitor do processo penal, sendo que todos os seus desdobramentos devem ser maximizados, especialmente no que se refere à carga probatória e as regras de tratamento do imputado como o *in dubio pro reo*.

Esse dever de tratamento, explica Lopes Jr.[89], atua em duas dimensões: interna e externa ao processo. No âmbito interno, a presunção de inocência implica um dever de tratamento por parte do juiz e do acusador, que deverão efetivamente tratar o réu como inocente, não (ab)usando das medidas cautelares e, também, atribuindo a carga probatória integralmente ao acusador. Na dimensão externa, a presunção de inocência impõe limites à publicidade abusiva e à estigmatização do acusado (diante do dever de tratá-lo como inocente).

Em consequência ao dever de tratamento interno ao processo, deve-se garantir que será mantido o estado de inocência até o trânsito em julgado da sentença condenatória. Assim, ao imputado não lhe incumbe provar absolutamente nada, existindo uma presunção que deve ser destruída pelo acusador, pois lhe incumbe integralmente a carga probatória, acarretando a inadmissibilidade de qualquer presunção de culpa.

Explica Valente[90] que o princípio de presunção de inocência surge também como princípio de prova, mas não só no sentido de que o ônus probatório cabe a quem acusa, mas também no sentido de que, em caso de dúvida, o arguido deve ser considerado inocente

[88] VALENTE, 2010, p. 161-70.
[89] LOPES JR., 2017b, p. 353-5.
[90] VALENTE, *op. cit.*, p. 161-77.

(corolário da presunção de inocência). O *in dubio pro reo*[91], nesse contexto, apresenta-se como limite normativo a livre apreciação da prova, pois impede que o julgador tome alguma decisão desfavorável ao acusado, em situações nas quais há fatos duvidosos.

Trata-se de um critério pragmático para solução da dúvida judicial, o que vem a corroborar a carga probatória de demonstrar a ocorrência do crime atribuída ao acusador. Conforme Ferrajoli[92], a carga da prova, o contraditório e a motivação são três condições ou garantias que se encontram na regra de tratamento do *in dubio pro reo,* reduzindo a arbitrariedade da convicção judicial e assegurando a máxima segurança possível das decisões condenatórias.

Nesse contexto, a acusação tem a carga de descobrir hipóteses e provas, e a defesa tem o direito (não o dever) de contradizer mediante contra hipóteses e contraprovas. O juiz deve ter como hábito profissional a imparcialidade e a dúvida, aceitando a tese acusatória somente se estiver provada (acresça-se: por meios probatórios lícitos); e não a aceitando, se desmentida ou não restar suficientemente provada.[93]

Nosso código de processo penal, em seu artigo 156, preceitua a regra geral da carga probatória, sendo que a prova da alegação incumbirá a quem a fizer. Ao final da década de 1990, Afrânio Jardim[94] criticou a postura da *práxis* forense, pois não se via a aplicação do princípio do *in dubio pro reo* de forma integral, num sistema lógico e harmônico, principalmente quando se tratava da distribuição do ônus da prova, que permanecia de forma muito semelhante àquela consagrada no Código de Processo Civil.

---

[91] Paulo Rangel apresenta uma crítica bastante consistente ao *in dubio pro societate,* o qual consiste, conforme doutrina tradicional, em um critério jurisprudencial de interpretação aplicado no momento da decisão de pronúncia, ou seja, na dúvida, diante do material probatório que lhe é apresentado, deve o juiz decidir sempre a favor da sociedade, pronunciando o réu e o mandando a júri, para que o conselho de sentença manifeste-se sobre a imputação feita. Ocorre que, se há dúvida, é porque o Ministério Público não logrou êxito na acusação que formulou em sua denúncia, sob o aspecto da autoria e materialidade, não sendo admissível que sua falência funcional seja resolvida em desfavor do acusado, mandando-o a júri, onde o sistema que impera é o da íntima convicção, com base em um critério sem qualquer sustentação constitucional. (RANGEL, Paulo. **Direito Processual Penal**. São Paulo: Atlas, 2014, p. 652-653). Streck sustenta que o neoconstitucionalismo e a abertura do direito positivo para a "era dos princípios" possibilitou a criação de um considerável número de *standarts* interpretativos, com uma absoluta falta de critérios para sua definição, o que denota os problemas enfrentados para institucionalização de princípios efetivamente de índole constitucional. (STRECK, Lenio Luiz. Neoconstitucionalismo, positivismo e pós-positivismo. *In*: _____. **Garantismo, hermenêutica e (neo)constitucionalismo**: um debate com Luigi Ferrajoli. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2012, p.64-8). Exemplificativamente, a partir dos ensinamentos de Streck, o princípio constitucional da presunção de inocência (*in dubio pro* reo) acaba por ser relativizadona prática forense em detrimento de um *standart* interpretativo (*in dubio pro societate*) sem sustentação constitucional, o que acarreta a ampliação dos espaços de discricionariedade judicial.

[92] FERRAJOLI, 1995, p. 152-4.

[93] *Ibid*.

[94] JARDIM, Afranio Silva. **Direito Processual Penal**. Rio de Janeiro: Forense, 1999, p. 212-3.

Assim, caberia à defesa provar cabalmente a excludente de antijuridicidade ou de culpabilidade, sendo que a dúvida sobre fatos que ensejariam o reconhecimento de uma destas dirimentes não aproveitaria o réu, pois o Ministério Público teria provado o que lhe competia e a condenação seria uma consequência inarredável. A jurisprudência brasileira acabou por incorporar esses conceitos em termos de ônus da prova, inclusive exarcebando-os, conforme se verifica, por exemplo, na imposição do ônus à defesa de comprovar eventual álibi arguido, entendimento que corriqueiramente é adotado pelos tribunais de apelação brasileiros.[95]

Knijnik[96] defende que no processo penal basta que a tese defensiva tenha um "grau de probabilidade", enquanto que a acusação deveria ser plenamente provada. Haveria, portanto, para a defesa um ônus probatório, não um ônus de provar plenamente a ocorrência da excludente, bastando gerar uma dúvida razoável, gerando dúvida ao juiz quanto à ocorrência da excludente. Com advento da reforma dos procedimentos processuais penais, determinada pela Lei nº 11.690/2008, embora não tenha sido abandonada ainda a categoria da distribuição do ônus da prova e ainda incumba ao acusado provar que agiu amparado por alguma excludente de ilicitude ou culpabilidade, a aplicação do princípio da presunção de inocência e do *indubio pro reo* restou consagrada nas situações das excludentes do crime. Isto é, quando houver dúvida com relação às circunstâncias excludentes da antijuridicidade (legítima defesa, estado de necessidade, estrito cumprimento do dever legal e exercício regular de direito) e de culpabilidade (imputabilidade, inexigibilidade de conduta diversa e potencial consciência da ilicitude), nos termos do artigo 386, inciso VI, do código de processo penal, deverá o juiz proferir sentença absolutória.

Contudo, conforme ensina Lopes Jr.[97], o processo penal trata de bens jurídicos indisponíveis, o que inviabiliza qualquer aplicação automática das categorias do processo civil. Não se pode negar a aplicação do princípio do *in dubio pro reo* e, tampouco, admitir sua aplicação parcial.

---

[95] Exemplificativamente, cita-se o trecho da apelação criminal nº 2000.04.01.033778-7/RS (TRF4, Oitava Turma, Des. Rel. Élcio Pinheiro de Castro), na qual o voto referiu que "não produzindo a defesa sequer indícios ou mero começo de prova que configuram credibilidade ao álibi invocado, não se pode atribuir à acusação o ônus de fazer contra prova desses fatos, consoante a regra estatuída pelo artigo 156 do Código de Processo Penal". (RIO GRANDE DO SUL. TRF4. **Apelação criminal nº 2000.04.01.033778-7/RS**. Disponível em: <http://www.trf4.jus.br>. Acesso em: 23 jul. 2016). Ainda, também a de modo a ilustrar a ofensa ao *in dubio pro reo*, a apelação criminal nº 70045299112 (TJRS, Oitava Câmara Criminal, Des. Rel. Naele Ochoa Piazzeta) refere que "o álibi invocado no interrogatório não encontrou substrato probatório no curso da instrução. Defesa técnica que deixou de implementar ônus que lhe incumbia, nos moldes do que determina regra contida no artigo 156 do Código de Processo Penal". (RIO GRANDE DO SUL. TJRS. **Apelação criminal nº 70045299112**. Disponível em: <http://www.tjrs.jus.br>. Acesso em: 23 jul. 2016).

[96] KNIJNIK, 2007, p.106-7.

[97] LOPES JR., 2017b, p.355-6.

Lopes Jr.[98] e Badaró[99] defendem ser um erro atribuir à defesa o ônus de provar uma alegada excludente, analisando o crime sob o ponto de vista de seu conceito analítico tripartido (fato típico, antijurídico e culpável), divisão artificial para melhor análise do delito, visto como um fenômeno unitário. A carga do acusador é de provar o alegado, ou seja, que o réu praticou (autoria) um crime (materialidade de um fato típico, ilícito e culpável).

No mesmo sentido, Jardim[100] refere a divisão da infração penal em elementos ou requisitos tem uma finalidade meramente metodológica na ciência penal, sendo o crime um todo indivisível. Assim, o Estado somente poderá, processualmente, ver acolhida sua pretensão punitiva se provar que o réu praticou uma conduta típica, ilícita e culpável, ou seja, este todo indivisível.

Nessa perspectiva, para que possa ser afastado o princípio da presunção de inocência, deve o órgão acusatório demonstrar, no curso do processo e sob o crivo do contraditório, a materialidade e a autoria do fato criminoso imputado ao acusado. Mais que isso, também é dever do órgão acusatório respeitar as proibições de prova (artigo 5º, inciso LVII), não podendo se valer de provas obtidas por meios ilícitos para derrubar a presunção de inocência que deve imperar no curso de todo o devido processo legal.

E, ainda, a presunção de inocência e o *in dubio pro reo* também devem prevalecer caso exista dúvida quanto à ilicitude da origem da prova - por exemplo, existe corrente probatória nos autos colocando em xeque a prova acusatória consistente na confissão, pois elementos de prova apontam que esta teria sido obtida mediante coação, o que configuraria indiscutível vedação probatória se cabalmente demonstrado. Em casos como este, se a origem lícita da prova for posta em dúvida através dos elementos probatórios produzidos sob o crivo do contraditório, também nesse viés deve ser aplicado o princípio do *in dubio pro reo*, vale dizer, deverá o julgador declarar a ilicitude da prova impugnada em decorrência da dúvida quanto à origem lícita desta, diante dos elementos de prova produzidos no curso do processo.

Portanto, em se tratando de matéria probatória, o princípio da presunção de inocência configura um dever de tratamento interno ao processo, com repercussões diretas na distribuição das cargas probatórias e aplicação do *in dubio pro reo* como critério pragmático para se garantir maior segurança nas sentenças condenatórias. Tal raciocínio está em consonância com a concepção de que o acusado nunca pode ser tratado como mero objeto do

---

[98] LOPES JR., 2017b, p.355-7.
[99] BADARÓ, 2003, 302-3.
[100] JARDIM, 1999, p.304-5.

processo, mas sim como sujeito de direitos, o que está no pano de fundo da presunção de inocência e seus desdobramentos processuais, inclusive no âmbito das proibições de prova.

2.2.4 Contraditório e ampla defesa

Os princípios do contraditório e da ampla defesa são amplamente assegurados, não apenas pelo direito constitucional brasileiro, mas também pelo direito supraconstitucional. A Declaração Universal dos Direitos do Homem, em seu artigo XI.1, preceitua que:

> Toda pessoa acusada de um ato delituoso tem o direito de ser presumida inocente até que a sua culpabilidade tenha sido provada de acordo com a lei, em julgamento público, no qual lhe tenham sido asseguradas todas as garantias necessárias à sua defesa.[101]

O artigo 11 desse mesmo diploma internacional assegura à pessoa acusada de um delito "todas as garantias necessárias à sua defesa".

O Pacto Internacional de Direitos Civis e Políticos, em seu artigo 14.3, *d*, reconhece a toda pessoa acusada de um delito o direito de

> estar presente no julgamento e defender-se pessoalmente ou por intermédio de defensor de sua escolha; de ser informado, caso não tenha defensor, do direito que lhe assiste de tê-lo e, sempre que o interesse da justiça assim exija, de ter um defensor designado *ex officio* gratuitamente, se não tiver meios para remunerá-lo.[102]

No mesmo sentido, a Convenção Interamericana de Direitos Humanos, em seu artigo 8º, elenca várias garantias judiciais relacionadas com a ampla defesa (8.1. direito de ser ouvido; 8.2. direito ao intérprete, à ciência prévia da acusação, a um tempo para preparar a defesa, à autodefesa, de constituir um defensor e de lhe ser destinado um defensor pelo Estado).[103]

Veja-se que todas essas garantias processuais foram incorporadas ao ordenamento jurídico brasileiro, ao reforçar a estrutura processual penal que se exige num Estado Democrático de Direito. No âmbito normativo interno, o artigo 5º, inciso LV, da Constituição Federal dispõe que "aos litigantes, em processo judicial ou administrativo, e aos acusados em geral são assegurados o contraditório e a ampla defesa, com os meios e recursos a ela

---

[101] DECLARAÇÃO Universal dos Direitos do Homem. Disponível em: <http:// www.ohchr.org/EN/UDHR/ Documents/UDHR_Translations/por.pdf>. Acesso em: 2 ago. 2016.

[102] PACTO Internacional de Direitos Civis e Políticos. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ ccivil_03/decreto/1990-1994/d0592.htm>. Acesso em: 2 ago. 2016.

[103] CONVENÇÃO Interamericana de Direitos Humanos. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ ccivil_03/decreto/d0678.htm>. Acesso em: 2 ago. 2016.

inerentes". Ainda, no procedimento do Júri aplicável aos crimes dolosos contra a vida, a Carta Magna estende essa garantia à plenitude de defesa, nos termos do artigo 5º, inciso XXXVIII, alínea *a*, considerando que os jurados decidem pela sua íntima convicção.[104]

Conforme Grinover, Gomes Filho & Scarance Fernandes[105] o direito de defesa e o contraditório estão indissoluvelmente ligados, porquanto é do contraditório que brota o exercício da defesa. Em contrapartida, é a ampla defesa – como poder correlato ao de ação – que garante o contraditório. A defesa, assim, garante o contraditório, mas também por este se manifesta e é garantida, existindo entre ambos uma íntima relação e interação. Conforme relata Grinover[106], ampla defesa e o contraditório – guardando íntima e indissolúvel relação entre si – colocam-se na base da regularidade do processo penal e da justiça da decisão, de modo a concretizar os instrumentos constitucionais-processuais que servem, também, para garantir a imparcialidade do juiz.

A tradição processual penal do *commonlaw* possui significativas contribuições no sentido de definir a importância e a abrangência do contraditório, o qual somente pode ser perfectibilizado no curso do procedimento se assegurada a *par conditio*. Explica Malan[107] que o sistema anglo-americano toma como preceito central o processo adversarial, cujos elementos estruturais pressupõem o choque agudo de provas apresentadas por adversários, num ambiente forense altamente estruturado para se garantir a passividade e imparcialidade do julgador. Tal ambiente caracteriza-se pela existência de um complexo conjunto de regras que disciplina a fase de julgamento e o comportamento das partes processuais, com o objetivo de facultar a elas as mesmas oportunidades.

A pedra angular do processo penal adversarial, portanto, é a visão de que o julgamento deve ser estruturado como uma disputa entre partes processuais em posição de igualdade, perante um órgão julgador que deve decidir o resultado da contenda. Os sujeitos processuais, por sua vez, devem ter posição e papéis definidos de forma clara, independentes e conflitantes. Espera-se a parcialidade tanto da acusação – com o objetivo precípuo de obter a condenação – como da defesa – que almeja a absolvição.[108]

---

[104] BRASIL. **Constituição Federal de 1988**. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03 constituicao/constituicao.htm>. Acesso em: 2 ago. 2016.

[105] GRINOVER, Ada Pelegrini; GOMES FILHO, Antonio Magalhães; FERNANDES, Antonio Scarance. **As nulidades no processo penal**. São Paulo: RT, 2012, p. 69-71.

[106] *Id*. Prova emprestada**.** *In*: **Revista brasileira de ciências criminais - RT**, São Paulo, ano 1, n.4, p.54-63, out.-dez. 1993, p.60.

[107] MALAN, Diogo Rudge. **Direito ao confronto no processo penal.** Rio de Janeiro: Lumen Júris, 2009, p.18-20.

[108] *Ibid.*, p.20-1.

Amodio[109], formulando sua construção teórica a partir da figura do *giusto processo* ou *fair trail*, em um estudo comparado com o modelo do *common law*, revela uma adesão a valores ético-políticos que se colocam acima da lei escrita, obtida segundo modelos de jusnaturalismo. Nessa linha, imparcialidade, *terzietà* (alheamento), contraditório, paridade entre as partes, direito à prova, razoável duração do processo são oriundos de um valor fundamental que está enraziado no *giusto processo*. O "*dibattimento*" torna-se o lugar privilegiado para contraposição dialética das provas das partes, protagonistas em sua produção mediante a técnica do exame direto, sendo a influência do rito adversarial bastante evidente no sistema italiano.

Fazzalari[110] explica que o processo é uma sequência de procedimentos do qual participam aqueles em cuja esfera jurídica o ato final é destinado a desenvolver efeitos, em contraditório, de modo que o autor do ato não possa obliterar as suas atividades, sendo que a estrutura dialética do processo é, justamente, o contraditório. Isso consiste na participação dos destinatários dos efeitos da decisão judicial em simétrica paridade de posições. Para se identificar o processo, portanto, é necessário que haja uma série de normas (atos e posições jurídicas) que se reportem às partes, assegurando um contraditório paritário como pressuposto do provimento e essência do processo. Nas palavras do autor:

> *Se, poi, al procedimento di formazione del provvedimento, alle attivitità preparatorie attraverso le quali si verificano i presupposti del provvedimento stesso, sono chiamati a partecipare, in una o più fasi, anche gl'interessati, in contraddittorio, cpgliamo l'essenza del processo: che è, appunto, un procedimento al quale, oltre all'autore dell'atto finale, partecipano, in contraddittorio fra loro, gl'interessati, cioè i destinatari degli effetti di tale atto.*[111]

Conforme Rangel[112], a instrução contraditória é inerente ao próprio direito de defesa, pois não se concebe um processo legal sem que se dê ao acusado a oportunidade de desdizer as afirmações feitas pelo Ministério Público em sua peça exordial. A outra parte também deve ser ouvida e, por isso, que se diz que há no contraditório informação e reação, consistindo na ciência bilateral dos atos e termos do processo e possibilidade de contrariá-los.

Por sua vez, Oliveira[113] refere que o processo penal caminha a passos largos no sentido de uma nova formulação do instituto, para nele incluir o princípio da *par conditio* ou da paridade de armas, na busca de uma efetiva igualdade processual. O contraditório, nessa linha, não só passaria a garantir o direito à informação de qualquer fato ou alegação contrária

---

[109] AMODIO, 2003, p.220.
[110] FAZZALARI, 1996, p.82-85.
[111] *Ibid.*, p.8.
[112] RANGEL, 2014, p.16-9.
[113] OLIVEIRA, Eugênio Pacelli de. **Curso de Processo Penal**. São Paulo: Atlas, 2014, p.43-4.

ao interesse das partes e o direito de reação a ambos, mas também asseguraria a oportunidade de resposta em mesmo grau e intensidade.

O contraditório representa, desse modo, o momento de verificação concreta e de síntese dos valores expressos pelo sistema de garantias constitucionais, não se podendo abrir mão de um procedimento probatório que se desenvolva no pleno respeito do contraditório. A *par conditio* dessa forma é garantia inerente ao contraditório, que ficaria esvaziado de qualquer sentido se as partes não fossem colocadas em condições de participar da formação da prova em um mesmo plano.[114]

Valente[115] ressalta que o princípio do contraditório se opõe à estrutura inquisitória, ao preconizar que a persecução penal deve ser procedida de modo a ressaltar tanto as razões da acusação como as da defesa. Nesse contexto, o contraditório significa que a) o juiz tem o dever de ouvir as razões das partes antes de proferir uma decisão; b) todos os sujeitos processuais que possam ser afetados pela decisão têm o direito à audiência; c) o arguido tem o direito a intervir no processo e de se pronunciar e contraditar todos os testemunhos, depoimentos ou outros elementos de prova ou argumentos jurídicos trazidos ao processo.

Lopes Jr.[116], com inspiração em Fazzalari, refere que o contraditório pode ser inicialmente tratado como um método de confrontação da prova e comprovação da verdade, disciplinado e ritualizado entre partes contrapostas, sendo imprescindível para a própria existência da estrutura dialético do processo. Assim, o contraditório deve ser visto basicamente como o direito de participar, de manter uma contraposição em relação à acusação e de estar informado de todos os atos desenvolvidos no *iter procedimental*.

Especificamente em matéria probatória, analisando o procedimento processual penal brasileiro, o contraditório deve ser rigorosamente respeitado nos quatro momentos da prova: a) postulação (denúncia ou resposta escrita): contraditório está na possibilidade de também postular a prova, em igualdade de oportunidades e condições; b) admissão (pelo juiz): contraditório manifesta-se na possibilidade de as partes participarem e assistirem a produção da prova; c) produção (instrução): o contraditório manifesta-se na possibilidade de as partes participarem e assistirem a produção da prova; d) valoração (na sentença): o contraditório manifesta-se através do controle da racionalidade da decisão (externada pela fundamentação) que conduz à possibilidade de impugnação pela via recursal.[117]

---

[114] GRINOVER, 1993, p.61.
[115] VALENTE, 2010, p.123-5.
[116] LOPES JR., 2017b, p.361-4.
[117] *Ibid.*, p.364.

O Tribunal Constitucional Alemão, no corpo da fundamentação da reclamação constitucional BVERFGE 9,89, consagra o direito de contraditório como um direito fundamental no âmbito do processo, consistente na possibilidade da parte ser ouvida antes da decisão que envolva os seus direitos, para que possa ter influência sobre a decisão final do processo:

> O princípio do direito de contraditório, elevado a direito fundamental no Art. 103GG, é uma consequência do pensamento do Estado de direito para o âmbito do processo judicial. A função dos tribunais, de prolatar uma decisão terminativa [que conclua uma fase processual, podendo se tornar definitiva em não havendo ou não sendo interposto o recurso adequado ou proposta a Reclamação Constitucional] sobre uma situação concreta de vida, não pode, em regra, ser cumprida sem a oitiva das partes. Essa oitiva é, assim, primeiramente, pressuposto de uma decisão correta. Além disso, a dignidade da pessoa exige que não se disponha sobre seu direito de maneira leviana, com base [somente] na autoridade [estatal]: o indivíduo não só deve ser o objeto da decisão do juiz, como deve ser ouvido antes de uma decisão que envolva seus direitos, a fim de poder ter influência sobre o processo e o seu resultado.[118]

Ainda no corpo da fundamentação complementa que

> o direito ao contraditório do acusado foi reconhecido fundamentalmente há muito tempo no direito processual e amplamente respeitado [...]. Acrescenta que sua inserção teve o escopo de tornar impossíveis abusos em processos judiciais, tais quais aqueles que foram perpetrados sob o regime nacional-socialista, reconstruindo a confiança do povo numa administração imparcial da Justiça[119]

Em outro julgado, o Tribunal Constitucional Alemão (BVERFGE 41,246) decidiu que o direito do acusado se fazer presente nos atos do processo é direito que integra a garantia do contraditório. Entretanto, no caso concreto, entendeu-se que, embora o direito a estar presente em audiência de instrução fosse assegurado, não há violação ao contraditório quando o acusado provoca sua incapacidade de atuação em audiência de maneira dolosa e culpável. Assim, se o réu em vez de fazer uso de seu direito de estar presente abdica da possibilidade de sua participação pessoal na audiência, não terá seus direitos fundamentais feridos pelo fato do ato processual ter transcorrido sem a sua presença.[120]

Analisando este julgado do Tribunal Constitucional Alemão, o que se buscou evitar é que o acusado – valendo-se da própria torpeza – venha a provocar nulidade do processo por violação ao contraditório, o que também é consagrado no artigo 565 do código de processo penal brasileiro. Em contrapartida, caso o acusado não tenha provocado a sua ausência, é

---

[118] SCHWABE, Jürgen. **Cinquenta anos de jurisprudência do Tribunal Constitucional Alemão**. Montevidéu: Fundación Konrad-Adenauer, 2005, p.914-6.
[119] *Ibid.*
[120] *Ibid.*, p.918-20.

obrigação do juiz assegurar o direito de comparecimento aos atos do processo, sob pena de nulidade do processo por ofensa ao princípio do contraditório.

O direito de defesa (ampla defesa – presente em todos os momentos acima referidos) deve ser tratado como corolário lógico do contraditório, tanto sob o viés da defesa técnica como da defesa pessoal (positiva ou negativa). O direito de defesa integra a própria condição humana, decorrendo dele uma série de outros direitos e garantias, tais como o direito de ser informado da acusação, o direito à prova, o direito de ser ouvido, o direito de não colaborar com a acusação, o *nemo tenetur*, o direito ao silêncio e a igualdade de armas, por exemplo.[121]

Giacomolli[122] destaca alguns componentes que fazem parte do vasto conteúdo da ampla e plena defesa no processo penal brasileiro: a) direito de ser ouvido; b) acesso aos autos dos procedimentos, na forma da súmula vinculante 14 do Supremo Tribunal Federal; c) direito de estar presente aos atos do processo; d) direito à entrevista prévia e reservada com o defensor; e) direito à presença de um intérprete caso seja necessário; f) legitimação recursal do próprio réu; g) direito à última palavra; h) direito à informação; i) obrigatoriedade e efetividade da defesa técnica; j) facultatividade da autodefesa; l) exigibilidade de *par conditio.*

Portanto, a defesa técnica é indisponível e imprescindível, sendo tratada como verdadeira condição de paridade de armas, indispensável para a perfectibilização do contraditório. A Súmula 523 do Supremo Tribunal Federal preceitua que "no processo penal, a falta de defesa constitui nulidade absoluta, mas a sua deficiência só o anulará se houver prova de prejuízo para o réu".[123] O aspecto que merece crítica em relação ao entendimento sumulado pelo Supremo Tribunal Federal é justamente a consideração que a deficiência de defesa anulará o processo apenas se demonstrado o prejuízo.

Mas, que prejuízo é esse? A resposta parece óbvia em sendo o réu condenado criminalmente, pois, há evidente prejuízo ao ter sido deficientemente defendido e, portanto, ter reduzido o seu direito de resistir à pretensão acusatória, sempre lembrando que a ampla defesa e o contraditório são garantias constitucionais que constituem a própria essência do processo e da atividade probatória no Estado de Democrático de Direito. A defesa técnica é indisponível e deve ser assegurada pelo julgador de forma ampla, não se podendo aceitar leniências nesse aspecto processual, como institui a súmula 523 do Supremo Tribunal Federal.

---

[121] GIACOMOLLI, Nereu. **O devido processo penal**: abordagem conforme a Constituição Federal e o Pacto de São José da Costa Rica. São Paulo: Atlas, 2014, p.114.

[122] *Ibid.* p.114-24.

[123] BRASIL. Supremo Tribunal Federal. **Súmula nº 523**. Disponível em: <http://www.stf.jus.br/portal/cms/verTexto.asp?servico=jurisprudenciaSumula>. Acesso em: 23 set. 2016.

A defesa pessoal ou autodefesa é a possibilidade de o sujeito passivo resistir pessoalmente à pretensão acusatória, seja através de atuações positivas ou negativas. A autodefesa positiva consiste no direito disponível do sujeito passivo de praticar atos, declarar, participar de acareações, reconhecimentos, submeter-se a exames periciais, etc.. A defesa pessoal negativa estrutura-se a partir de uma recusa, um não fazer. É o direito do imputado não fazer prova contra si mesmo, podendo recusar-se a praticar todo e qualquer ato probatório que entenda prejudicial à sua defesa (*nemo tenetur se detegere*).[124]

A perfectibilização do contraditório, a partir de uma estrutura dialética de processo e respeitada a *par conditio*, tem se mostrado um grande desafio do processo penal contemporâneo diante dos novos meios de obtenção de prova no processo penal. No Brasil, tem sido muito comum a publicação de novas legislações destinadas a ampliar a eficácia da persecução criminal, com a introdução de metodologias investigativas que tencionam os direitos fundamentais e ensejam a necessidade de profundas reflexões em se tratando de teoria da prova.

Os novos meios de obtenção de prova estão direcionados a aumentar a eficiência da persecução e da busca (clandestina) de elementos indicativos da culpabilidade dos investigados. Todavia, estes elementos não podem ser trazidos ao processo ao arrepio das garantias processuais penais como a ampla defesa, o contraditório, o devido processo legal e as vedações probatórias.

Em se tratando do respeito ao contraditório, o conteúdo dos elementos de prova produzidos a partir dos novos meios de investigação (interceptação telefônica, quebras de sigilo, infiltração, ação controlada, colaboração premiada, etc.) somente podem ser apreciados no momento da sentença se submetidos ao crivo do contraditório judicial. Ocorre que ainda são escassas as previsões legais acerca de como se dará o procedimento, seja na fase pré-processual (o que amplia sobremaneira a arbitrariedade no uso dessas medidas) ou na fase processual (inviabilizando o exercício do contraditório com todos os recursos a ele inerentes).

Existe um déficit de regulamentação normativa acerca da forma como deve se perfectibilizar o contraditório nas hipóteses das provas obtidas por meio dessas novas metodologias investigativas. Amodio[125] identifica no sistema processual penal italiano a falibilidade do método de confrontação da prova nessas situações, sendo a fase do contraditório judicial um mero simulacro a confirmar os elementos de convicção produzidos por meio dos métodos ocultos de investigação.

---

[124] LOPES JR., 2017b, p.368.
[125] AMODIO, 2003, p.261.

No Brasil, considerando que a prevenção é critério de fixação de competência e não existe a exclusão física dos autos do inquérito policial, a contaminação da convicção do juiz mostra-se ainda mais evidente. Portanto, é preciso pensar a partir da ideia do homem como sujeito de direitos no processo penal, o que impõe a perfectibilização do contraditório (mesmo que de forma diferida) em processos nos quais a investigação preliminar se vale de meios de obtenção de prova como a interceptação telefônica, infiltração de agentes, delação premiada, ação controlada, entre outros.

2.2.4.1 Contraditório e ampla defesa nos meios ocultos de obtenção de prova

Nas situações em que a persecução penal se vale dos novos meios de obtenção de prova, o contraditório judicial é comumente exercido na forma diferida, vale dizer, após a instauração da fase judicial, com os elementos de prova já constantes dos autos do processo. Dessa forma, deve ser grande a preocupação com as regras que irão nortear o contraditório quanto aos elementos que - produzidos no curso da investigação preliminar - são irrepetíveis na fase judicial, como as provas obtidas por meio de interceptações telefônicas, quebras de sigilo fiscal, bancário e telefônico, infiltração, ação controlada e outras.

O exercício do contraditório nesses casos deve ser assegurado de modo a possibilitar o uso de todos os meios a ele inerentes, embora posteriormente à sua produção. Nessa perspectiva, ao acusado, por meio de sua defesa técnica indispensável à higidez do processo e ao devido processo legal, deverá ser oportunizado as possibilidades a) de arguir a eventual ilicitude do respectivo meio de obtenção de prova, seja pela ausência dos requisitos legais para sua admissibilidade, seja por eventuais ilegalidades na execução da medida probatória; e b) de contrapor ou contraprovar o conteúdo dos elementos de prova produzidos na investigação preliminar, em sede de contraditório judicial.

Um primeiro aspecto de grande relevância no processo penal contemporâneo diz respeito ao exame posterior, em contraditório diferido, da decisão judicial que ordena a violação do direito fundamental para permitir o uso de métodos investigativos como interceptação telefônica, infiltração, colaboração premiada, e outros.

Knijnik[126] traz o seguinte exemplo: o juiz, atendendo ao requerimento do Ministério Público, defere uma escuta telefônica para que seja investigado o crime de quadrilha no cometimento de fraude contra a Previdência Social. Obtido material incriminador, o réu,

[126] KNIJNIK, 2007, p.87-8.

posteriormente, sustenta a nulidade daquela decisão judicial, pois não se fazia presente a "causa provável" e, ainda, a decisão não estava devidamente fundamentada.

Assim, no curso da fase judicial, deve ser proporcionado à defesa todos os meios para o exercício do contraditório, não apenas quanto ao conteúdo da prova produzida, mas também quanto a diversos outros aspectos que dizem respeito ao uso do meio de obtenção.[127]

Tomando como referência o procedimento comum no processo penal brasileiro, as oportunidades que a defesa terá para arguir eventual ilicitude da prova produzida serão o oferecimento de resposta à acusação, bem como os debates orais ou memoriais escritos. A intrusão na vida privada, a quebra dos sigilos, a violação das comunicações estão sujeitas ao monopólio da autoridade judicial, consistindo em medidas excepcionais que acarretam o tencionamento de garantias processuais penais típicas do Estado de Direito.

Daí porque, nas palavras de Knijnik[128], o legislador cria normas cogentes que cercam o deferimento desses meios de obtenção de provas, cuja inobservância há de ter consequências compatíveis com a gravidade da ofensa à norma que as ordena. À defesa, portanto, devem ser propiciados todos os meios disponíveis para que possa avaliar se houve (ou não) a ofensa a essas normas reguladoras. Por exemplo, não basta que sejam anexados aos autos as transcrições de apenas parte das interceptações telefônicas, é imprescindível que seja proporcionado o acesso integral a todos os dados e gravações efetuadas, bem como às informações preliminares que embasaram o pedido de uso do respectivo método investigativo, ou seja, os elementos de prova que embasam a causa provável legitimadora de sua autorização.

Assim, sob o crivo do contraditório, a defesa do acusado poderá confrontar o meio de obtenção de prova com as normas cogentes aplicáveis e, se for o caso, contestar o uso da medida pelo descumprimento requisitos e pressupostos legais que a autorizam e regulamentam.

Como frisado, um dos requisitos a fundamentar que os direitos fundamentais do acusado (intimidade, vida privada, inviolabilidade do domicílio e das comunicações, sigilos fiscal, bancário e telefônico) sejam restringidos para fins de persecução penal é a existência de uma causa provável. A finalidade da causa provável é evitar a chamada devassa à vida privada sem que haja qualquer indicativo de prática criminosa.

---

[127] O código de processo penal faz referência, em seu artigo 157, §3º a um incidente para a discussão da prova ilícita. Contudo, não há qualquer previsão legal acerca da procedimentalização do aludido incidente.

[128] KNIJNIK, 2007, p.88.

Na verdade, a causa provável exige “motivos concretos”, “fortes indícios” da existência de elementos de convicção da ocorrência de um determinado crime. Ademais, o crime que se busca investigar deve permitir, no plano abstrato legislativo, a possibilidade do uso do meio de obtenção de prova. Assim, o deferimento judicial dos meios ocultos de investigação não pode estar fundamentado na credibilidade subjetiva do requerente. Na colocação de Knijnik[129]:

> A causa provável é um poder indelegável, destinado a salvaguardar as pessoas e seus bens, não podendo ser dispensado em prol de conjecturas do requerente, por mais sinceras e qualificadas que sejam. A fim de que o juiz possa realizar um juízo consciencioso e substanciado, ele precisa de fatos sobre os quais exercerá o seu poder discricionário.

Exemplificando a exigência da causa provável, no caso de busca e apreensão, o artigo 240, §1º e §2º do Código de Processo Penal[130] exige “fundadas razões” e “fundadas suspeitas”, respectivamente, para sua expedição. A Lei nº 9.296/96, em seu artigo 2º, inciso I[131], veda a possibilidade do uso da interceptação de comunicações telefônicas quando não houver “indícios razoáveis” da autoria ou participação em infração penal. No mesmo sentido, o §2º do artigo 10º da Lei nº 12.850/13[132] preceitua que será admitida a infiltração apenas se houver “indícios de infração penal” praticada por organização criminosa.

Portanto, a existência da causa provável deve anteceder a autorização da medida investigativa e, explica Knijnik[133], que o fato de terem sido encontradas provas da ocorrência de um crime, não é motivo para justificar a legitimidade da decisão judicial que autorizou. Não se pode violar a vida privada para, após isso, descobrir se algum crime ocorreu. Apenas quando houver uma causa provável, baseada em elementos concretos que devem ser disponibilizados à defesa no crivo do contraditório judicial, a medida investigativa que invade os direitos fundamentais do suspeito pode ser autorizada.

Portanto, todo o material referente ao uso do meio de obtenção de prova deve ser disponibilizado à defesa, vale dizer: elementos indicativos da causa provável referentes à participação de cada um dos investigados na fase preliminar; cadeia de requerimentos

---

[129] KNIJNIK, 2007, p.92. Obviamente, a informação que deve ser apresentada ao juiz, a fim de configurar a causa provável, não pode estar amparada em prova ilícita ou derivada. Assim, por exemplo, informações obtidas mediante tortura ou exclusivamente através de prova anônima não dão o suporte necessário à causa provável que embasaria o deferimento do uso do respectivo meio de obtenção de prova.

[130] BRASIL. Código de Processo Penal. **Decreto-lei nº 3689/41**. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/decreto-lei/Del3689.htm>. Acesso em: 13 mar. 2016.

[131] *Id*. **Lei nº 12.850/13**. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/L9296.htm>. Acesso em: 23 set. 2016.

[132] *Ibid.*

[133] KNIJNIK, *op. cit.*, p.93.

postulando autorização de uso dos meios de prova; a cadeia de decisões judiciais autorizativas; relatórios elaborados no curso da investigação; integralidade das filmagens, captações de áudio e gravações ambientais; integralidade dos áudios das interceptações telefônicas; prévio acesso ao acordo de colaboração premiada.

Enfim, somente com amplo acesso a todas informações e elementos produzidos na fase preliminar, o contraditório poderá ser perfectibilizado no curso da fase judicial, ao viabilizar todas as possibilidades da defesa contestar a licitude da prova produzida, bem como para que o julgador possa decidir – de acordo com seu livre convencimento motivado – se a prova produzida é ou não ilícita.

Portanto, tendo como referência o rito comum do sistema processual penal brasileiro, nas oportunidades da resposta à acusação e dos debates orais (ou memoriais escritos), a defesa do acusado deverá ter a ampla possibilidade demonstrar qualquer vício que venha macular a prova produzida, por exemplo: a) ausência de causa provável; b) vedação legal ao uso do respectivo meio de obtenção de prova; c) ausência de autorização judicial; d) descumprimento dos prazos previstos em lei ou estabelecidos pela respectiva autorização judicial; e) descumprimento das normas que regulamentam o procedimento do meio de obtenção de prova; f) violação dos suportes técnicos das conversas telefônicas, filmagens e captações de áudio e vídeo.

O contraditório diferido, para ser exercido com todos os meios e recursos a ele inerentes, deverá proporcionar à defesa todas essas possibilidades. Embora, não se possa obstaculizar a inserção de tecnologia na persecução criminal e o uso de meios de obtenção de prova dela decorrentes, de igual forma, não se pode perder de vista que o princípio da dignidade da pessoa humana é estruturante do processo penal democrático, devendo nortear a condição dos procedimentos que para Fazzalari[134], devem se dar em contraditório. E o contraditório é, ao mesmo tempo, pressuposto e essência do processo.

2.2.4.1.1 Contraditório e ampla defesa na colaboração premiada

O conteúdo obtido por meio dos métodos ocultos de investigação também deve ser submetido ao crivo do contraditório, para que os acusados possam contrapor e contradizer os elementos informativos que sustentam a pretensão acusatória. Um desses meios de obtenção

[134] FAZZALARI, 2006, p.32.

de prova que tem gerado grande discussão no âmbito do processo penal é o acordo de colaboração premiada[135].

No julgamento do *habeas corpus* nº 174.286/DF (informativo do STJ 495)[136], o Superior Tribunal de Justiça conceituou a colaboração premiada como o instrumento de investigação criminal que consiste na possibilidade de se atribuir recompensa legal ao autor ou partícipe de infração penal que opte por ajudar os atores da persecução penal, contribuindo efetivamente para a identificação dos demais coautores ou partícipes, recuperação total ou parcial do produto do delito e/ou localização da vítima com a sua integridade física preservada.

Em outras palavras, a delação ou chamamento de corréu consiste na afirmativa feita por um acusado, ao ser interrogado em juízo ou ouvido na polícia, que, além de confessar a autoria de um fato criminoso, igualmente atribui a um terceiro a participação como seu comparsa, contribuindo para a elucidação dos fatos delituosos[137], o que depende da formalização de um respectivo acordo.

A colaboração premiada foi introduzida pela primeira vez no ordenamento jurídico brasileiro pelos artigos 7º - o qual incluiu o parágrafo 4º do artigo 159 do Código Penal (crime de extorsão mediante sequestro) – e 8ª da Lei dos Crimes Hediondos. Assim, foi nos crimes de extorsão mediante sequestro e quadrilha ou bando que se instituiu no Brasil, a colaboração premiada.

Posteriormente, advieram outras legislações contendo o instituto da colaboração premiada, quais sejam: artigo 6º da Lei nº 9.034/95; artigo 16, parágrafo único da Lei nº 8.137/90 (com redação dada pela Lei nº 9.080/95); artigos 13 e 14 da Lei nº 9.807/99; artigo 1º, §5º da Lei nº 9.613/98 (com a redação conferida pela Lei nº 12.683/12); artigo 25, §2º da Lei nº 7.492/86 (com redação dada pela Lei nº 9.080/95); artigo 41 da Lei nº 11.343/06.

Entretanto, nenhuma das leis acima referidas estabelecia regulamentação para a formalização do procedimento da colaboração premiada e, tampouco, para a perfectibilização

---

[135] No plano constitucional, foram inúmeras as críticas que questionaram a compatibilidade da colaboração premiada com a Carta Magna, sob o argumento de que se cuida de instrumento de duvidosa base moral, pois o Estado não poderia se valer de meios que estimulem a traição em cenário de persecução penal. Assim, a colaboração implicaria em uso de imoral traição para sustentar a pretensão de punir. Giacomolli ressalta uma contradição em relação à viabilidade do acordo de colaboração, pois os prêmios prometidos – regime de cumprimento de pena, substituição da pena privativa de liberdade por restritiva de direitos, reconhecimento de causas especiais de diminuição de pena e a isenção de responsabilidade – são provimentos típicos do Estado-Jurisdição e não do Estado-Investigador ou do Estado-Acusador. (GIACOMOLLI, Nereu José. **A fase preliminar do processo penal**: crises, misérias e novas metodologias investigatórias. Rio de Janeiro: Lumem Juris, 2011, p.127-8).

[136] BRASIL**. Superior Tribunal de Justiça**. Disponível em: <http://www.stj.jus.br/SCON/>. Acesso em: 28set. 2016.

[137] ARANHA, Adalberto José de Camargo. **Da prova no processo penal**. São Paulo: Saraiva, 2006, p.132.

do contraditório judicial com relação aos coacusados implicados pelo colaborador. Diante de tal situação, Coutinho sustenta a inconstitucionalidade da delação premiada, pois há uma inadmissível violação à regra do devido processo legal. Na delação premiada, não há processo instaurado porque não há contraditório, sendo este um dos motivos a fundamentar a inconstitucionalidade.[138]

Apenas com a publicação da Lei nº 12.850/13 – que revogou a Lei nº 9.034/95 – alguns dispositivos regulatórios foram incorporados ao ordenamento jurídico brasileiro, porém ainda insuficientes sob o prisma do contraditório judicial.

A colaboração premiada merece reservas, não só pela indevida cumulação de posições (ser réu e testemunha ao mesmo tempo), mas, também, pois as assertivas de um corréu contrastam com a posição de imparcialidade que é necessária para o atendimento do dever de dizer a verdade que incumbe à testemunha.[139] No século XIX, Mittermaier[140] renegou força condenatória à delação, afirmando que o depoimento do cúmplice apresenta graves dificuldades. Refere que, criminosos desesperados para evitar a pena, se esforçam em arrastar outros cidadãos para o abismo em que caem. Podem denunciar cúmplices, às vezes inocentes, só para afastar a suspeita dos que realmente tomaram parte no delito; ou, também, para tornar o processo mais complicado ou mais difícil.

Por esse motivo, os padrões de contraditório aos quais deve ser submetido o depoimento do colaborador devem ser mais rigorosos em comparação ao de uma testemunha arrolada no processo. Estellita[141] ressalta que o princípio do contraditório visa garantir às partes testar as informações prestadas pelo colaborador. Caso, na sentença, o acordo homologado pelo magistrado seja efetivamente cumprido em favor do delator, torna-se muito difícil colocar em dúvida, mediante atividade probatória, os fatos delatados (a coautoria ou participação no fato delituoso), já que foram antecipadamente considerados pelo magistrado como “verdadeiros”.

Sugere Giacomolli[142] que, em se tratando da colaboração premiada, a transformação do autor de ilícitos em, muitas vezes, “ator principal” ou testemunha do processo deve receber uma valoração especial, com testagem de sua credibilidade e confiabilidade. Há a necessidade

---

[138] COUTINHO, Jacinto Nelson de Miranda. Fundamentos à inconstitucionalidade da delação premiada. São Paulo, **Boletim IBCCRIM**. v. 13. n. 159, p.7-9, fev. 2006.
[139] KNIJNIK, 2007, p.107-8.
[140] MITTERMAIER, Carl Joseph Anton. **Tratado da prova em material criminal**. Campinas: Bookseller, 1997, p. 295-6.
[141] ESTELLITA, Heloísa. A delação premiada para a identificação dos demais coautores ou partícipes: algumas reflexões à luz do devido processo legal. São Paulo, **Boletim IBCCRIM**, ano 17, n. 202, p.2-4, set. 2009.
[142] GIACOMOLLI, 2011, p.128-9.

do estabelecimento de regras objetivas, claras e transparentes acerca da colaboração, aplicáveis ao delator, ao processo e aos demais envolvidos, sob pena de ofensa ao devido processo constitucional.

A avaliação de um depoimento prestado pelo colaborador está subordinada a um exame bifásico: a) num primeiro momento, verifica-se se o réu pretende (ou não) eximir-se de sua responsabilidade com a colaboração premiada, bem como se as declarações apresentam (ou não) inconsistências intrínsecas; e b) num segundo momento, procede-se ao juízo de corroboração ou confrontação, tendo em vista que somente as declarações do colaborador não são suficientes para ser dado como provado determinado fato. Assim, nessa fase, será avaliada a existência de provas independentes.

Nessa perspectiva, ressalta Vicenzo-Russo[143] que a primeira indagação que deve ser efetuada pelo juiz diz respeito à credibilidade intrínseca do colaborador. Isso porque, em caso negativo, a utilização da declaração do colaborador resta afetada desde a sua raiz. A credibilidade intrínseca deve ser analisada sob um enfoque subjetivo do colaborador, ou seja, relativamente à sua personalidade, ao seu passado e às suas relações com os delatados, verificando-se até que ponto sugestionamentos, ódios, rancores e fins caluniosos podem estar interferindo na veracidade do depoimento.

A segunda etapa consiste no juízo de corroboração ou confrontação, ou seja, na identificação de uma prova independente capaz de demonstrar e comprovar que a manifestação do colaborador efetivamente é verdadeira. Conforme Vicenzo-Russo[144], o método de confrontação (corroboração) consiste no controle extrínseco às declarações acusatórias, permitindo verificar de forma objetiva as declarações do acusado colaborador. Além disso, a confrontação deve estar relacionada a elemento inerente ao tema objeto de prova, não podendo se dar a partir de informações de caráter meramente circunstancial.

A questão essencial é saber se o colaborador está (ou não) dizendo a verdade, o que precisa ser feito de uma forma muito detalhada considerando que o depoimento está sendo dado a um preço (vantagens oferecidas pela legislação penal, de redução de pena à extinção da punibilidade). Dessa forma, no juízo de confrontação, deve-se buscar existência de elementos probatórios independentes que se harmonizem com a colaboração premiada do corréu.[145]

---

[143] VICENZO-RUSSO, Vicenzo. **La prova indiziaria e il giusto processo**. Napoli: Jovene, 2001, p.86.
[144] *Ibid.*, p.88-91.
[145] *Ibid.*, p.92-4.

Em outras palavras, a verificação da credibilidade da fonte de acusação não pode exaurir-se na consideração de que o declarante tenha fornecido uma reconstrução fática exatamente correspondente ao modo pelo qual esse verificou, mas sim é necessário que estejam presentes elementos que se refiram à participação de cada um dos acusados apontados, individualizadamente.

Interessante o julgamento do caso *People vs Maione*[146], pela Corte de Apelação do Estado de Nova Iorque, em se tratando do juízo de corroboração do depoimento do delator. Nesse caso, foi decidido que um homem que participou de um determinado crime pode, facilmente, relatar os fatos de forma distorcida. Assim, se a confirmação é apenas a verificação fática, sem a identificação da participação das pessoas de forma individualizada, as declarações do colaborador não podem ser consideradas como corroboradas. Isso, pois, possivelmente, o colaborador tem conhecimento privilegiado do ato ilegal, logo, será a pessoa mais capaz de fornecer detalhes da atividade delituosa ao julgador, o que lhe permite desviar-se da verdade sem levantar suspeitas, podendo manipular detalhes sem discrepâncias gritantes.

Portanto, o contraditório na colaboração premiada deve propiciar aos demais imputados as mais amplas possibilidades de testagem das declarações tomadas mediante acordo, tanto no que diz respeito a eventuais inconsistências intrínsecas (sugestionamentos, rancores, ódios, outros interesses), como a existência de provas independentes a demonstrar que as informações não condizem com a realidade dos fatos.

A Lei nº 12.850/13 prevê algumas regras no tocante ao procedimento colaboração premiada, regulamentando a forma como se dará o respectivo acordo. Tal acordo será firmado entre o delegado de polícia e o colaborador, ou o representante do Ministério Público e o colaborador (que terá assegurada a presença de seu defensor), sendo que o juiz não participará das negociações. Posteriormente, realizado o acordo, este será submetido à homologação judicial, momento em que o julgador apreciará a regularidade, legalidade e voluntariedade da colaboração.[147]

Alguns dispositivos legais estabelecem algumas regras que tentam delinear o exercício do contraditório dos implicados pelo colaborador. Na fase preliminar, embora o artigo 7º da Lei nº 12.850/13 preceitue que o pedido de homologação do acordo de colaboração será distribuído de forma sigilosa, o que somente será levantado judicialmente com o recebimento da denúncia, em contrapartida, também é possibilitado ao defensor o amplo acesso aos

---

[146] PEOPLE vs Maione. Disponível em: <https://casetext.com/case/people-v-maione>. Acesso em: 28 abr. 2016.

[147] BRASIL. **Lei nº 12.850/13**. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_ato2011-2014/2013/lei/l12850.htm>. Acesso em: 18 abr. 2016. Nesse sentido, é a previsão legal contida no artigo 4º, §§6º e 7º da Lei nº 12.850/13.

elementos de prova que digam respeito ao exercício do direito de defesa, devidamente precedido de autorização judicial, ressalvados os referentes às diligências em andamento.[148]

Dessa forma, a legislação inclui a necessidade de autorização judicial prévia, contrariando a Súmula Vinculante 14 do Supremo Tribunal Federal, em observância ao sigilo do respectivo acordo. A questão central é a imprescindibilidade de que seja assegurado ao delatado o acesso ao conteúdo integral de eventual colaboração que venha a lhe implicar, mesmo na fase preliminar, para que possa – desde já – exercer o contraditório e a ampla defesa, com a finalidade de demonstrar que as informações prestadas não possuem confiabilidade sequer para embasar a *opinio delicti* acusatória.

Na fase judicial, o Art. 4º, §12º, preceitua que o colaborador poderá ser ouvido em juízo a requerimento das partes ou por iniciativa da autoridade policial, mesmo que beneficiado por perdão judicial ou não denunciado. Obviamente, disposição em sentido contrário inviabilizaria o exercício da defesa e, de igual forma, a testagem da credibilidade e confiabilidade das declarações, o que deverá ser feito pelo julgador sob o crivo do contraditório judicial.

A grande problemática em relação ao depoimento do colaborador é a alteração da posição que ocupa no processo. Segundo o artigo 4º, §14º da Lei nº 12.850/13, o colaborador renunciará na presença de seu defensor, ao direito ao silêncio e estará sujeito ao compromisso legal de dizer a verdade. Em outras palavras, a legislação assegura essa "mudança de lado": o colaborador, de réu (a quem é assegurado o *nemo tenetur se detegere*), passa a ser testemunha devidamente compromissada em dizer a verdade.

Ocorre que as previsões legais pertinentes ao exercício do contraditório pelos implicados no depoimento do colaborador não possibilitam – de forma ampla – o minucioso juízo de análise das condições intrínsecas e extrínsecas (confrontação) do depoimento prestado.

Na fase judicial, a legislação assegura apenas a possibilidade de se requerer a oitiva do colaborador que não tenha sido denunciado. Entretanto, para que sejam asseguradas todas as possibilidades de testagem do depoimento prestado pelo colaborador, algumas regras de

---

[148] Art. 7º. O pedido de homologação do acordo será sigilosamente distribuído, contendo apenas informações que não possam identificar o colaborador e o seu objeto. §1º. As informações pormenorizadas da colaboração serão dirigidas diretamente ao juiz a que recair a distribuição, que decidirá no prazo de 48 (quarenta e oito) horas.§2º. O acesso aos autos será restrito ao juiz, ao Ministério Público e ao delegado de polícia, como forma de garantir o êxito das investigações, assegurando-se ao defensor, no interesse do representado, amplo acesso aos elementos de prova que digam respeito ao exercício do direito de defesa, devidamente precedido de autorização judicial, ressalvados os referentes às diligências em andamento.§ 3º. O acordo de colaboração premiada deixa de ser sigiloso assim que recebida a denúncia, observado o disposto no art. 5º. (BRASIL. **Lei nº 12.850/13**. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_ato2011-2014/2013/lei/l12850.htm>. Acesso em: 18 abr. 2016).

procedimento precisam inseridas, regulando de forma mais precisa e clara a formalidade a ser seguida no contraditório judicial.

Por exemplo, a defesa dos demais imputados deve ter o direito de fazer perguntas diretas ao colaborador, para indagar sobre todos os aspectos fáticos que entenderem pertinentes e demonstrar, eventualmente, que as informações trazidas carecem de credibilidade e confiabilidade. Esta regra pode ser extraída do artigo 212 do código de processo penal que possibilita às partes a formulação de perguntas diretas às testemunhas (posição que o colaborador passa a assumir no processo, na medida em que renuncia ao direito ao silêncio, bem como presta o compromisso de dizer a verdade).

De outro lado, o método de confrontação somente pode ser exercido de forma ampla se for oportunizado à defesa comprovar que as informações trazidas não condizem com a realidade. Assim, seguindo a lógica do rito estabelecido pelo artigo 400 do código de processo penal, o colaborador – ao renunciar ao direito ao silêncio e prestar compromisso de dizer a verdade – deve ser ouvido no mesmo momento (ou na condição de) das testemunhas de acusação, possibilitando à defesa o juízo de confrontação também através da oitiva de suas testemunhas arroladas em resposta à acusação.

Os meios ocultos de obtenção de provas estão inserindo novidades significativas no âmbito do processo penal e a legislação, ao estabelecer a possibilidade de seu uso, não tem apresentado grandes preocupações em relação à forma como será exercido o contraditório. Não se pode admitir o uso indiscriminado de medidas investigativas sem que seja assegurada a concretização do contraditório - essência e pressuposto de validade do devido processo legal no Estado Democrático de Direito.

2.2.4.1.2 Contraditório e ampla defesa nos elementos de prova colhidos pelo agente infiltrado

Os fundamentos político-criminais para o uso da infiltração como meio de obtenção de prova estão relacionados com a (cada vez maior) complexidade das organizações criminosas, que se valem dos mais variados recursos e subterfúgios para consecução dos seus objetivos ilícitos. Dessa forma, o Estado acaba por se valer da cooperação voluntaria de seus oficiais, inseridos na organização no momento da prática delituosa.

Evidentemente que o acolhimento da infiltração suscita uma série de questionamentos sobre os parâmetros de conduta que são aceitáveis por seus agentes e sobre os limites das

táticas investigatórias.[149] Nesse sentido, cabe diferenciar o agente "infiltrado", do agente "encoberto" e do agente "provocador", a fim de estabelecer os limites da legalidade da atuação policial nesses casos. As características comuns aos três agentes é a dissimulação, o engodo, a falsidade ideológica, o atuar *under the table*, a armadilha, a trampa, o estilo camaleão e a carência de mecanismos efetivos de controle, mas cada um deles tem a sua particularidade, inclusive no tocante às repercussões nas vedações probatórias.[150]

O agente provocador é aquele que, de alguma forma, precipita o crime instigando-o, induzindo-o. Assim, o agente aparece como comprador ou fornecedor de serviços ilícitos, determinando que outrem pratique o crime, apenas com o objetivo de que haja a punição do investigado. Um exemplo mais específico é o caso de um funcionário público que simula interesse na contratação de empresa para prestação de serviço público, mediante fraude à licitação em troca de pagamento de propina com o objetivo de configurar o flagrante delito..

Conforme Knijnik[151], o agente provocador cria o crime e o próprio criminoso, porque induz o suspeito à prática de atos ilícitos, instigando-o e alimentando o crime. Giacomolli[152] refere que a atuação do agente provocador objetiva o desencadeamento da atividade criminosa, o que ocorre anteriormente à prática do delito. É aquele agente que encoraja, induz, implanta, instiga, precipitando a prática do fato.

O agente provocador é proibido no ordenamento jurídico brasileiro ao violar o princípio democrático e o Estado Democrático de Direito[153]. A Súmula 145 do Supremo Tribunal Federal preceitua que "não há crime quando a preparação do flagrante pela polícia torna impossível a sua consumação",[154] logo, é aplicável o artigo 17 do Código Penal. Não se

---

[149] KNIJNIK, 2007, p.114.
[150] GIACOMOLLI, 2011, p.138-9.
[151] KNIJNIK, *op. cit.*, p.115.
[152] GIACOMOLLI, *op. cit.*, p.135-7.
[153] No sistema jurídico americano, é aplicado o instituto do *entrapment*, que poderia ser traduzida por "cilada" ou crime preparado. O núcleo deste instituto é verificar se havia predisposição do acusado para a prática do crime, o que legitimaria eventual provocação. (KNIJNIK, 2007, p.123-4). Contudo, este instituto não possui aplicação no direito brasileiro, pois ensejaria uma abertura demasiada para a arbitrariedade na atuação policial. Por exemplo, caso a análise da licitude da prova esteja atrelada ao aspecto subjetivo, poderia se justificar a legalidade da atuação do agente provocador em determinados, caso houvesse predisposição do investigado para a prática delitiva. Na jurisprudência brasileira, o Superior Tribunal de Justiça decidiu que no flagrante preparado, há instigação, participação ou colaboração da autoridade; no esperado, a autoridade aguardava, vigilante, o desenrolar dos fatos até o momento mais oportuno ou conveniente para a prisão. Na primeira hipótese, o flagrante é nulo; na segunda, não (HC nº 2.467/RJ, DJe 25/04/1994). Em decisões mais recentes, o critério objetivo tem sido mantido: O flagrante preparado apresenta-se quando existe a figura do provocador da ação dita por criminosa, que se realiza a partir da indução do fato, e não quando, já estando o sujeito compreendido na descrição típica, a conduta se desenvolve para o fim de efetuar o flagrante (HC 214235/SP, DJe 30/05/2014). Nesses casos, portanto, sempre se levou em consideração a ação policial que dominou a cena criminosa, conduzindo os suspeitos à consumação, não obstante eventual predisposição do acusado em praticar o crime, para determinar a (i)licitude da prova produzida.
[154] BRASIL. Supremo Tribunal Federal. **Súmula nº 145**. Disponível em: <http://www.stf.jus.br/portal/cms/verTexto. asp?servico=jurisprudenciaSumula> Acesso em: 29 set. 2016.

pode admitir que a justiça atue por meios ilícitos (igualmente criminosos) na persecução de fatos criminosos. A pretensão acusatória estatal deve ser processada nos ditames da legalidade sob a ótica constitucional, sendo que eventual pena a ser aplicada deve respeitar os direitos e garantias individuais, justamente para garantir a segurança jurídica aos indivíduos.

O agente encoberto, por seu turno, caracteriza-se pela absoluta passividade relativa à decisão criminosa. Apenas frequenta os locais onde o crime pode ocorrer para fins de observação, na esperança de descobrir possíveis delinquentes. Portanto, não provoca o crime e, tampouco, conquista a confiança de qualquer suspeito inserindo-se no grupo criminoso. Trata-se do policial à paisana que, para buscar elementos de prova de determinada prática delitiva, por exemplo, frequenta cafés, bares, festas, ruas e lugares abertos ao público.

A figura do agente encoberto permite à polícia o uso da ação controlada, que consiste em retardar a atuação policial do que se supõe a ação praticada por organizações criminosas, com a finalidade de que a medida legal se concretize no momento mais eficaz sob o ponto de vista da formação de provas e fornecimento de informações.[155]

Meireis[156] ressalta que a legislação portuguesa (Lei nº 101/2001) identifica o agente encoberto como o funcionário policial ou terceiro sob o comando da polícia que, ocultando a identidade, frequenta lugares criminosos onde há suspeição de transgressão da lei, com o intuito de colher indícios de crimes para investigação, cuja atuação não tem o condão de influenciar o desenrolar dos fatos, constituindo mero observador.

O agente infiltrado, por sua vez, é aquele que oculta a sua identidade (assume uma identidade fictícia) com a finalidade de obter provas para a incriminação do(s) suspeito(s), inserindo-se no grupo criminoso. Dessa forma, ganhando a confiança pessoal dos investigados, passa a ocupar alguma função no grupo criminoso, observando melhor os fatos e obtendo informações e provas relativas às atividades criminosas investigadas.[157]

Knijnik[158] afirma a atuação dos agentes policiais infiltrados deve ser submetida ao controle jurisdicional, para se verificar que a ação estatal é admissível ou não. Assim, a infiltração pode ser legítima ou ilegítima, sendo que, na segunda hipótese, a prática de crime eventualmente “induzido” ou “provocado” será considerada conduta atípica, com fundamento no artigo 17 do Código Penal e Súmula 145 do Supremo Tribunal Federal. Por via de

---

[155] KNIJNIK, 2007, p.117.
[156] MEIREIS, Manuel Augusto Alves. **O regime das provas obtidas pelo agente provocador em processo penal**. Coimbra: Almedina, 1999, p.161-4.
[157] KNIJNIK, *op. cit.*, p.115.
[158] *Ibid.*, p.129-30.

consequência, a prova produzida será reputada ilícita, pois construída a partir de métodos investigatórios que configuram ação estatal inadmissível no Estado Democrático de Direito.

Dessa forma, é imprescindível – para perfectibilização do contraditório - que todos esses aspectos sejam debatidos no âmbito da fase judicial. O contraditório judicial deve ser compatibilizado com a preservação da integridade do agente que atuou na investigação e seus familiares. A forma mais democrática e válida constitucionalmente é a revelação dos conhecimentos do infiltrado em juízo, sob o crivo do contraditório, para que seja respeitado o devido processo constitucional, devendo-se ter a cautela de, ao mesmo tempo, preservar a integridade e identidade do agente.[159]

No Brasil, a figura do agente infiltrado foi introduzida pela Lei nº 10.217/01 que alterou a Lei nº 9.034/95, acrescentando o inciso V ao artigo 2º, consistente em permitir a infiltração por agentes de polícia em quadrilhas ou bandos, bem como organizações criminosas, mediante circunstanciada autorização judicial. Posteriormente, o artigo 53, inciso I da Lei nº 11.343/06 estabeleceu a possibilidade do uso da infiltração para persecução criminal nos delitos de produção e tráfico ilícito de drogas.

Entretanto, ambas as legislações não continham qualquer previsão legal sobre os procedimentos da infiltração e, tampouco, a forma como deveria se dar o contraditório em relação às informações obtidas pelo agente e, posteriormente, valoradas no processo como fontes de prova dos fatos investigados.

Com advento da Lei nº 12.850/13, alguns procedimentos relacionados à infiltração de agentes passaram a ser previstos em lei. O artigo 10, §2º preceitua que "será admitida a infiltração se houver indícios de infração penal de que trata o artigo 1º e se a prova não puder ser produzida por outros meios disponíveis".[160] Assim, a legislação em vigor restringe o uso da infiltração à persecução do crime de organização criminosa, exigindo a demonstração de causa provável, evitando a vulgarização da medida.

---

[159] GIACOMOLLI, 2011, p.117-32.

[160] BRASIL. **Lei nº 12.850/13**. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_ato2011-2014/2013/lei/l12850.htm>. Acesso em: 25 set. 2016.

Nesse contexto, ressalta-se que o artigo 2º da lei portuguesa nº 101/2001[161] e o artigo 282-bis, item 4, da *Ley de Enjuiciamiento Criminal*[162] da Espanha definem a abrangência das investigações criminais por meio da infiltração naqueles países. Ambas as legislações estabelecem um catálogo fechado de crimes que podem ser investigados por meio do agente infiltrado. No Brasil, o uso da infiltração restringe-se aos crimes praticados por organizações criminosas (Lei nº 12.850/13) e de tráfico ilícito de entorpecentes (Lei nº 11.343/06).

Em se tratando do exercício do contraditório judicial, o artigo 10º, §4º da Lei 12.850/13 preceitua que "findo o prazo da infiltração, deverá ser apresentado relatório circunstanciado ao juiz competente, que imediatamente cientificará o Ministério Público".[163] Este relatório deverá ser circunstanciado, contendo o prazo de duração da medida, bem como

---

[161] Lei nº 101/2001 – artigo 2º - *âmbito de aplicação – As acções encobertas são admissíveis no âmbito da prevenção e repressão dos seguintes crimes: (a) Homicídio voluntário, desde que o agente não seja conhecido; (b) contra a liberdade e contra a autodeterminação sexual a que corresponda, em abstracto, pena superior a 5 anos de prisão,desde que o agente não seja conhecido ou sempre que sejam expressamente referidos ofendidos menores de 16 anos ou outros incapazes; (c) Relativos ao tráfico e viciação de veículos furtados ou roubados; (d) Escravidão, sequestro e rapto ou tomada de reféns; (e) Tráfico de pessoas; (f) Organizações terroristas, terrorismo, terrorismo internacional e financiamento do terrorismo; (g) Captura ou atentado à segurança de transporte por ar, água, caminho-de-ferro ou rodovia a que corresponda, em abstracto, pena igual ou superior a 8 anos de prisão; (h) Executados com bombas, granadas, matérias ou engenhos explosivos, armas de fogo e objectos armadilhados, armas nucleares, químicas ou radioactivas; (i) Roubo em instituições de crédito, repartições da Fazenda Pública e correios; (j) Associações criminosas; (l) Relativos ao tráfico de estupefacientes e de substâncias psicotrópicas; (m) Branqueamento de capitais, outros bens ou produtos; (n) Corrupção, peculato e participação económica em negócio e tráfico de influências; (o) Fraude na obtenção ou desvio de subsídio ou subvenção; (p) Infracções económico-financeiras cometidas de forma organizada ou com recurso à tecnologia informática; (q) Infracções económico-financeiras de dimensão internacional ou transnacional; (r) Contrafacção de moeda, títulos de créditos, valores selados, selos e outros valores equiparados ou a respectiva passagem; (s) Relativos ao mercado de valores mobiliários* (PORTUGAL. **Lei Portuguesa**. Disponível em: <http://www.pgdlisboa.pt/leis/lei_mostra_ articulado.php?nid=89&tabela=leis>. Acesso em: 22 jul. 2016).

[162] *A ley de enjuiciamiento criminal, em seu artigo 282-bis, item 4, permite a investigação por identidade supuesta nos casos de organizações criminosas que pratiquem os seguintes crimes: (a) Delitos de obtención, tráfico ilícito de órganos humanos y trasplante de los mismos, previstos en el artículo 156 bis del Código Penal; (b) Delito de secuestro de personas previsto en los artículos 164 a 166 del Código Penal; (c) Delito de trata de seres humanos previsto en el artículo 177 bis del Código Penal; (d) Delitos relativos a la prostitución previstos en los artículos 187 a 189 del Código Penal. (e) Delitos contra el patrimonio y contra el orden socioeconómico previstos en los artículos 237, 243, 244, 248 y 301 del Código Penal; (f) Delitos relativos a la propiedad intelectual e industrial previstos en los artículos 270 a 277 del Código Penal; (g) Delitos contra los derechos de los trabajadores previstos en los artículos 312 y 313 del Código Penal; (h) Delitos contra los derechos de los ciudadanos extranjeros previstos en el artículo 318 bis del Código Penal; (i) Delitos de tráfico de especies de flora o fauna amenazada previstos en los artículos 332 y 334 del Código Penal; (j) Delito de tráfico de material nuclear y radiactivo previsto en el artículo 345 del Código Penal; (k) Delitos contra la salud pública previstos en los artículos 368 a 373 del Código Penal; (l) Delitos de falsificación de moneda, previsto en el artículo 386 del Código Penal, y de falsificación de tarjetas de crédito o débito o cheques de viaje, previsto en el artículo 399 bis del Código Penal; (m) Delito de tráfico y depósito de armas, municiones o explosivos previsto en los artículos 566 a 568 del Código Penal; (n) Delitos de terrorismo previstos en los artículos 572 a 578 del Código Penal; (o) Delitos contra el patrimonio histórico previstos en el artículo 2.1.e de la Ley Orgánica12/1995, de 12 de diciembre, de represión del contrabando.* (PORTUGAL. ***Ley de Enjuiciamiento Criminal***. Disponível em: <http://www.boe.es/buscar/act.php? id=BOE-A-1882-6036&tn=2>. Acesso em: 25 jul. 2016).

[163] BRASIL. **Lei nº 12.850/13**. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_ato2011-2014/2013/lei/l12850.htm>. Acesso em: 23 set. 2016.

todas as diligências realizadas e informações coletadas. Essas informações, na forma do artigo 12, §2º, da lei de organizações criminosas, irão acompanhar eventual denúncia formulada pelo Ministério Público, oportunidade em que será autorizada a disponibilização à defesa de todas as informações, assegurando-se a preservação da identidade do agente.

Entretanto, não obstante o fato do relatório circunstanciado ser disponibilizado à defesa, a legislação brasileira não determina a forma como essas informações serão confrontadas em juízo, existindo um déficit normativo em relação ao exercício do contraditório no caso das investigações realizadas pelo agente infiltrado. Os elementos colhidos estão submetidos ao crivo da legalidade, admissibilidade e vedações probatórias. A valoração do depoimento do agente infiltrado, incriminador de determinados sujeitos, há de ser confrontada com os demais elementos probantes, não podendo isoladamente fundamentar a condenação. Nesse contexto, é imprescindível que seja permitido à defesa o método da confrontação, vale dizer, viabilizar a formulação de perguntas diretas ao infiltrado.

Em se tratando da perfectibilização do contraditório nos procedimentos de infiltração, pode-se citar o caso *Lüdi vs Suíça,*julgado em 15 de junho de 1992 pelo Tribunal Europeu de Direitos Humanos, que tratou especificadamente das declarações prestadas pelo agente infiltrado que serviram de fundamento condenatório na justiça suíça contra acusado de tráfico de drogas.[164]

Em tal situação, não houve a oitiva do respectivo agente em juízo, sob o argumento de que o anonimato do agente infiltrado não infringiria princípios de direito processual penal ou constitucional. No acórdão, o Tribunal Europeu de Direitos Humanos reconheceu que os relatórios do agente infiltrado passam a fazer parte do processo como prova. Entretanto, é requisito para a sua validade que o acusado tenha a oportunidade de inquirir as testemunhas, a fim de poder colocar em causa os elementos probatórios coletados.[165]

Conforme o Tribunal Europeu de Direitos Humanos, o agente infiltrado não era uma testemunha anônima e, como agente da polícia, deveria ter sido ouvido, sem prejuízo do segredo da identidade. Assim, foi reconhecido que o comparecimento do agente poderia ser realizado de modo a não lhe revelar a identidade. Em contrapartida, reforçou a ideia de que é direito do arguido ouvir as declarações do agente infiltrado em juízo, respeitando-se o contraditório.[166]

---

[164] TRIBUNAL Europeu dos Direitos do Homem. **Acórdão nº 12.433/86, de 15 de junho de 1992**. Disponível em: <http://hudoc.echr.coe.int/eng?i=001-57784#{"itemid":["001-57784"]}>. Acesso em: 26 abr. 2016.

[165] *Ibid.*

[166] *Id.* **Acórdão nº 12.433/86, de 15 de junho de 1992**. Disponível em: <http://hudoc.echr.coe.int/eng?i=001-57784#{"itemid":["001-57784"]}>. Acesso em: 26 abr. 2016.

A legislação espanhola preceitua que a regra é que o agente mantenha sua identidade fictícia, salvo quando o órgão acusatório propõe a sua declaração testemunhal como prova antecipada. Nesse sentido, preceitua o artigo 282 bis, ítem 2, da *Ley de Enjuiciamiento* Criminal que

> *los funcionarios de la Policía Judicial que hubieran actuado en una investigación con identidad falsa [...] podrán mantener dicha identidad cuando testifiquen en el proceso que pudiera derivarse de los hechos en que hubieran intervenido y siempre que así se acuerde mediante resolución judicial motivada [...].*[167]

No mesmo sentido, o artigo 4º, item 3, da Lei Portuguesa 101/2001[168], preceitua a possibilidade, por meio de decisão fundamentada, que o agente que tenha atuado com identidade fictíca preste depoimento sob esta identidade.

Na legislação brasileira, inexiste qualquer previsão sobre o depoimento prestado pelo agente infiltrado, sob o crivo do contraditório. A legislação assegura o direito do agente infiltrado ter a sua identidade preservada, o que se justifica plenamente para segurança pessoal e da sua família. Conforme o artigo 14 da Lei nº 12.850/13, são direitos do agente infiltrado: a) recursar ou fazer cessar a atuação infiltrada; b) ter sua identidade alterada; c) ter seu nome, sua qualificação, sua imagem, sua voz e demais informações pessoais preservadas durante a investigação e o processo criminal, salvo decisão judicial em contrário; d) não ter sua identidade revelada, nem ser fotografado ou filmado pelos meios de comunicação, sem sua prévia autorização por escrito.[169]

Contudo, a legislação não aborda o direito do agente de não ter revelada a sua identidade fictícia, vale dizer, a "roupagem" que vestiu, no curso da investigação, para apurar os elementos de prova. E, nesse aspecto, pode-se buscar a compatibilização do exercício do contraditório judicial com a preservação do agente infiltrada, tendo em vista as possibilidades de alteração da identidade e preservação do nome, qualificação, imagem e voz.

A harmonização sistêmica entre o princípio do contraditório com a defesa da integridade física e psíquica dos agentes deve ser buscada no processo. Os depoimentos prestados pelos agentes de polícia não podem ser tratados como depoimentos de testemunhas

---

[167] ESPANHA. **Legislação espanhola**. Disponível em: <http://www.boe.es/buscar/act.php?id=BOE-A-1882-6036&tn=2>. Acesso em: 25 jul. 2016.

[168] Lei nº 101/2001. Artigo 4º - 3. *Oficiosamente ou a requerimento da Polícia Judiciária, a autoridade judiciária competente pode, mediante decisão fundamentada, autorizar que o agente encoberto que tenha actuado com identidade fictícia ao abrigo do artigo 5.º da presente lei preste depoimento sob esta identidade em processo relativo aos factos objecto da sua actuação*. (PORTUGAL. **Lei nº 101/2001.** Disponível em: <http://www.pgdlisboa.pt/leis/lei_mostra_articulado.php?nid=89&tabela=leis>. Acesso em: 25 jul. 2016).

[169] BRASIL. **Lei nº 12.850/13**. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_ato2011-2014/2013/lei/l12850.htm>. Acesso em: 23 set. 2016.

comuns e, tampouco, pode-se admitir que o mero relatório da infiltração substitua a revelação dos elementos produzidos em contraditório judicial.[170]

Assim, apenas com a revelação da identidade fictícia do agente infiltrado é possível o efetivo contraditório, pois somente sabendo de quem partem as acusações é que poderá o acusado, por meio da defesa, formular perguntas, levantar suspeição, bem como revelar fatos que possam comprometer a atuação do agente, tais como atos de provocação que acarretem a ilegalidade de sua atuação. A possibilidade da defesa demonstrar a existência (ou não) de instigação ou indução, somente será possível em plenitude se tiver acesso à identificação daquele que participou da investigação.[171]

A perspectiva da investigação preliminar deve buscar equilibrar esses interesses colidentes, pois nada justifica a preservação da identidade fictícia do agente infiltrado, devendo a preservação de sua segurança ser efetivada por outros meios que, inclusive, a legislação brasileira disponibiliza (como alteração da identidade civil e preservação da imagem e voz). O acusado deve ser tratado como sujeito de direitos no processo penal, devendo ter a possibilidade do exercício da ampla defesa e do contraditório, com todos os meios e recursos a eles inerentes, inclusive a confrontação das informações trazidas como elementos de prova, bem como a demonstração de eventual atuação ilegal (provocação ou indução) do agente infiltrado.

2.2.4.1.3 Contraditório e ampla defesa nas interceptações das comunicações telefônicas

A Constituição Federal estabelece em seu artigo 5º, inciso XII, a inviolabilidade do sigilo da correspondência e das comunicações telegráficas, de dados e das comunicações telefônicas, excepcionando o último caso, mediante ordem judicial, nas hipóteses e na forma em que lei estabelecer, para fins de investigação criminal ou instrução processual penal.

Ocorre que, em se tratando de norma com conteúdo programático, a sua utilização para fins de persecução criminal dependia da publicação de lei regulamentadora. Apenas em julho de 1996 foi publicada a Lei nº 9.296 que admitiu a quebra do sigilo telefônico, mediante autorização judicial, para fins de persecução dos crimes punidos com pena de reclusão. Assim, as interceptações realizadas anteriormente à publicação da Lei nº 9.296/96 foram

---

[170] MOURA, João Batista Oliveira de. O contraditório e o direito ao anonimato da testemunha a ação encoberta. **Revista do Ministério Público do RS**, Porto Alegre, n. 74, jul. 2013 – dez. 2013, p.183-218. Disponível em: <http://www.amprs.org.br/arquivos/revista_artigo/arquivo_1401215260.pdf>. Acesso em: 28 abr. 2016. Inclusive, nos termos do artigo 13 da Lei nº 12.850/13, o agente que não guardar, em sua atuação, a devida proporcionalidade com a finalidade da investigação, responderá pelos excessos praticados.

[171] *Ibid.*

consideradas provas ilícitas por ausência de lei regulamentadora pelo Supremo Tribunal Federal[172].

Dessa forma, no período em que não havia a publicação da norma regulamentadora, nenhum juiz poderia autorizar a interceptação telefônica. A prova colhida por esses meios era reputada ilícita, bem como configurava crime para quem a colhesse (artigo 151,§1º, II do Código Penal), somente podendo ser autorizada em casos excepcionais, como no Estado de Defesa (art. 136, §1º, "c" da CF/88) ou para absolver um inocente.[173]

Quanto à abrangência dos casos constitucionais de sigilo, o Supremo Tribunal Federal, na petição nº 577 (DJ 25.03.92),[174] fundamentou que o inciso XII do artigo 5º contempla duas situações: a) sigilo de correspondência e das comunicações telegráficas; b) sigilo de dados e comunicações telefônicas. A primeira hipótese é absolutamente inviolável, vale dizer, nenhuma lei poderá admitir violação nas referidas matérias. A segunda hipótese, que engloba o sigilo de dados e de comunicações telefônicas, configura inviolabilidade relativa, razão pela qual pode ser admitida como medida excepcional.

Como dispõe a Constituição Federal, a quebra de dados e comunicações telefônicas - enquanto exceção à garantia do sigilo das telecomunicações - somente pode ser determinada para prova em investigação criminal e em instrução processual penal. Não se admite,

---

[172] PROVA ILÍCITA: Escuta telefônica mediante autorização judicial – Afirmação pela maioria da exigência de lei, até agora não editada, para que, "nas hipóteses e na forma" por ela estabelecidas, possa o juiz, nos termos do artigo 5º, XII, da Constituição, autorizar a interceptação de comunicação telefônica para fins de investigação criminal; não obstante, indeferimento inicial do *habeas corpus* pela soma dos votos, no total de seis, que, ou recusaram a tese da contaminação das provas decorrentes da escuta telefônica, indevidamente autorizada, ou entenderam ser impossível, na via processual do *habeas corpus*, verificar a existência de provas livres da contaminação e suficientes a sustentar a condenação questionada; nulidade da primeira decisão, dada a participação decisiva, no julgamento, de ministro impedido (MS 21.750, 24-11-03, Velloso); consequente renovação do julgamento, no qual se deferiu a ordem pela prevalência dos cinco votos vencidos no anterior, no sentido de que a ilicitude da interceptação telefônica – à falta de lei que, nos termos constitucionais, venha a discipliná-la e viabilizá-la – contaminou, no caso, as demais provas, todas oriundas, direta ou indiretamente, das informações obtidas na escuta (*fruits of the poisonous tree*), nas quais se fundou a condenação do paciente (STF, HC 69.912/RS, Tribunal Pleno, Min. Rel. Sepúlveda Pertence, DJ 25.03.1994) Habeas Corpus – Acusação vazada em flagrante de delito viabilizado exclusivamente por meio de operação de escuta telefônica, mediante autorização judicial. Prova ilícita – Ausência de legislação regulamentadora – Art. 5º, XII, da Constituição Federal – *Fruits of the poisonous tree*. O Supremo Tribunal Federal, por maioria de votos, assentou entendimento no sentido de que sem a edição de lei definidora das hipóteses e da forma indicada no art. 5º, XII, da Constituição não pode o juiz autorizar a interceptação de comunicação telefônica para fins de investigação criminal. Assentou, ainda, que a ilicitude da interceptação telefônica – à falta da lei que, nos termos do referido dispositivo, venha a discipliná-la e viabilizá-la – contamina outros elementos probatórios eventualmente coligidos, oriundos, direta ou indiretamente, das informações obtidas na escuta. *Habeas corpus* concedido. (BRASIL. Supremo Tribunal Federal. **HC nº 73.351/SP**. Tribunal Pleno, Min. Rel. Ilmar Galvão, DJ 19.03.1996. Disponível em: <http://www.stf.jus.br/portal/jurisprudencia/>. Acesso em: 25 abr. 2016).

[173] MACHADO, Agapito. Prova Emprestada. Interceptação telefônica. Validade? *In*: **Revista Cearense Independente do Ministério Público**, Fortaleza: ABC, 1999, p.21.

[174] BRASIL. Supremo Tribunal Federal. **Petição nº 577 (DJ 25.03.92)**. Disponível em: <http://www.stf.jus.br/portal/jurisprudencia/>. Acesso em: 25 abr. 2016.

portanto, em procedimento administrativo ou judicial não penal em sentido estrito, inclusive aqueles previstos na Lei nº 12.846/13 e na lei de improbidade administrativa.[175]

A finalidade da norma constitucional é a proteção do sigilo de comunicação entre duas pessoas, sendo o telefone uma dessas formas. Assim, considerando a evolução dos meios de comunicação nos últimos anos, o texto deve ser interpretado de maneira a ser admissível a interceptação de dados enquanto instrumento de comunicação entre duas pessoas, não importa se via analógica ou digital, ou pela via da rede mundial de computadores.[176]

Conceitualmente, a interceptação é o procedimento realizado por alguém sem autorização de qualquer dos interlocutores para a escuta e eventual gravação da conversa e com o desconhecimento deles. Greco Filho[177] diferencia a interceptação telefônica da escuta telefônica, referindo que a segunda também é realizada por terceiro, mas com o conhecimento de um dos interlocutores da conversa. Diferente é a gravação unilateral feita por um dos interlocutores com o desconhecimento do outro, chamada de gravação clandestina ou ambiental[178], a qual não está

---

[175] GRECO FILHO, Vicente. **Interceptação telefônica**: considerações sobre a Lei nº 9.296/96. São Paulo: Saraiva, 2015, p.29.

[176] *Ibid.*, p.29-33.

[177] *Ibid.*, p.30-1. O autor complementa que, a doutrina não é pacífica no sentido de realizar esta diferenciação. O artigo 1º da Lei nº 9.296/96 preceitua que a legislação em questão regulamenta as interceptações telefônicas de "qualquer natureza", razão pela qual também a interceptação telefônica realizada com a ciência de um dos interlocutores está sujeita ao mesmo diploma legal.

[178] Conforme entendimento do Supremo Tribunal Federal, a referência constante do texto constitucional — art. 5º, XII — diz respeito à interceptação telefônica, com ou sem consentimento de um dos interlocutores, para fins de investigação criminal ou instrução processual penal. A gravação clandestina situa-se no âmbito de proteção do art. 5º, X, que dispõe sobre a proteção da intimidade e da vida privada. A Suprema Corte assentou a licitude da gravação clandestina, desde que não haja causa legal específica de sigilo nem reserva de conversação, conforme os seguintes julgados HC 91.613/MG (DJ 15/05/2012), AGR/AI 560.223/SP (DJ 28/04/2011), RE 402.717/PR (DJ 12/02/2009), AGR/AI 578.858/RS (DJ 27/08/2009). Ainda, o plenário do Supremo Tribunal Federal reconheceu a repercussão geral da matéria (RE 583.937 QO-RG/RJ, DJ 19/11/09), reafirmando a jurisprudência no sentido de concluir ser lícita a prova consistente em gravação ambiental realizada por um dos interlocutores sem conhecimento do outro, quando não há causa legal específica de sigilo. Outro aspecto que também merece ser ressaltado, é a impossibilidade da gravação clandestina ser realizada no interior da casa do interlocutor, sem o consentimento deste, considerando que a casa é o asilo inviolável do indivíduo, nos termos do artigo 5º, inciso XI. (BRASIL. **Supremo Tribunal Federal.** Disponível em: <http://www.stf.jus.br/portal/jurisprudencia/>. Acesso em: 25 abr. 2016).

disciplinada pela Lei nº 9.296/96.[179]

Para Giacomolli[180], as interceptações possuem as seguintes características: a) o segredo: os interlocutores devem agir como se ninguém estivesse escutando o conteúdo da comunicação, excluindo a participação de estranhos. b) clandestinidade: o sujeito que capta a comunicação há de ser um terceiro estranho aos interlocutores, operando de forma clandestina e intrusiva; c) utilização de mecanismos ou instrumentos tecnológicos de precisão: a captação por terceiro, na clandestinidade e em segredo, há de ser feita através de mecanismos eletromecânicos ou eletrônicos idôneos a captar o seu conteúdo; d) destinação ou finalidade de persecução criminal.

Nesse contexto, para que seja autorizado o uso de uma interceptação telefônica, a Lei nº 9.296/96[181] estabelece os requisitos necessários: a) existência de causa provável, ou seja, indícios razoáveis de autoria ou participação em ação penal (artigo 2º, inciso I); b) impossibilidade de obtenção da prova por outros meios menos invasivos aos direitos fundamentais (excepcionalidade da medida e respeito ao princípio do menor gravame ao direito fundamental na persecução criminal – artigo 2º, inciso II); c) o crime deve ter pena de reclusão, instituindo um catálogo aberto (artigo 2º, inciso III); d) demonstração de necessidade da medida (artigo 4º, *caput*); e) autorização judicial devidamente fundamentada (artigo 5º); f) prazo máximo de 15 (quinze) dias de duração, prorrogável por igual período

---

[179] Nesse contexto, importante diferenciar a captação ambiental de sinais eletromagnéticos e o acesso a registros de ligações telefônicas, em detrimento da gravação ambiental e da interceptação de comunicações telefônicas. A lei 12.850/13 prevê, no artigo 3º, entre os meios de obtenção da prova a captação ambiental de sinais eletromagnéticos, ópticos ou acústicos (inciso II) e o acesso a registros de ligações telefônicas e telemáticas, a dados cadastrais constantes de bancos de dados públicos ou privados e a informações eleitorais ou comerciais (inciso IV). Por captação ambiental entende-se a obtenção, sem autorização de quem emite o sinal, de natureza eletromagnética, óptica ou acústica do significado ou conteúdo do sinal. A captação ambiental abrange a gravação de uma emissão clandestina de sinal de rádio, a possibilidade de localização dos chamados GPS, a utilização de câmeras de vigilância, fotografias e a teleoitiva por meios eletrônicos. Já quanto ao acesso a registros de ligações telefônicas e telemáticas, estes são acessórios do sigilo das comunicações telefônicas, de modo que estão sob aquele sigilo, e a sua obtenção depende de autorização judicial. Caso contrário, em sendo simples dados cadastrais não envolvendo sigilo especial (que dizem respeito ao conteúdo das comunicações e seus acessórios), podem ser requisitados diretamente pela autoridade policial ou Ministério Público. (GRECO FILHO, 2015, p.22-6).

[180] GIACOMOLLI, 2011, p.141-3.

[181] Greco Filho formula uma crítica bastante coerente quanto à técnica legislativa em relação aos requisitos autorizativos da interceptação telefônica. O artigo 2º da Lei nº 9.296/96 optou por duplamente lamentável redação negativa, enumerando os casos em que não será admitida a interceptação, em vez de indicar taxativamente os casos em que será possível. Lamentável, porque a redação negativa sempre dificulta a intelecção da vontade da lei e mais lamentável ainda porque pode dar a entender que a interceptação seja a regra, ao passo que, na verdade, a regra é o sigilo. (GRECO FILHO, *op. cit.*, p.35).

(artigo 5º), o que tem sido relativizado pela jurisprudência brasileira[182].

Entretanto, embora a medida da interceptação telefônica seja excepcional, devendo-se, na persecução penal, buscar o menor gravame possível aos direitos fundamentais envolvidos, o seu uso será admitido em todos os crimes punidos com reclusão. Assim, estabelece-se um catálogo aberto, com abrangência ampla, possibilitando o uso das interceptações num rol muito extenso de delitos.

Conforme Greco Filho[183] há a necessidade de se ponderar a respeito dos bens jurídicos envolvidos quando se faz o uso da interceptação telefônica: não se pode sacrificar o bem jurídico da magnitude do sigilo das comunicações telefônicas para investigações em que não estejam envolvidos bens jurídicos de maior valor. Como parâmetro prático, cita o rol da lei dos crimes hediondos como referência para definir a gravidade da infração que justifica a interceptação.

Assim, a excepcionalidade do uso das interceptações telefônicas deve ser garantida já no plano legislativo, através de um catálogo fechado que englobe os crimes mais graves,

---

[182] A jurisprudência tem admitido a reiteração das prorrogações de modo a superar o prazo previsto em lei como limite para o uso da interceptação telefônica. Tem sido bastante comum investigações com interceptações telefônicas que duram meses. Exemplificativamente, nesse sentido, é a decisão proferida pelo Superior Tribunal de Justiça, no *habeas corpus* nº 239.465: "embora a interceptação telefônica deva perdurar, via de regra, por 15(quinze) dias, prorrogáveis por mais 15 (quinze), excepcionalmente admite-se que tal lapso seja ultrapassado, exigindo-se, para tanto, que a imprescindibilidade da medida seja justificada em decisão devidamente fundamentada". (BRASIL. **Superior Tribunal de Justiça**. Disponível em: <http://www.stj.jus.br/SCON/>. Acesso em: 25 abr. 2016).

[183] GRECO FILHO, 2015, p.36.

como, por exemplo, nas legislações portuguesa[184] e italiana[185]. Desse moto, restringe-se *a priori* o uso da medida apenas no caso dos crimes mais graves que justifiquem a invasão aos direitos fundamentais.

De acordo com Valente[186], num regime democrático – no qual os fins não podem justificar os meios – o recurso à interceptação telefônica deve ser usado apenas em situações excepcionais, considerando os requisitos e pressupostos estabelecidos pelos artigos 187 e 188 do código de processo penal português. Sempre tendo como referência a máxima de que o homem deve ser tratado como sujeito de direitos, o respeito aos pressupostos legais é o caminho para se preservar a intimidade da vida privada, a inviolabilidade das telecomunicações, a honra, a palavra e a imagem.

Durante o procedimento de interceptação telefônica, o suspeito não tem conhecimento dos atos investigatórios que estão sendo produzidos, com o objetivo de não prejudicar a sua eficácia. Dessa forma, neste primeiro momento (enquanto a colheita da prova está em curso),

---

[184] Exemplificativamente, cita-se *o artigo 187 do código de processo penal português que regulamenta as escutas telefônicas, autorizando-as nos seguintes crimes: 1 - A intercepção e a gravação de conversações ou comunicações telefônicas só podem ser autorizadas durante o inquérito, se houver razões para crer que a diligência é indispensável para a descoberta da verdade ou que a prova seria, de outra forma, impossível ou muito difícil de obter, por despacho fundamentado do juiz de instrução e mediante requerimento do Ministério Público, quanto a crimes: (a) Puníveis com pena de prisão superior, no seu máximo, a 3 anos; (b) Relativos ao tráfico de estupefacientes; (c) De detenção de arma proibida e de tráfico de armas; (d) De contrabando; (e) De injúria, de ameaça, de coacção, de devassa da vida privada e perturbação da paz e do sossego, quando cometidos através de telefone; (f) De ameaça com prática de crime ou de abuso e simulação de sinais de perigo; ou (g) De evasão, quando o arguido haja sido condenado por algum dos crimes previstos nas alíneas anteriores. 2 - A autorização a que alude o número anterior pode ser solicitada ao juiz dos lugares onde eventualmente se puder efectivar a conversação ou comunicação telefónica ou da sede da entidade competente para a investigação criminal, tratando-se dos seguintes crimes: (a) Terrorismo, criminalidade violenta ou altamente organizada; (b) Sequestro, rapto e tomada de reféns; (c) Contra a identidade cultural e integridade pessoal, previstos no título III do livro II do Código Penal e previstos na Lei Penal Relativa às Violações do Direito Internacional Humanitário; (d) Contra a segurança do Estado previstos no capítulo I do título V do livro II do Código Penal; (e) Falsificação de moeda ou títulos equiparados a moeda prevista nos artigos 262.º, 264.º, na parte em que remete para o artigo 262.º, e 267.º, na parte em que remete para os artigos 262.º e 264.º, do Código Penal; (f) Abrangidos por convenção sobre segurança da navegação aérea ou marítima.* (PORTUGAL. Código de Processo Penal Português. Disponível em: <http://www.pgdlisboa.pt/leis/lei_mostra_articulado.php?nid=199&tabela=leis>. Acesso em: 25 abr. 2016).

[185] *No âmbito do processo penal italiano, o artigo 266 estabelece limites à admissibilidade da interceptação telefônica, preceituando um catálogo fechado de crimes. Art. 266 Limiti di ammissibilità. 1. L'intercettazione di conversazioni o comunicazioni telefoniche e di altre forme di telecomunicazione è consentita nei procedimenti relativi ai seguenti reati: (a) delitti non colposi per i quali è prevista la pena dell'ergastolo o della reclusione superiore nel massimo a cinque anni determinata a norma dell'articolo 4; (b) delitti contro la pubblica amministrazione per i quali è prevista la pena della reclusione non inferiore nel massimo a cinque anni determinata a norma dell'articolo 4; (c) delitti concernenti sostanze stupefacenti o psicotrope; (d) delitti concernenti le armi e le sostanze esplosive; (e) delitti di contrabbando; (f) reati di ingiuria, minaccia, usura, abusiva attività finanziaria, abuso di informazioni privilegiate, manipolazione del mercato, molestia o disturbo alle persone col mezzo del telefono.* (ITÁLIA. Legislação Italiana. Disponível em: <http://www.normattiva.it/static/codici_proc_penale.html>. Acesso em: 25 abr. 2016).

[186] VALENTE, 2008, p.175-7.

há segredo absoluto perante investigado e seu eventual defensor. Entretanto, uma vez obtida a prova em questão, não mais se justifica esse segredo absoluto perante o investigado.[187]

O sigilo, depois de concluídas as diligências, deve ser mantido apenas perante terceiros (não diante do investigado e seu defensor). Assim, deve-se assegurar a publicidade interna (somente os que participam do processo podem ter acesso) e restrita (restrita ao Ministério Público, investigado, defesa, juiz, autoridade policial que executou a medida).[188]

Em outras palavras, concluídas as diligências investigatórias, nada mais justifica o sigilo diante do investigado, conforme, inclusive, dispõe a súmula vinculante 14 do Supremo Tribunal Federal. Além disso, vale ressaltar que a Lei nº 13.245/16 inseriu o inciso XXI e o §12º no artigo 7º do Estatuto da Advocacia, os quais reforçaram a atuação do advogado na fase de inquérito policial. O fornecimento incompleto de autos, ou o fornecimento de autos em que houve a retirada de peças, já incluídas no caderno investigativo, implicará responsabilização criminal e funcional por abuso de autoridade do responsável que impedir o acesso do advogado com o intuito de prejudicar o exercício da defesa.

Desse modo, impõe-se o levantamento do segredo diante do investigado porque só assim se permite a preparação do contraditório (no caso, diferido) e, sobretudo, o direito de ampla defesa. Se a prova obtida fosse subtraída do conhecimento das partes, haveria claro cerceamento de acusação ou de defesa. A preservação do sigilo da prova obtida é fundamental perante terceiros, para que seja preservado o direito à intimidade das partes envolvidas.[189] Entretanto, em relação ao acusado, devem ser preservadas as garantias da ampla defesa e do contraditório, que constituem a essência do processo no Estado Democrático de Direito.

Conforme Giacomolli[190], a adequação constitucional da interceptação depende da sua submissão ao crivo do contraditório, contexto em que é imprescindível a fidelidade na transcrição dos dados (documentação) e dos mecanismos utilizados na investigação. Entretanto, a legislação não refere quais os mecanismos que podem servir para interceptar as comunicações e os dados e, também, pouco se investiga acerca da confiabilidade destes mecanismos. O registro fiel do que foi interceptado é indispensável, para que tudo isso seja escutado na fase judicial, em contraditório, oportunidade em que deverá ser transcrito o que interessa aos fatos.

---

[187] GOMES, Luiz Flávio; MACIEL, Silvio. **Interceptação telefônica**: comentários à Lei 9.296, de 24.07.1996. São Paulo: RT, 2014, p.183.
[188] *Ibid*.
[189] *Ibid*., p.186-7.
[190] GIACOMOLLI, 2011, p.140-1.

Assim, não obstante o fato do contraditório não poder ser exercido no momento da colheita da prova, sob pena de inviabilizar a realização da interceptação, deve ser garantido na fase judicial. Não se pode cogitar que os elementos de prova não estejam sujeitos ao contraditório, de forma a possibilitar ao acusado o direito de apresentar contraprova ou demonstrar eventuais ilegalidades no curso da investigação. Nesse sentido, no julgamento dos inquéritos 2725/SP (DJ 08/09/15) e 4022/AP (DJ 08/09/15)[191], o Supremo Tribunal Federal decidiu que não há violação a garantia do contraditório e da ampla defesa quando o conteúdo dos autos, incluídos aí todas as decisões e os áudios das interceptações telefônicas utilizadas pela acusação, foi disponibilizado para a defesa.

Por outro lado, uma questão que tem sido profundamente debatida é se o acusado tem o direito a que seja desgravada integralmente a interceptação mantida em mídia eletrônica. Conforme Greco Filho, se justificada a necessidade de se entender o contexto da conversa gravada, tem direito inequívoco e constitucional o suspeito de ver desgravadas todas as partes necessárias à identificação e compreensão do contexto, sob pena de inutilização da prova.[192]

O que não se admitir, sob hipótese alguma, é que sejam extraídos trechos acompanhados por comentários interpretativos elaborados pelos investigadores que, muitas vezes, distorcem o teor das conversas gravadas. A transcrição é ato meramente descritivo e não valorativo, de modo que é absolutamente ilegítima qualquer inserção de observações, comentários, ilações, inferências ou conclusões. Comentários, portanto, são espúrios e ilegais, consistindo em prova lícita. À defesa deve ser garantido o direito de impugnar a integridade da gravação e das transcrições, se houver elementos para se duvidar de sua autenticidade.[193]

Em relação à desgravação dos áudios, o artigo 188.8, do código de processo penal português[194] assegura ao arguido, a partir do encerramento do inquérito, o direito de poder examinar os suportes técnicos das conversações ou comunicações e obter cópia das partes que

---

[191] BRASIL. Supremo Tribunal Federal. **Portal Jurisprudência**. Disponível em: <http://www.stf.jus.br/portal/ jurisprudencia/ pesquisarJurisprudencia.asp>. Acesso em: 25 abr. 2016.

[192] GRECO FILHO, 2015, p.59-60.

[193] *Ibid*.

[194] Art. 188 – *Formalidades das operações – 8. A partir do encerramento do inquérito, o assistente e o arguido podem examinar os suportes técnicos das conversações ou comunicações e obter, à sua custa, cópia das partes que pretendam transcrever para juntar ao processo, bem como dos relatórios previstos no n.º 1, até ao termo dos prazos previstos para requerer a abertura da instrução ou apresentar a contestação, respectivamente. 9 - Só podem valer como prova as conversações ou comunicações que: a) O Ministério Público mandar transcrever ao órgão de polícia criminal que tiver efectuado a intercepção e a gravação e indicar como meio de prova na acusação; b) O arguido transcrever a partir das cópias previstas no número anterior e juntar ao requerimento de abertura da instrução ou à contestação; ou c) O assistente transcrever a partir das cópias previstas no número anterior e juntar ao processo no prazo previsto para requerer a abertura da instrução, ainda que não a requeira ou não tenha legitimidade para o efeito*. (PORTUGAL. Código de Proceso Penal Português. Disponível em: <http://www.pgdlisboa.pt/leis/lei_mostra_ articulado.php?nid=199&tabela=leis >. Acesso em: 25 abr. 2016).

pretenda transcrever para juntar ao processo. Ainda, no item 9 do mesmo artigo, só poderá valer como prova as conversações ou comunicações que o Ministério Público, o arguido ou o assistente procederem a transcrição e a juntada nos autos.

Na mesma linha, o artigo 268 do código de processo penal italiano[195] assegura que os defensores dos acusados serão cientificados para exercerem o direito de examinar os atos e escutar os registros dos fluxos de comunicações, bem como o direito de extrair cópia das transcrições e dos registros magnéticos para eventual comparação.

Portanto, para que o contraditório judicial seja perfectibilizado nos casos de investigações em que há interceptação telefônica, é imprescindível que a defesa tenha todos os recursos inerentes para a) contestar a legalidade (constitucionalidade) do meio de investigação, ou seja, se foram preenchidos todos os requisitos legais para sua autorização e uso; e b) a possibilidade de contrapor o conteúdo dos diálogos interceptados. Para tanto, deve ser disponibilizado à defesa o conteúdo integral dos autos que englobam: os elementos que embasaram a causa provável e fundamentaram o pedido de interceptação telefônica; a cadeia de requerimentos da autoridade policial e do Ministério Público; a cadeia de decisões que autorizaram o uso da medida; todos os alvarás judiciais de interceptação encaminhados para as companhias telefônicas; a integralidade dos áudios captados e gravados; a integralidade dos relatórios investigativos; e a integralidade das transcrições eventualmente realizadas.

A perfectibilização do contraditório na fase judicial precisa ser assegurada também nos métodos ocultos de obtenção de prova, de modo a evitar que a fase processual não se torne um mero simulacro de processo, assegurando a dialética processual que configura um dos pilares estruturantes do Estado Democrático de Direito e, sob o mesmo prisma, a condição de sujeito de direitos ao cidadão que responde ao processo criminal.

---

[195] Art. 268. *Esecuzione delle operazioni. 6. Ai difensori delle parti è immediatamente dato avviso che, entro il termine fissato a norma dei commi 4 e 5, hanno facoltà di esaminare gli atti e ascoltare le registrazioni ovvero di prendere cognizione dei flussi di comunicazioni informatiche o telematiche. Scaduto il termine, il giudice dispone l'acquisizione dele conversazioni o dei flussi di comunicazioni informatiche o telematiche indicati dalle parti, che non appaiano manifestamente irrilevanti, procedendo anche di ufficio allo stralcio delle registrazioni e dei verbali di cui è vietata l'utilizzazione. Il pubblico ministero e i difensori hanno diritto di partecipare allo stralcio e sono avvisati almeno ventiquattro ore prima.8. I difensori possono estrarre copia delle trascrizioni e fare eseguire la trasposizione della registrazione su nastro magnetico. In caso di intercettazione di flussi di comunicazioni informatiche o telematiche i difensori possono richiedere copia su idoneo supporto dei flussi intercettati, ovvero copia della stampa revista dal comma 7.* (ITÁLIA. Legislação Italiana. Disponível em: <http://www.normattiva.it/static/codici_proc_penale.html>. Acesso em: 25 abr. 2016).

2.2.5 Princípio do menor gravame ao(s) direito(s) fundamental(is) na persecução penal

O Estado Democrático de Direito tem como fundamento (artigo 1º, inciso III) o princípio da dignidade da pessoa humana, o qual irradia seus efeitos em todas as esferas do ordenamento jurídico brasileiro. Refere Ávila[196] que, no direito constitucional, faz-se uso da ideia de proporção entre o gravame criado por um ato do Poder Público e o fim por ele perseguido. E, na avaliação da intensidade do gravame provocado, fala-se em proporção entre vantagens e desvantagens, entre ganhos e perdas, entre restrição de um direito e promoção de um fim.

No âmbito do processo civil, em se tratando do processo executivo que trata de bens jurídicos disponíveis, vale dizer, o princípio do menor gravame ao executado deve ser respeitado. O artigo 805 do novo código de processo civil preceitua que "quando por vários meios o exequente puder promover a execução, o juiz mandará que se faça pelo modo menos gravoso para o executado".[197] Essa redação é quase idêntica ao que previa o artigo 620 da legislação anterior: "quando por vários meios o credor puder promover a execução, o juiz mandará que se faça pelo modo menos gravoso para o devedor".[198]

Trata-se de princípio previsto em lei que visa a proteger a dignidade do executado no processo civil, segundo a ótica constitucional. Segundo Didier Jr. *et al.*[199], Marinoni e Mitidiero[200] o princípio do menor gravame ao executado visa impedir a execução desnecessariamente onerosa ao devedor (execução abusiva). Em havendo meios executivos aptos a realizar a tutela adequada e efetiva ao direito de crédito, escolhe-se a via menos onerosa ao executado. Em outras palavras, existindo meios diversos de realizar a prestação jurisdicional, deve ser escolhido aquele que, em respeito à dignidade da pessoa humana, menor prejuízo trará ao executado, o que se denomina como princípio do menor gravame ao executado.

A dignidade da pessoa humana está como pano de fundo do princípio do menor gravame ao executado no processo civil. Transportando tais pressupostos para o processo

---

[196] ÁVILA, Humberto. **Teoria dos princípios**: da definição à aplicação dos princípios jurídicos. São Paulo: Malheiros, 2003, p.112.

[197] BRASIL. Código de Processo Civil. **Lei nº 13.105/16**. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_ato2015-2018/2015/lei/ l13105.htm>. Acesso em: 25 abr. 2016.

[198] BRASIL. Lei nº 5869/73. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/L5869.htm >. Acesso em: 25 abr. 2016.

[199] DIDIER JR., Fredie; CUNHA, Leonardo José Carneiro da; BRAGA, Paula Sarno; *et al.* **Curso de Direito Processual Civil**: execução. Bahia: Jus Podium, 2010, p. 55-7.

[200] MARINONI, Luiz Guilherme; MITIDIERO, Daniel. **Código de Processo Civil comentado artigo por artigo**. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2010.

penal, observadas as devidas adequações tendo em vista a sua natureza diferenciada, pois, diz respeito a bens jurídicos indisponíveis e direitos de personalidade (liberdade, vida, honra, intimidade pessoal, integridade física, por exemplo) – a dignidade humana, igualmente, deve nortear os meios de obtenção de prova, assegurando ao cidadão o tratamento como sujeito de direitos.

Dessa forma, os meios de obtenção de prova devem respeitar o menor gravame aos direitos fundamentais do investigado. Ou seja, se for possível obter as provas por meios que não onerem (ou que causem menor gravame) os direitos fundamentais, tais medidas assim devem ser tomadas. Conforme Correa[201], *"el órgano correspondiente ha de elegir de entre aquellas que resulten igualmente aptas para la satisfacción del fin perseguido, aquella que sea menos lesiva para los derechos de los ciudadanos"*.

O princípio do menor gravame aos direitos fundamentais do investigado possui fundamento normativo no artigo 2º, inciso II, da Lei nº 9.296/96, o qual prevê que não será admitida a interceptação de comunicações telefônicas quando a prova puder ser feita por outros meios disponíveis.[202] No mesmo sentido, o artigo 10, §2º da Lei 12.850/13 preceitua que "será admitida a infiltração nos casos de organização criminosa se a prova não puder ser produzida por outros meios disponíveis".[203] Interpretando as referidas previsões legais, os outros meios disponíveis são aqueles menos onerosos aos direitos fundamentais do sujeito passivo da investigação.

Valente[204] explica que no ordenamento jurídico português existe uma sistematização dos meios de obtenção de prova, segundo uma gradação ascendente, tendo como critério a probabilidade de ferimento de direitos fundamentais:

> Do que concerne à sistematização dos meios de obtenção de prova podemos aferir que existe uma gradação dos meios a fruir pela AJ e pelo OPC – exames, revistas, buscas, apreensões e escutas telefônicas. Podemos retirar uma ideia de gradação ascendente dos meios de obtenção de prova face à maior e mais grave probabilidade de ferimento de direitos fundamentais como se existisse uma escada ascendente a subir de acordo com o esgotamento da anterior e da necessidade para defesa da colectividade e do próprio agente ou suspeito do crime [...].

---

[201] CORREA, Teresa Aguado. **El principio de proporcionalidad en derecho penal**. Madrid: Edersa, 1999, p.98.

[202] BRASIL. **Lei nº 9.296/96**. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/L9296.htm>. Acesso em: 25 abr. 2016.

[203] *Id*. **Lei nº 12.850/13.** Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_ato2011-2014/2013/lei/l12850.htm>. Acesso em: 23 set. 2016.

[204] VALENTE, Manuel Monteiro Guedes. **Conhecimentos fortuitos**: a busca de um equilíbrio apuleiano. Coimbra: Almedina, 2006, p.50-1.

Na legislação portuguesa, Valente[205] refere que o legislador consagrou as escutas telefônicas em último lugar dos meios de obtenção de prova – colocando em primeiro os exames, depois as revistas e as buscas, seguidamente as apreensões e, por último, as escutas telefônicas. Mais grave que esta, somente o agente infiltrado, cujo regime o legislador consagrou em diploma autônomo (Lei nº 101/2001[206]), assim como o registro de voz (*off*) e imagem (Lei nº 5/2002[207]).

Entretanto, analisando a realidade portuguesa, Valente[208] ressalta que tem sido desmedida e facilitada a autorização das escutas telefônicas (muitas vezes de necessidade duvidosa), sem que primeiramente fossem avaliados os meios menos delatores dos direitos e liberdades pessoais. A interceptação telefônica converteu-se em um meio de obtenção de prova de *ultima ratio* (excepcional) em *prima ratio* (vulgar). E conclui que *"a macrocriminalidade e a ineficiência aparente dos meios de obtenção de prova menos onerosos para os direitos dos cidadãos não podem nem devem justificar o recurso desproporcional e desnecessário à realização das escutas telefônicas"*.

A excepcionalidade dos meios de obtenção de provas mais agressivos aos direitos, liberdades e garantias fundamentais deve ser observada. Assim, para que a justiça não se torne amoral e enferma, é preferível não obter a prova criminal, em detrimento de ofender 'brutal e desmesuradamente' quaisquer direitos pessoais e princípios fundamentais (tais como a vida, a integridade física e psíquica, a reserva da intimidade da vida privada e familiar, a dignidade da pessoa humana).[209]

Portanto, a persecução criminal está sujeita ao recurso menos oneroso para os direitos e liberdades fundamentais dos indivíduos (princípio do menor gravame ao direito

---

[205] VALENTE, 2008, p.23-4.

[206] A Lei portuguesa nº 101/2001 estabelece, no artigo 2º, um catálogo fechado de crimes nos quais o juiz poderá autorizar a infiltração de agente policial (acções encobertas). Conforme o artigo 1º, *consideram-se acções encobertas aquelas que sejam desenvolvidas por funcionários de investigação criminal ou por terceiro actuando sob o controlo da Polícia Judiciária para prevenção ou repressão dos crimes indicados nesta lei, com ocultação de sua qualidade e identidade.* (PORTUGAL. **Lei portuguesa nº 101/2001**. Disponível em: <http://www.pgdlisboa.pt/leis/lei_mostra_articulado.php?nid=89&tabela=leis>. Acesso em: 25 abr. 2016).

[207] A Lei portuguesa nº 5/2002 estabelece medidas de combate à criminalidade organizada e financeira, também preceituando, em seu artigo 1º, um catálogo fechado de tipos penais nos quais as medidas investigativas poderão ser deferidas. O artigo 6º regulamenta o registro de voz e de imagem, prevendo: 1 - *é admissível, quando necessário para a investigação de crimes referidos no artigo 1º, o registro de voz e de imagem, por qualquer meio, sem consentimento do visado*; 2 – *A produção destes registros depende de prévia autorização ou ordem do juiz, consoante os casos.* 3 – *São aplicáveis aos registros obtidos, com as necessárias adaptações as formalidades previstas no artigo 188 do Código de Processo Penal.* O artigo 188 dispõe, dentre outros aspectos, sobre a disponibilização dos suportes técnicos das escutas telefônicas, a necessidade de transcrição destes (seja pela acusação ou defesa) para que haja validade como prova, bem como a sua preservação até o trânsito em julgado. (PORTUGAL. **Lei portuguesa nº 5/2002**. Disponível em: <http://www.pgdlisboa.pt/leis/lei_mostra_articulado.php?nid=89&tabela=leis>. Acesso em: 25 abr. 2016).

[208] VALENTE *op. cit.*, p.17-20.

[209] *Ibid.*, p.22-3.

fundamental), em respeito à dignidade da pessoa humana, devendo ser sistematizado segundo essa lógica. Dessa forma, caso a prova testemunhal ou pericial preencha o quadro probatório do processo, não deve ser realizada a busca e apreensão, a interceptação telefônica ou mesmo a infiltração de agente policial.

O julgador, ao analisar se defere (ou não) a medida investigativa, deve observar o princípio do menor gravame ao direito fundamental e considerar que os métodos investigativos invasivos a direitos fundamentais são excepcionais. Ocorre que – diferentemente da legislação portuguesa – a legislação brasileira não possui uma sistematização a partir de uma gradação ascendente.

Dessa forma, é preciso – também no âmbito legislativo - sistematizar os meios de obtenção de prova a partir da probabilidade de agressão aos direitos fundamentais, viabilizando um raciocínio para que o julgador verifique se a prova pode ser produzida por outros meios menos invasivos, no momento de apreciar o respectivo requerimento de autorização. A defesa dos direitos fundamentais requer que os métodos de investigação como a interceptação telefônica, a infiltração, a captação de áudio e vídeo, quebras de sigilo sejam admitidos apenas nos crimes mais graves, nos quais os bens jurídicos tutelados justifiquem eventual agressão à intimidade, vida privada, inviolabilidade, para que seja assegurado o menor gravame ao direito fundamental no curso da investigação preliminar.

2.2.6 Princípio da especialidade da prova

O princípio da especialidade da prova estabelece uma necessária vinculação causal que a prova obtida deve guardar com o fato objeto da decisão judicial que autorizou o uso do respectivo meio de obtenção. A autorização judicial acarreta a restrição aos direitos fundamentais do investigado (como a intimidade, inviolabilidade domiciliar e o sigilo das comunicações), em detrimento da persecução criminal, razão pela qual está vinculado à causa provável que ensejou o pedido formulado pela autoridade policial ou pelo Ministério Público.

Os exemplos são muito comuns na *praxe* forense. Veja-se uma situação de cumprimento de um mandado de busca e apreensão, expedido em uma investigação preliminar que apura o delito de tráfico de drogas. Entretanto, durante a incursão domiciliar, são também apreendidos computadores onde constam elementos de prova a demonstrar o crime de estelionato. Outra situação: suponhamos a existência de uma autorização judicial para realização de interceptação telefônica, com a finalidade de apurar o delito de tráfico de

entorpecentes. Em meio a esta investigação lícita, que preenche todos os requisitos para sua legitimidade e validade, são obtidos elementos a indicar um crime de homicídio.

O ponto de partida de toda essa discussão, como frisado, é o princípio da especialidade da prova. Na jurisprudência argentina, tendo como *leading case* "D Acosta", julgado pela *Corte Suprema de Justicia de la Nación*, firmou-se o entendimento de que as descobertas fortuitas podem ser aceitas durante curso de uma interceptação telefônica. O fundamento utilizado consiste no fato de que, enquanto dura a diligência judicial, *se encuentra legalmente restringido el derecho a la intimidad*, de modo que resulta válida inclusive a atuação policial quando se obtém elementos sem qualquer vinculação com o fato investigado, isto é, que não estão especificados na ordem judicial.[210]

Entretanto, essa construção da Suprema Corte Argentina parte de uma premissa errônea, qual seja, *"que la orden jurisdicional que habilita la injerencia estatal suprime el derecho a la intimidad durante su ejecución"*. Na verdade, durante a execução das medidas analisadas, o direito à intimidade somente está restringido com o único objetivo de permitir que as agências policiais obtenham provas do delito previamente identificado e taxativamente definido.[211]

Conforme Tapia[212], o direito à intimidade dos sujeitos passivos das diligências investigatórias unicamente cede para possibilitar a apreensão daquilo que o juiz autorizou, ou para gravar uma conversação vinculada ao objeto da investigação, de modo que, caso ocorra algum excesso em relação ao marco da ordem judicial, a conduta policial resultará lesiva ao direito constitucional da intimidade e, consequentemente, seus resultados devam ser excluídos da valoração jurisdicional.

Em um Estado Democrático, os registros domiciliares e as intervenções telefônicas não devem se dirigir ao descobrimento de delitos em geral. Essas diligências investigatórias são regidas pelo princípio da especialidade, o qual implica que deve existir uma necessária identidade entre o delito-objeto de investigação e o fato que se investiga.[213] Nas palavras de Tapia:

---

[210] TAPIA, Juan. *Descubrimientos accidentales en el curso de un registro domiciliario o una intervención de comunicaciones. El problema de los hallazgos casuales "o causales"*? *In*: **Revista de Derecho Penal**. Buenos Aires: Instituto de Ciencias Penales, 2002, p.672.
[211] *Ibid*., p.673.
[212] *Ibid*., p.674.
[213] *Ibid*., p.673.

> *Sobre esta base se ha reconocido que en las diligencias instructorias rige el principio de especialidad, el cual implica que debe existir una necesaria identidad entre el delito-objeto de investigación y el que de hecho se investiga. De este modo es que el ordenamiento adjetivo impide una venia judicial para propiciar el descubrimiento genérico de posibles infracciones penales, lo que implicaría conceder autorizaciones en blanco para la vulneración de derechos fundamentales de las personas.*[214]

Dessa forma, existe uma obrigação de se indicar, na diligência, o delito investigado, para não converter a medida em uma atuação de busca ilimitada e indiscriminada de informações, que surpreenda inclusive as pessoas que não tenham qualquer relação com o delito ou, ainda, que sejam obtidos resultados que inicialmente não eram almejados e para os quais, sob o prisma do princípio da especialidade (ponto de partida para se analisar os conhecimentos fortuitos), não existe autorização judicial *stricto sensu*.[215]

Explica Lopes Jr.[216] que o ato judicial que autoriza, por exemplo, a obtenção de informações bancárias, fiscais ou telefônicas – com o sacrifício do direito fundamental respectivo – é plenamente vinculado e limitado. A excepcionalidade e lesividade de tais medidas exigem uma eficácia limitada de seus efeitos. Trata-se de uma vinculação causal, na qual a autorização judicial para a obtenção da prova vincula a utilização naquele processo (e em relação àquele caso penal), sendo, ao mesmo tempo, vinculante e vinculada.

Em outras palavras, essa decisão, ao mesmo tempo em que está vinculada ao pedido, é vinculante em relação ao material colhido, estando restrita à apuração daquele crime que ensejou a decisão judicial. Assim, o chamado princípio da especialidade situa-se numa linha de tensão com a transferência de provas (compartilhamento de provas). Nas palavras de Lopes Jr.[217], "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-Fragoso[218] sustenta que "*los conocimientos adquiridos casualmente suponen, en realidad, una adquisición sin una efectiva autorización judicial*", acarretando, por consequência, a ofensa ao conjunto de garantias que devem ser exigidas para a autorização da medida investigativa. O preenchimento dos pressupostos autorizativos dos meios ocultos de investigação "*se concretan y hacen efectivas en el momento en el Juez motiva la resolución en*

---

[214] TAPIA, 2002, p.673-4.
[215] *Ibid.*
[216] LOPES JR., 2017b, p.584-5.
[217] *Ibid.*, p.586.
[218] LÓPEZ-FRAGOSO, Tomás. Los descubrimientos casuales en las intervenciones telefónicas como medidas coercitivas en el proceso penal. *In:* **Derechos y libertades**. Madrid, 1994, p. 87.

la que acuerda la intervención", sendo que, em se tratando dos achados causais, não há uma fundamentação direta a autorizar a medida investigatória.

O ordenamento jurídico impede uma autorização judicial para propiciar o descobrimento genérico de possíveis infrações penais. Tapia[219] sustenta a necessidade de se estabelecer um critério que analise o grau de conexão – objetiva/subjetiva – que existe entre o fato delitivo objeto da investigação e a medida invasiva aos direitos fundamentais, bem como se a imputação diz respeito ao mesmo sujeito passivo da ingerência investigatória ou a terceiros não investigados. O fato delitivo descoberto casualmente deverá ser confrontado com o fundamento da medida que, em sua execução, permitiu adquirir tal conhecimento fortuito e, em um segundo momento, com o sujeito passivo da mesma.

Tendo em conta os fatores, objetivo e subjetivo, e ante as distintas possibilidades e variações que a conjugação desses critérios oferecem, caberia afirmar que não seria utilizável uma descoberta causal quando o conhecimento se refira à um fato delitivo totalmente independente do investigado no processo em que se ordenou a medida, ou quando se refira a um terceiro que não seja sujeito passivo da mesma. Segundo Tápia[220]:

> *La doctrina española ha admitido la utilización de los hallazgos casuales en los supuestos en que estos guarden conexión con el hecho delictivo objeto de las actuaciones criminales en función del cual se ha ordenado la medida intrusiva. Este vinculo viene dado por los casos de conexidad expresamente reglados en la norma de forma, o en los supuestos de delitos continuados derivados de la interpretación de la ley substantiva.*

Lopes-Fragoso[221] também refere que tem sido utilizado o critério da conexão,

> *siendo lo importante determinar el grado de conexión que deba presentarse entre el hecho delictivo descubierto casualmente a través de una medida de intervención telefónica legítimamente autorizada y ejecutada y el hecho penal objeto del proceso en que se obtiene dicho descubrimiento y los sujetos.*

Nesse sentido, complementa:

> *Teniendo en cuenta los factores objetivos y subjetivos, y ante las distintas posibilidades y variaciones que la conjugación de ambos criterios ofrecen, hemos de concluir que, por ejemplo, sería utilizable el hallazgo fortuito imputable al mismo sujeto pasivo de la medida de intervención telefónica cuando concierna a un hecho delictivo conexo con el investigado y, por el contrario, no sería utilizable un descubrimiento causal relativo a una infracción delictiva distinta a la investigada e imputable a un tercero.*[222]

---

[219] TAPIA, 2002, p.678-9.
[220] *Ibid.*, p. 679-80.
[221] LÓPEZ-FRAGOSO, 1994, p.85.
[222] *Ibid.*, p.87.

Para Greco Filho[223], por exemplo, se a investigação diz respeito à atuação de alguém suspeito da prática do delito de tráfico de drogas, busca-se descobrir quem são os agentes ou colaboradores. A autorização de interceptação, portanto, abrangerá a participação de qualquer interlocutor do fato que está sendo apurado, não havendo limitação subjetiva à utilização da prova obtida mediante interceptação telefônica quando relacionada com o fato que a justificou. Nesses casos, existe uma relação de conexão ou continência com o fato inicialmente investigado. Em contrapartida, o que não se pode admitir "é a utilização da interceptação em face de fato em conhecimento fortuito e desvinculado do fato que originou a providência".

Conforme Streck[224], uma interpretação mais rigorosa da lei interceptações telefônicas não permitiria que se utilizasse a prova obtida fortuitamente, porque não inserida no âmbito da autorização judicial. Ou seja, o objetivo da lei é evitar que se faça autorização "no atacado", para tentar descobrir delitos e autores "no varejo". Contudo, ressalta que na investigação de grandes quadrilhas é impossível que todas as situações concretas sejam especificadas no pedido de "escuta". O mesmo se diga a respeito da investigação de grandes fraudes fiscais, em que outros delitos como corrupção, falsidade, etc., que poderão ser descobertos mediante os dados recolhidos na escuta.

Gomes[225] ressalta que a decisão judicial que determina a interceptação telefônica exige a descrição, com clareza, da situação objeto da investigação, bem como a indicação e qualificação dos investigados (dos sujeitos passivos). A preocupação é com a correta individualização do fato objeto da persecução, assim como com a pessoa que está sendo investigada. Contudo, se no curso da captação da comunicação telefônica ou telemática surgirem outros fatos penalmente relevantes, distintos da "situação objeto da investigação", impõe-se a imediata comunicação de tudo ao juiz (princípio do controle judicial), para que se delibere a respeito.

Com relação aos conhecimentos fortuitos (também denominado pela jurisprudência pátria de "serendipidade"), o Supremo Tribunal Federal tem considerado compatível com o artigo 5º, incisos XII e LVI, o uso de prova obtida fortuitamente através de interceptação telefônica licitamente conduzida, ainda que o crime descoberto seja punido com detenção, desde que conexo ao que foi objeto da interceptação. No mesmo sentido, tem sido

---

223 GRECO FILHO, 2015, p.44-6.

224 STRECK, Lênio. **As Interceptações Telefônicas e os Direitos Fundamentais**. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2001, p.123-4.

225 GOMES, Luiz Flávio. **Natureza jurídica da serendipidade nas interceptações telefônicas**. Disponível em: <http://www.lfg.com.br>. Acesso em: 18 mar. 2016.

considerada lícita a prova obtida por meio de interceptação de ligações telefônicas, em relação a terceiro que não era alvo da investigação, desde que relacionada com o fato criminoso objeto da investigação.[226]

Sustentam Giacomolli[227] e Lopes Jr.[228] que os conhecimentos fortuitos e os dele decorrentes limitam a sua potencialidade à mera *notitia criminis* (*starter*), a partir da qual se iniciará outra investigação. Ou seja, deve ser instaurado novo procedimento, com outro objeto, oportunidade em que – preenchidos os requisitos legais - poderá ser autorizada a utilização de interceptação telefônica, quebras de sigilo, ou qualquer meio oculto de investigação cabível na espécie delitiva investigada.

Conforme Andrade[229], os conhecimentos fortuitos têm gerado nos meios ocultos de obtenção de prova grande perplexidade, hesitações e, até mesmo, as descontinuidades das correspondentes respostas normativas. Tanto a produção legislativa, como a elaboração doutrinária e jurisprudencial, estão longe de ter logrado paradigmas gerais de enquadramento e de superação jurídica das questões.

No essencial, o que está em causa é o seguinte: os conhecimentos fortuitamente recolhidos, isto é, aqueles que não se reportam ao crime cuja investigação legitimou a sua realização poderão ser aceitos como prova? Nas palavras de Andrade[230], tendo como referência a legislação portuguesa, *"as dificuldades em se formular uma resposta subirão de tom na medida em que os fatos ou conhecimentos fortuitos se reportarem a crimes não imputáveis ao arguido ou suspeito e, sobretudo, a infrações que caem fora dos crimes do catálogo"*.

A (im)possibilidade de uso das provas obtidas fortuitamente (Em quais casos? De que forma? Quais os requisitos?) depende da definição de um regramento objetivo e claro, de modo evitar uma autorização em branco aos investigadores no momento da operacionalização da medida investigativa que afeta algum direito fundamental. No Brasil, não existe legislação específica regulamentando a matéria, sendo bastante pertinente a afirmação de Andrade no

---

[226] Nesse sentido: HC 106.152/MS (DJ 29/03/16); HC nº 116.179/RJ (DJ 09/04/2013); AI nº 626.214/MG (DJ 21/09/10); HC nº 105.527/DF (DJ 29/03/11); HC 83.515/RS (DJ 16/09/04). (BRASIL. Supremo Tribunal Federal. **Portal Jurisprudência**. Disponível em: <http://www.stf.jus.br/portal/jurisprudencia/ pesquisar Jurisprudencia. asp>. Acesso em: 25 abr. 2016). Na mesma linha são os julgados do Superior Tribunal de Justiça, os quais admitem o uso da prova obtida fortuitamente, mesmo que envolvam crimes apenados com detenção e terceiras pessoas que não eram alvos da investigação, quando conexos com o fato inicialmente investigado: HC 33.462/DF (DJ 27/09/05); HC 300684/RS (17/03/2015). (BRASIL. **Superior Tribunal de Justiça.** Disponível em: <http://www.stj.jus.br/SCON/>. Acesso em: 25 abr. 2016).

[227] GIACOMOLLI, 2014, p.175.

[228] LOPES JR., 2017b, p.589.

[229] ANDRADE, Manuel da Costa. **Sobre as proibições de prova em processo penal**. Coimbra: Coimbra, 1992, p.273.

[230] *Ibid.*, p.304.

sentido de que tais acontecimentos, no curso das investigações criminais, têm gerado perplexidade e hesitações. Assim, o tema precisa de maior aprofundamento e debate em sede doutrinária e de pesquisas acadêmicas, para que sejam definidos limites claros à (in)admissibilidade dos elementos de prova obtidos dessa maneira, os quais, posteriormente, são compartilhados em processos distintos.

Nesse contexto, deve-se ter como ponto de partida o princípio da especialidade, que limita a invasão aos direitos fundamentais do indivíduo (e não o contrário). Não se pode admitir – em um Estado Democrático de Direito – que a persecução penal seja ilimitada, de modo a devassar a vida privada das pessoas em busca de *"conhecimentos fortuitos"* dos mais diferentes assuntos. Deve-se considerar, antes de tudo, que o acusado não pode ser tratado como objeto da investigação, mas sim como sujeito de direitos, devendo ser respeitada, *prima facie*, a intimidade, a vida privada e os demais direitos fundamentais, em detrimento do eficientismo e economia processual.

2.3 DIREITOS FUNDAMENTAIS AFETADOS PELOS MÉTODOS OCULTOS DE INVESTIGAÇÃO: DA IMPRESCINDIBILIDADE DAS RESERVAS LEGAL E JURISDICIONAL

A Carta dos Direitos Fundamentais da União Europeia constitui um fórum de expressão de todas as sensibilidades europeias em matéria de direitos fundamentais, um marco importante na solidificação do espaço integrado de liberdade e de justiça, melhorando o atual nível de proteção aos direitos fundamentais. A Carta, na catalogação dos direitos fundamentais, partiu da base de seis alicerces: dignidade, liberdade, igualdade, solidariedade, cidadania e justiça. Como se percebe, a segurança não figura nesses alicerces, ou seja, a ideologia securitária está submetida a todos eles.[231]

A lógica é a mesma no âmbito constitucional brasileiro. Os direitos, liberdades e garantias que dizem respeito aos bens jurídicos personalíssimos, vistos como fundamentais ao desenvolvimento do homem e inerentes ao princípio da dignidade da pessoa humana, são consagrados no plano constitucional: a vida (artigo 5º, *caput*); a integridade pessoal (artigo 5º, III); a intimidade da vida privada e familiar (artigo 5º, X); a honra e imagem (artigo 5º, X); inviolabilidade do domicílio (artigo 5º, XI); inviolabilidade das comunicações (artigo 5º, XII); inviolabilidade da correspondência (artigo 5º, XII).

---

[231] VALENTE, 2008, p.157-8.

Desse modo, todo o cidadão tem o dever de não ferir aqueles bem jurídicos pertencentes à esfera jurídica de outrem; por outro lado, as instituições têm a missão de prevenir e garantir a efetividade contínua do gozo e exercício desses bens jurídicos, protegendo-os daqueles que, por meio criminosos, atentem contra esses valores constitucionais. Para Valente[232], a consagração constitucional desses bens jurídicos personalíssimos tem uma tripla consequência no mundo democrático: a) o respeito dos seus titulares e o exercício por parte destes vincula todo e qualquer cidadão; b) as instâncias de controle estão vinculadas não só a respeitarem, mas também a defendê-los e a promovê-los; e c) admite-se que esses mesmos bens jurídicos possam, excepcionalmente, ser restringidos em casos muito específicos, se preenchidos determinados pressupostos previstos em lei.

Contudo, para que haja a excepcional restrição de determinados direitos fundamentais, é imprescindível que sejam preenchidos pressupostos como: a possibilidade de restrição deve estar expressamente prevista na Constituição; a restrição ao direito fundamental deve salvaguardar outros direitos ou interesses também constitucionalmente protegidos, vale dizer, o direito ou interesse que se invoca deve ter uma adequada e suficiente expressão constitucional; proibição de excesso do meio adequado para a prossecução da finalidade, ou seja, a medida restritiva do direito fundamental deve estar limitada ao estritamente necessário e mostrar-se apta ao efeito almejado; e não se pode aniquilar o direito fundamental em causa com a diminuição de sua extensão e alcance essencial.[233]

Conforme Melado[234]:

> *Los derechos fundamentales ostentan una posición preferente el Estado debe auto limitarse en sus poderes de modo y manera que en caso alguno puede, salvo en las condiciones que la propia Constitución y las leyes establecen, vulnerar tales derechos en el ámbito de la investigación.*

---

[232] VALENTE, 2008, p.134-5.

[233] *Ibid.*, p.135-8. Conforme o autor, o conteúdo essencial de qualquer direito apenas pode ser equacionado quando existe uma colisão com outro direito. Contudo, jamais qualquer solução do confronto de direitos poderá conduzir à aniquilação de outro direito fundamental. (*Ibid.*, p.138-9). Dentro dos principais elementos que formam parte dos processos de constitucionalização se encontra a ponderação como mecanismo metodológico para a aplicação dos princípios constitucionais, sobretudo aqueles que se referem a direitos fundamentais. Direitos fundamentais são um tipo de normas que além de distinguirem-se por um critério de generalidade superior ao das regras, contam como uma estrutura de mandatos de otimização que, como se sabe, ordenam que algo seja realizado na maior medida possível dependendo das condições jurídicas e fáticas. (CARBONELL, Miguel; JARAMILLO, Leonardo García. Desafios y Retos del Canon Neoconstitucional. *In*: _____; _____. (Org.). **El Canon Neoconstitucional**. Madrid: Trotta, 2010, p.14-5).

[234] MELLADO, José Maria Asencio. **Derecho procesal penal**. Valência: Tirant le blanch, 2008, p.119.

Meireis[235] ressalta que para se evitar indevidos ataques à dignidade humana através da preservação da intimidade, pode ser aplicada a teoria das três esferas ou três graus. A primeira esfera, nuclear, tem relação com a área absolutamente inviolável e intangível da vida privada das pessoas e constitui o núcleo essencial do direito fundamental à "intimidade". Assim, refere-se à proibição radical e sem exceções de todas as provas que contendam este círculo, sendo impenetrável contra a vontade do titular do direito.

A segunda esfera da intimidade representa o conjunto dos direitos que contemplam a vida privada da pessoa, mas suscetíveis de restrição em detrimento de outros interesses, valores ou direitos iguais ou superiores, a partir de juízos de ponderação, os quais podem estar inclusive, expressos no texto constitucional. A terceira esfera diz respeito às situações próprias da vida comercial, em que o conteúdo objetivo das palavras avulta de tal maneira a primeira linha que a personalidade do autor recua a um plano secundário.[236]

Para Ambos, o questionamento é se a violação afeta substancialmente o âmbito de direitos fundamentais do sujeito, ou se a violação somente é de segunda ordem e, em consequência, carece de importância. Assim, não pode haver a violação do núcleo intangível da vida privada que acarreta sempre uma proibição de utilização; na segunda esfera, deve-se efetuar um controle de proporcionalidade com especial acento na proporcionalidade em sentido estrito (ponderação entre a gravidade da ingerência e os interesses da persecução penal). Já na terceira esfera, não existe nenhuma proibição.[237]

Valente[238] ressalta que a doutrina considera que existe uma distinção entre a esfera de absoluta proteção (esfera pessoal íntima) e a de proteção relativa (esfera privada simples), que pode ceder em benefício de outro interesse ou bem jurídico nos casos de conflito. Assim, considera-se que a única esfera possível de cedência é a privada simples, jamais a pessoal íntima, razão pela qual são proibidas escutas entre o advogado e o arguido[239], e a extensão

---

[235] MEIREIS, 1999, p.225-6.

[236] *Ibid*.

[237] AMBOS, Kai. Las prohibiciones de utilización de pruebas en el processo penal alemán – fundamentación teórica y sistematización. *In*: **Política Criminal**, n. 7, A1-7, 2009, p.48.

[238] VALENTE, 2008, p.142.

[239] Nesse sentido, o artigo 7º da Lei 8.904/94 assegura como direitos dos advogados a inviolabilidade do escritório, comunicar-se com os clientes pessoal e reservadamente, bem como o sigilo profissional. Ainda, o artigo 207 do código de processo penal preceitua que estão proibidas de depor as pessoas que, em razão de função, ministério, ofício ou profissão, devam guardar segredo. A legislação portuguesa, no tocante às interceptações telefônicas, é ainda mais taxativa ao assegurar absoluta proteção à esfera pessoal da íntima. O artigo 187. 5 do código de processo penal português preceitua que "é proibida a intercepção e a gravação de conversações ou comunicações entre o arguido e o seu defensor, salvo se o juiz tiver fundadas razões para crer que elas constituem objecto ou elemento de crime." Ainda, o artigo 188.6 prevê que o juiz determinará a destruição imediata dos suportes técnicos e relatórios manifestamente estranhos ao processo em alguns casos. Uma dessas hipóteses diz respeito a matérias que abranjam segredo profissional; outra delas se relaciona com a possibilidade da divulgação afetar gravemente direitos, liberdades e garantias.

deste direito e garantia das conversações e comunicações entre o arguido e seu médico, sacerdote e mentor religioso.

O artigo 126 do código de processo penal português estabelece a esfera de absoluta inviolabilidade, preceituando que são nulas, não podendo ser utilizadas, as provas obtidas mediante tortura, coação ou, em geral, ofensa da integridade física ou moral das pessoas. Nessa linha, considera como ofensivas à integridade física ou moral as provas obtidas, mesmo com consentimento delas, mediante:

> a) Perturbação da liberdade de vontade ou de decisão através de maus tratos, ofensas corporais, administração de meios de qualquer natureza, hipnose ou utilização de meios cruéis ou enganosos; b) Perturbação, por qualquer meio, da capacidade de memória ou de avaliação; c) Utilização da força, fora dos casos e dos limites permitidos pela lei; d) Ameaça com medida legalmente inadmissível e, bem assim, com denegação ou condicionamento da obtenção de benefício legalmente previsto; e) Promessa de vantagem legalmente inadmissível[240]

No mesmo sentido, o artigo 126.3 do código de processo penal português estabelece que a esfera da vida privada somente pode ser violada nos casos expressamente previstos em lei. O referido dispositivo legal preceitua que *"ressalvados os casos previstos na lei, são igualmente nulas, não podendo ser utilizadas, as provas obtidas mediante intromissão na vida privada, no domicílio, na correspondência ou nas telecomunicações sem o consentimento do respectivo titular"*.[241]

É indiscutível que os meios ocultos de investigação afetam direitos fundamentais da pessoa, merecendo especial destaque o direito à intimidade da vida privada e familiar, a inviolabilidade do domicílio e inviolabilidade das comunicações, cuja proteção se espelha como corolário do princípio da dignidade da pessoa humana. O homem se sente fragilizado face aos poderes latos e desmedidos do Estado, dotado de instrumentos que podem ferir a sua reserva de intimidade na vida privada.[242]

Portanto, os meios de obtenção de prova devem ser legais e lícitos, ou seja, não basta que estejam previstos como possíveis de utilização, é preciso que o recurso aos mesmos obedeça aos pressupostos legais para sua realização, em observância ao princípio da legalidade. Na efetivação das escutas, por exemplo, não se pode ofender a dignidade humana

---

[240] PORTUGAL. Código de Processo Penal Português. Disponível em: <http://www.pgdlisboa.pt/ leis/lei_mostra_ articulado.php?nid=199&tabela=leis>. Acesso em: 25 abr. 2016.

[241] O artigo 126.4 do código de processo penal português admite a utilização das provas obtidas por meio ilícito, para a finalidade exclusiva de proceder criminalmente contra o agente que atuou para sua produção, quando tal fato constituir crime. (*Ibid.*).

[242] VALENTE, 2008, p.28-32.

dos escutados, vale dizer, não pode o Estado ultrapassar os limites da necessidade e da exigibilidade e ofender bens jurídicos de índole pessoal de tutela constitucional.[243]

Num regime democrático os fins não podem justificar os meios. O recurso às escutas telefônicas (e a outros métodos invasivos aos direitos fundamentais) tem de se apresentar sob uma perspectiva democrática, o que corresponde à expressão axiológica do homem como pessoa (como fim em si mesmo). Assim, não se pode admitir como válidas as provas que, em primeiro lugar, ofendam os direitos e liberdades fundamentais do homem – reserva da intimidade da vida privada, a palavra, inviolabilidade das telecomunicações, a honra e a imagem – e que, em segundo lugar, desrespeitem os pressupostos e condições legais impostas para a sua autorização e rito no curso da obtenção da prova.[244]

Para Hassemer[245], o princípio da legalidade consiste nos limites das liberdades cidadãs, constituindo elemento básico do direito penal influenciado pelo pensamento ilustrado. Ainda, configura critério fundamental que inspira o direito penal no Estado de Direito. Em suas palavras:

> *Con él se garantizan que los límites de la libertad de los ciudadanos sean los mismos y rijan para todos sin excepción, y que, al mismo tiempo, se determinen con precisión tanto para los ciudadanos como para las instituciones. El principio de legalidad se ha convertido así en uno de los símbolos más característicos del Estado de derecho. En él se concentran las esperanzas de que tanto el sistema como la administración de justicia penal sean transparentes, controlables y sinceros.*[246]

O direito penal é muito mais dependente do processo que qualquer outro ramo do direito, pois toda sua eficácia advém da existência do processo. Para Goldschimdt[247], não é menos verdade que os princípios da política processual de uma nação nada mais são do que segmentos de sua política estatal geral. Daí, a importância da dimensão constitucional do processo penal e o seu caráter instrumental, o que faz das formas um valor em si mesmo.

Urbano Castrillo e Torres Morato[248] ressaltam que o Estado deve proporcionar à sociedade a segurança indispensável, mediante a qual, através do *ius puniendi* – monopólio

---

[243] VALENTE, 2008, p.28-32.

[244] *Ibid.*, p.175-6. O autor refere que o princípio da lealdade e da boa fé é integrante da estrutura do processo penal. Com isso, os operadores judiciários estão impelidos a não obter a prova mediante tortura, coação, ofensa da integridade física ou moral da pessoa, abusiva intromissão na vida privada, no domicílio, na correspondência ou nas telecomunicações. O princípio da lealdade, como princípio de natureza essencialmente moral, deve traduzir uma maneira de ser da investigação e obtenção de provas em conformidade, com respeito dos direitos da pessoa e a dignidade da justiça.

[245] HASSEMER, 1999, p.5-6.

[246] *Ibid.*

[247] GOLDSCHMIDT, 1963, p.109-10.

[248] URBANO CASTRILLO, Eduardo; TORRES MORATO, Miguel Angel. **La prueba ilícita penal**: estúdio jurisprudencial. Pamplona: 1997, p.31.

legítimo da força – mediante o qual se impõe as sanções aos autores das infrações penais, com a finalidade de proteção, inclusive, do próprio delinquente dos possíveis abusos e arbitrariedades que possam ser produzidas neste campo, mediante um prévio sistema de garantias demarcado pelo princípio da legalidade. Assim, o *ius puniendi* será exercido "*conforme a los parâmetros legales, esto es, los requisitos, garantias y postulados que Suelen expressar se sinteticamente con el nombre de princípio de legalidade (processo-penal) o de necesidad"*.

O direito processual penal, portanto, pode ser visto sob a perspectiva de um direito constitucional aplicado, considerando que a constituição brasileira abriga vários princípios processuais penais, na tentativa de harmonizar o direito processual com o Estado Democrático de Direito. Não se pode olvidar que o princípio básico de direito e processo penal é o princípio da legalidade, expresso e consagrado na fórmula "*nullum crimen, nulla poena sine lege"*.[249]

A atividade estatal encontra-se limitada, não podendo invadir os direitos fundamentais dos investigados sem a observância do princípio da legalidade e sem autorização judicial. A instrumentalidade do processo penal vem em defesa da liberdade do acusado, já que o próprio Estado de Direito assegura a aplicação do direito penal pela via do processo penal orientado pelos princípios constitucionais inerentes ao devido processo legal.

Portanto, a relevância do problema da adequação típica também se coloca no plano processual penal. A partir da tipicidade processual são cristalizados importantes direitos e garantias individuais, constituindo sólido alicerce de uma construção dogmática, com o fim de estabelecer limites à atuação dos órgãos estatais na persecução penal. Assim, a perfeição do ato processual é dada pela sua exata correspondência a um modelo legal, e a sua eficácia prende-se à produção ou determinação de certos efeitos jurídicos decorrentes da legalidade.[250]

O Tribunal Constitucional Alemão proferiu significativa decisão, que auxilia na compreensão do limite constitucional do poder público em relação ao titular do direito fundamental. O caso se trata do julgamento da reclamação constitucional (BVERFGE 33,1) formulada por um detento, que teve sua correspondência aberta por um funcionário da casa de detenção. Em dezembro de 1967, uma carta do reclamante foi interceptada pela administração do presídio. Na carta, estavam expressas duras críticas à administração da casa prisional. A medida de interceptação da correspondência estava embasada em dispositivos de um decreto

---

[249] CARVALHO, Márcia Dometila Lima de. **Fundamentação constitucional do direito penal**. Porto Alegre: Fabris, 1992, p.78.

[250] AVOLIO, Luiz Francisco Torquato. **Provas ilícitas**: interceptações telefônicas, ambientais e gravações clandestinas. São Paulo: RT, 2015, p.87-9.

administrativo de autoria dos secretários da justiça dos Estados-membros, os quais prescreviam a fiscalização do trânsito de correspondência dos detentos pela administração do presídio, sendo esta competência atribuída ao respectivo diretor. A decisão consagrou que os direitos fundamentais de detentos somente podem ser limitados por meio da lei federal ou com base em uma lei federal, em observância ao princípio da legalidade:

> [...] O direito fundamental da inviolabilidade da correspondência protege a troca de correspondência entre indivíduos contra um conhecimento do poder público de seu conteúdo. O controle de uma carta que um detento remete a um parceiro de correspondência fora da instituição prisional, realizado pelo encarregado responsável da instituição, representa uma intervenção no direito fundamental que o detento tem à inviolabilidade de correspondência.
> De acordo com o Art. 10 II 1 GG, as limitações do sigilo de correspondência somente podem ser instituídas com base em uma lei. A carta do reclamante foi interceptada com base no Código de Desempenho Funcional (*Dienst – und Vollzugsordnung*). Esse Código de Desempenho Funcional é um acordo dos Secretários da Justiça (*Justizminister*) dos Estados-membros, tendo o caráter de norma administrativa. Assim, ela não satisfaz as exigências do Art. 10 I GG. Ela também não está apoiada em uma lei. [...][251]

Assim, se é possível que o direito fundamental sofra limitações especiais para fins de investigação, decidiu o Tribunal Constitucional que também a concretização de tais limitações deve estar submetidas a um ônus maior de fundamentação, ou seja, são submetidas a limites mais rigorosos.[252]

Dessa forma, não é suficiente que o meio de obtenção de prova esteja previsto em lei, impõe-se – como limite orientador e protetor dos direitos individuais do cidadão - que o recurso investigativo utilizado preencha exigências de fundamento e critério para que cumpra a sua função de garantia, consoante a ideia de Estado Democrático de Direito, contra o exercício abusivo do *ius puniendi*.[253]

Para Melado[254], quatro são os requisitos que se exigem para a limitação dos direitos fundamentais no âmbito do processo penal, que se aplicam, tanto para o legislador (sob pena de produzir uma norma inconstitucional), como para o juiz e os órgãos que atuam na investigação criminal, quais sejam: *legalidad*, *jurisdiccionalidad*, *proporcionalidad* e *garantías en la ejecución de la restrición.*

Para que haja uma limitação a um direito fundamental a Constituição, assim, deve permitir, que:

---

[251] SCHWABE, 2005, p.161-5.
[252] *Ibid.*, p.161.
[253] VALENTE, 2008, p.60.
[254] MELADO, 2008, p.121-5.

> *Siempre será necesaria una ley que desarrolle la forma en que su restricción ha de producirse. Los derechos fundamentales son, en principio, inatacables y solo pueden ser limitados mediante el mecanismo de una ley que establezca los requisitos atendibles en cada caso.* [255]

A lei deverá determinar o alcance da restrição autorizada e as condições impostas, de modo que toda a limitação que não seja expressamente permitida será proibida.[256]

A "*jurisdiccionalidad* significa que *toda limitación de un derecho fundamental ha de ser acordada u ordenada por la Autoridad Judicial*".[257] O juiz, na condição de terceiro imparcial, possui o monopólio da análise dos requisitos dos meios ocultos de investigação. A cláusula constitucional de reserva jurisdicional consiste na função do poder judiciário de dizer, desde logo, a primeira palavra acerca da admissibilidade do uso do respectivo meio de obtenção de prova, para que sejam protegidos os direitos fundamentais do cidadão (sujeito de direitos).

A *proporcionalidad* corresponde à essencial análise que deve ser feito a determinar a viabilidade da medida de restrição ao direito fundamental no caso concreto. Por fim, toda limitação aos direitos fundamentais deve ser adotada em respeito às garantias mínimas para assegurar a confiabilidade do meio utilizado contra a integridade da pessoa investigada (*garantias en la ejecución de la restricción*).[258]

Nesse sentido, a autorização judicial, por um lado, deve respeitar a tipicidade substantiva (os crimes objeto da investigação possibilitam o uso do método investigativo) e, por outro, deve respeitar a excepcionalidade do meio utilizado, fazendo referência de que este é o meio adequado, necessário e suficiente, a partir de um exame crítico das razões da indispensabilidade do recurso para a obtenção da prova. Assim, a decisão de autorização de uso do recurso investigativo – como meio legal de investigação criminal que afeta, direta ou indiretamente, direitos fundamentais do cidadão (suspeito e o terceiro não investigado) – deve observar se foi respeitada a "escadaria ascendente" (menor gravame ao direito fundamental).[259]

---

[255] MELADO, 2008, p.121-5.
[256] *Ibid.*, p.121.
[257], *Ibid.*, p.122-3.
[258] *Ibid.*, p. 122-5.
[259] VALENTE, 2008, p.61-66. Ainda o autor, a necessidade do meio impõe, quer em uma perspectiva material, quer em uma perspectiva filosófico-jurídica, que as razões das escutas não se esgotem em um olhar de eficácia, eficiência e economia processual – pressupostos no combate ao crime que preenchem um ideário ilustrativo da política criminal de segurança. A análise dos meios de obtenção de prova deve observar que o homem é um sujeito de direitos e está no centro das regras e princípios processuais penais, pressuposto que deve nortear a persecução penal.

O uso dos meios ocultos de obtenção de prova está submetido às reservas legal e jurisdicional, não se podendo aceitar qualquer restrição aos direitos fundamentais sem que estejam presentes esses pressupostos, sob pena de nulidade da prova. Portanto, no Estado Democrático de Direito, o uso excepcional de métodos clandestinos de investigação deve estar previsto em lei (reserva legal ou tipicidade processual), bem como deve estar sujeito ao controle e fiscalização jurisdicional (reserva jurisdicional), para que não sejam aniquilados os direitos e garantias individuais do cidadão no ímpeto da persecução penal.

3 DAS PROIBIÇÕES DE PROVA NO PROCESSO PENAL BRASILEIRO

3.1 ASPECTOS GERAIS SOBRE AS PROIBIÇÕES DE PROVA E EXIGÊNCIA DA SUPERIORIDADE ÉTICA DO ESTADO NA PERSECUÇÃO PENAL

O direito fundamental à prova no processo abrange a possibilidade de, tanto a acusação quanto a defesa, indicarem as fontes de prova e exigirem a sua aquisição ao processo, apreciação e valoração pelo julgador. Contudo, o direito à prova é limitado pela prova admissível, válida, que tenha observado o devido processo, sendo a doutrina das proibições probatórias um caminho trilhado, no sentido de estabelecer limites à atuação estatal e assegurar o respeito aos direitos fundamentais do cidadão. O direito à prova, portanto, encontra barreira na observância dos direitos fundamentais das pessoas, desde o momento da admissibilidade dos meios propostos, passando pela sua produção, pela metodologia de colheita da prova, atingindo a sua valoração pelo julgador.[260]

A partir da obra pioneira de Beling (*Die Beweisverbote als Grenzen der Wahrheitsforschung im Strafprozess, 1903*) o termo "proibição probatória" foi alcunhado com o objetivo de estabelecer limites à averiguação da verdade no processo penal. Esta limitação está fundamentada nos direitos fundamentais garantidos constitucionalmente, sobretudo da dignidade humana e o livre desenvolvimento da personalidade, no sentido de assegurar a inadmissibilidade (ou proibição) de ingerências estatais indevidas no momento da sua produção.[261]

Nesse âmbito, existem áreas do ordenamento jurídico que estão protegidas diante das ingerências estatais por parte do legislador, dentro das quais, portanto, a persecução dos fatos criminosos através de determinados meios probatórios resulta inadmissível e proibida. Consequentemente, as proibições probatórias possuem um componente individual e outro coletivo: por um lado, servem para a garantia dos direitos fundamentais, protegendo o acusado ante a utilização de provas ilegalmente obtidas contra si. Por outro lado, preserva o componente coletivo da integridade constitucional, particularmente através da realização de um processo justo (*fair trail*).[262]

---

[260] GIACOMOLLI, 2014, p.165.
[261] AMBOS, 2009, p.2-3.
[262] *Ibid.*, p.3.

Assim, conforme explica Andrade[263], na temática das proibições de prova se mostram, de forma particularmente expostas e com ressonância acrescida, as antinomias basilares que se verificam no âmbito do processo penal, que abrange a conflitualidade estrutural entre o Estado e o indivíduo. É consabidamente esta conflitualidade que constitui a referência privilegiada ao longo da história do processo penal. Portanto, muitas questões de fundo na temática das proibições de prova se encontram nesta zona de tensão.

Conforme Ambos[264]:

> *La tensa relación entre el interés en una administración de justicia funcional y eficaz en que se cumpla el fin de esclarecer hechos delictivos por una parte, y la garantía de los derechos fundamentales del imputado por otra, lleva a complejas decisiones de ponderación, que pocas veces dejan completamente satisfechas a ambas partes – a la persecución penal y a la defesa.*

No mesmo sentido, Gössel[265] ressalta que a problemática da proibição de prova não é um mero problema jurídico processual penal, mas sim constitui uma questão que diz respeito à compreensão geral das relações entre o Estado e o cidadão. O problema das proibições de prova vem a se enquadrar na encruzilhada entre os interesses do Estado a um efetivo processo penal e os interesses do indivíduo à proteção de seus direitos fundamentais personalíssimos.

De acordo com Pinheiro e Maurício[266], toda a disciplina de coerção pessoal (detenção policial, prisão e outras) é função de uma opção política entre "razão do Estado" e a "razão individual". São poucos os institutos de processo penal que não revelam a sua intrínseca natureza política e não configuram, portanto, a expressão duma ideia que supera o plano da realidade prática e a espelhe em termos de orientação política. Assim, o fato da Constituição conter numerosas disposições de atuação imediata no campo processual demonstra o cuidado vigilante que o Constituinte dedicou a um setor extremamente delicado das relações entre o Estado e o cidadão e, também, indica a natureza constitucional (e, portanto, política) das regras fundamentais do processo.

O esclarecimento dos fatos puníveis sem que fossem estabelecidos limites à atuação estatal, explica Roxin[267], acarretaria o perigo de destruir muitos valores individuais e coletivos. Por isso, a averiguação da verdade não é um valor absoluto no processo penal, sendo este impregnado pelas hierarquias éticas e jurídicas do Estado de Direito. A regulação dos pressupostos particulares de produção da prova deve observar estes valores.

---

[263] ANDRADE, 1992, p.67-8.
[264] AMBOS, 2009, p.4.
[265] GÖSSEL, Karl-Heinz. **El proceso penal ante el Estado de Derecho**: estudios sobre el Ministerio Público y la prueba penal. Lima: Jurídica Grijley, 2004, p.63-4.
[266] PINHEIRO, Rui; MAURÍCIO, Artur. **A constituição e o processo penal**. Coimbra: Coimbra, 2007, p.12-3.
[267] ROXIN, Claus. **Derecho procesal penal**. Buenos Aires: Del Puerto, 2003, p.191-2.

Portanto, é possível se falar de uma dupla função estabilizadora da norma: o Estado deve estabilizar não apenas as normas jurídico-penais através de uma persecução penal efetiva, mas também, no mesmo plano, os direitos fundamentais dos imputados por meio do reconhecimento e aplicação das proibições de prova em casos de violação dos direitos fundamentais do indivíduo. Com isso, as proibições de prova também servem a um controle disciplinar das autoridades de persecução penal, que surge ante a necessidade de fortalecimento dos direitos fundamentais do imputado e do próprio Estado de Direito.[268]

Martinez Garcia[269] ressalta que para comprovar as consequências que levam às possíveis variações ou interpretações em matéria probatória, deve-se observar o entorno jurídico ao qual se deve dar a resposta, pois normalmente os conflitos e as necessidades são as mesmas. O termômetro que mede uma nova sociedade é o binômio indivíduo-sociedade, cujos interesses contrapostos de liberdade e segurança são valores que devem estar num primeiro plano. Assim, *"el derecho a la inadmisión de las pruebas ilícitas es una de las garantías con las que el derecho procesal trata de proteger al ciudadano de la intervención coactiva del Estado a través del Derecho penal"*. Nessa relação que tenciona a liberdade dos cidadãos e os interesses de controle social, a interpretação do direito deve procurar desenvolver a construção dos direitos, liberdades e garantias processuais, inclusive no âmbito das provas vedadas.

Portanto, as proibições de prova se converteu num dos temas centrais de discussão no âmbito do processo penal. Conforme Andrade [270], a construção de uma doutrina das proibições de prova alterou significativamente a estrutura do processo penal. Em vez do princípio da procura sem limites da verdade, passou a vigorar a regra de que toda a atividade probatória – a qual tende a implicar em uma intervenção mais ou menos relevante nos direitos fundamentais – necessita respeitar os limites legais estabelecidos para ser considerada legítima.

As proibições de prova deverão, por isso, ser concebidas, de um lado, como imperativos de proteção dos direitos fundamentais do cidadão e, de outro, da proteção do interesse da comunidade de que o processo penal decorra segundo as regras do Estado de

---

[268] AMBOS, 2009, p.4-5.

[269] MARTÍNEZ GARCÍA, Elena. **Actos de investigación e ilicitude de la prueba**: el derecho al proceso y sus garantías como limite a la actuación de los poderes públicos en la investigación del delito. Valência: Tirant le Blanch, 2009, p.45.

[270] ANDRADE, 1992, p.22. Complementa o autor que, na área das proibições de prova não se logrou ainda a definição de uma terminologia unificada. A dogmática ensaia aqui ainda os primeiros passos, razão pela qual todos os resultados alcançados acabam por ter um caráter meramente transitório. Não há uma dogmática maioritariamente reconhecida mesmo que apenas nos seus traços fundamentais: tanto a definição das proibições de prova e seus elementos constitutivos como a doutrina da essência e do significado das proibições de prova constituem temas ainda inteiramente controvertidos.

Direito. Em outras palavras, exige-se a superioridade ética do Estado, das suas mãos limpas, sem o que toda a vitória alcançada na "luta contra o crime" custará muito caro a todos. A violação das proibições de prova pelo Estado acarreta a perda de sua dignidade, que significa o encurtamento da diferença ética que deve subsistir entre a perseguição do crime e o próprio crime.[271]

Não se pode exigir que o processo penal tenha fundamental e exclusivamente uma natureza formal e técnica, possuindo alta significação ética e política, no qual se revela mais nitidamente a coordenação do Estado e indivíduo.[272] Assim, o Estado cairá em contradição normativa e comprometerá a legitimação da própria pena se, ao impor o direito no caso concreto, tiver de recorrer a uma conduta antijurídica. Em outras palavras, considerando que o fim da pena é a confirmação das normas do mínimo ético cristalizado nas leis penais, esta demonstração será frustrada se o próprio Estado violar o mesmo mínimo ético para lograr a aplicação de uma pena.[273]

Valente[274] explica que, a partir da assunção do princípio da dignidade da pessoa humana e do tratamento da pessoa como sujeito de direitos, o princípio da superioridade ética do Estado deve servir como fundamento e limite à ação de prevenção criminal (*stricto sensu*) e da ação penal, em observância as proibições de prova:

> *A assunção do Ser Humano como rosto presencial da acção estatal restritiva de direitos e liberdades fundamentais implica aos actores judiciários e policiais uma atitude de afirmação da superioridade ética do Estado na legiferação, na interpretação e na aplicação do direito penal e processual penal, assim como do direito administrativo sancionatório. Aos actores judiciários e policiais exige-se que actuem no respeito do princípio do Estado de direito material, social e democrático sob pena de serem porta-voz e acção de um Estado de polícia contrário aos valores jus internacionais e jus constitucionais construtores de uma eticidade superior legitimante do Estado no novo (velho) mundo.*

Melado[275] ressalta que a importância e posição prevalente que os direitos fundamentais constitucionalmente consagrados ocupam, acarreta a necessidade de se alcançar um justo equilíbrio entre a investigação e descoberta das atividades delitivas e a salvaguarda do conjunto de direitos da pessoa humana, mediante a exigência constitucional de inadmissibilidade e impossibilidade de valoração de provas nas quais se observam vícios ou irregularidades no seu processo de obtenção. Dessa forma, conclui que "*todo elemento o*

---

[271] ANDRADE, 1992, p.71-3.
[272] PINHEIRO; MAURÍCIO, 2007, p.13-4.
[273] ANDRADE, *op. cit.*, p.15.
[274] VALENTE, Manuel Monteiro Guedes. **Do Ministério Público e da Polícia**: prevenção criminal e acção penal como execução de uma política criminal do Ser Humano. Lisboa: Universidade Católica Editora, 2013, p.393.
[275] MELADO, 2008, p.124-5.

fuente de prueba obtenida con violación de un derecho fundamental ha de ser considerada nula y, por tanto su valoración, apreciación o toma en consideración vedada".

O direito das proibições de prova obedece, assim, a uma acentuada tensão para a análise do caso concreto. Ou seja, a partir do caso concreto (e em reposta ao caso concreto) se poderá atualizar o sentido normativo de princípios operativos das proibições de prova. Dessa forma, podem emergir proibições de prova que, mais do que impostas pela complexidade do ambiente (direitos fundamentais do arguido) representam limitações assumidas pelo próprio sistema processual penal, a partir da sua abertura e reinterpretação autorreferente do significado normativo e pragmático dos direitos fundamentais.[276]

O aproveitamento de um meio de prova obtido à custa da dignidade humana do arguido contraria a ideia de direito cuja realização o processo penal está preordenado, afrontando a superioridade ética que deve pautar a conduta dos agentes do estado na persecução penal. Quem tira vantagens da violação dos direitos fundamentais do arguido, perde a credibilidade e sacrifica, por via disso, a eficácia de sua tentativa de emprestar vida e força real à ideia de direito. Determinante é aqui tanto o perigo para a descoberta da verdade, o respeito pela dignidade humana e a garantia da posição do arguido enquanto sujeito processual, como a ideia de que as intervenções abusivas dos órgãos de perseguição penal, mesmo quando circunscritas ao caso concreto, são sempre susceptíveis de abalar a confiança do Estado de direito perante a comunidade.[277]

Assim, conforme Muñoz Conde[278], as proibições de prova no processo penal "*es un principio jurídico fácilmente constatable tanto en las constituciones y leyes procesales penales de todos los países civilizados, como en las declaraciones universales de derechos humanos"*.

Contextualizando a discussão no ordenamento jurídico brasileiro, verifica-se que as proibições de prova possuem fundamento legal, tanto no âmbito dos diplomas internacionais de direitos humanos ratificados pelo Estado brasileiro, como no âmbito constitucional e infraconstitucional. No plano normativo das convenções internacionais, as proibições de prova se extraem do artigo 11.2 da Convenção Americana de Direitos Humanos[279] e do artigo

---

[276] ANDRADE, 1992, p.74.
[277] *Ibid.*, p.216.
[278] MUÑOZ CONDE, Francisco. **Valoración de las grabaciones audiovisuales en el proceso penal**. Buenos Aires: Hammurabi, 2004, p.25.
[279] Art. 11.2 da Convenção Americana de Direitos Humanos "ninguém poderá ser objeto de ingerências arbitrárias ou ilegais em sua vida privada, em sua família, em seu domicílio ou em sua correspondência, nem de ofensas ilegais à sua honra e reputação". (BRASIL. **Convenção Americana de Direitos Humanos**. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/decreto/d0678.htm>. Acesso em: 23 out. 2016).

17 o Pacto Internacional de Direitos Civis e Políticos[280]. No ordenamento jurídico brasileiro o direito à prova está expressamente limitado pelo artigo 5º, inciso LVI, da Constituição Federal (são inadmissíveis, no processo, as provas obtidas por meios ilícitos). O art. 157 do Código de Processo Penal – regulamentando a previsão constitucional - dispõe que são entendidas como provas ilícitas as obtidas em violação a normas constitucionais ou legais, logo, nas palavras de Giacomolli[281], a inadmissibilidade ultrapassa a violação constitucional (direitos fundamentais e garantias constitucionais) e atinge regramentos processuais.

Conforme Barbosa Moreira[282], o problema das provas ilícitas inclui-se entre os mais árduos que a ciência processual e a política legislativa têm precisado enfrentar, dada a singular relevância dos valores eventualmente em conflito. Os atuais procedimentos probatórios são um reflexo importante das conquistas históricas que elevam o princípio da dignidade da pessoa humana a um dos fundamentos do Estado Democrático de Direito (artigo 1º, inciso III, da Constituição Federal), cumprindo um papel de legitimação das decisões de aplicação do direito, inclusive na temática das proibições de prova.

A prova obtida ilicitamente deve ser automaticamente considerada suspeita e insegura, pois não foi submetida aos procedimentos que convencionalmente a sociedade, mediante os legisladores eleitos, entendeu indispensáveis à aceitação do seu conteúdo. Se, por exemplo, a confissão é obtida mediante violência, há dúvida sobre a sua veracidade. Ainda, se a busca foi feita ilegal, afrontando a garantia de inviolabilidade domiciliar, as informações assim obtidas não possuem a mesma credibilidade, sendo questionável a possibilidade de uma determinada prova ter sido "plantada", justamente para tentar legitimar a ação ilegal do Estado. Assim, ensina Lopes Jr.[283] forma é garantia, sendo que é a observância das formalidades legais que irá legitimar o próprio conteúdo da prova.

Além disso, ao ser vedado o uso de provas obtidas por meio ilícito, existe um desestímulo aos agentes estatais para que sejam obtidas desse modo. Isso, pois, além de estarem sujeitos às eventuais sanções penais e administrativas, tais provas não terão o condão de exercer qualquer influência no resultado do processo a que eventualmente se destinem. Nesse contexto, ensina Andrade, que as proibições de prova aparecem como institutos

---

[280] Art. 17 do Pacto Internacional de Direitos Civis e Políticos - 1. Ninguém poderá ser objeto de ingerências arbitrárias ou ilegais em sua vida privada, em sua família, em seu domicílio ou em sua correspondência, nem ofensas ilegais às suas honras e reputação. 2. Toda pessoa terá direito à proteção da lei contra essas inferências ou ofensas. (BRASIL. **Pacto Internacional de Direitos Civis e Políticos**. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/decreto/1990-1994/d0592.htm>. Acesso em: 23 out. 2016).

[281] GIACOMOLLI, 2014, p.166.

[282] MOREIRA, José Carlos Barbosa. A constituição e as provas ilicitamente adquiridas. **Revista de Direito do Tribunal de Justiça do Estado do Rio de Janeiro**, Rio de Janeiro, v. 29, out./dez., 1996, p. 26.

[283] LOPES Jr., 2017a, p.57-64.

próprios do processo penal, que assumem função marcadamente protetiva, análoga à do direito penal substantivo. Assim, deve-se erigir os imperativos constitucionais, sobretudo pelas relações de interpenetração que medeiam entre a Constituição e o processo penal, sendo o direito processual penal verdadeiro direito constitucional aplicado.[284]

3.2 OS EFEITOS PROCESSUAIS PENAIS DAS PROIBIÇÕES DE PROVA NO MODELO ALEMÃO E AMERICANO: DA NECESSÁRIA INUTILIZAÇÃO DAS PROVAS VEDADAS PARA ASSEGURAR A CONCRETIZAÇÃO DOS DIREITOS FUNDAMENTAIS

As proibições de prova serviram para designar a inadmissibilidade processual da aquisição ao procedimento e, como consequência, a valoração das informações obtidas, quando certos conhecimentos são obtidos em violação aos direitos fundamentais do cidadão e a regras processuais penais. Conforme Muñoz Conde[285], contemporaneamente, verifica-se a potencialização desta problemática, tendo em vista o desenvolvimento das ciências naturais e das técnicas, com a ampliação dos métodos investigativos, que tornam cada vez mais complexa a dogmática processual penal.

O tratamento legislativo, doutrinário e jurisprudencial em relação aos efeitos decorrentes da violação de alguma proibição de prova, bem como de suas consequências no âmbito do processo penal (se haverá – ou não – a sua inutilização, desentranhamento ou proibição de valoração), é bastante diferenciado nos ordenamentos jurídicos dos países ocidentais. O ordenamento jurídico brasileiro optou pelo desentranhamento do processo, daquela prova que tenha sido obtida em violação às normas constitucionais ou legais, aproximando-se das *exclusionary rules* do direito americano e da *inutilizzabilità* prevista no artigo 191 do *códice di procedura penale* italiano.

Por outro lado, a doutrina alemã dominante distingue – diante do conceito geral das proibições probatórias (*Beweisberbote*) – entre proibições de produção de provas (*Beweiserhebungsverbote*) e proibições de utilização de provas (*Beweisverwertungsverbote*).

---

[284] ANDRADE, 992, p.79.
[285] MUÑOZ CONDE, 2004, p.28.

As primeiras regulam ou limitam o modo de obtenção das provas, enquanto que as segundas o uso judicial das provas que já foram obtidas.[286]

Para Gössel[287], por doutrina das proibições de prova, compreende-se as proibições de investigação de determinados fatos relevantes para o objeto do processo, bem como as proibições de determinados fatos serem objeto de apreciação na sentença e, por fim, as consequências processuais decorrentes das violações das respectivas proibições. Colomer[288] ressalta que as proibições de prova pretendem agrupar todas as normas jurídicas que contem limitações relativas à prática probatória, em suas duas vertentes, proibições de práticas probatórias e proibições de aproveitamento dos resultados probatórios.

Conforme Roxin[289] a obrigação processual penal de esclarecimento do fato delituoso não é tratada de forma ilimitada, estando restringida, num primeiro momento, pelas proibições de produção de prova. Essas proibições se classificam da seguinte forma: a) determinados fatos não podem ser objeto da prática probatória (proibições de temas probatórios); b) determinados meios de prova não podem ser empregados (proibições de meios probatórios); c) na produção da prova não se pode fazer uso de certos métodos (proibições de métodos probatórios); e d) ordenar ou realizar a prova somente por determinadas pessoas (proibições probatórias relativas).

Em outras palavras, a doutrina alemã formula diversas classificações nesta temática, porém, de um modo geral, é generalizadamente aceita a distinção formal entre as proibições de produção de prova (limitação já ao nível dos próprios fatos a investigar) e proibições de valoração de prova (impedindo que determinados fatos sejam objeto da sentença). Para, além disso, é corrente a tentativa de subdividir as proibições de produção de prova entre: temas proibidos de prova; meios proibidos de prova; e métodos proibidos de prova. Contudo, critica Gössel[290] que apesar do valor sistemático e didático destas classificações, a verdade é que elas não oferecem regras a influenciar no curso do processo, pois não há correspondentes efeitos processuais a cada uma dessas violações.

---

[286] AMBOS, 2009, p.5-6. O autor ainda refere que as proibições de temas probatórios impedem a obtenção de provas sobre fatos determinados, por exemplo, os antecedentes criminais já eliminados do Registro Central Federal (§ 51 Lee de Registro Central Federal). As proibições de meios probatórios impedem o uso de meios de prova determinados, como uma testemunha que fez uso do direito de não prestar depoimento. As proibições de métodos probatórios impedem um certo modo de obtenção de prova, como a forma de realização do interrogatório.

[287] GÖSSEL, Karl-Heinz. As proibições de prova no direito processual penal da república federal da Alemanha. *In*: **Revista Portuguesa de Ciência Criminal**, jul./set. 1992, p.399.

[288] COLOMER, Juan-Luis Gomez. **El proceso penal alemán**: introducción y normas básicas. Barcelona: Bosch Casa Editorial, 1985, p.133-5.

[289] ROXIN, 2003, p.190-1.

[290] GÖSSEL, *op. cit.*, p.397-441.

Dessa forma, se as condições a que está vinculada a produção da prova não são observadas, surge a pergunta se os resultados da prova assim obtidos podem ser valorados, isto é, se as proibições de prova correspondem necessariamente a proibições de valoração de prova correlatas. O despertar dessa discussão acontece no seguimento da teoria da esfera jurídica de que constitui a sentença do BGH 11,213. Esta teoria, construída a partir da resolução de casos controversos de admissibilidade de recursos que tenham por base a produção de provas proibidas, defende que a prova somente não será valorada se a sua produção afetar a esfera jurídica do indivíduo. Assim, o arguido somente pode impugnar um vício processual se, e na medida em que, é ele prejudicado.[291]

Ocorre que também a teoria da esfera jurídica não apresentou critérios suficientes para dirimir a dificuldade de estabelecer uma relação entre as proibições de produção e proibições de valoração de provas. Para Gössel[292]:

> A verdade é que não conseguiu ainda elaborar princípios aceitáveis sobre as consequências da violação das proibições de prova. E isto por uma dupla ordem de razões: por um lado, porque a ideia de colisão com a esfera jurídica do arguido não representa um critério satisfatório de apreciação das irregularidades da prova; por outro lado, porque a própria jurisprudência nem sempre se mantém fiel à ideia de sacrifício da esfera jurídica como critério decisivo da revista.

Em decorrência das críticas, a partir da distinção entre a proibição de produção e a proibição de valoração, bem como a mediação entre esses dois momentos, onde residem os problemas específicos de todas as doutrinas das proibições de prova, foram desenvolvidas, no âmbito da jurisprudência alemã, várias outras teorias que enfrentam essa problemática. Além da teoria da esfera jurídica[293], foram elaboradas, por exemplo, a teoria das três esferas (ou três graus), a teoria da ponderação e a doutrina do fim de proteção à norma.[294]

A teoria das três esferas (ou três graus) foi de criação do Tribunal Constitucional Federal, o qual ressalta que devem ser diferenciadas três áreas ou esferas na vida privada, segundo a proximidade em relação ao círculo extremado da intimidade e, por isso, ao caráter mais ou menos contínuo e absoluto da respectiva tutela jurídica. Em primeiro lugar, está a esfera da intimidade, área nuclear, inviolável e intangível da vida privada, protegida contra

---

[291] ROXIN, 2003, p.190-1.
[292] GÖSSEL, 1992, p.404.
[293] No panorama doutrinário, soam isoladas as vozes dos defensores da teoria da esfera jurídica. Isto em nome do que considera ser o princípio geral e fundamental do processo penal segundo o qual o arguido só pode impugnar um vício processual se e na medida em que é por ele prejudicado. Há imperativos processuais que apenas visam assegurar a conformidade ao Estado de Direito das consequências do processo na direção de terceiros e cuja violação deixa inteiramente intocada a conformidade ao Estado de Direito na direção do arguido. (ANDRADE, 1992, p.92).
[294] *Ibid.*, p.90-1.

qualquer intromissão das autoridades ou dos particulares e, por isso, subtraída a todo o juízo de ponderação de bens e interesses.[295]

Num segundo plano, está a área normal da vida privada, que configura um bem jurídico que não pode ser absolutamente isolado dos compromissos e vinculações comunitárias e, nessa medida, pode estar sujeito a colisão de valores e ponderação de interesses. O seu sacrifício estará, por isso, legitimado sempre que necessário e adequado a salvaguarda de valores ou interesses superiores no âmbito do processo penal, respeitadas as exigências do princípio da proporcionalidade. Foi essa perspectiva que o Tribunal Constitucional Federal fundamentou o regime específico das escutas telefônicas e sustentou a admissibilidade da utilização e valoração como meio de prova das gravações clandestinas obtidas, sempre que necessárias à perseguição e repressão da criminalidade mais grave. No entendimento jurisprudencial, não dizem respeito à esfera inviolável da intimidade, mas apenas com a esfera da privacidade.[296]

Em terceiro lugar, é possível referenciar a extensa e periférica área da vida normal, quando, por exemplo, explicita o Tribunal Constitucional Federal, é realizada a gravação em um armazém no momento da compra de um cliente ou, ainda, o corredor da bolsa de valores grava as ordens de transação de um investidor. Nestas situações, considera o Tribunal alemão que o conteúdo objetivo da comunicação aparece em primeiro plano, de tal forma que a personalidade do interlocutor (quase que) desaparece, perdendo, por isso, o seu caráter privado.[297]

A principal crítica feita à teoria das três esferas ressalta as deficiências sob o ponto de vista da sua operatividade normativa e prático-jurídica, sobretudo diante das dificuldades de demarcação segura das fronteiras que separam as três áreas e os respectivos regimes, entre os quais medeiam verdadeiras zonas de penumbra. Como o próprio Tribunal Constitucional Federal reconhece, conforme citado por Andrade: “é difícil balizar em abstrato quando uma gravação oculta contende com a área pura e simplesmente inviolável da conformação privada da vida ou quando, inversamente, ela atinge apenas aquela área da vida privada exposta, sob determinados pressupostos, à intervenção estadual”.[298]

De outro lado, a teoria das três esferas tem seu mérito ao delimitar, de forma escalonada, os possíveis espaços de intervenção estatal em matéria penal, criando uma área intangível e outra passível de ponderação. Apenas na segunda esfera irá se discute a

---

[295] ANDRADE, 1992, p.93-6.
[296] *Ibid*.
[297] *Ibid*.
[298] *Ibid*., p.96-7.

possibilidade de intromissão dos métodos de investigação invasivos aos direitos fundamentais,a partir do respeito às reservas legal e jurisprudencial.

A teoria da ponderação, por sua vez, é uma das construções dogmáticas com que a doutrina procura dar resposta aos problemas centrais das proibições de prova. Propõe-se, para além de solucionar diretamente o problema da identificação das hipóteses de proibição de valoração, responder igualmente a problemas derivados e tão decisivos como o dos conhecimentos fortuitos ou do efeito-à-distância. As premissas desta doutrina são no sentido de que a ponderação terá de ser procedida em termos concretizadores e globalizantes. No entendimento de Andrade[299]:

> Saber se a uma violação processual deve ou não reagir-se com a proibição de valoração é uma questão que só comporta uma resposta normativa, fazendo, nomeadamente, relevar o interesse concreto na perseguição penal, a gravidade da violação legal bem como a dignidade da tutela e a carência de tutela do interesse sacrificado.

Por fim, a doutrina do fim de proteção da norma privilegia a *ratio* ou o fim de proteção da norma. Em matéria de proibições de prova, a determinação do sentido teleológico da norma não prejudica as sanções que a sua violação implicam. Assim,

> quando é violada uma norma cujo fim não é prevenir a lesão de um daqueles direitos, então e por força das razões enunciadas, não se verifica uma exigência de afastamento das consequências de informação e, por vias disso, uma proibição de valoração. É neste sentido que deve ser entendida a relação entre o fim de proteção da norma e a proibição de valoração.[300]

Explica Ambos[301] que "*la teoría del fin de protección aclara en esencia se trata de una ponderación entre los intereses estatales de persecución penal y de averiguación de la verdad por una parte y los intereses individuales del ciudadano, por otra*". Dessa forma, esta doutrina vai ao encontro da teoria da ponderação, a qual busca a solução nos juízos de ponderação das questões concretas atinentes às proibições de prova, levando em conta a gravidade do fato imputado e o peso da infração processual. Em suas palavras:

> *La decisión a favor o en contra de una prohibición de utilización ha de ser fundamentada en una ponderación amplia. En ella se comprende el peso de la infracción procesal así como su importancia para la esfera legalmente protegida del afectado, lo mismo que el peso de la consideración, según la cual la verdad y que el Estado, de conformidad con la jurisprudencia constitucional, ha de garantizar con la Ley Fundamental una administración de justicia penal funcional, sin la cual la justicia no puede realizarse. Si la norma procesal que ha sido violada*

---

[299] ANDRADE, 1992, p.100.
[300] *Ibid.*, p.101-2.
[301] AMBOS, 2009, p.27.

> *no favorece o no lo hace en primera línea al imputado, nos encontramos lejos de una prohibición de utilización. Por otra parte, una prohibición de utilización se encuentra cerca, cuando la norma procesal violada está determinada para asegurar los fundamentos de la posición procesal del imputado o acusado en el proceso penal.*[302]

Portanto, a disciplina processual penal das proibições de prova – tanto na jurisprudência, como na doutrina alemã – está longe de obedecer a um discurso linear e congruente de redução da complexidade normativa, o que se pode ilustrar com a definição das mais variadas teorias que tentam dar conta das pontes entre os três momentos mais significativos das proibições de prova: proibição de produção de prova, proibição de valoração de prova e consequências práticas-jurídicas da respectiva violação.[303] As teorias desenvolvidas pela jurisprudência alemã não são suficientes para dar as respostas necessárias, recorrendo a juízos de ponderação de interesses suscetíveis à fortes críticas, para determinar se haverá (ou não) a proibição de valoração.

Ocorre que a identificação em concreto de uma proibição de produção de prova não necessariamente possui como reverso uma proibição de valoração – a depender de juízos de ponderação, conforme as teorias da esfera jurídica, das três esferas, da ponderação ou, ainda, do fim de proteção da norma – diferentemente do que tende a suceder com as *exclusionary rules* do direito americano. Ou seja, no âmbito do sistema alemão, o ponto de partida é a constatação de que nem toda a violação de uma proibição de produção de prova implica necessariamente uma proibição de valoração de prova. A proibição de valoração representa apenas uma das sanções possíveis de uma proibição de prova.[304]

Autores como Andrade, Ambos[305], Roxin e Gössel referem a diferenciação entre "proibições de produção de provas" (as quais limitam o modo de obtenção da prova) e "proibições de utilização ou valoração de provas" (limitam o uso judicial das provas ou que determinados fatos sejam objeto de valoração na sentença). E, a partir dessa diferenciação, segundo um princípio de abstração ou separação, a ocorrência de uma proibição de produção não necessariamente acarreta uma proibição de utilização. Senão que a transgressão contra

---

[302] AMBOS, 2009, p.27.
[303] ANDRADE, 1992, p.56.
[304] *Ibid.*, p.57-8.
[305] Ainda, explica Ambos que a doutrina reconhece a diferenciação entre as proibições de utilização de provas dependentes e independentes. As primeiras são a consequência da infração de uma proibição de produção probatória, enquanto que as segundas se baseiam em uma infração objetiva das normas constitucionais na forma independente. Conclui que "*el reconocimiento de la prohibición de utilización probatoria independiente, finalmente, es una consecuencia adicional de la diferenciación originaria entre la prohibición de la producción y la utilización, pues sólo bajo esta condición se deja fundamentar la utilización probatoria*". (AMBOS, *op. cit.*, p.6-7).

uma proibição (primária) de produção probatória no melhor dos casos indica – mas não implica automaticamente – a sua inutilização posterior.[306]

O legislador ordinário de Portugal optou pelo modelo das proibições de prova do direito alemão (*Beweisberbote*), em detrimento das *exclusionary rules* do direito americano, salvaguardando alguma margem de originalidade, ao estabelecer uma "terceira via", quando associou as proibições de prova ao regime das nulidades. Nesse sentido, exemplificativamente, cita a sugestão contida no artigo 32, nº 8 da Constituição portuguesa de 1976 que estabelece a sanção de nulidade para as provas obtidas "*mediante tortura, coacção, ofensa da integridade física ou moral da pessoa, abusiva intromissão na vida privada, no domicílio, na correspondência ou nas telecomunicações*".[307]

Assim, também no ordenamento jurídico português, Andrade[308] comenta que, existe uma grande dificuldade de se pensar enunciados de princípios suscetíveis de criar uma ponte normativa entre as proibições de produção e as proibições de valoração, que configuram problema estrutural do direito das proibições de prova. Ainda nas palavras do autor, o problema de saber *"se e em que medida uma proibição de produção de prova tem como reverso uma proibição de valoração de prova carece, em boa medida, de previsão legal"*.

Meireis[309] ressalta que *"a uma proibição de produção de provas nem sempre corresponde uma proibição de valoração. Este é mesmo o ponto mais controverso na temática das proibições de prova"*. Dessa forma, a não valoração das provas, a qualquer título e, por conseguinte, a sua não utilização tem como consequência que estas sejam desanexadas do processo uma vez que perderam toda a sua utilidade. A sua manutenção nos autos do processo serviria apenas para que o juiz tivesse conhecimento de algo que não podia conhecer. O autor refere ainda que "*já é difícil fazer de conta que nada se passou, que nada se conheceu, é já mais difícil evitar que o conhecimento venha a surgir"*. Esta configura a

---

[306] AMBOS, 2009, p.7.

[307] ANDRADE, Manuel da Costa. **"Bruscamente no verão passado", a reforma do código de processo penal. Observações críticas sobre uma lei que podia e devia ter sido diferente**. Coimbra: Coimbra, 2009, p.122. No direito processual penal português, a legislação diferencia as proibições de produção de prova e proibições de valoração. As primeiras podem ainda assumir as formas de: proibição de temas de prova (art. 137 do CPP, segredo de estado); proibição de métodos de prova (artigo 126 do CPP, métodos proibidos de prova); proibição de meio de prova (art. 134, n. 2, do CPP, testemunhas não esclarecidas sobre a faculdade de recusa de depoimento) e proibições de leituras de protocolos (art. 356, leitura permitida de autos e declarações). Nas segundas merece, por seu turno, destaque a contraposição entre proibições dependentes e independentes de valoração, sobressaindo-se, entre as últimas, as proibições de valoração de matriz constitucional. (*Id.*, 1992, p.90).

[308] *Ibid.*, p.133-4.

[309] MEREIS, 1999, p.224.

consequência normal para a superação e erradicação do vício introduzido com a produção da prova proibida.[310]

Para Gössel[311], analisando essa perspectiva das proibições de prova, que diferencia proibições de produção e proibições de valoração, a verdade é que não se conseguiu ainda elaborar princípios aceitáveis sobre as consequências das proibições de prova, quando se busca fazer a diferenciação entre proibição de produção e proibição de valoração.

As doutrinas portuguesa e alemã estabelecem uma discussão sobre as consequências jurídicas - sanções aplicáveis – às eventuais violações, ou seja, se haverá uma proibição de aproveitamento do resultado probatório. Ao nível das proibições de prova, os ordenamentos jurídicos português e alemão utilizados como referência por autores como Ambos, Costa Andrade, Mereis e Gössel não correspondem, em muitos pontos, às normas que regulam a matéria no âmbito do processo penal brasileiro, pois o artigo 157 do Código de Processo Penal adota a *exclusionary rules* do direito americano, ao determinar que as provas ilícitas – assim entendidas aquelas obtidas em violação à normas constitucionais ou legais – serão desentranhadas do processo.

A regra de exclusão das provas obtidas em violação a direitos e garantias constitucionais, assim como a transmissão deste efeito aos atos subsequentes (teoria da árvore dos frutos envenenados) tiveram sua origem na jurisprudência da Suprema Corte norte-americana, pois as constituições e legislações clássicas não continham expressamente essa regra.[312]

A doutrina norte-americana está desenvolvendo a temática das provas ilícitas desde o começo do século XX, principalmente pela evolução sistemática da regra de exclusão no âmbito da jurisprudência. Em 1914, no julgamento do caso *Weeks v. United States* foi formulada a regra da exclusão (*exclusionary rule*), entendendo-se que a prova ilícita não contamina a validade do processo, mas sim deve ser excluída dos autos. Anteriormente, já havia sido construída pela Suprema Corte norte-americana, no julgamento do caso *Boyd v. United States*, em 1886, a teoria dos frutos da árvore envenenada (*fruits of the poisonous tree*), oportunidade em que se reconheceu a ilicitude da prova originada (derivada) de outra obtida por meio ilícito. [313]

---

[310] MEREIS, 1999, p.233.
[311] GÖSSEL, 1992, p.402-3.
[312] HAIRABEDIÁN, Maximiliano. **Eficacia de la prueba ilícita y sus derivadas en el proceso penal**. Buenos Aires: Ad-Hoc, 2002, p.33.
[313] HARTMANN, Érica de Oliveira. O caso *Herring v. United States* e os vícios do Inquérito Policial: uma análise comparativa dos sistemas norte-americano e brasileiro**.** *In*: **Razões Jurídicas**. Curitiba, v.5, jan./jun. 2009, p.170.

As regras de exclusão foram criadas pela jurisprudência norte-americana para proteger e manter as garantias fundamentais dos cidadãos, expressos, precipuamente, nas Emendas IV[314], V[315] e VI[316]. Tais regras existem para que as provas obtidas com ofensa à ordem constitucional sejam excluídas dos processos penais, sendo fundamentais para a estrutura democrática do processo, na medida em que funcionam como limites ao poder estatal na persecução criminal.[317]

Hairabedian[318] destaca que devemos tomar em conta o direito norte-americano quando se está tratando da exclusão da prova ilícita. A Suprema Corte tem tratado a exclusão das provas ilícitas como uma imposição constitucional, expressa ou implícita, sendo um requisito necessário para a efetiva vigência das garantias individuais contidas nos respectivos textos.

No mesmo sentido, Andrade[319] salienta que, aos olhos da Suprema Corte norte-americana, no julgamento do caso *Elkins v. United States*, em 1960, a exclusão das provas ilícitas dos autos do processo configura *the only effectively available way* para garantir a disciplina da atividade policial.

---

[314] ESTADOS Unidos da América. **Constituição**. Disponível em: <https://constitutioncenter.org/interactive-constitution/amendments>. Acesso em: 12 nov. 2016. *Amendment IV: The right of the people to be secure in their persons, houses, papers, and effects, against unreasonable searches and seizures, shall not be violated, and warrants shall issue, but upon probable cause, supported by oath or affirmation, and particularly describing the place to be searched, and the persons or things to be seized.* Tradução livre: O direito do povo de estar seguro em suas pessoas, casas, papéis, e demais pertences, contra desarrazoadas buscas e apreensões, não poderá ser violado, nem mandados poderão ser expedidos, senão baseados em causa provável, suportada por juramento ou afirmação, e particular descrição do local a ser buscado e das pessoas e coisas a serem apreendidas.

[315] *Ibid.* Amendment V: *No person shall be held to answer for a capital, or otherwise infamous crime, unless on a presentement ou indictment or a grand jury, except in cases arising in the land or naval forces, or in the militia, when in actual service in time of war or public danger; nor shall any person be subject for the same offence to be twice put in jeopardy of life or limb; nor shall be compelled in any criminal case to be a witness against himself, nor be deprived or life, liberty, or property, without due process of law; nor shall private property be taken for public use, without just compensation.* Tradução livre: Ninguém poderá ser detido para responder por crime capital, ou por outro crime infamante, salvo por denúncia ou acusação perante o grande júri, exceto em se tratando de casos que, em tempo de guerra ou de perigo público, ocorram nas forças de terra ou mar, ou na milícia, durante serviço ativo; ninguém poderá ser sujeito, por duas vezes, pelo mesmo crime, a ter sua vida ou integridade corporal postas em perigo; nem ser obrigado em qualquer processo criminal a servir de testemunha contra si mesmo, nem poderá ser privado da vida, liberdade, ou propriedade, sem devido processo legal; nem a propriedade privada poderá ser expropriada para uso público, sem justa indenização.

[316] *Ibid*. Amendment VI: *In all criminal prosecutions, the accused shall enjoy the right to a speedy and public trial, by na impartial jury of the State and district wherein the crime shall have been committed, which district shall have been previosly ascertained by law, and to be informed of the nature and cause of the accusation; to be confronted with the witnesses agains him; to have compulsory process for obtaining witnesses in his favor, and to have the assistance of counsel for his defence.* Tradução livre: Em todas as persecuções criminais, o acusado terá direito a um julgamento rápido e público, por um júri imparcial do Estado e distrito onde o crime houver sido cometido, distrito este que será previamente estabelecido por lei, e de ser informado sobre a natureza e causa da acusação; de ser confrontado com as testemunhas de acusação; de ter compulsoriedade processual, a fim de obter testemunhas em seu favor e de ter a assistência de um advogado para sua defesa.

[317] HARTMANN, 2009, p.160-1.

[318] HAIRABEDIÁN, 2002, p.22-3.

[319] ANDRADE, 1992, p.142.

A jurisprudência norte-americana da década de 60, no tocante à exclusão da prova ilícita, alcançava todo o procedimento que por ventura violasse as garantias constitucionais. Assim, com advento do caso *Miranda v. Arizona*, foi imposta à polícia a obrigação de advertir as pessoas que seriam interrogados como suspeitas do cometimento de algum crime, de seus direitos constitucionais, excluindo-se as confissões tomadas sem que tal procedimento fosse tomado. Contudo, nos últimos trinta anos, a Suprema Corte norte-americana mudou seu posicionamento e tem aceitado, em numerosos precedentes, provas que tenham sido obtidas em violação aos denominados "*Miranda´s Rights*"[320]

A *exclusionary rule*, por diversas vias e múltiplas maneiras, tem tido intensa e efetiva influência, em muitos casos até decisiva, na configuração dos regimes de prova de muitos países. Nessa linha seguiu, por exemplo, o legislador italiano ao adotar a regra da exclusão da prova ilícita, inserindo no *códice di procedura penale italiano*, em seu artigo 191, a sanção da sua *inutilizzabilità* da prova ilícita. Nos termos do artigo 191,"*le prove acquisite in violazione dei divieti stabiliti dalla legge non possono essere utilizzate*." Ainda, preceitua o artigo 191.2 que "*l´inutilizzabilità é rilevabile anche di ufficio in ogni stato e grado del procedimento*". A *inutilizzabilità* configura, no direito processual penal italiano, uma forma autônoma de invalidade, que reflete ostensivamente a intencionalidade político-legislativa de diversificar as sanções previstas para os vícios do procedimento de aquisição das provas em relação à sanção tradicional de nulidade, estabelecendo a regra de exclusão da prova ilícita.[321]

Haideberian[322] apresenta alguns fundamentos a justificar a necessária exclusão da prova obtida ilicitamente:

> *(1) La promoción de resultados precisos: señala que la razón de ser de las exclusiones probatorias, está dada en la inseguridad conviccional que apareja una prueba que no ha sido recibida con los recatos legales. En otras palabras, se observa que la ilicitud puede permitir o provenir de una manipulación del elemento de prueba.*
> *(2) Cuestión ética e integridad judicial: este fundamento, junto al de la prevención, son los pilares en los que descansa la justificación de la aplicación de exclusiones probatorias. La razón de la prevención tiene un sustento eminentemente práctico: cuando se excluye una prueba ilícita, se están disuadiendo conductas policiales negativas.*
> *(3) Función preventiva: el principal fundamento a las exclusiones probatorias es de la prevención de futuras violaciones a las leyes en la actividad probatoria. Esta consecuencia de prevención que debe traer aparejada la aplicación de sanciones probatorias funciona por medio de dos vías: la disuasión y la educación. La disuasión es la motivación que deben causar las exclusiones probatorias en el ánimo de los funcionarios, de no*

[320] HAIRABEDIÁN, 2002, p.26-7.
[321] ANDRADE, 1992, p.195.
[322] HAIRABEDIÁN, *op. cit*., p.41-56.

> *violar derechos intencionalmente para conseguir la prueba, porque en ese supuesto se cierne la amenaza de su invalidación [...]. La función de educación o "asimilación", consiste en la internalización progresiva de los operadores del sistema penal, en las virtudes y necesidad de utilizar medios legales en la persecución del crimen.*
> *(4) Remedio contra las actividades incorrectamente realizadas: consiste en al haberse obtenido una prueba en forma incorrecta, la manera de remediar esa situación desde el punto de vista legal, sería poner a la persona perjudicada por el error lo más cerca posible de la posición que gozaba antes de haber sido agrabada. Se dise que la vía para implementar esto, es excluir la evidencia obtenida irregularmente.*
> *(5) La reparación al perjudicado: a veces la idea de que la exclusión de prueba ilícita sirve para reparar el daño causado a la persona perjudicada por la infracción constitucional. [...] Muchas veces en el desarrollo del argumento del "remedio contra las actividades incorrectamente realizadas", se encuentra presente la idea de que opera como una especie de reparación a la víctima.*
> *(6) Derivación implícita de las garantías constitucionales: el primer fundamento de la regla de exclusión es la protección de los derechos de los individuos contra la inconducta policial, señalando que el largo historial de abuso en la investigación penal, entre los que se encuentran ataques a la privacidad y confesiones forzadas, floreció ante la ausencia de controles institucionalizados sobre la actividad represiva. Así, [...] la exclusión de prueba ilícita se impone implícitamente con fuente en las garantías constitucionales.*[323]

A partir do estudo dos casos Schenk (12 de julho de 1988) e Edwards (16 de dezembro de 1992), julgados pelo Tribunal Europeu de Direitos Humanos, Urbano Castrillo e Torres Morato[324] referem que alguns critérios acerca dos efeitos das proibições de prova podem ser depreendidos, dentre eles a exclusão da prova:

> *(1) la exclusión de las pruebas ilegales es consecuencia de la garantía de un proceso equitativo; (2) se viola la noción de proceso equitativo si se impide la contradicción, por lo que el acusado tiñe derecho a combatir todas las pruebas presentadas por la acusación; (3) los procedimientos de investigación basados en la violencia, la astucia o en el engaño no son admisibles*.

Ocorre que não há consenso nem na doutrina e, tampouco, na jurisprudência sobre quais são as sanções aplicáveis às provas vedadas. Até porque nem todos os vícios acarretam a exclusão da prova ilícita no direito americano, havendo algumas exceções como: *the independente source limitation* (limitação da fonte independente); *the inevitable discovery limitation* (limitação da descoberta inevitável); *the purged taint limitation* (limitação da

[323] HAIRABEDIÁN, 2002, p.41-56.
[324] URBANO CASTRILLO; TORRES MORATO, 1997, p.38-9.

descontaminação ou da mácula dissipada); e *the good faiht exception* (limitação de boa-fé[325]). Algumas dessas exceções, foram incorporadas pelo ordenamento jurídico brasileiro.

De qualquer forma, a doutrina das proibições de prova estabelece limites à atividade probatória no âmbito do processo penal, que estão intimamente relacionados aos direitos fundamentais do cidadão e essa, com certeza, é uma grande contribuição para o estudo das provas vedadas. Salienta Muñoz Conde[326] que:

> *La eterna tensión entre la tarea de investigar y, en su caso, castigar el delito, y la de respetar los derechos fundamentales del acusado, se acentúa cuando no hay, como en el caso de la tortura, una prohibición absoluta, sino una relativa, que depende del cumplimiento de determinados requisitos fijados legalmente, o de las diversas circunstancias concurrentes en cada caso que deben ser ponderadas por el juzgador.*

Urbano Castrillo e Torres Morato[327] sustentam que quando a origem da ilicitude da prova se encontra na violação de um direito fundamental, não há nenhuma dúvida que a prova carece de validade no processo e, nesse caso, deverá o julgador reputá-la inexistente no momento de construir a base crítica sobre a qual irá se fundamentará a sentença condenatória. Por outro lado, se a violação for de natureza inferior, é possível que possa prevalecer o princípio da verdade material, devendo-se realizar, conforme o caso concreto, a adequada valoração da norma violada em consideração ao seu autêntico e real fundamento e a sua verdadeira essência e natureza.

Martinez Garcia[328], partindo do ponto de vista do sistema processual penal espanhol, refere que não existe unanimidade na doutrina em relação aos termos aplicáveis em matéria probatória. Desse modo, vale-se do termo "*prueba irregular*" *para expressar la prueba obtenida con violación de norma de rango no constitucional, tanto em su obtención como en su incorporación al proceso*. Por outro lado, o termo *"prueba ilícita" será aplicable a aquellas fuentes cuya obtención no ha sido respetuosa con las exigencias constitucionales*. Tanto *"prueba irregular"* como a *"prueba ilícita"* se encontram proibidas de valoração no âmbito do processo.

---

[325] Em se tratando da limitação da atuação de boa-fé dos policiais, exemplificativamente, nos julgamentos *United States v. Leon* de 1984, Herring v. United States de 2009, Suprema Corte norte-americana entendeu que a regra de exclusão não é absoluta, devendo ser relativizada nos casos de atuação de boa-fé dos policiais, não obstante a ilegalidade do meio de obtenção. Sustenta Hartmann que, no direito brasileiro de origem na *civil law*, que pauta a atuação da polícia segundo o princípio da legalidade, bem como pela realidade da investigação preliminar no Brasil parece impossível ser admitida a exceção à regra da exclusão consubstanciada na *good faith exception*. (HARTMANN, 2009, p.171-5).

[326] MUÑOZ CONDE, 2004, p.29.

[327] URBANO CASTRILLO; TORRES MORATO, 1997, p.36-7.

[328] MARTÍNEZ GARCÍA, 2009, p.47.

Logo, o efeito jurídico da violação das proibições de prova no âmbito do processo passa por diversas discussões doutrinárias e jurisprudenciais nos diferentes países. Ocorre que, diferentemente do sucede no processo penal alemão e português, o efeito jurídico de uma violação de proibição de prova no processo penal no direito brasileiro é a sua exclusão/inutilização (desentranhamento), conforme determinação legal contida no artigo 157 do Código de Processo Penal, em aproximação com as *exclusionary rules* do direito americano e o instituto da *inutilizabillità* do processo penal italiano. De qualquer forma, vale ressalvar que a sanção da exclusão (desentranhamento) da prova obtida por meio ilícito já havia sido aplicada pelo Supremo Tribunal Federal mesmo antes da inclusão do artigo 157 no Código de Processo Penal brasileiro, ocorrida na reforma de 2008.[329]

Assim, a prova – antes de ingressar no processo – passa pelo procedimento de admissibilidade (aquisição), oportunidade em que o julgador deve avaliar se houve (ou não) a violação a alguma regra de proibição de prova. Conforme Cordero[330], a admissibilidade da prova nasce o direito do proponente à aquisição da prova, que corresponde à sua integração nos autos do processo. . A aquisição da prova, portanto, é um fenômeno regido por um conjunto de atos processuais que introduzem a prova no corpo do processo. Ressalta Giacomolli[331] que a prova será considerada adquirida quando, após ter sido proposta, passar pelo crivo do contraditório e houver uma decisão judicial acerca da permanência desta no processo, mesmo de forma implícita, mormente quando não houver impugnação. Portanto, adquirir a prova significa admitir que seu conteúdo permanecerá nos autos para ser valorado.

Assim, num primeiro momento, há a proposição de um meio de prova, o qual se submete ao crivo da admissibilidade (antecedente) e, após isso, é introduzido no processo (consequente). Consequentemente, será inválida a aquisição de uma prova inadmissível, na medida em que os defeitos originais contaminam os atos subsequentes, que se situam dentro de um parâmetro de dependência. Inválida também será a aquisição que contrarie os direitos fundamentais da pessoa, como a dignidade humana (artigo 1º, inciso III, CF), a liberdade

---

[329] Nesse sentido, vale citar a decisão proferida pelo Tribunal Pleno do Supremo Tribunal Federal, no julgamento dos embargos de declaração opostos no Inq 731/DF (DJ 22/05/96), com a seguinte ementa: "Ação Penal. Denúncia recebida. Prova ilícita. Embargos de declaração pleiteando seu desentranhamento. Constituição, art. 5º, inciso LVI. 2. Reconhecida a ilicitude de prova constante dos autos, consequência imediata é o direito da parte, à qual possa essa prova prejudicar, a vê-la desentranhada. 3. Hipótese em que a prova questionada foi tida como ilícita, no julgamento da Ação Penal nº 307, fato já considerado no acórdão de recebimento da denúncia. 4. Pedido de desentranhamento formulado na resposta oferecida pelo embargante e reiterado em outro instante processual. 5. Embargos de declaração recebidos, para determinar o desentranhamento dos autos das peças concernentes à prova julgada ilícita, nos termos discriminados no voto condutor do julgamento. (BRASIL. Tribunal Pleno do Supremo Tribunal Federal. Disponível em: <http://www.stf.jus.br/portal/jurisprudencia/pesquisarJurisprudencia.asp>. Acesso em: 23 set. 2016).

[330] CORDERO, 2000, p.1612.

[331] GIACOMOLLI, 2014, p.159-60.

moral e as garantias processuais, constitucionais e infraconstitucionais, ou seja, o devido processo.[332]

Para Knijnik[333] é necessária uma nítida separação entre os planos do juízo da admissibilidade das provas e o juízo inerente ao livre convencimento. A questão da admissibilidade de um meio de prova não tem relação com o livre convencimento do julgador. O juízo de admissibilidade de uma determinada prova corresponde a uma questão de direito, com caráter preliminar à entrada em funcionamento do princípio do livre convencimento. Somente após a afirmação da admissibilidade de uma prova – vale dizer, selecionadas as provas que poderão ser acessadas pelo julgador e pelas partes - é que a sua apreciação será possível no plano da convicção judicial. Assim, para o autor, "o livre convencimento, então, deve se entender apenas como livre valoração do material probatório relativo ao fato controvertido, que tenha sido legitimamente admitido e colhido na forma processual".

Portanto, a partir da determinação legal contida no artigo 157, *caput*, do Código de Processo Penal no sentido de que as provas ilícitas – entendidas como aquelas obtidas em violação às normas constitucionais ou legais – a doutrina brasileira analisa as proibições de prova sob outra perspectiva, ao formular a diferenciação entre prova ilícita e prova ilegítima, sendo que ambas acarretam o desentranhamento do processo, mas possuem características bastante distintas. Os limites à atividade probatória surgem como decorrência do nível de evolução do processo penal que conduz à valoração da forma dos atos processuais enquanto "garantia" a ser respeitada e, nessa perspectiva, deve ser analisada a classificação existente na doutrina brasileira.[334]

Conforme Lopes Jr.[335] a redação do artigo 157 é confusa, especialmente quando aponta que provas ilícitas seriam aquelas "*obtidas em violação a normas constitucionais ou legais*". O termo "legais" refere-se às normas materiais ou processuais? Daí a razão de ser necessária a distinção entre provas ilícitas e ilegítimas.

A doutrina brasileira insere como espécie de "provas ilícitas" (*lato sensu* – se formos utilizar o termo legislativo) ou "provas vedadas", "provas ilegais", as provas ilícitas (*stricto*

---

[332] GIACOMOLLI, 2014, p.159-60.
[333] KNIJNIK, 2007, p.21.
[334] LOPES JR., 2017b, p.392.
[335] *Ibid.*, p.593.

sensu) e as provas ilegítimas[336]. A prova ilícita (*stricto sensu*) é aquela colhida com violação a normas ou princípios de direito material, sobretudo de cariz constitucional, mas, também, de direito penal, civil e administrativo. Portanto, está intimamente relacionada com a violação dos direitos fundamentais do indivíduo – tratado como sujeito de direitos – considerando as garantias da integridade física e psíquica (artigo 5º, inciso III, da Constituição Federal), o direito à intimidade, à honra e a imagem (artigo 5º, inciso X, da Constituição Federal), a inviolabilidade da correspondência e das comunicações telefônicas (artigo 5º, inciso XII, da Constituição Federal), a inviolabilidade do domicílio (artigo 5º, inciso XI, da Constituição Federal).

Deve-se considerar que qualquer meio de obtenção de prova que venha a restringir direitos fundamentais deve respeitar, estritamente, a previsão legal específica para sua autorização. Em outras palavras, os requisitos legais devem estar presentes no caso concreto, de modo a permitir que a persecução criminal avance na esfera do direito fundamental do indivíduo, na forma que a lei determina, respeitando os princípios da especialidade da prova e do menor gravame ao direito fundamental na investigação.

Assim, por exemplo, configuram provas ilícitas (*stricto sensu*), devendo ser desentranhadas do processo: a confissão obtida mediante coação, tortura ou outra espécie de constrangimento ilegal; interceptação telefônica que não observe os pressupostos legais previstos na Lei nº 9.296/96 para sua obtenção; a busca domiciliar determinada em desacordo com o artigo 5º, inciso XI, da Constituição Federal ou com os requisitos elencados no artigo 240 e seguintes do Código de Processo Penal; a infiltração de agentes realizada em contrariedade com a Lei nº 12.850/13.

Isso porque, está em jogo a defesa dos direitos fundamentais personalíssimos, que somente poderão ser violados se respeitada a Constituição Federal, de acordo com as normas infraconstitucionais que delimitam a forma de atuação das agências de persecução criminal. Caso contrário, em sendo inobservado tais pressupostos, a prova deverá ser desentranhada do processo, pois ilícita, ao ser obtida em violação ao direito fundamental (material) do indivíduo tratado como sujeito de direitos.

A prova ilegítima, por outro lado, é aquela cuja colheita é realizada sem que sejam observadas normas de direito processual penal. Nesse sentido, a lei processual penal estabelece regras para a aquisição das provas no processo que, caso desrespeitadas, ensejarão o seu desentranhamento, conforme sanção prevista no artigo 157 do Código de Processo

---

[336] Nesse sentido: RANGEL, 2016, p.450-7; NUCCI, Guilherme de Souza. **Manual de processo penal e de execução penal**. Rio de Janeiro: Forense, 2016, p.338-40; LOPES JR., 2017b, p.392-5; BECHARA, Fábio Ramazzini. Prova emprestada e a preclusão do contraditório. *In*: **Revista de Ciências Penais**. São Paulo: RT, ano 8, jan./jun. 2011, p.315-24; AVOLIO, 2015, p.44-5.

Penal. A grande diferença entre a prova ilícita (*stricto sensu*) e a prova ilegítima é a possibilidade desta última ser renovada, após o desentranhamento, desta vez observando as regras de caráter processual.

Assim, Lopes Jr.[337] destaca a relevância da distinção, ao se considerar que as provas ilícitas (inadmissíveis no processo) não são passíveis de repetição, pois o vício vincula-se ao momento em que foi obtida (exterior ao processo). Assim, não havendo possibilidade de repetição, devem as provas ilícitas ser desentranhadas dos autos e destruídas. Noutra dimensão, as provas ilegítimas, em que o vício se dá na dimensão processual (de ingresso ou produção), há a possibilidade de repetição do ato. Nesse caso, o que foi feito com defeito pode ser refeito e, portanto, validado pela repetição.

Além disso, bem ressalta Martinez Garcia[338] caso a prova seja obtida em violação a algum direito fundamental, haverá o denominado efeito-à-distância ou a aplicação da teoria da árvore dos frutos envenenados (*fruits of the poisonouss tree*), ou seja, também produzirá consequências sobre a prova obtida por derivação da ilícita (*stricto sensu*). Em contrapartida, a prova obtida em violação à norma processual penal receberá um tratamento de prova irregular, inadmissível no processo, mas que pode ser renovada e não acarretará a ilicitude por derivação. Em suas palavras:

> *Se observa que mientras los defectos manifestados en la obtención de pruebas, normalmente afectan a la legalidad constitucional, los defectos en la incorporación al sumario sólo afectan a legalidad. En conclusión, un derecho fundamental se podrá violar mediante la quiebra de aspectos de legalidad ordinaria y de legalidad constitucional, pero sólo esta última conlleva la prohibición probatoria aludida y producirá consecuencias sobre lo obtenido derivadamente. El quebrantamiento de la legalidad ordinaria recibirá un tratamiento de simple prueba irregular, no por ello admisible en Derecho.*[339]

Um exemplo de prova ilegítima no ordenamento jurídico processual penal brasileiro é a juntada de documentos no âmbito da segunda fase do procedimento do Júri (*iudicium causae*), sem que sejam observados os requisitos processuais para tanto. Preceitua o artigo 479 do Código de Processo Penal que "durante o julgamento não será permitida a leitura de documento ou a exibição de objeto que não tenha sido juntado aos autos com antecedência

[337] LOPES JR., 2017b, p.397.
[338] MARTÍNEZ GARCÍA, 2009, p.48.
[339] *Ibid*.

mínima de 3 (três) dias úteis, dando-se ciência à outra parte".[340]

Assim, caso uma das partes junte documento fora das exigências previstas no artigo 479 do Código de Processo Penal, caso a outra parte não concorde com a utilização da prova em questão, o julgador terá duas possibilidades: a) indeferir a aquisição da prova, determinando o seu desentranhamento, conforme estabelece o artigo 157 do Código de Processo Penal, considerando a violação da regra processual penal; ou b) deferir a aquisição da prova, mas, em contrapartida, determinar o adiamento da data do julgamento designado, para que seja devidamente cumprida a regra processual penal que regulamenta a juntada de documentos no procedimento do Júri.

Outro exemplo que se enquadra na classificação de prova ilegítima é a realização de exame de corpo de delito ou outro laudo pericial por apenas uma pessoa idônea nomeada para a elaboração da prova. Nos termos do artigo 159, §1º do Código de Processo Penal, "na falta de perito oficial, o exame será realizado por 2 (duas) pessoas idôneas, portadoras de diploma de curso superior preferencialmente na área específica, dentre as que tiverem habilitação técnica relacionada com a natureza do exame".[341] Assim, nesse caso, deverá ser indeferida a aquisição da prova e, consequentemente, desentranhada do processo, na medida em que viola regra de caráter processual. Contudo, nada obsta que o magistrado determine a realização de nova prova pericial, de acordo com os ditames legais que regulamentam o seu procedimento.

Veja-se que as provas ilegítimas – mesmo podendo ser determinada a regularização (ou renovação) do ato, oportunidade em que o vício será sanado - tem em última análise a concretização das garantias constitucionais de caráter processual, como o devido processo legal, contraditório e ampla defesa, razão pela qual, caso o vício não seja sanado, é legal e constitucionalmente justificado o seu desentranhamento dos autos do processo.

Desse modo, o artigo 5º, inciso LVI da Constituição afirma peremptoriamente que são inadmissíveis no processo, as provas obtidas por meios ilícitos. Consequentemente, o devido processo legal não abarca a utilização de provas obtidas ilicitamente, forçando a sua exclusão do processo e vedando a sua consideração pelo eventual julgador. Ademais, não há qualquer referência à natureza do processo (penal, civil ou administrativo), sendo a exclusão da prova ilícita abrangente aos processos de todas as naturezas. A distinção entre prova ilícita e prova ilegítima possibilita, nesse sentido, avaliar se há (ou não) a possibilidade de renovação do ato,

---

[340] Conforme parágrafo único do artigo 479 do Código de Processo Penal, "compreende-se na proibição deste artigo a leitura de jornais ou qualquer outro escrito, bem como exibição de vídeos, gravações, fotografias, laudos, quadros, croqui ou qualquer outro assemelhado, cujo conteúdo versar sobre a matéria de fato submetida à apreciação e julgamento dos jurados". (BRASIL. Código de Processo Penal. **Lei nº 3689/41**. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/decreto-lei/Del3689.htm>. Acesso em: 23 out. 2016).

[341] *Ibid.*

bem como se o vício acarreta a aplicação da teoria da árvore dos frutos envenenados, ensejando a ilicitude por derivação, conforme estabelece o §1º do artigo 157 do Código de Processo Penal.

As palavras do Ministro Ilmar Galvão, no julgamento do caso envolvendo o ex-Presidente Collor (Apn 307-3, DJ 13/12/94), introduzem a discussão da temática de forma bastante interessante:

> É indubitável que a prova ilícita, entre nós, não se reveste de necessária idoneidade jurídica como meio de formação do convencimento do julgador, razão pela qual deve ser desprezada, ainda que em prejuízo da apuração da verdade, no prol do ideal maior de um processo justo, condizente com o respeito devido a direitos e garantias fundamentais da pessoa humana, valor que se sobreleva, em muito, ao que é representado pelo interesse que tem a sociedade numa eficaz repressão aos delitos. É um pequeno preço que se paga por viver-se em Estado de direito democrático. [342]

Oliveira[343] defende que o juiz deve apreciar a ilicitude da prova e o seu consequente desentranhamento dos autos antes da audiência de instrução criminal, ou seja, após a apresentação de defesa escrita, desde que esta tenha sido apresentada em momento anterior. Tratando-se de prova apresentada posteriormente, deve o juiz, no primeiro momento em que se manifestar, decidir sobre a admissibilidade da prova.

Todavia, não há como impedir que a prova vedada que foi equivocadamente adquirida ao processo contamine a convicção do juiz que irá prolatar a sentença. A partir do momento em que o julgador teve contato com a prova proibida e tomou conhecimento de seu conteúdo, determinando a sua aquisição – mesmo que posteriormente seja determinado o seu desentranhamento/inutilização – poderá formar sua convicção a partir do seu conteúdo no momento da prolação da sentença, mesmo que evite o uso explícito e consciente da prova proibida por meio de ajustes linguísticos.

Conforme Lopes Jr.[344] a fundamentação nada mais é do que exercício retórico, que surge de um complexo conjunto de fatores psicológicos. Assim a pergunta que dever ser feita é:

> Quem nos garante que o juiz não está decidindo a partir da prova ilícita, ainda que inconscientemente (até porque a emoção é mais intensa) e, na fundamentação, apenas cria uma blindagem argumentativa de que a decisão foi tomada com base na prova lícita? [345]

---

[342] BRASIL. Supremo Tribunal Federal. **Apn n⁰ 307-3, DJ 13/12/94**. Disponível em: <http://www.stf.jus.br/ portal/jurisprudencia/ pesquisarJurisprudencia.asp>. Acesso em: 23 out. 2016.
[343] OLIVEIRA, Eugênio Pacelli de. **Curso de processo penal**. São Paulo: Atlas, 2015, p.345-6.
[344] LOPES JR., 2017b, p.400.
[345] *Ibid*., p.401.

Dessa forma, como ressalta Knijnik[346], vencida indevidamente a etapa da admissibilidade, a influência no plano da valoração no momento do juízo de convencimento motivado do juiz torna-se inevitável. Portanto, é imprescindível uma rigorosa separação de planos (admissibilidade, valoração e fundamentação), o qual pode levar à aplicação do princípio do livre convencimento motivado do juiz. Dito de outra forma, não se pode chegar ao segundo e terceiro planos sem que, antes, resolva-se – autônoma e adequadamente – o primeiro. Assim, realiza a seguinte classificação:

> (a) plano da admissibilidade: trata-se de questão preliminar, de caráter jurídico, sobre a (i)licitude da prova; (b) plano da valoração: selecionadas as provas admissíveis, passa-se a sua valoração no plano do livre convencimento, consistindo em questão que abrange matéria jurídica e fática. (c) plano da fundamentação: trata-se do discurso justificativo da decisão, exclusiva questão fática.[347]

As dificuldades contendem, sobretudo com a praticabilidade e com os meios de procedimento para dar expressão prático-jurídica à solução normativa de inutilização da prova. Andrade[348] salienta ser inviável um "golpe de acrobacia psicológica" de apagamento puro e simples do conhecimento induzido no momento da aquisição irregular da prova. Daí que, não raro, a simples produção da prova seja, só por si, bastante para prejudicar de forma invencível a convicção do julgador.

A redação original da reforma processual penal de 2008 inseria o §4º do artigo 157: "o juiz que conhecer do conteúdo da prova declarada inadmissível não poderá proferir a sentença ou o acórdão". Nesse sentido, buscava a solução do problema da contaminação do juiz que teve contato com a prova ilícita, impedindo-o de julgar o feito. Contudo, o §4º do artigo 157 foi vetado, sob o argumento de que a exclusão desse juiz comprometeria a "eficácia" do processo penal, gerando tumulto nas comarcas de juízo único.[349]

Tratava-se de previsão legal coerente com a vedação constitucional de utilização de provas ilícitas, de modo a impedir que o julgador prolator da sentença fosse contaminado pelo conteúdo da prova proibida, de modo a assegurar com plenitude o respeito aos direitos fundamentais que estão no plano de fundo das proibições de prova. De qualquer sorte, a

---

[346] KNIJNIK, 2007, p.23.
[347] *Ibid*.
[348] ANDRADE, 1992, p.61.
[349] Sustenta Lopes Jr. que, a contrário senso, nas varas em que existam dois ou mais juízes, não se justificaria a manutenção do juiz contaminado! Assim, não havendo o motivo apontado no veto, não há mais o menor fundamento para - erroneamente – manter um juiz contaminado no processo, proferindo sentença a partir da convicção formada com base na prova ilícita. Defende que o juiz que conheceu a prova ilícita não pode julgar, pois está contaminado. Não basta desentranhar a prova; deve-se "desentranhar" o juiz! Mas, para surpresa e decepção geral, esse inciso foi vetado (!!), com uma pseudofundamentação calcada em risíveis argumentos (LOPES JR., 2017b, p. 406).

previsão normativa no âmbito do processo penal brasileiro é no sentido de determinar a inutilização/desentranhamento da prova obtida em violação às normas constitucionais ou legais, sendo esta a sanção legalmente prevista e que deve ser aplicada em todos os casos, ressalvando-se a possibilidade de repetição do ato no caso de se tratar de prova ilegítima.

O direito à prova encontra barreira na observância dos direitos fundamentais das pessoas, desde o momento da admissibilidade dos meios propostos, passando pela sua produção, pela metodologia de colheita da prova, atingindo a sua valoração pelo julgador. Os efeitos das proibições de prova – sobretudo quando há violação aos direitos fundamentais do indivíduo – também repercutem nas provas ilícitas por derivação (teoria da árvore dos frutos envenenados), as quais, via de regra, por força do artigo 157, §1º do Código de Processo Penal também deverão ser desentranhadas do processo, salvo se demonstradas as hipóteses mitigadoras da teoria: ausência de nexo de causalidade; existência de uma fonte independente; e a descoberta inevitável.

Portanto, o efeito da inutilização (desentranhamento) da prova obtida por meio ilícito tem como objetivo potencializar os direitos fundamentais do cidadão, no sentido de evitar que as agências de persecução penal – que devem pautar a sua atuação na persecução penal segundo o primado da superioridade ética – venham a ter proveito daquelas informações colhidas ao arrepio dos direitos fundamentais, mesmo que por via indireta.

3.3 DAS PROVAS ILÍCITAS POR DERIVAÇÃO: APLICAÇÃO DA TEORIA DA ÁRVORE DOS FRUTOS ENVENENADOS (*FRUITS OF THE POISONOUSS TREE*)

Como frisado, o direito à prova encontra barreira na observância dos direitos fundamentais das pessoas, desde o momento da admissibilidade dos meios propostos, passando pela sua produção, pela metodologia de colheita da prova, atingindo a sua valoração pelo julgador. Nessa perspectiva, não se admite a obtenção de provas obtidas em ofensa aos direitos fundamentais consagrados pelas Convenções Internacionais, bem como pela Constituição Federal.[350]

As provas diretas obtidas ilicitamente em violação aos direitos humanos são inadmissíveis no processo por confrontar com as garantias do Estado de Direito, devendo, sem qualquer exceção, ser desentranhada dos autos na forma preceituada pelo artigo 157 do Código de Processo Penal. Esta previsão legal é inspirada nas *exclusionary rules* do direito

[350] GIACOMOLLI, 2014, p.165.

americano, consistindo num instituto fundamental para a estrutura democrática do processo, na medida em que concretiza, dentro do processo, os limites estabelecidos ao poder estatal na persecução criminal.

No julgamento do caso *Silverthorne Lumber Co. v. United States (1920)*, a Corte Suprema americana estendeu a proteção da IV Emenda e, portanto, a regra da exclusão, às provas obtidas por derivação das ilícitas, estabelecendo o efeito à distância das *exclusionary rules*. Constitui, portanto, o ponto de partida da teoria da árvore dos frutos envenenados (*fruits of the poisonouss tree doctrine*), indicando uma interpretação no sentido de expandir as garantias contidas no *Bill of Rights*, sendo a regra de exclusão uma possibilidade de salvaguardar os direitos e garantias nela previstos. Posteriormente, no julgamento do caso *Nardone v. United States (1939)*, foi cunhada a nomenclatura *fruits of the poisonouss tree doctrine*, oportunidade em que esta teoria foi desenvolvida com maior detalhamento.[351]

A pretensão político-criminal da teoria da árvore dos frutos envenenados é assegurar eficácia ao programa que busca evitar as práticas ilegais na persecução penal, tendo como destinatários os agentes das instâncias formais de controle. Ressalta Andrade[352] de acordo com a argumentação da Suprema Corte no julgamento do caso *Nardone v. United States*:

> *To forbid the direct use of methods [...] but top ut no curb on their indirect use world only invite the very methods deemed inconsistent with ethical standards and destructive of personal liberty. […] The complete exclusion – in all situations and for all purposes – of second and subsequent generations 'fruits' of illegaly obtained evidence seems logical and warranted, unless there are competing considerations to restrict the radiations of the exclusionary rule*.

Desse modo, num primeiro momento, é circunscrita a proibição da prova imediata e, posteriormente, verifica-se se esta prova ilícita contaminou as subsequentes obtidas no curso da investigação. Eventual recusa ao efeito à distância da prova ilícita equivaleria a neutralização das proibições de prova, de modo a incentivar o recurso aos métodos ofensivos aos direitos fundamentais, pois mesmo, indireta ou mediatamente, poderiam surtir efeito no processo a que se destinam.[353] Portanto, a teoria da árvore dos frutos envenenados busca evitar que a prova ilícita enseje qualquer resultado no processo, mesmo que indiretamente, contaminando as informações obtidas a partir da prova produzida em afronta aos direitos fundamentais.

---

[351] GALLARDO, Carlos Fidalgo. **Las "pruebas ilegales"**: *de la exclusionary rule estadounidense al artículo* 11.1 LOPJ. Madrid: Centro de Estudios Políticos y Constitucionales, 2003, p.115-7.
[352] ANDRADE, 1992, p.170-1.
[353] *Ibid.*, p.315.

Assim, a limitação de um direito fundamental pelos meios de obtenção de prova exige o respeito aos requisitos constitucionais e de legalidade ordinária previamente estabelecidos. A ilicitude probatória e a transgressão dos direitos fundamentais que acontecem durante a fase de investigação devem ter como consequência gerar um efeito anulatório também de seus atos derivados, de modo a evitar que surtam efeito no processo a que se destinam, sendo esta a construção da doutrina da árvore dos frutos envenenados.[354]

Em outras palavras, a doutrina norteamericana dos frutos da árvore envenenada determina que a regra da exclusão seja aplicada sobre as fontes e meios de prova obtidos ilicitamente, ainda que derivados de um ato originariamente contrário aos direitos e liberdades fundamentais. Caso não seja aplicada esta teoria, estabelece-se *el riesgo de admitir subterfúgios destinados a dejar en el proceso lo obtenido derivadamente de este tipo de transgresiones.*[355] Conforme Quiroga[356], a teoria da árvore dos frutos envenenados determina que a prova obtida contamina *"aquellas otras pruebas que si bien son en si mismas legales, no obstante se basan en datos conseguidos por aquella prueba ilegal, dando lugar a que tampoco estas pruebas legales puedan ser admitidas"*.

Segundo Gössel[357], sob a influência da *fruit of the poisonouss tree doctrine* desenvolvida no direito processual penal americano, a doutrina alemã discute acaloradamente a questão de saber se a proibição deve circunscrever-se à valoração do meio de prova diretamente obtido a partir da violação da lei ou, pelo contrário, se deve se comunicar a todos os demais meios de prova que não teriam sido obtidos sem o meio de prova ilegalmente obtido, gerando o chamado efeito à distância.

Sob a perspectiva prática, supõe-se o exemplo de informações obtidas através de uma confissão mediante tortura (prova ilícita direta). De posse dessa informação, a autoridade policial postula a realização de busca domiciliar, a qual é devidamente autorizada pelo juiz competente. Nesta incursão domiciliar, é apreendida a *res furtiva* de um crime de roubo (prova indireta ou derivada). Diante desse cenário, não só a confissão realizada mediante tortura configura prova ilícita (direta), como também se verifica a contaminação da busca e apreensão (prova derivada), considerando que esta somente foi possível pelas informações obtidas em violação ao direito fundamental à integridade física e psíquica, bem como de não produzir prova contra si mesmo.

---

[354] MARTÍNEZ GARCÍA, 2009, p.48.
[355] *Ibid.*, p.56-7.
[356] QUIROGA, Jacobo López de. **Las escuchas telefónicas y la prueba ilegalmente obtenida**. Madrid: Akal, 1989, p.116.
[357] GÖSSEL, 1992, p.437.

Outro exemplo que pode ser referido é o de uma escuta telefônica ilegal sem autorização judicial (prova ilícita direta). Durante as diligências, os agentes policiais obtém a informação da localização de arma de fogo utilizada em um crime de homicídio. Assim, com base nessa informação obtida de forma ilícita, a autoridade policial representa pela busca domiciliar, a qual é deferida judicialmente. Ato contínuo, realizada a incursão, os agentes policiais logram a localização da referida arma de fogo, a qual, submetida a exame papiloscópico, acaba por ensejar prova de autoria contra determinada pessoa.

Nessa hipótese, tanto a escuta telefônica sem autorização judicial (prova ilícita direta), como o exame papiloscópico na arma de fogo (prova ilícita indireta ou por derivação) deverão ser desentranhadas do processo, aplicando-se da regra da exclusão. Isso, pois, a apreensão da arma somente foi possível tendo em vista as informações obtidas por meio da escuta ilegal, em afronta ao direito à intimidade e ao sigilo das comunicações, contaminando as provas dela decorrentes (ou derivadas) como a apreensão da arma de fogo e o posterior exame papiloscópico.

Portanto, nas palavras de Lopes Jr.[358]:

> O vício se transmite a todos os elementos probatórios obtidos a partir do ato maculado, literalmente contaminando-os com a mesma intensidade. Dessa forma, devem ser desentranhados o ato originariamente viciado e todos os que dele derivem ou decorram, pois igualmente ilícita é a prova que dele se obteve.

Ocorre que, posteriormente ao desenvolvimento da teoria da árvore dos frutos envenenada, foram construídas categorias jurídicas no sentido de restringir os efeitos da contaminação secundária. A chamada *doctrine of attenuation* abre a porta à valoração da prova secundária, num primeiro momento, quando que *the causal connection [...] may have become so attenuated as to dissipate the taint*. Proclamada no caso *Nardone v. United States (1939)* e, posteriormente, reforçada no *Wong Sun v. United States (1963)* esta doutrina constrói um princípio de imputação susceptível de reduzir as margens (exageradas) de um efeito à distância sobreponível às indicações de uma estrita *conditio sine qua non*.[359]

Nesse contexto, em se tratando do efeito à distância das proibições de prova, Valente[360] sustenta a inviabilidade de que sejam extremadas posições defendendo, ora a total valoração do resultado direto e indireto de um meio proibido de prova, ora a adoção integral da teoria americana clássica dos *fruits of the poisonouss tree doctrine*. Na verdade, conforme

---

[358] LOPES JR., 2017b, p.401.
[359] ANDRADE, 1992, p.171-2.
[360] VALENTE, 2006, p.84.

o autor português, o caminho a ser seguido deveria enveredar em uma ponderação de aspectos como: a) gravidade do veneno; b) a importância do fruto no contexto global da prova; c) a vinculação normativa do fruto à árvore envenenada.

Castrillo e Morato[361] ressaltam que a problemática da contaminação do material probatório obtido ilicitamente é uma questão extremamente importante no âmbito processual penal. Deve-se considerar contaminada a prova coletada mediante uma informação obtida em violação aos direitos fundamentais, quando a prova mediata (derivada) seja, única e exclusivamente, consequência da primeira. Assim, *"será ilegítima la incorporación al proceso de la información obtenida cuando no pueda acreditarse que el investigador hubiera de todas formas realizado la actuación, en base a otros datos o razonamientos"*.

No mesmo sentido, Binder[362] ressalta que o Estado não pode obter benefícios de atos ilícitos praticados no campo probatório, com fundamento nas raízes do Estado de Direito. Além disso, a punição daqueles agentes públicos que praticaram as ilegalidades também perde sua legitimidade, já que seriam punidos por algo que se tornou útil para o Estado. Portanto, a ilicitude da prova e a consequente perda da informação servem para preservar princípios de maior valor relacionados com o Estado de Direito e evitar a extensão das práticas ilícitas.

Todavia, questiona Binder[363], em se tratando de cadeias de fato, *hasta donde se debe extender el vicio que proviene del acto originário?* Giacomolli[364] ressalta que com o passar dos anos, a Suprema Corte norte-americana foi desenvolvendo a *doctrine of attenuation* que tem admitido a prova derivada, limitando a *exclusionary rules*, basicamente nos seguintes casos: *the independent source limitation* (limitação da fonte independente); *the inevitable discovery limitation* (limitação da descoberta inevitável); *the purged taint limitation* (limitação da descontaminação ou da mácula dissipada); e *the good faiht exception* (limitação de boa-fé).

No direito brasileiro, o artigo 157, §1º, do Código de Processo Penal trata do *efeito à distância* da prova ilícita ou, em outras palavras, da ilicitude por derivação decorrente da teoria da árvore dos frutos envenenados (*fruits of the poisonous tree*) com as atenuações. Assim, a inadmissibilidade de prova derivada da ilícita é a regra, 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.

Ocorre que o §2º do artigo 157 faz uma confusão entre os institutos da fonte independente (*independente source*) e da descoberta inevitável (*inevitable discovery*), ao

---

[361] URBANO CASTRILLO; TORRES MORATO, 1997, p.54-5.
[362] BINDER, Alberto. **El incumplimiento de las formas procesales**. Buenos Aires: Ad Hoc, 2000, p.114-5.
[363] *Ibid.*, p.115.
[364] GIACOMOLLI, 2014, p.167.

preceituar que considera-se fonte independente aquela que por si só,seguindo os trâmites típicos e de praxe, próprios da investigação ou da instrução criminal, seria capaz de conduzir ao fato objeto da prova.

Diante disso, analisando de modo de superficial e apenas com base no direito positivo infraconstitucional, o legislador brasileiro estabeleceu como exceções à ilicitude por derivação as seguintes hipóteses: a) quando seria possível a obtenção do mesmo resultado por uma fonte independente (*independente source*); b) derivada dessa regra geral, a segunda exceção origina-se da inevitabilidade de obtenção do resultado (*inevitable discovery*), o que deriva de um erro conceitual previsto no §2º do artigo 157 do Código de Processo Penal; e c) ausência de nexo de causalidade entre o resultado obtido e a ilicitude (*the causal connection have become so attenuated as to dissipate the taint).*[365]

A jurisprudência do Supremo Tribunal Federal vem discutindo a (in)admissibilidade das provas ilícitas por derivação, vale dizer, a prova secundária descoberta em razão de uma prova ilícita anterior. O tema chegou a ser abordado no caso da ação penal que envolveu o ex-Presidente Collor, oportunidade em que houve a rejeição da imputação (Ação Penal 307-3, Tribunal Pleno, DJ 13/12/1994). Posteriormente, o Supremo Tribunal Federal[366] passou a aplicar a doutrina dos frutos da árvore envenenada, excluindo dos processos as provas ilícitas por derivação, em vários outros casos, mesmo antes da reforma processual penal de 2008.

A doutrina da árvore dos frutos envenenados consiste, portanto, em uma orientação capaz de dar eficácia à proibição constitucional da admissão da prova ilícita. Além disso, é a única que realiza o princípio de que, no Estado de Direito, não é possível sobrepor um suposto interesse da persecução penal à salvaguarda dos direitos, garantias e liberdades fundamentais, em respeito à dignidade da pessoa humana. A persecução penal deve estar pautada na superioridade ética, devendo o acusado ser tratado como sujeito de direitos, aspecto que está como pano de fundo de toda a discussão acerca das proibições de prova.

---

[365] GIACOMOLLI, 2014, p.168.

[366] Nesse sentido são vários os precedentes do Supremo Tribunal Federal: *habeas corpus* nº 73.351/SP (DJ 09.05.96); *habeas corpus* nº 72.588/PB (DJ 12/06/96); *habeas corpus* nº 75.545-3/SP (DJ 17/02/98); *habeas corpus* nº 80.949/RJ (DJ 30/10/2001). (BRASIL. Supremo Tribunal Federal. Disponível em: <http://www.stf.jus.br/portal/jurisprudencia/pesquisarJurisprudencia.asp>. Acesso em: 25 abr. 2016). O Superior Tribunal de Justiça, em decisões mais recentes, também consagra a aplicação da teoria da árvore dos frutos envenenados, conforme se verifica no julgamento do *habeas corpus* nº 191378/DF (DJ 15/06/11) e do *habeas corpus* nº 100879/RJ (DJ 19/08/08). (BRASIL. Superior Tribunal de Justiça**.** Disponível em: <http://www.stj.jus.br/SCON/>. Acesso em: 25 abr. 2016).

3.3.1 Do nexo de causalidade entre a prova ilícita e a derivada (*the causal connection have become so attenuated as to dissipate the taint)*

A primeira exceção da regra da inadmissibilidade da prova ilícita por derivação ocorre quando não evidenciado o nexo causal, uma conexão natural entre a ilicitude e a licitude (conexão causal). O nexo causal consiste na relação de dependência ou no liame existente entre a fonte primária e a secundária. Trata-se de analisar a existência de elos da prova derivada com a anterior ilicitude, verificando se há contaminação. Portanto, inexistindo a relação causal entre elas, se pode dizer que as lícitas são independentes das ilícitas, motivo pelo qual não mais se falará em derivação. Em contrapartida, demonstrado o reflexo da ilicitude na licitude (contaminação), a prova será considerada ilícita, devendo ser excluída dos autos do processo.[367]

Para Quiroga[368], o problema se encontra, em primeiro lugar, na determinação da consequência do segundo ato. Assim,

> *es preciso que entre un acto y el outro exista una relación de causa-efecto, o que al primer acto puedam imputársele objetivamente como resultado el segundo, de manera que pueda afirmarse clara y rotundamente que el segundo acto es consecuencia del primero*.

Conforme Harabedian[369], a doutrina do *purged taint* é uma construção da jurisprudência norte americana no sentido de demonstrar a dissipação do veneno, ou seja, ocorre quando as "*violaciones constitucionales que han tenido derivaciones en actos posteriores, pero la propagación del vicio se ha atenuado, diluido o eliminado por la falta de inmediación entre los últimos actos y el original que se obtuvo en forma ilegal!*. Nessa lógica, a exclusão dos frutos probatórios não será necessária se a relação entre a ilegalidade e a prova atualmente questionada é tal que o veneno da ilicitude foi atenuado no momento em que a evidência foi obtida. Portanto, "*el veneno se diluye o reduce a dosis inocuas en las ramas más distantes, evitando la intoxicación de los frutos ubicados en éstas*".

A origem da *purged taint* já se verifica no voto do juiz Frankfurter, no caso *Nardone v. United States (1939)*, quando ao se manifestar sobre a prova derivada de uma escuta ilegal, aceitava que, como matéria de bom senso, a conexão pudesse se tornar tão atenuada ao ponto de dissipar o veneno oriundo da prova ilícita. Posteriormente, nos casos *Wong Sun v. United*

---

[367] GIACOMOLLI, 2014, p.169.
[368] QUIROGA, 1989, p.116-7.
[369] HAIRABEDIÁN, 2002, p.85-6.

States (1963)[370], *Brown v. Illinois (1975)* e outros subsequentes a doutrina da atenuação foi sendo desenvolvida, tendo a Corte Americana buscado estabelecer critérios no sentido de viabilizar a análise da existência (ou não) da exceção à teoria da árvore dos frutos envenenados.[371]

Desse modo, explica Haideberian[372], de forma sistemática, os critérios desenvolvidos pela jurisprudência americana: a) sequência de tempo: um prolongado lapso temporal entre a ilegalidade primária e a prova questionada; b) circunstâncias interferentes: consiste na quantidade e natureza dos fatores lícitos que intervém entre a ilicitude originária e a prova derivada, os quais podem ser levados em consideração para a procedência da limitação da regra da exclusão, pela dissipação do veneno da ilegalidade; c) magnitude da violação: o propósito e a intensidade da primeira ilegalidade é relevante para tomar em conta a "dose de veneno" que pode ser transmitida à prova derivada, o que é dimensionado em função da utilidade da exclusão para dissuadir a conduta ilegal do agente responsável pela persecução criminal; d) escolha voluntária: ocorre quando a cadeia de fatos envolve uma decisão voluntária de algum suspeito em cooperar com a investigação, o que ocorre geralmente em casos de prisão ilegal (como no caso *Wong Sun*).

Conforme Lopes Jr.[373] e Giacomolli[374], a partir da compreensão da instrumentalidade constitucional do processo penal, a noção de nexo causal deve ser ampliada quando se trata de reconhecer a contaminação. Assim, sempre que houver conexão ou dúvida acerca desta, deve ser aplicada a máxima do *in dubio pro reo*, de modo a determinar o desentranhamento da prova dos autos do processo. Desse modo, o princípio do *in dubio pro reo* gera efeitos em todo o processo, vale dizer, em havendo dúvida quanto a (i)licitude de uma prova produzida, essa dúvida deve ser dirimida em favor do acusado, inclusive quando se discute o nexo de causalidade no âmbito das provas derivadas.

---

[370] No caso Wong Sun, a polícia deteve ilegalmente o indivíduo A, o qual apontou B por ter vendido a ele drogas. B declarou que os entorpecentes pertenciam a C. Houve a aplicação direta da regra de exclusão no tocante à confissão decorrente da prisão ilegal, bem como em relação a apreensão da droga de B. Contudo, quando C postulou que a ilegalidade também o atingisse, seu pedido foi rechaçado tendo em vista a tênue relação da ilicitude inicial que dissipou o veneno da ilegalidade. Outra circunstância foi levada em consideração para a dissipação do veneno nesse caso. Embora Wong Sun tenha havia sido preso ilegalmente, poucos dias antes de sua liberação efetuou, voluntaria e espontaneamente, uma confissão.

[371] HAIRABEDIÁN, 2002, p.86-7.

[372] *Ibid.*, p.87-8.

[373] LOPES JR., 2017b, p.408. Os Tribunais brasileiros tem aplicado a regra do nexo causal de maneira invertida, ou seja, a prova somente é anulada pela derivação se ficar inequivocamente demonstrada a contaminação. Diante disso, o autor defende o oposto, ou seja, salvo se ficar inequivocamente demonstrada a independência, as provas subsequentes deverão ser anuladas por derivação. (*Ibid.*). No sentido de exigir a comprovação do nexo causal, é julgamento do Supremo Tribunal Federal, no RE 597752 AgR/DF (DJ 23/03/13), sendo que, nessa oportunidade, foi demonstrada a relação de causa-efeito, tendo sido reconhecida a ilicitude da prova.

[374] GIACOMOLLI, 2014, p.169-70.

Portanto, comprovada a ausência de nexo de causalidade entre a prova ilícita e a derivada, resta afastada a aplicação da teoria da árvore dos frutos envenenados, conforme construção do direito norteamericano desde o caso *Nardone v. United States (1939)*, considerando a dissipação do veneno oriundo da violação aos direitos fundamentais. A legislação brasileira também incorporou esta exceção, na forma do artigo 157, §1º do Código de Processo Penal, sendo a ilicitude por derivação a regra geral que deve ser seguida. Nesse contexto, o afastamento da ilicitude por derivação pela ausência de nexo causal configura situação excepcional, a qual deve ser aplicada em consonância com o princípio do *in dubio pro reo*, pois havendo dúvida quanto a ilicitude da prova, como frisado, esta deve ser solucionada em favor do acusado.

3.3.2 Da fonte independente (*independent source doctrine*)

A exceção da fonte independente ocorre quando, ao ato probatório questionado, se pode chegar por meios probatórios legais presentes na investigação, que não tenham conexão com a violação constitucional. Ou seja, ainda que suprimindo-se hipoteticamente o ato viciado (confissão mediante tortura, que indica a localização de uma arma de fogo utilizada em crime de homicídio), se pode, igualmente, chegar a suas consequências (apreensão da arma) por vias legais independentes (testemunha que tenha declarado saber onde estava escondida a arma). Assim, "*esta limitación implica que no será procedente la exclusión cuando exista algún cauce de investigación autónomo que con seguridad permita arribar al mismo elemento, y que dicha via investigativa se encuentre comprobada*".[375]

Já em 1920, quando a Suprema Corte norteamericana estendeu a regra de exclusão à prova derivada no caso *Silverthorne Lumber Co. v. United States*, o voto do juiz Holmes agregava que a teoria da extensão não necessariamente implicava que as provas adquiridas em virtude da violação eram, necessariamente, desconsideradas, pois caso o conhecimento delas tenha sido obtido por uma fonte independente, poderiam servir como qualquer outra prova.[376]

Conforme Lopes Jr.[377] um exemplo de aplicação da teoria da fonte independente (*independent source doctrine*) ocorreu no caso *Murray v. United States*, em 1988. Nessa oportunidade, policiais entraram ilegalmente em uma casa onde havia suspeita de tráfico ilícito de drogas e confirmaram a suspeita. Posteriormente, requereram um mandado judicial

---

[375] HAIRABEDIÁN, 2002, p.67.
[376] *Ibid*., p.68.
[377] LOPES JR., 2017b, p.404.

para busca e apreensão, indicando apenas as suspeitas e sem mencionar que já haviam entrado na residência. De posse do mandado, realizaram a busca e apreenderam as drogas. A Corte entendeu que a prova era válida, e que não estava contaminada, pois o mandado de busca para justificar a segunda entrada seria obtido de qualquer forma, apenas com os indícios iniciais já existentes no processo. Essa fonte que dava ensejo à busca e apreensão era independente e pré-constituída em relação à primeira entrada ilegal.

Assim, no entendimento da Suprema Corte norteamericana, se a prova deriva de um ato que violou as garantias constitucionais, mas também se originou a partir de outro elemento autônomo recolhido durante a investigação e anterior à própria violação constitucional, a prova segue sendo válida, pois também poderia ter sido originário de outro elemento e não necessariamente da prova ilícita. Desse modo, tem-se em conta a possibilidade de aquisição da prova por outras fontes legítimas e autônomas à prova ilícita.[378]

Binder[379], partindo da ideia de que a prova é derivada de uma cadeia de fatos, também sustenta que a de um segundo ato (este sim lícito), em algum ponto deste desencadeamento, começa a fazer cessar a contaminação da prova originária:

> *Mientras la relación sea directa, es decir, el segundo acto no se podría haber realizado de ningún modo sin contar con la información proveniente del primero, entonces la perdida de efectos debe extenderse hacia el también. Cuando el segundo acto, o en algún punto de la cadena, ello acto en cuestión ya no tiene en su sustento único ni determinante en la perdida de efecto comenzará a cesar.*

Ocorre que a vagueza desta fórmula denota a necessidade de que sejam analisados de forma casuística, sendo a jurisprudência que determinará em cada caso, até onde a informação ilícita contamina os atos subsequentes ou, em contrapartida, não possui vínculo com a prova ilícita originária.[380]

O artigo 157, §1º, do Código de Processo Penal preceitua que a regra é a ilicitude da prova derivada da ilícita, ressalvando a ausência de nexo causal entre esta e a derivada, bem como a existência de uma fonte independente. Ocorre que, ao conceituar a exceção da fonte independente como sendo "aquela que por si só, seguindo os trâmites típicos e de praxe, próprios da investigação ou instrução criminal, seria capaz de conduzir ao fato objeto da prova", estabelece uma confusão conceitual com a descoberta inevitável. Isso, pois, a fonte independente, conforme a Suprema Corte norteamericana no julgamento do caso *Silverthorne*

---

[378] HAIRABEDIÁN, 2002, p.70.
[379] BINDER, 2000, p.114-5.
[380] *Ibid.* p.114-6.

Lumber Co. v. United States, é aquela preexistente nos autos, vale dizer, anterior à própria violação.

Nesse sentido, Lopes Jr.[381] classifica como problemática a teoria da fonte independente, pois faculta aos órgãos de persecução criminal "sanar a ilegalidade", afastando a mácula da ilicitude originária, com base em elementos obtidos a partir de uma fonte autônoma. Assim, refere que, como construção teórica, a tese da fonte independente é bastante clara e lógica, mas revela-se perversa quando depende da casuística e da subjetividade do julgador, na medida em que recorre a conceitos vagos e imprecisos (como é a própria discussão em torno do nexo causal) que geram um espaço impróprio para a discricionariedade judicial.

A contaminação das provas derivadas (*fruits of the poisonous tree*) constitui um grande avanço no tratamento da prova ilícita. Entretanto, a atenuação dos efeitos da árvore envenada tem acarretado, nos casos concretos, o uso dos perigosos juízos de ponderação com base no princípio da proporcionalidade, sobrepondo supostos interesses da persecução penal, em detrimento das garantias individuais e da superioridade ética do Estado.

3.3.3 Da descoberta inevitável (*inevitable discovery*)

A exceção da descoberta inevitável se aplica quando a atividade ilícita e suas consequências poderiam ser conhecidas por outros caminhos que, no futuro, inevitavelmente se apresentariam no curso da investigação criminal, prescindindo da atuação contrária ao direito. A diferença entre a descoberta inevitável e a fonte independente consiste no fato de que a segunda requer que a prova alternativa seja atual, enquanto que na descoberta inevitável ela é hipoteticamente factível.[382] De qualquer forma, é muito comum a confusão entre as exceções da fonte independente e da descoberta inevitável, no que, inclusive, incorreu o legislador brasileiro ao tentar definir um conceito de fonte independente no artigo 157, §2º do Código de Processo Penal.

A Suprema Corte norteamericana aplicou descoberta inevitável no julgamento do caso *Nix vs Williams* (1984), num caso em que uma pessoa com deficiências mentais fugiu do hospital psiquiátrico e matou uma menor de idade. Seu advogado lhe orientou a ficar em silêncio no interrogatório policial, mas a polícia o conduziu até o local do fato e pediu que o mesmo indicasse a localização do corpo. Assim, o acusado confessou o lugar e o corpo foi

[381] LOPES JR., 2017b, p.405.
[382] HAIRABEDIÁN, 2002, p.73.

encontrado. Entretanto, a prova foi considerada válida sob o argumento hipotético de que as patrulhas que realizavam as buscas chegariam ao lugar indicado e localizariam o corpo da vítima.[383]

No mesmo sentido, Giacomolli[384] ressalta que na descoberta inevitável (*inevitable discovery*) não há prova produzida por fonte independente, mas admissibilidade descontaminante pelo conhecimento que seria obtido no futuro, de forma natural ou corriqueira, licitamente. Assim, na descoberta inevitável, o conhecimento deriva exclusivamente da ilicitude, enquanto que, na fonte independente, o conhecimento deriva de uma fonte vedada e também de outra fonte histórica.

Para Martinez Garcia[385], a teoria da descoberta inevitável pretende romper a ilicitude da prova derivada, sob o argumento de que a presunção de inevitabilidade justifica sua admissibilidade, pois cedo ou tarde seria possível chegar ao mesmo resultado, baseada em um juízo hipotético ou *"suerte de especulación" que permite seguir la investigación em curso y, siempre que la policia hubiera actuado de buena fe, pues de otra forma no puede darse el efecto dissuasório próprio de la admisión de estas pruebas derivadas.*

No caso *Nix vs Willians*, de 1984, a Suprema Corte norte-americana firmou a necessidade de demonstração da descoberta inevitável. Assentou ser da acusação o encargo de demonstrar, com fato e circunstâncias concretas, a inevitabilidade da descoberta, e não por meio de conjecturas. No caso concreto, a polícia ouviu o suspeito quando este já tinha advogado e havia acordo para que não fosse ouvido. Nesse "interrogatório" ilegal, o suspeito confessou um homicídio e levou a polícia ao local onde havia enterrado o corpo da vítima. A Suprema Corte excluiu as declarações do acusado, mas aceitou a materialidade (achado do corpo), pois este, inevitavelmente, seria descoberto, já que estava enterrado na neve, superficialmente, em local onde, com o derretimento, o corpo seria encontrado na medida em que buscas estavam sendo efetuadas.[386]

Aqueles que sustentam a possibilidade do uso da descoberta inevitável para afastar a regra da exclusão, ressaltam que se trata de requisito indispensável, como sua própria denominação indica, que a descoberta hipotética seja efetivamente inevitável. Em outras palavras, haverão de considerar que não é qualquer curso causal hipotético que é admissível, mas o que possuir alta probabilidade de ocorrer, em razão de circunstâncias fáticas

---

[383] HAIRABEDIÁN, 2002, p.75.
[384] GIACOMOLLI, 2014, p.170.
[385] MARTÍNEZ GARCÍA, 2009, p.73-4.
[386] GIACOMOLLI, *op. cit.*, p.171.

demonstradas concretamente, pois uma vez aceita a descoberta inevitável, a prova será admitida, considerada lícita.[387]

Contudo, conforme Hairabedian[388], este ponto de vista não parece correto, pois a descoberta nunca será segura, mas no máximo provável e hipotética. Além disso, esta exceção tem sido frequentemente criticada, tendo em vista a violação ao princípio do *in dubio pro reo* inerente ao da inocência, já que a descoberta inevitável é, apenas, hipoteticamente factível, mas não certa, o que deixa dúvidas acerca de eventual encontro. E mais, a aceitação dessa teoria tem deixado de lado um argumento ético relativo ao Estado, o qual não pode se aproveitar de um ato ilícito produzido por seus órgãos, de modo a afastar o efeito dissuasório das *exclusionary rules*.

Ocorre que os poderes públicos devem ter um nível de exigência para que haja a proteção dos direitos fundamentais no curso da investigação criminal. Desse modo, o processo penal não pode convalidar o que não está de acordo com esses direitos, motivo pelo qual, tendo como referência o sistema processual penal espanhol, Martinez Garcia[389] entende que esta exceção "*no es del todo compatibile com este sistema tasado que, en definitivo, no es más que una descarga de responsabilidad de nuestros poderes públicos em matéria investigatória*".

E conclui:

> *No pedimos que sean infalibles pero tampoco creemos que sea aceptable um margen de "normalidad" o estabilidad en su negligente actuación. Los riesgos de admitir esta línea conllevan un claro déficit para el Estado de Derecho y indudable coste para los derechos fundamentales.*[390]

Por outro lado, a jurisprudência norte americana também tem admitido exceções à aplicação da descoberta inevitável. A Suprema Corte do Arizona, no caso *State v. Ault* (1986) invalidou a prova obtida por meios ilícitos, mesmo quando fosse, em tese, inevitável a descoberta. O caso trata-se de uma busca domiciliar ilegal, sendo que o argumento utilizado para invalidar a prova derivada foi no sentido de que a exceção não funciona quando se produzem apreensões dentro da moradia onde se ingressou sem ordem judicial, o que não pode ser tolerado, tendo em vista a intensidade da violação ao direito fundamental.[391]

---

[387] GIACOMOLLI, 2014, p.170.
[388] HAIRABEDIÁN, 2002, p.75-6.
[389] MARTÍNEZ GARCÍA 2009, p.75.
[390] *Ibid*.
[391] HAIRABEDIÁN, *op. cit.*, p.78-9.

Portanto, afastar a inadmissibilidade da prova derivada da ilícita sob o argumento hipotético de uma descoberta inevitável – que, na verdade, não pode ser considerada certa, pois pautada em suposições e conjecturas – acaba servindo como um canal para contaminação de um processo penal republicano, ético, com todas as garantias legais, alijando o devido processo.[392] Em outras palavras, não se pode admitir que a prova ilícita acarrete algum resultado no âmbito do processo, em respeito à superioridade ética do Estado que, no curso da investigação preliminar e da instrução processual, deve pautar sua atuação no sentido de assegurar que sejam respeitados todos os direitos e garantias fundamentais do indivíduo.

Ainda, deve vigorar a presunção de inocência e o *in dubio pro reo*, que irradiam seus efeitos em todo o processo penal, inclusive no âmbito das proibições de prova, pois havendo dúvida quanto à licitude do meio de obtenção, esta deve ser sempre dirimida em favor do acusado. Desse modo, é preciso discutir, inclusive, a constitucionalidade do artigo 157, §2º do Código de Processo Penal que – além de configurar um erro conceitual da teoria da fonte independente – acarreta contingência no âmbito do processo ao admitir a convalidação da prova coletada de modo atentatório aos direitos fundamentais a partir de hipóteses, suposições e conjecturas interpretadas em desfavor do acusado.

3.4 ANÁLISE CRÍTICA À APLICAÇÃO DA TEORIA DA PROPORCIONALIDADE (JUÍZOS DE PONDERAÇÃO) NO ÂMBITO DAS PROIBIÇÕES DE PROVA

A proporcionalidade *lato sensu* vincula toda a ação operativo-jurídica do Estado Democrático de Direito. Trata-se de um princípio garantidor da supremacia dos direitos, liberdades e garantias fundamentais (em especial no campo do sistema integral penal), repartindo-se em três grandes colorários diretos – adequação, exigibilidade ou necessidade, proporcionalidade *strito sensu*.[393]

Conforme Correa[394]:

> *Estos tres subprincípios en que se descompone el principio de proporcionalidad en sentido amplio, se consideran requisitos intrínsecos de toda medida procesal penal restrictiva de derechos fundamentales, exigibles tanto en el momento de su previsión por el legislador como en el de su adopción por el órgano correspondiente y en el período de su ejecución.*

[392] GIACOMOLLI, 2014, p.171.
[393] VALENTE, 2013, p. 440-1.
[394] CORREA, 1999, p.93-4.

Os pressupostos da proporcionalidade *lato sensu* prescritos para a *lege ferenda* são vinculativos para a interpretação e aplicação da norma ao caso concreto e, no plano da *lege lata*, configuram um limite que deve ser observado sobremaneira quando se está em causa restrições de direitos, liberdades e garantias. Assim, o princípio da proporcionalidade *lato sensu* configura um freio, escudo, da *ultima ratio* da restrição de direitos, liberdades e garantias processuais, funcionando como um limite dos limites a quaisquer restrições aos direitos fundamentais.[395]

No âmbito do processo penal, a importância do princípio da proporcionalidade se deve à confrontação indivíduo/Estado, diante das consequentes lesões aos direitos fundamentais como a liberdade pessoal, sigilo das comunicações, honra, inviolabilidade do domicílio e outros. Assim, de nada serve o princípio da proporcionalidade da pena se não há esta mesma garantia no âmbito, por exemplo, das medidas cautelares.[396]

Ocorre que, conforme Sarlet[397], o princípio da proporcionalidade não se esgota na categoria de proibição de excesso, possuindo uma dupla face, eis que é um dever do Estado estabelecer uma proteção suficiente aos direitos fundamentais. Assim, a função dos direitos fundamentais não se limita à sua condição de direitos subjetivos de defesa do indivíduo contra atos do poder público, mas, também, constitui fundamento para as decisões valorativas de natureza jurídico-objetiva da Constituição, com eficácia em todo o ordenamento jurídico, de modo a fornecer diretrizes para os órgãos legislativos, judiciários e executivos.

Assim, a atuação do Estado também deve evitar uma proteção deficiente dos direitos fundamentais. Logo, as exigências de proibição de excesso e de insuficiência estão intimamente relacionadas, não se podendo avaliá-las de maneira isolada. Portanto, especialmente quando se trata da aplicação de deveres constitucionais de proteção, não pode o Estado agir em demasia e, tampouco, de modo insuficiente.[398]

Dessa forma, é preciso se ter muito cuidado no exame da proibição de insuficiência em matéria penal. No plano da *lege ferenda*, por exemplo, a dupla face do princípio da proporcionalidade viabilizou um tratamento mais rigoroso àqueles crimes mais graves, classificados pela Lei nº 8.072/90 como crimes hediondos, na medida em que preceitua o

---

[395] VALENTE, 2013, p.440-1.
[396] CORREA, 1999, p.93-4.
[397] SARLET, Ingo. Direitos fundamentais e proporcionalidade: notas a respeito dos limites e possibilidades da aplicação das categorias da proibição de excesso e de insuficiência em matéria criminal. *In*: GAUER, Ruth Maria Chittà (Org.). **Criminologia e sistemas jurídico-penais contemporâneos**. Porto Alegre: Edipucrs, 2008, p.232-5.
[398] *Ibid*.

regime inicial fechado para o cumprimento de pena, frações mais elevadas para fins de progressão de regime, a insuscetibilidade de anistia, graça, indulto e fiança.

Todavia, deve-se ter a cautela para que a proibição de insuficiência não sirva como argumento retórico, no sentido de legitimar arbitrariedades ou ilegalidades no âmbito do processo penal. Conforme Ávila[399] existe aparente clareza quanto à circunstância de o postulado da proporcionalidade exigir o exame da adequação, da necessidade e da proporcionalidade em sentido estrito. A proporcionalidade foi concebida para combater a prática de atos arbitrários e, paradoxalmente, caso se verifiquem problemas em sua aplicação, acabará funcionando como subterfúgio para a própria prática de tais atos.

No âmbito das proibições de prova, tem sido muito comum a utilização de juízos de ponderação para justificar a agir ilegal as agências de persecução criminal no momento da coleta da prova, de modo a admiti-la no âmbito do processo. Todavia, a superioridade ética do Estado deve pautar sua atuação na persecução penal, vale dizer, deve prevalecer o uso das "mãos limpas", pois flexibilizar os limites dos meios de obtenção de prova sob a justificativa lastreada na gravidade do crime é um custo muito alto para se alcançar a "vitória na luta contra o crime". Esse custo consiste na relativização de garantias e liberdades fundamentais concretizadas ao longo do Estado de Direito.

Uma grande dificuldade enfrentada pela doutrina e jurisprudência alemãs, no âmbito das proibições de prova, conforme referem Andrade, Ambos, Gössel, Mereis, entre outros autores é, justamente, estabelecer pontes normativas entre as categorias das proibições de produção e proibições de valoração de prova. Assim, foram desenvolvidas pela jurisprudência alemãs várias teorias para definir quando (e em quais circunstâncias) as proibições de produção acarretarão efetivas proibições de valoração, dentre elas, a teoria da esfera jurídica, a teoria das três esferas, a teoria da ponderação e a teoria do fim de proteção da norma.

Ocorre que, invariavelmente, as situações que se encontram em uma zona "cinzenta", no sentido de haver uma maior complexidade na definição dos efeitos da violação à proibição de produção de prova, acabam sendo solucionadas pela jurisprudência por meio de juízos de valoração pautados no princípio da proporcionalidade.

O Tribunal Constitucional alemão, analisando a aplicabilidade da doutrina das proibições prova, portanto, tem tomado como referência o princípio da ponderação de interesses. Assim, tem se colocado em tensão os direitos individuais que poderão ser

[399] ÁVILA, 2003, p.113.

sacrificados em sede de produção e valoração da prova, em nome da prevenção e repressão das manifestações de criminalidade e da eficácia funcional da justiça penal. Dois casos são paradigmáticos na construção deste entendimento pela Corte Constitucional Alemã, o primeiro (1964) e o segundo (1987) casos do diário.[400]

Na decisão referente ao primeiro caso do diário (1964), o BGH acentuou em seu julgado que a proibição de valoração de diários pessoais e íntimos compreende-se enquanto atributo que se relaciona com o desenvolvimento da personalidade e não a sua degradação, logo, seria possível a sua leitura e valoração como elemento de prova quando contém o registro de crimes, vítimas e seu respectivo autor. Nos termos desta decisão citada por Andrade[401]:

> Quando está em jogo a suspeita fundada de um atentado grave contra a vida, outros bens jurídicos proeminentes e o Estado, ou outras agressões graves à ordenação jurídica, então a tutela da reserva da vida privada terá de recuar. A ponderação deve ser feita tomando em conta o interesse da perseguição penal à luz do significado do direito fundamental, fazendo para o efeito relevar o ilícito do fato na medida em que possa ser já referenciado.

Na decisão conhecida como segundo caso do diário (1987) admitiu-se a valoração de um diário, no qual, ao longo de um ano antes do cometimento do crime, o escritor se debatia com os seus problemas de contato com as mulheres e tentava vencer seus impulsos para o cometimento de crimes mais graves. Nesta decisão, o BGH avança o dogma: "a constituição reconhece um significado especial apenas à tutela da personalidade, mas também a uma justiça funcionalmente capaz sem a qual não se pode contribuir para a manifestação e atualização da própria justiça".[402]

Assim, as decisões dos casos do diário levaram o Tribunal Federal a pronunciar-se abertamente por um princípio geral de ponderação, que erige a realização efetiva da justiça penal em interesse do Estado de Direito, cuja promoção ou salvaguarda pode sobrepor-se aos direitos fundamentais individuais no processo penal, legitimando o seu sacrifício. É precisamente na base desta compreensão, à luz do princípio da ponderação, que a Corte Constitucional alemã vem sustentando, em matéria de proibições de prova, um regime diferenciado geral para a criminalidade mais grave (como no tratamento específico dado pelo

---

[400] ANDRADE, 1992, p.28.
[401] *Ibid.*, p. 8-30.
[402] *Ibid.*, p.31.

§100a do StPO ao tratar das escutas telefônicas).[403]

Além disso, conforme Ambos[404], o juízo de proporcionalidade também fundamentou a admissibilidade da utilização e valoração como meio de prova das gravações clandestinas obtidas, sempre que necessárias à perseguição e repressão da criminalidade mais grave. Tanto nessa hipótese, como no regime diferenciado geral para a criminalidade mais grave, são sopesados os interesses estatais de persecução penal e de averiguação da verdade de um lado e, em contrapartida, os interesses individuais do cidadão de outro.

Assim, a definição dos efeitos das proibições de prova na jurisprudência alemã, tanto no sentido de proibir a sua valoração, como no de admiti-la nos autos do processo, comumente estão sujeitas a juízos de valoração a partir do princípio da proporcionalidade. Conforme Andrade[405] são colocados nos dois lados da balança, no momento do juízo de ponderação, *"o interesse concreto na perseguição penal, a gravidade da violação legal bem como a dignidade da tutela e a carência de tutela do interesse sacrificado"*.

Trata-se de um entendimento que, conforme Andrade[406], se não tem permitido ultrapassar os obstáculos representados pelas proibições de prova à perseguição da criminalidade grave, tem seguramente posto em xeque aquele núcleo de indisponibilidade essencial à doutrina das proibições de provas, aumentando os coeficientes de contingência e insegurança e reduzindo o respectivo potencial de tutela.

As referências do Tribunal Federal têm oscilado entre um conjunto de fórmulas onde sobressai a referência a uma justiça funcionalmente capaz, uma luta eficaz contra o crime, preponderando a tese de que a realização da justiça penal representa um valor nuclear do Estado de Direito. Assim, quando está em jogo a suspeita fundada de um atentado grave contra a vida, outros bens jurídicos proeminentes e o Estado, ou outras agressões graves à ordenação jurídica, então a tutela da reserva da vida privada terá, sendo caso disso, de recuar. A ponderação deve ser feita tomando em conta o interesse da perseguição penal à luz do

---

[403] ANDRADE, 1992, p.31-2. Ressalta ainda que os autores alemães pronunciam-se maioritariamente a favor da interpretação do § 100a) da StPO como afloramento de um regime geral de luta contra a criminalidade mais grave. De acordo com o entendimento dos tribunais superiores, e à luz do princípio da ponderação de interesses, imanente a toda a problemática das proibições de prova, há de identificar-se uma área mais ou menos extensa em que os direitos individuais poderão ser sacrificados em sede de produção e valoração da prova, em nome da prevenção e repressão das manifestações mais drásticas e intoleráveis de criminalidade. Este o entendimento a que o BGH se tem mostrado sistematicamente fiel e que conheceria com a decisão do primeiro caso do diário (1964).

[404] AMBOS, 2009, p.27.

[405] ANDRADE, *op. cit.*, p.100.

[406] *Ibid.*, p.199.

significado do direito fundamental, fazendo para o efeito relevar o ilícito do fato na medida em que possa ser já referenciado.[407]

Nesse sentido, a proteção da esfera íntima estaria autorizada a recuar face às necessidades da justiça penal eficiente na procura da verdade, quando, à luz do princípio da proporcionalidade, a ponderação com o significado do direito fundamental de respeito pela dignidade humana e o livre desenvolvimento da personalidade faz emergir prevalecentes necessidades da justiça criminal, que exigem a admissibilidade de produção e valoração do meio de prova. Ou seja, uma ponderação que coloca num dos pratos da balança o valor inerente a uma justiça criminal eficaz, no mesmo plano dos direitos fundamentais do cidadão, o que traz consigo o perigo destes princípios aparecerem relativizados e disponíveis em detrimento dos interesses da persecução penal.[408]

Como se percebe, a teoria da proporcionalidade, também denominada teoria do balanceamento ou da preponderância dos interesses, consiste numa construção doutrinária e jurisprudencial que tem sido aplicada pela jurisprudência alemã nos sistemas de inadmissibilidade da prova obtida ilicitamente, permitindo, em face de uma vedação probatória, que se proceda a uma escolha, no caso concreto, entre os valores constitucionalmente relevantes postos em confronto.[409]

Entretanto, as premissas utilizadas por essas decisões do Tribunal Constitucional alemão merecem grandes críticas. A primeira delas é o tratamento dado a *"eficácia funcional da justiça penal"* no juízo de ponderação, o que pode implicar na colocação dos direitos fundamentais do acusado no processo em um segundo plano (reduzindo-o a mero objeto da investigação), sobretudo quando relacionado às técnicas de prevenção e defesa social que fundamentam a expansão penal. Nesse contexto, como os direitos fundamentais acabam sendo vistos como meros obstáculos à gestão eficiente do problema da criminalidade,[410] os juízos de ponderação acabam tendendo à violação desses direitos.

E mais, não se pode falar em justiça penal funcionalmente eficaz de forma descolada da exigência de superioridade ética do Estado na persecução penal que, igualmente, configura interesse comunitário em ser respeitado. A justiça penal somente poderá ser considerada eficaz se, no curso da persecução penal, obter as provas que comprovam a materialidade e autoria de determinado fato delituoso respeitando as normas que delimitam a sua forma de atuação. Os fins não justificam os meios, não podendo o princípio da proporcionalidade,

---

[407] ANDRADE, 1992, p.30.
[408] *Ibid.*, p.35-6.
[409] AVOLIO, 2015, p.65.
[410] SILVA SÁNCHEZ, 2002, p.71-4.

servir como estratagema argumentativo para legitimar atos ilegais ou, nas palavras de Ávila[411] um subterfúgio para a própria prática de atos ilegais.

Outra crítica bastante contundente às decisões do BGH procura demonstrar a falibilidade da ponderação de interesses como parâmetro para se definir quando, e em que momentos, a prova (ilícita/proibida) pode ser utilizada. Isso porque, implica em um instável decisionismo processual[412] em matéria de proibições de prova. Na verdade, as proibições de prova devem ser tratadas sob a perspectiva do cidadão como sujeito de direitos, vale dizer, como instrumento de defesa dos direitos individuais contra a atividade estatal de persecução penal ou, ainda, limites à atividade probatória.

Para Lopes Jr. [413] o perigo dos juízos de ponderação é imenso, na medida em que o próprio conceito de proporcionalidade é constantemente manipulado, sobretudo diante do reducionismo binário existente entre o interesse público x interesse privado, para justificar a restrição de direitos fundamentais (e, no caso, até a condenação) a partir da "prevalência" do interesse público. Configura um imenso perigo, e um grave retrocesso, a utilização desse tipo de conceito jurídico indeterminado e, portanto, manipulável para impor restrição de direitos fundamentais.

Em relação aos critérios de proporcionalidade, as normas que regulam ditas faculdades de ingerência não operam somente como regras de garantia do cidadão frente ao Estado, senão, simultaneamente, constituem autolimitações para o Estado e é o produto do processo de reforma no sentido do desaparecimento dos resquícios do sistema inquisitivo. A aplicação do juízo de ponderação na jurisprudência alemã, no sentido de que esta deve ser realizada, em cada caso, envolvendo o interesse particular violado e o interesse estatal na persecução penal, para afastar a proibição de valoração probatória, principalmente nos casos de criminalidade grave e de difícil esclarecimento é bastante questionável. Isso significa que, na prática, "*la*

---

[411] ÁVILA, 2003, p.113.

[412] Conforme Ferrajoli, a epistemologia inquisitiva está calcada em dois fundamentos: (1) o substancialismo penal – que corresponde a uma concepção intrínseca de delito, sendo que a resposta penal não recairia sobre fato (pré)determinado através do princípio da legalidade, mas à pessoa classificada como herege, perversa, delinquente; (2) o decisionismo processual - que corresponde ao efeito da falta de fundamentos empíricos precisos e a consequente subjetividade dos pressupostos da sanção nas aproximações substancialistas e nas técnicas conexas de prevenção e de defesa social, que acarreta a perversão do próprio processo que passa a se dirigir na análise ontológica da pessoa julgada. (FERRAJOLI, Luigi. **Derechoy Razón**: teoría del garantismo penal. Madrid: Trotta, 1995, p.40-4).

[413] LOPES JR., 2017b, p.396-97. Salienta ainda que a discussão que se situa no campo público versus privado, muitas vezes tem como ponto de partida uma visão autoritária de direito da concepção de sociedade. A sociedade deve ser compreendida dentro da fenomenologia da coexistência, sendo inadmissível uma concepção antropomórfica, na qual a sociedade é concebida como um ente gigante, no qual os homens são meras células.

limpieza del procedimiento penal dependerá en verdad, de la magnitud de la imputación realizada".[414]

Assim, conclui Haideberián[415] que esse entendimento do Tribunal Constitucional alemão

> *parte de considerar a las prohibiciones de valoración probatoria exclusivamente como medio de protección de ciertos intereses individuales, intereses que pueden o no ceder frente a la potestad persecutoria estatal, y olvidan o dejan de lado el dilema ético que plantea el aprovechamiento por parte del Estado del producto de su actividad irregular.*

Dessa forma, em se aceitando que as proibições de produção não acarretam proibições de valoração, por meio de juízos de ponderação, sobretudo nos casos que envolvem os crimes mais graves, está-se transmitindo a mensagem de que "*en casos de criminalidade grave, procure respetar las formas del procedimiento, pero si no lo hacen, ello sólo excepcionalmente constituirá un obstáculo para la persecución*".[416]

De acordo com o raciocínio desenvolvido pela doutrina e jurisprudência alemãs, os juízos de ponderação, na órbita das proibições probatórias, consiste em fazer valer uma prova ilícita com base em critérios de proporcionalidade, baseado na relação existente entre a gravidade da sanção e as regras probatórias, o fato objeto do processo e o dano que derivaria a exclusão da respectiva prova: "*Es decir que este principio no torna lícita la prueba cuestionada, sino que, no obstante su carácter contrario a derecho, se la hace valer por motivos que así lo justifican*".[417]

No mesmo sentido, Quiroga[418] critica os juízos de ponderação argumentando que esta teoria tende a sopesar direitos partindo de uma concepção quase absoluta do direito à prova, sendo que é constitucionalmente protegido o direito à prova legal, ou seja, a obtida e pratica praticada conforme as normas de garantia legalmente estabelecidas. Assim, *no existe el derecho constitucional a la obtención de la verdad a qualquer precio*, razão pela qual não parece existir conflito de interesses algum, "*sino unicamente el derecho del acusado a que se respete al debido procedimiento, y este si es un derecho de carácter absoluto e inquebrantable si se pretende conformar un Estado social y democrático de Derecho*".

Assim, o respeito à legalidade do procedimento é um pilar básico de qualquer Estado de Direito e, na defesa deste, encontra-se comprometida toda a sociedade em seu conjunto

---

[414] HAIRABEDIÁN, 2002, p.94-5.
[415] *Ibid*.
[416] *Ibid*.
[417] *Ibid*.
[418] QUIROGA, 1989, p.110-1.

quando se está valorando prova obtida ilicitamente. No contexto brasileiro, existem reflexos da teoria da ponderação construída pela jurisprudência alemã, não obstante a legislação se aproximar das *exclusionary rules* do direito americano. Isso, pois, o Supremo Tribunal Federal já decidiu no sentido de relativizar a regra da exclusão da prova ilícita, sob o argumento de aplicação do princípio da proporcionalidade, sopesando a necessidade de se evitar um quadro de impunidade.[419]

A adoção dos juízos de ponderação torna incerta e imprevisível a posição a ser adotada pelos Tribunais em matéria de proibições de prova, gerando contingência e insegurança (decisionismo processual) quanto à eventual sanção à atividade ilegal do Estado, ao deixar de lado a superioridade ética que deve permear a persecução penal no Estado Democrático de Direito, interesse também de caráter comunitário. Portanto, o desentranhamento (inutilização) das provas ilicitamente obtidas garantirá maior segurança jurídica do que os juízos de ponderação segundo o caso concreto, que apelam para a gravidade do crime como fundamento de admissibilidade de valoração das provas ilicitamente obtidas.

Por outro lado, sob outra perspectiva os juízos de ponderação merecem ser analisados no âmbito das proibições de prova. No plano *lege ferenda*, o princípio da proporcionalidade possibilita ao legislador avaliar quais aqueles crimes que podem (ou não) ser investigados por determinados métodos de obtenção de prova invasivos a direitos fundamentais. Daí a necessidade de se estabelecer, aí sim através de um juízo de ponderação pautado na proporcionalidade, um catálogo fechado de crimes que irão admitir o uso, por exemplo, das interceptações telefônicas, infiltração, ação controlada, etc.

Dessa forma, o princípio da proporcionalidade configura um eixo central que percorre as restrições aos direitos fundamentais admissíveis no sistema penal, vinculando o legislador no momento de decisão da intervenção penal e processual penal, a partir de uma sistematização gradual dos meios onerosos de obtenção de prova (sendo os de mais elevada danosidade social a *ultima ratio* investigatória).[420]

É difícil negar que a Constituição realmente ponderou valores e fez determinadas opções, bem como a própria Constituição prevê situações extraordinárias (como o estado de

---

[419] Nesse sentido, cita-se, exemplificativamente, o *habeas corpus* nº 91867/PA (DJ 20.09.12), que decidiu: A mitigação das regras de exclusão da prova, no entendimento da Suprema Corte pátria, se justifica pelo princípio da proporcionalidade, que sempre se referencia em sede de interpretação e aplicação de normas penais e processuais penais. Razoável, portanto, o afastamento do caráter absoluto das regras de exclusão da prova "em razão de seu alargamento ter o condão de produzir um quadro de impunidade, tendo em vista que, em alguns casos, toda a persecução penal restará obstada pelo simples fato de que o conhecimento inicial da infração se deu por meios ilícitos”. (BRASIL. **Supremo Tribunal Federal**. Disponível em: <http://www.stf.jus.br/portal/jurisprudencia/pesquisarJurisprudencia.asp>. Acesso em: 30 set. 2016).

[420] VALENTE, 2013, p.442-3.

defesa ou de sítio), as quais devem estar estabelecidas de maneira antecipada para a validação da diligência a ser realizada. Não se deve admitir a realização de uma ponderação a *posteriori*, para validar a prova que já foi colhida ilicitamente. A ponderação é cabível *a priori*, ou seja, para tornar lícito o uso do respectivo meio de obtenção restrito pela Constituição ou pela lei infraconstitucional, mas não para validar aquilo que já se consumou como meio ilícito de obtenção de prova.

De outra banda, a doutrina processual brasileira majoritária[421] tem aceitado a aplicação do princípio da proporcionalidade para admitir a prova ilícita em favor do réu, caso em que tal prova poderia ser admitida e valorada. Trata-se da proporcionalidade *pro reo*, em que a ponderação entre o direito de liberdade de um inocente prevalece sobre um eventual direito sacrificado na obtenção da prova (dessa inocência). Um exemplo trazido por Lopes Jr.[422] é a situação em que a pessoa injustamente acusada de um delito viola o direito à intimidade, imagem, inviolabilidade do domicílio, das comunicações, etc. de alguém para obter uma prova de sua inocência.

Além disso, a jurisprudência do Supremo Tribunal Federal[423] e do Superior Tribunal de Justiça[424] sustentam que, nas situações em que o próprio réu obtém uma prova - mesmo que em tese tenha obtido por meio ilícito –, está-se diante de excludente de ilicitude (estado de necessidade) ou de culpabilidade (inexigibilidade de conduta diversa) que torna a prova plenamente válida.

As proibições de prova são barreiras colocadas à determinação dos fatos que constituem objeto do processo, definindo limites à busca da verdade na persecução penal. A Constituição e a legislação infraconstitucional estabelecem algumas limitações, de modo a proporcionar maior segurança jurídica na matéria. Assim, as proibições de prova aparecem como instrumento de defesa dos direitos fundamentais contra a atividade estatal de persecução criminal, assegurando a preponderância da superioridade ética do Estado.

---

[421] Nessa linha: RANGEL, 2016, p.466-7; LOPES JR., 2017b, p.398; PACELLI, 2015, p.370; GOMES; MACIEL, 29014, p.135; MIRABETE, Julio Fabbrini. **Processo penal**. São Paulo: Atlas, 1992, p.253; GIACOMOLLI, 2014, p.171-2.

[422] LOPES JR., 2017b, p.397-8. O autor levanta ainda a seguinte questão: se, em determinado processo criminal, admite-se a prova ilícita porque benéfica ao réu (proporcionalidade *pro reo*), pode-se, após, utilizar essa prova, em outro processo criminal, para punir terceiros? Entende o autor que não, pois essa prova ilícita, que excepcionalmente está sendo admitida para evitar o absurdo que representa a condenação de um inocente, não pode ser utilizada contra terceiro. Não há nenhuma contradição nesse tratamento, na medida em que a prova ilícita está sendo, excepcionalmente, admitida para evitar a injusta condenação de alguém (proporcionalidade). Essa admissão está vinculada a esse processo.

[423] Nesse sentido: Repercussão Geral no RE nº 583.937/RJ e RE nº 402.717-8/PA (DJ 02/12/2008). (BRASIL. **Supremo Tribunal Federal**. Disponível em: <http://www.stf.jus.br/portal/jurisprudencia/pesquisarJurisprudencia.asp>. Acesso em: 30 set. 2016).

[424] Nesse sentido: RHC nº 12.266/SP (DJ 20/10/2003). (BRASIL. **Superior Tribunal de Justiça**. Disponível em: <http://www.stj.jus.br/SCON/>. Acesso em: 25 abr. 2016).

Portanto, as violações às proibições de prova não podem ser relativizadas, *a posteriori*, por meio de juízos de ponderação, sob pena do princípio da proporcionalidade se tornar um subterfúgio (argumento retórico) a fim de legitimar arbitrariedades estatais.

4 DOS CONHECIMENTOS FORTUITOS NO PROCESSO PENAL

4.1 ASPECTOS GERAIS SOBRE OS CONHECIMENTOS FORTUITOS: CONCEITO E PERSPECTIVA DE ANÁLISE A PARTIR DO INDIVÍDUO COMO SUJEITO DE DIREITOS

Os conhecimentos fortuitos (descoberta ocasional ou achado causal) são aqueles adquiridos durante a execução de um meio de obtenção de prova invasivo ao direito fundamental (intimidade, inviolabilidade domiciliar, sigilo telefônico e outros), os quais não correspondem com a finalidade imediata da investigação criminal que autorizou a respectiva medida, podendo afetar tanto as pessoas alvo da investigação como terceiros. Assim, está-se diante de uma medida de obtenção de prova legalmente executada que, ocasionalmente, implica a descoberta de informações novas, até então desconhecidas, e para as quais a medida investigativa não se destinava.

O encontro fortuito pode ser denominado também de serendipidade, como vem sendo chamado na jurisprudência do Superior Tribunal de Justiça e do Supremo Tribunal Federal. Gomes e Maciel[425] ressaltam que serendipidade se trata de um neologismo que significa "algo como sair em busca de uma coisa e descobrir outra (ou outras), às vezes até mais interessante e valiosa". A origem do termo é do inglês *serendipity*, que tem o significado de descobrir coisas por acaso.

Em outras palavras, os conhecimentos fortuitos são aquelas circunstâncias ou fatos descobertos durante a *persecutio criminis* que, porém, não estavam abrangidos pelo objeto da investigação ou, nas palavras de Andrade[426],"*que não se reportam ao crime cuja investigação legitimou a sua realização"*. Para López Fragoso[427], abordando especificamente o tema a partir da interceptação telefônica – âmbito no qual essa temática se mostra ainda mais em evidência –, os conhecimentos fortuitos:

> (*descubrimientos casuales*) *sao los conocimientos adquiridos mediante una intervención telefónica legítimamente ordenada y ejecutada que no se corresponden con el fin inmediato de la investigación penal para la que se autoriza dicha medida, y/o que afectan – o provienen – de personas frente a las cuales no se ha ordenado dicha intervención o que no hubiera podida ordenarse frente a ellas según los presupuestos normativos objetivos y subjetivos.*

---

[425] GOMES; MACIEL, 2014, p.113.
[426] ANDRADE, 1992, p.304.
[427] LÓPEZ-FRAGOSO, 1994, p.82-3.

Vale ressaltar que o problema dos conhecimentos fortuitos não se restringe às interceptações telefônicas, pois, também pode ser suscitado no contexto das buscas domiciliares ou em qualquer outra diligência investigatória que esteja regida pelo princípio da especialidade, como, por exemplo, a infiltração, captação de som e imagem, ação controlada e outras. Para tanto, basta que a informação obtida não guarde relação com o crime que motivou a decisão autorizativa da medida investigativa, ocasionando o desvio causal da prova.[428]

No caso das buscas domiciliares, por exemplo, tendo em vista a existência de uma "causa provável" que aponta indícios de sua participação no crime de tráfico, o juiz defere a incursão no domicílio do suspeito. Ocorre que, em meio à esta incursão domiciliar, são apreendidos documentos que comprovam a materialidade de um crime de estelionato. Tal prova pode ser valorada? Até que ponto? Tais discussões, portanto, embora mais comuns no âmbito das interceptações telefônicas, também abrangem outros meios de obtenção de prova.

Nessa perspectiva, está-se diante de um conhecimento fortuito quando, em meio a uma diligência probatória lícita – que preenche os pressupostos e requisitos legais, bem como foi regularmente autorizada pelo juiz – são obtidas informações que não guardam relação com o fato inicialmente investigado. Não se trata, pois, de discutir se a prova obtida é lícita ou ilícita, mas sim quais os efeitos possuem os conhecimentos fortuitos ou, ainda, até que ponto tais conhecimentos podem surtir efeitos no âmbito do processo penal.

Mellado[429] ressalta a importância de se estabelecer limites à utilização dos resultados obtidos mediante as interceptações telefônicas, considerando a impossibilidade de se realizar um controle prévio. Assim,

> *una vez ordenada en relación a una persona determinada y unos hechos concretos, pueden aparecer sin que ello sea especialmente querido y buscado nuevos datos referentes a sujetos no investigados expresamente e, incluso, a hechos distintos a los que constituyen el objeto de la diligencia.*

Conforme Faccini Neto[430], a premissa para a discussão dos conhecimentos fortuitos é, justamente, a licitude da determinação do meio de obtenção de prova do qual derivou o encontro fortuito. Sem essa pressuposição, tudo o mais estaria comprometido pela aplicação da teoria das árvores do fruto envenenado, considerando a ilicitude da prova direta e da prova derivada.

---

[428] LOPES JR., 2017b, p.384-7.
[429] MELLADO, 2008, p.113.
[430] FACCINI NETO, Orlando. Prova ao acaso – os conhecimentos fortuitos nas escutas telefônicas, os limites do direito e as vanidades normativas – Portugal e Brasil (parte I). *In*: **Revista Magister de Direito Penal e Processual Penal**. Porto Alegre: Magister, p.8-9, ago./set., 2004.

Assim, os conhecimentos fortuitos – fatos recolhidos fortuitamente que não se reportam ao crime que legitimou a escuta telefônica – não se confundem com o efeito a distância (prova ilícita por derivação), no qual se questiona a possibilidade de valoração do material probatório obtido por intermédio de uma violação de uma proibição de prova, ou seja, uma prova ilícita.[431]

Dessa forma, nos conhecimentos fortuitos está-se diante do resultado direto de um meio de obtenção de prova legal, que, porém, não se relaciona com o fato objeto da investigação ou com a pessoa que teve seus direitos fundamentais afetados no curso da fase investigativa. No caso do *efeito a distância*, por outro lado, questiona-se a aplicação da teoria da árvore dos frutos envenenados, ou seja, um resultado indireto de um meio, método ou tema de prova ilegal.[432]

Em sendo o resultado do conhecimento fortuito decorrente de uma atividade estatal lícita/legal, passa a ser necessário avaliar, conforme Tapia[433], o grau de legitimidade dos conhecimentos acidentais, em relação a sua eventual utilização como *notitia criminis* apta a instaurar uma nova investigação preliminar ou como um indício direcionado à formação de um juízo de reprovação penal. Para tanto, precisam ser desenvolvidas respostas dogmáticas adequadas e que sirvam de suporte jurídico para as decisões judiciais.

No mesmo sentido, Lopez Fragoso[434] ressalta que o problema é determinar, num primeiro momento, em quais casos é possível (ou não) a utilização dos conhecimentos adquiridos casualmente; num segundo, em qual grau essa utilização pode ser permitida; e, por fim, quais os requisitos para tornar lícita essa utilização.

Pela primeira vez chamado a pronunciar-se diretamente sobre a temática dos conhecimentos fortuitos, em 15.03.1976 (BGH, 26,298), o Tribunal Federal alemão construiu alguns fundamentos que serviram de embasamento para o desenvolvimento doutrinário e normativo. Na decisão de 1976, o BGH decidiu que a "valoração só é admissível se e na medida em que os factos conhecidos no âmbito de uma escuta telefônica admitida conforme ao § 100 a) da StPO, estão em conexão com a suspeita de um crime catálogo no sentido deste preceito". Estava lançado o princípio da proibição de valoração dos conhecimentos fortuitos que não estejam em conexão com um crime catálogo, o que viria a converter-se numa exigência mínima do regime processual dos conhecimentos fortuitos.[435]

---

[431] VALENTE, 2006, p.83.
[432] *Ibid*.
[433] TAPIA, 2002, p.669.
[434] LÓPEZ-FRAGOSO, 1994, p.83.
[435] ANDRADE, 1992, p. 307-8.

Conforme Knijnik[436] o Tribunal Federal alemão, esquematicamente, operou a seguinte construção: a) conhecimentos fortuitos alheios aos crimes para os quais fora prevista a medida devem, em princípio, ser excluídos; b) conhecimentos fortuitos vinculados aos crimes que determinaram a escuta podem incriminar terceiros; c) conhecimentos fortuitos alheios aos crimes que determinaram a escuta, mas em conexão com os crimes investigados, poderão ser valorados. Em resumo, não poderiam, segundo a decisão de 1976, ser valorados apenas os conhecimentos fortuitos não inseridos nas causas de autorização legal desprovidos de conexão com o fato autorizador.

A partir da decisão do BGH, foram sendo desenvolvidas no âmbito do direito processual penal alemão uma série de correntes que discutiam a (in)admissibilidade da valoração dos conhecimentos fortuitos. Ressalta Valente a existência de três correntes doutrinárias: a) que defende a utilização sem restrições daqueles conhecimentos fortuitos (Meyer e Schünemann); b) que contrapõem soluções mitigadas e compromissórias, de recorte e implicações pragmáticas nem sempre sobreponíveis (Kaiser ou Reiss); c) bem como aqueles que defendem a tese extremada da proibição pura e simples de todo o aproveitamento processual dos conhecimentos (Prittwitz).[437] Ocorre que, diante do posicionamento do Tribunal Federal alemão, prepondera a tese da jurisprudência segundo a qual a valoração dos conhecimentos fortuitos só é possível no interior da classe dos crimes do catálogo.[438]

No ordenamento jurídico brasileiro, a temática dos conhecimentos fortuitos carece de previsão legal, sendo necessário buscar no direito comparado algumas referências para que seja possível delimitar os casos em que será (ou não) possível a utilização dos conhecimentos fortuitos, bem como quais os seus efeitos no âmbito do processo, sempre observando o imprescindível ajuste e compatibilidade com a nossa realidade jurídica. Além disso, deve-se ter como referência os princípios da especialidade da prova e do menor gravame ao direito fundamental no âmbito da persecução penal, de modo a estabelecer critérios que almejam evitar a banalização dos meios ocultos de investigação criminal, em observância, em última análise, à dignidade da pessoa humana.

Em contrapartida, não se pode rechaçar por completo a validade e valoração dos conhecimentos fortuitos, sendo necessária sua delimitação e devida regulação. De acordo com Faccini Neto[439] se a fortuidade configura um sucesso inesperado, podendo envolver fatos não relacionados ao objeto inicial da investigação ou um terceiro que, em regra, não é alvo da

---

[436] KNIJNIK, 2007, p.84-5.
[437] ANDRADE, 1992, p.276.
[438] *Ibid.*, p. 309.
[439] FACCINI NETO, 2004, p.15.

investigação, é concreta a possibilidade de serem alcançados resultados diversos daqueles a que inicialmente teria se destinado. Logo, não se pode afastar do Estado, na sua expressão de interessado na prevenção e punição de crimes, o elemento sorte, a casualidade, enfim, a possibilidade de ter a seu lado uma coincidência ou um acaso.

Entretanto, para que o Estado possa utilizar esses conhecimentos fortuitos é preciso estabelecer limites legais, bem como parâmetros doutrinários e jurisprudenciais, tendo sempre como ponto de partida o princípio da dignidade da pessoa humana, de modo que o acusado (ou suspeito) seja tratado como sujeito de direitos e não mero objeto da investigação.

Nesse sentido, Valente[440] defende que:

> A exegese sobre os conhecimentos fortuitos não pode seguir uma visão político-pragmático que deseja soluções rápidas, não se podendo rasgar a herança legada no sentido de limitação da ação punitiva do Estado segundo os ditames da legalidade, bem como respeito aos direitos, liberdades e garantias fundamentais.

A perspectiva de análise dos conhecimentos fortuitos deve estar imbricada com a concepção da dignidade da pessoa, sendo que o sujeito passivo da medida investigativa deve ser tratado como sujeito de direitos e não mero objeto da investigação. A "realização da justiça" através da punição dos delitos não pode ser tratada como um fim absoluto, ou único, do processo penal. Deve-se respeitar o devido processo legal e os direitos fundamentais das pessoas que – diretamente ou por fortuidade –acabam envolvidas no curso do processo, sendo impensável que a persecução criminal se desenvolva à custa da dignidade humana.[441]

Deve-se afastar qualquer atropelo à legitimidade e legalidade na obtenção de provas, mesmo que possuam elevado relevo probatório, pois, a sua eventual aceitação e, validação no processo penal denota-se mais prejudicial aos valores da democracia e da liberdade do que a proibição de sua valoração e utilização. Portanto, os institutos jurídico-processuais de investigação criminal devem-se nortear não só por regras de eficácia, eficiência e economia processual, mas também respeitar os direitos e garantias fundamentais e a superioridade ética do Estado.[442]

Como ressalta Roxin[443] o esclarecimento dos fatos delituosos devem estar sujeitos limites que devem ser respeitados pela atuação estatal, pois, caso contrário, seria muito grande o perigo de destruir muitos valores individuais e coletivos. A averiguação da verdade não é

---

[440] VALENTE, 2006, p.13-4.
[441] *Ibid.*, p.20-1.
[442] *Ibid.*, p.51-2.
[443] ROXIN, 2003, p.191-2.

um valor absoluto no processo penal, sendo este impregnado pelas hierarquias éticas e jurídicas do Estado de Direito.

Giacomolli[444] defende que, ao emergirem conhecimentos fortuitos, a partir de uma metodologia probatória limitada pela reserva jurisdicional, surgem vários problemas a serem enfrentados, agravados pela carência de pertinente previsão legal. Há que se partir da proteção constitucional dos direitos fundamentais envolvidos (intimidade, vida privada, inviolabilidade das comunicações, etc.), que a garantia da reserva jurisdicional prevista na Constituição Federal e na legalidade ordinária almeja tutelar. Por isso, a interpretação deve preservar o máximo possível o conteúdo essencial dos direitos fundamentais, cujo sacrifício está sendo permitido pela autorização judicial.

A regulação dos meios de obtenção de prova devem levar tais pressupostos em consideração, para que a atuação estatal seja legítima. Em outras palavras, a proteção dos direitos fundamentais também é um interesse constitucional que deve ser assegurado no curso do processo penal. E mais, o processo penal deve ser regido segundo as garantias constitucionais e a superioridade ética do Estado de Direito, razão pela qual não se pode aceitar a obtenção de provas que ofendam a dignidade da pessoa e os direitos fundamentais a ela relacionados, seja pela admissibilidade de provas ilícitas, seja pela valoração indiscriminada dos conhecimentos fortuitos. O que se propõe é a construção de parâmetros interpretativos mínimos para se refletir em quais casos são admissíveis os conhecimentos fortuitos, bem como até que ponto e de que forma eles podem surtir efeito no âmbito do processo penal.

4.2 CONHECIMENTOS FORTUITOS E CONHECIMENTOS DA INVESTIGAÇÃO: RELEVÂNCIA DA DIFERENCIAÇÃO CONCEITUAL E CONSEQUÊNCIAS NO PROCESSO PENAL

A discussão sobre a delimitação dos casos em que é possível a utilização dos conhecimentos fortuitos no processo penal, bem como dos seus respectivos efeitos depende,

---

[444] GIACOMOLLI, 2014, p.175. O autor sistematiza os diferentes posicionamentos doutrinários acerca dos conhecimentos fortuitos no direito comparado: (a) pela irrelevância jurídica (Knauth e Prittwitz), inclusive contra terceiros não participantes das conversas telefônicas, salvo como *notitia criminis*; (b) pela sua valoração integral (Schünemann); (c) pela sua consideração na perspectiva da proporcionalidade (Maiwald e Rogal); (d) pela valoração restrita à conexão com os delitos previstos em relação que autorizaria a intervenção, aplicando-se inclusive no que tange a terceiros não intervenientes (Moreno Catena, Rodrigues Ramos, Roxin, Schröder, Valente e Wolter), com algumas variações – tese prevalente; (e) admitir os conhecimentos ocasionais contra terceiros quando forem participantes (Martín Morales); (f) valoração quando houver conexão com os delitos autorizadores e mais a concordância prática (Andrade).

inicialmente, da diferenciação entre as categorias dos conhecimentos da investigação e dos conhecimentos fortuitos. Na base dessa distinção está o fato de não ser tecnicamente viável limitar as informações obtidas através das medidas investigativas apenas àquelas que correspondam ao crime que legitimou a sua autorização, resultando na inevitável coleta de fatos novos até então desconhecidos. Assim, consoante se atribua uma ou outra qualificação ao fato casualmente descoberto, o tratamento jurídico processual será diferenciado.[445]

Andrade[446] define os conhecimentos da investigação como sendo aqueles fatos casualmente descobertos no decurso da persecução criminal e que deverão imputar-se à própria investigação em curso. Nessa perspectiva, pertencem ao conceito de conhecimentos da investigação as seguintes situações: a) os fatos que estão numa relação de concurso ideal e aparente com o crime que esteve na base da autorização da medida investigativa; b) os crimes que estão em uma relação de alternatividade com o crime do catálogo investigado; c) as variadas formas de concurso de agentes; d) as diferentes formas de favorecimento pessoal, auxílio material ou receptação; e) os crimes que constituem o fim da associação criminosa, uma vez que também estes "integram" o processo histórico que a seu tempo ofereceu o motivo para uma ordem legítima de escuta.

Em outras palavras, Andrade[447] distingue a figura dos conhecimentos da investigação dos conhecimentos fortuitos a partir da estrita conexão que subsiste entre os crimes a que se reportam os conhecimentos da investigação e o originário crime (do catálogo) que determina a escuta. Assim, a investigação do crime originário já leva consigo a investigação de outros crimes, como conhecimentos da(quela) investigação de que fazem parte. Por isso é que, diferentemente do que sucede nos conhecimentos fortuitos – em que o processamento do(s) outro(s) crime(s) tem, em princípio, de ocorrer noutro(s) processo(s) – os conhecimentos da investigação fazem parte do mesmo "pedaço de vida", devendo ser tratados no âmbito do mesmo processo a que pertence o crime catálogo.

No mesmo sentido, Valente[448] refere que os conhecimentos da investigação são aqueles que, recolhidos por algum meio de obtenção de prova lícita, encontram-se em uma relação de concurso ideal e aparente com o crime que fundamentou o meio de obtenção da prova. Compreendem os designados delitos alternativos que comprovam de modo circunstancial o crime que motivou a utilização do recurso investigativo. Logo, integram o

---

[445] RODRIGUES, Cláudio Lima. **Da valoração dos conhecimentos fortuitos obtidos durante a realização de uma escuta telefónica**. Lisboa: Verbo Juridico, 2012, p.24-5.
[446] ANDRADE, 1992, p.306-12.
[447] *Id.*, 2009, p.174-5.
[448] VALENTE, 2006, p.79-80.

processo histórico que, a seu tempo, ofereceu o motivo para uma ordem legitimadora da metodologia de produção de prova (interceptação telefônica, infiltração, gravação de voz e imagem, etc.).

Aguilar[449] ressalta que a primeira e decisiva distinção a operar neste domínio é a da cisão processual. Os conhecimentos da investigação são os fatos obtidos através de uma escuta telefônica legalmente realizada que se reporta ao crime cuja investigação legitimou a medida, estando na mesma situação histórica da vida. Em contrapartida, conhecimentos fortuitos são aqueles fatos obtidos através de uma escuta telefônica que não se reportem, nem ao crime cuja investigação determinou a medida e, tampouco, a qualquer outro delito que esteja baseado na mesma situação histórica da vida daquele.

Na mesma linha, Knijnik[450] salienta que os chamados conhecimentos da investigação, ou seja, fatos que são objeto da investigação, que determinou a medida, cuja causa provável, foi fundamentadamente analisada pelo juiz, configuram uma categoria processual que se encontra no âmbito do objeto do processo, na sua acepção de situação histórica da vida, amplamente considerada. Por outro lado, os conhecimentos fortuitos correspondem aqueles fatos obtidos mediante uma escuta telefônica validamente efetuada e que não se reportam nem ao crime cuja investigação legitimou a realização daquela medida, nem a qualquer outro delito que esteja baseado na mesma situação histórica.

Ainda, Faccini Neto[451] define os conhecimentos da investigação como sendo os fatos que estejam a) numa relação de concurso ideal e aparente com o crime que motivou e legitimou a utilização da escuta telefônica; b) os delitos alternativos que com aquele estivessem numa relação de comprovação alternativa dos fatos; e c) apuração de uma associação criminosa com a ocasional descoberta dos crimes que se revelassem como constituindo a sua finalidade, mesmo que relacionados com pessoa diversa; e d) diferentes formas de concurso de agentes (coautoria e participação), bem como as diferentes formas de favorecimento pessoal, auxílio material e receptação.

A indicação da categoria autônoma dos conhecimentos da investigação possui a virtude de reduzir o âmbito da problemática dos conhecimentos fortuitos, porque em tais situações os elementos de prova serão todos levados ao âmbito do mesmo processo. López

---

[449] AGUILAR, 2004, p.17-8.
[450] KNIJNIK, 2007, p.81-4.
[451] FACCINI NETO, 2004, p.21.

Fragoso[452] salienta que, para tanto, é necessário ser levado em consideração o grau de conexão entre o fato casualmente descoberto e o crime que legitimou a medida investigativa:

> *Hemos de servirnos del criterio de la conexión, siendo lo importante determinar el grado de conexión que deba presentarse entre el hecho delictivo descubierto casualmente a través de una medida de intervención telefónica legítimamente autorizada y ejecutada y el hecho penal objeto del processo en que se obtiene obtiene dicho descubrimiento y los sujetos.*

Dessa forma, levando-se em consideração fatores objetivos – enunciados no artigo 17 da *Ley de Enjuyciamento* Criminal (doravante LECrim) – e subjetivos, concluiu que é possível utilizar um encontro causal que seja imputável ao mesmo sujeito passivo da medida (fator de conexão subjetivo), quando essa descoberta diga respeito a um fato conexo com o investigado e, pelo contrário, não se pode utilizar um conhecimento ocasional relativo a um fato diferente do investigado que não apresente essa mesma conexão. Assim, as descobertas acidentais não podem valer como fonte de prova num processo distinto daquele em que se obtém.[453]

Portanto, embora López Fragoso não proceda uma distinção formal entre os conhecimentos fortuitos e os conhecimentos da investigação, percebe-se que os fatos que apresentem alguma relação de conexão – objetiva ou subjetiva – com o crime que legitimou o recurso podem ser valorados dentro do mesmo processo. Consequentemente, pode-se inferir que os conhecimentos fortuitos são aqueles que essa conexão (objetiva ou subjetiva) não se estabelece.

Nesse contexto, Mellado[454] defende que os critérios manejados pela jurisprudência alemã possuem aplicação no ordenamento jurídico espanhol, em especial "*aquéllos que conciernen al dato de la conexidad entre el hecho investigado diretamente y los datos hallados casualmente*". Assim, pode-se admitir a suscetibilidade de aproveitamento de informações obtidas ao acaso que se referiam aos crimes conexos, conforme critérios previstos no artigo 17 da *Ley de Enjuiciamiento* Criminal, em qualquer de suas modalidades, pois, trata-se de um só procedimento.

Igualmente, ressalta Tapia[455] que o critério reitor deve ser o grau de conexão objetiva-subjetiva que se verifica entre o fato delituoso diretamente investigado objeto da medida intrusiva ao direito fundamental e o delito cujos indícios fortuitamente se obteve – imputável

---

[452] LÓPEZ-FRAGOSO, 1994, p.85.
[453] *Ibid.*.
[454] MELLADO, 2008, p.115.
[455] TAPIA, 2002, p.679.

ao mesmo sujeito passivo da investigação ou terceiro. Assim, as informações fortuitamente obtidas deverão ser confrontadas com o fundamento da medida que, em sua execução, permitiu adquirir o conhecimento fortuito e, num segundo momento, com o sujeito passivo da mesma. Nessa linha, sustenta que "*no sería utilizable un descubrimiento casual cuando el conocimiento se refiera a un hecho delictivo totalmente independiente del investigado en el proceso en que se ordenó la medida o cuando se refiera a un tercero no sujeto pasivo de la misma*".

Portanto, a solução proposta por Tapia[456] é de admitir a valoração dos conhecimentos obtidos quando permitirem inferir a existência de um novo delito conexo ao fato investigado e imputado ao sujeito passivo da diligência. Contudo, ainda que estas hipóteses estabeleçam parâmetros objetivos para a validade dos encontros causais, em primeiro lugar, deve-se dar imediato conhecimento ao órgão jurisdicional que determinou a diligência. Em segundo lugar, nos casos em que não se esteja diante de flagrante delito, não havendo urgência na diligência, é necessária uma nova ordem judicial autorizativa.

Na jurisprudência do Supremo Tribunal espanhol algumas decisões definem as descobertas ocasionais como sendo aquelas relativas a fatos novos (não investigados por serem desconhecidos, até então, da investigação), sejam eles conexos (ou não) com o crime que ensejou a medida investigativa.[457] Assim, analisando o tema a partir das interceptações telefônicas, a jurisprudência fez a seguinte diferenciação:

> *(1) se os factos descobertos apresentarem uma conexão, nos termos do art. 17 da LECrim, com o crime que motivou a autorização da escuta telefônica, então estes produzem efeitos, quer a nível investigatório, quer a nível probatório; (2) se, pelo contrário, os factos descobertos acidentalmente não apresentarem essa mesma conexão e se revestirem de gravidade penal suficiente para que por si só fundamentem uma escuta telefônica, então estes podem valer como notitia criminis.*[458]

Essa solução também é dada por Aguilar[459], tendo como referência a legislação portuguesa, ao sustentar que conhecimentos da investigação são todos aqueles crimes fortuitamente descobertos no decurso de uma interceptação telefônica que se situem em uma mesma unidade de investigação no sentido processual, o que deve ser operado a partir das regras de conexão do processo. Dessa forma, os conhecimentos fortuitos devem ser apurados de forma residual, procurando-se estabelecer um critério de índole objetiva para esta diferenciação:

---

[456] TAPIA, 2002, p.683.

[457] RODRIGUES, 2012, p.30-1. O autor cita os seguintes julgados do Supremo Tribunal espanhol: STS 372/2010, recurso nº 11016 e STS 457/2010, recurso 2322/2009.

[458] *Ibid.*, p.24-5. Ressalta o autor, ainda, que alguns julgados do Supremo Tribunal espanhol não restringem a eficácia de noticia do crime apenas aos delitos graves, abrangendo mesmo aqueles que não admitiriam a interceptação telefônica. Nesse sentido, cita como exemplo STS 8139/2007, recurso nº 792/2007.

[459] AGUILAR, 2004, p.21-2.

> *Em nosso entendimento, uma aproximação ao conceito de "unidade de investigação processual" ou de "uma mesma situação histórica de vida" só é susceptível de ser configurada no nº 1 do artigo 24 do CPP; isto é, os critérios objetivos vertidos neste preceito legal com o fim de determinar a conexão de processos consubstanciam crivos válidos no sentido de tornar operativo o referido conceito de "unidade processual".*[460]

Nessa perspectiva, os conhecimentos fortuitos definem-se pela negativa em face dos conhecimentos da investigação, consistindo naqueles fatos obtidos mediante uma escuta telefônica válida e que não se reportam, nem ao crime cuja investigação legitimou a realização daquela, nem a qualquer delito (pertencente ou não ao catálogo) que esteja baseado na mesma situação histórica de vida daquele. A norma que se mostra susceptível de preencher a definição de conhecimentos da investigação, conforme Aguilar[461] é o artigo 24, nº 1, do Código de Processo Penal português, o qual preceitua os critérios objetivos a definir as hipóteses de conexão, de modo a concretizar a ideia de unidade da investigação processual.

Em consequência, faz-se imprescindível a seguinte pergunta: quando é que um novo delito ocasionalmente descoberto se insere na mesma situação histórica do crime que esteve na base da autorização da medida investigativa, ou seja, quando um novo delito ocasionalmente descoberto consubstancia um conhecimento da investigação? A resposta que tem sido dada pela doutrina é fundamentada na relação de conexão (objetiva e subjetiva) entre o crime que legitimou o uso da medida investigativa e o delito casualmente descoberto.

No mesmo sentido, Rodrigues[462] conceitua conhecimento da investigação como sendo todos aqueles fatos que estão estreitamente conexos ou coligados sob o ponto de vista objetivo, probatório e finalístico em relação ao crime que motivou a interceptação nas telecomunicações, conexão essa que deve ser aferida segundo a regra do artigo 24 do Código de Processo Penal português[463] e, como tal, podem ser valorados no mesmo processo, ao estabelecer uma unidade processual.

---

[460] AGUILAR, 2004, p.21-2.
[461] *Ibid.*, p.107-8.
[462] RODRIGUES, 2012, p.28-9.
[463] Código de Processo Penal português - Artigo 24º - Casos de conexão. 1 – Há conexão de processos quando: a) O mesmo agente tiver cometido vários crimes através da mesma acção ou omissão; b) O mesmo agente tiver cometido vários crimes, na mesma ocasião ou lugar, sendo uns causa ou efeito dos outros, ou destinando-se uns a continuar ou a ocultar os outros; c) O mesmo crime tiver sido cometido por vários agentes em comparticipação; d) Vários agentes tiverem cometido diversos crimes em comparticipação, na mesma ocasião ou lugar, sendo uns causa ou efeito dos outros, ou destinando-se uns a continuar ou a ocultar os outros; ou e) Vários agentes tiverem cometido diversos crimes reciprocamente na mesma ocasião ou lugar. 2 - A conexão só opera relativamente aos processos que se encontrarem simultaneamente na fase de inquérito, de instrução ou de julgamento. (PORTUGAL. **Código de Processo Penal**. Disponível em: <http://www.pgdlisboa.pt/leis/lei_mostra_articulado.php?nid=199&tabela=leis>. Acesso em: 25 out. 2016).

Os conhecimentos fortuitos, em contrapartida, são aqueles que surgem no decurso de uma interceptação telefônica legalmente autorizada, mas onde não estejam presentes os fatores de conexão, pois somente assim tem algum sentido discutir a possibilidade (ou não) do envio desta informação para um novo processo, dada a impossibilidade da sua absorção pelo objeto do processo em causa.[464]

O Supremo Tribunal de Justiça de Portugal, em outubro de 2003, no julgamento do processo 03P2134 sustentou que, em virtude da conexão entre os crimes descobertos fortuitamente e aqueles a que se dirigia a interceptação, estar-se-ia diante de conhecimentos da investigação, devendo a prova ser concebida como válida. Em decisões posteriores a reforma processual portuguesa, não houve significativa mudança na orientação jurisprudencial, mantendo-se a concepção anterior.[465]

Ainda, em março e maio de 2010, respectivamente nos processos 538/00 e 156/00, o Supremo Tribunal de Justiça de Portugal sustentou configurar conhecimento da investigação a obtenção das escutas discutidas relativas à prova de crime de branqueamento de capitais, mesmo que a interceptação telefônica se dirigisse à investigação de contrabando, assinalando tratar-se de violação a bens jurídicos da mesma família, em ordem a consentir com sua utilização.[466]

Assim, são tratados como conhecimentos da investigação aqueles obtidos no curso de uma medida investigativa que façam parte, em decorrência de uma relação de conexão, da mesma unidade processual do delito que inicialmente legitimou o início da investigação. Os conhecimentos fortuitos, em contrapartida, são os fatos que não fazem parte dessa mesma unidade processual, os quais podem ser levados a outro feito. Dessa forma, é inevitável a valoração dos conhecimentos da investigação, pois (no mínimo) conexos ao delito que legitimou o início o uso meio oculto de obtenção de prova.

De outro lado, a doutrina e a jurisprudência da Espanha e Portugal tem admitido que o conhecimento fortuito – aquele que não faz parte da mesma unidade processual, pois não há relação de conexão – seja utilizado como *notitia criminis* a instaurar uma nova investigação preliminar, no sentido de apurar esse fato novo ocasionalmente descoberto, o que encontra respaldo legal no artigo 187, nº 7 e 8 e artigo 248, ambos do Código de Processo Penal Português, bem como no *artículo* 579 *bis* da *Ley de Enjuiciamiento* Criminal, com redação dada pela *Ley* 13/2015.

---

[464] RODRIGUES, 2012, p.28-9.
[465] FACCINI NETO, 2004, p.24-5.
[466] *Ibid.*, p.25.

Assim, é preciso verificar a possibilidade de adotar a diferenciação entre conhecimentos da investigação e conhecimentos fortuitos no âmbito da legislação brasileira. Num segundo momento, deve-se estabelecer em quais momentos os conhecimentos fortuitos irão produzir efeitos no processo penal, bem como em que medida e quais os requisitos são necessários, diante da inexistência de previsão legal no âmbito do direito processual penal brasileiro.

4.3 OS CONHECIMENTOS FORTUITOS E CONHECIMENTOS DA INVESTIGAÇÃO NO CONTEXTO DO PROCESSO PENAL BRASILEIRO: CRITÉRIO DE DEFINIÇÃO A PARTIR DAS REGRAS DE CONEXÃO E CONTINÊNCIA E A NECESSIDADE DE IMEDIATA COMUNICAÇÃO AO JUÍZO COMPETENTE

A problemática dos conhecimentos fortuitos no Brasil começou a ser discutida após a publicação da Lei nº 9.296/96, considerando que as interceptações telefônicas consistem no meio de obtenção de prova mais fértil para o desenvolvimento da temática. Ocorre que, antes de 1996, o posicionamento do Supremo Tribunal Federal[467] era no sentido de ser ilícita toda e qualquer interceptação telefônica realizada pela ausência de lei regulamentadora. Assim, como a licitude do meio de obtenção é pressuposto para a discussão dos conhecimentos fortuitos, sequer havia esse espaço de discussão no âmbito da jurisprudência em se tratando das interceptações de comunicações telefônicas.

Posteriormente, com a publicação da Lei nº 9.296/96, a doutrina brasileira começou a dar atenção às descobertas fortuitas em meio à referida diligência investigatória. Em 1997, Scarance Fernandes apontou o problema consistente na obtenção de prova de delito diverso daquele em que foi autorizado o uso da interceptação telefônica. Sem apresentar solução, suscitou apenas que uma interpretação mais rigorosa da Lei nº 9.296/96 impossibilitaria a utilização da prova obtida, pois tal informação não estaria inserida no âmbito da autorização judicial. Em contraposição, também indagou a razoabilidade do argumento de que, se a prova foi regularmente obtida, tudo que dela fosse derivado poderia ser considerado lícito e, consequentemente, admissível no processo.[468]

---

[467] No julgamento do HC 69.912/RS (DJ 25.03.1994), o Tribunal Pleno do Supremo Tribunal Federal se posicionou no sentido de ser prova ilícita toda e qualquer interceptação telefônica, tendo em vista a ausência de lei regulamentadora, aplicando, inclusive, a teoria da árvore dos frutos envenenados (*fruits of the poisonouss tree*). (BRASIL. **Supremo Tribunal Federal**. Disponível em: <http://www.stf.jus.br/portal/ jurisprudencia/pesquisar Jurisprudencia.asp>. Acesso em: 30 set. 2016).

[468] SCARANCE FERNANDES, Antonio. A lei de interceptação telefônica. *In*: PENTEADO, Jaques Camargo (Coord.). **Justiça Penal**: críticas e soluções. Provas ilícitas e reforma pontual. v.4. São Paulo: RT, 1997, p.48-70.

No ano de 1999, Rangel[469] publicou artigo que comentava a lei de interceptações telefônicas, oportunidade em que questionou a licitude dos conhecimentos fortuitos: "será lícita a obtenção dessa prova? Não temos dúvida em afirmar que sim". Argumentou que, em se tratando de um meio de obtenção de prova lícito – interceptação regularmente autorizada – o que dela adviesse haveria de ser considerado igualmente lícito, como consequência do respeito à ordem jurídica.

Conforme Faccini Neto[470], apenas mais recentemente, com inspiração nas obras de juristas portugueses, a doutrina nacional passou a enfrentar a problemática com maior atenção. Ocorre que a legislação brasileira não dá conta de grande parte dos problemas práticos verificados a partir das interceptações telefônicas, sobretudo considerando a expansão na sua utilização e ausência de previsões legais específicas nesse sentido.

Para Prado[471], o encontro fortuito consiste na possibilidade concreta de toda iniciativa dirigida à aquisição de informações durante a diligência investigativa. Inclusive, tais informações podem estar relacionadas a crimes diversos daqueles que estão sendo investigados, consistindo em decorrência própria da contingência da atividade estatal nesse aspecto. Portanto, estaria aberta a possibilidade de utilização probatória do material fortuitamente encontrado, exceto nos casos dos crimes punidos com detenção nos casos de interceptações telefônicas.

Gomes e Maciel[472] ressaltam duas circunstâncias que marcam o encontro fortuito: a) razões técnicas, pois durante a execução da interceptação não há como distinguir *a priori* o que se trata do objeto da investigação e o que lhe é distinto; e b) ocorre sem autorização judicial específica, o que é vedado pelo ordenamento jurídico, por se tratar de restrição ao direito fundamental.

Nesse contexto, os autores suscitam quatro possibilidades que podem ocorrer no âmbito das interceptações telefônicas, quando se verifica a ocorrência de um conhecimento fortuito:

> (1) é autorizada interceptação para apuração de determinado crime, praticado por determinada pessoa (ou determinadas pessoas) e são descobertos outros crimes praticados por essa mesma pessoa (ou mesmas pessoas); (2) é autorizada interceptação para apuração de determinado crime, praticado por determinada

---

[469] RANGEL, Paulo. Breves considerações sobre a Lei 9.296/96. **Revista Brasileira de Ciências Criminais,** São Paulo, n. 26, p.143-51, abr./jun., 1999.

[470] FACCINI NETO, 2004, p.7.

[471] PRADO, Geraldo. Limite às interceptações telefônicas: a jurisprudência do STJ no Brasil e a alteração introduzida no Código de Processo Penal português. *In*: **Processo Penal do Brasil e Portugal**: estudo comparado – as reformas portuguesa e brasileira. Lisboa: Almedina, 2009, p.134.

[472] GOMES; MACIEL, 2014, p.114.

> pessoa; é descoberto apenas o crime pretendido, mas com o envolvimento de outras pessoas, coautoras ou partícipes desse crime (continência); (3) é autorizada interceptação para apuração de determinados crimes, praticados por determinada pessoa; são descobertos apenas os crimes pretendidos, mas com o envolvimento de outras pessoas, coautoras ou partícipes dessas mesmas infrações (ou de algumas delas) (conexão ou continência); (4) é autorizada interceptação para apuração de determinado crime, praticado por determinada pessoa; é descoberto outro crime praticado por outra pessoa (que eventualmente utilizou a linha telefônica) ou outros crimes praticados por outras pessoas.[473]

Em seguida, os autores fazem um juízo acerca da possibilidade de valoração dessa prova, em cada uma das situações, bem como quais os efeitos podem surtir no processo penal. Na primeira situação, a prova é válida em relação aos novos crimes, desde que sejam conexos com o crime objeto da interceptação; caso não sejam, a interceptação não é válida como prova, servindo apenas como *notitia criminis*. Na segunda e terceira hipóteses, a prova é válida em relação aos novos criminosos, pois se trata de concurso na mesma infração ou nas mesmas infrações objeto (s) da interceptação (conexão ou continência). Na quarta hipótese, a prova não é válida, pois descoberto crime e autor diverso do objeto da investigação, situação em que novamente servirá apenas como *notitia criminis*.[474]

Para Greco Filho[475], o usual é que a interceptação telefônica seja utilizada para demonstrar a existência dos crimes plurissubjetivos (formação de quadrilha, organização criminosa), de conexão entre as pessoas e o seu envolvimento em determinado fato delituoso. Portanto, a autorização da interceptação telefônica acaba abrangendo o interlocutor da conversa no fato que está sendo apurado, e não apenas o suspeito alvo da diligência. Assim, não há porque se falar em limitação subjetiva à utilização da prova, desde que relacionada com o fato que legitimou a escuta.

Outra situação é a de surgirem fatos delituosos diversos daquele que fundamentou a interceptação telefônica, hipótese que Greco Filho[476] admite a utilização da prova quando a infração comporte o uso da interceptação telefônica, bem como quando o fato está relacionado com o primeiro, ensejando concurso crimes, continência ou conexão. Dessa forma, sustenta que seria uma limitação excessiva não permitir que, uma vez autorizada legitimamente a interceptação, não fosse possível abranger toda a atividade criminosa dos investigados.

---

[473] GOMES; MACIEL, 2014, p.114-5.
[474] *Ibid.*, p.115.
[475] GRECO FILHO, 2015, p.44.
[476] *Ibid*.

Por outro lado, sustenta ser inadmissível a utilização da interceptação em face de fato em conhecimento fortuito e desvinculado do delito que originou a medida investigatória, quando inexiste qualquer relação de conexão ou continência.[477]

Oliveira[478] ressalta que a reforma processual penal realizada pela Lei nº 11.690/08, que alterou significativamente o regime das provas, perdeu uma boa oportunidade de regular a matéria. Refere ser admissível a prova de outro crime obtida no curso de uma interceptação telefônica. Contudo, argumenta que não é a conexão que justifica a licitude da prova, pois, uma vez franqueada a violação dos direitos à privacidade e intimidade, não haveria razão alguma para a recusa de provas de quaisquer outros delitos, punidos ou não com reclusão.

Entretanto, o posicionamento de Oliveira parte de uma premissa totalmente equivocada, ao desconsiderar o princípio da especialidade e o desvio causal da prova, que são inerentes à dignidade da pessoa humana. Em outras palavras, é imprescindível que o suspeito seja tratado como sujeito de direitos no curso da investigação preliminar. Ou seja, o direito à intimidade do sujeito passivo da diligência cede, unicamente, com a finalidade de persecução do crime que motivou a decisão autorizativa do respectivo meio de obtenção de prova. E, a partir desse ponto de vista, é preciso desenvolver os critérios e requisitos para a (in)admissibilidade e valoração dos conhecimentos fortuitos.

A partir da identificação da problemática dos conhecimentos ocasionais ocorridos no âmbito dos meios de obtenção de prova que não guardam relação com a decisão judicial que inicialmente autorizou a medida e do princípio da especialidade da prova, é necessário a proposição de soluções, até porque são suscitados uma série de problemas com repercussão prática no âmbito do processo penal.

A doutrina brasileira ainda enfrenta muita dificuldade na abordagem da temática, não havendo posição consolidada, inclusive pela ausência de previsão legal no sentido de regulamentar o que pode ser feito com as descobertas ocasionais obtidas no curso de um meio oculto de obtenção de prova, nas mais variadas circunstâncias em que isso pode ocorrer.

As “regras de conexão” (objetiva e subjetiva) têm sido utilizadas como critério pragmático para admitir a possibilidade da valoração da prova obtida casualmente, conforme desenvolvido pela doutrina portuguesa e espanhola, e diferenciar os conhecimentos fortuitos dos conhecimentos da investigação.

Nessa perspectiva, também na realidade brasileira, pode-se considerar os conhecimentos da investigação como aqueles que possuem uma relação de conexão (objetiva

[477] GRECO FILHO, 2015, p.44.
[478] OLIVEIRA, 2015, p.368.

ou subjetiva) com o crime catálogo que legitimou o uso do respectivo meio de obtenção de prova. Autores como Aguilar, Rodrigues, Costa Andrade, Valente, Tapia e López Fragoso se reportam à legislação processual penal de seu país para demonstrar em quais casos essa relação de conexão se faz presente, de modo a estabelecer uma unidade processual.

Gomes e Maciel[479] sustentam que o "critério da conexão" é perfeitamente válido. Dessa forma, em relação ao encontro fortuito de fatos conexos (ou quando há continência), defendem ser acertado falar em serendipidade ou encontro fortuito de primeiro grau, situação em que a prova produzida tem valor jurídico e pode ser analisada pelo juiz para formação do seu juízo de convicção. Por outro lado, quando não há conexão ou continência, deve-se falar em serendipidade ou encontro fortuito de segundo grau, situação em que a prova produzida não pode ser valorada pelo juiz, servindo apenas como *notitia criminis*.

Knijnik[480] refere que as informações casualmente obtidas no curso de um meio oculto de obtenção de prova, por representarem restrições a direitos fundamentais, não podem, via de regra, ser valorados, exceto se estiverem em conexão com os fatos investigados, no sentido de se integrarem a um mesmo episódio da vida, caso em que devem ser considerados como conhecimentos da investigação e, dessa forma, livremente valorados, inclusive no que se refere a terceiros. Tal análise deverá ser sempre realizada com base no conteúdo da decisão que autorizou a medida.

Lopes Jr.[481] questiona a possibilidade do uso do critério do "crime conexo", para permitir que a prova obtida a partir do desvio causal seja admitida, levantando a seguinte pergunta: "serve a sistemática do art. 76 do Código de Processo Penal?" Nesse sentido, sustenta que se for considerado que a conexão implica reunião das infrações penais para julgamento simultâneo, a prova passará a integrar o mesmo processo, sendo inevitável que o material probatório ingresse no processo regido pelo princípio da comunhão da prova, de modo que passará a ser "prova do processo".

A crítica do citado autor, diz respeito à abertura do conceito de "conexão" na sistemática do Código de Processo Penal brasileiro e, consequentemente, aos eventuais abusos que tal abertura excessiva pode acarretar. A grande preocupação concerne à conexão probatória prevista no inciso III do artigo 76, segundo a qual o interesse probatório vai muito

[479] GOMES; MACIEL, 2014, p.115.
[480] KNIJNIK, 2007, p.86-7.
[481] LOPES JR., 2017b, p.389.

além de qualquer relação de prejudicialidade no processo, permitindo amplo espaço de discricionariedade judicial.[482]

Portanto, Lopes Jr.[483] concorda com a possibilidade das regras de conexão admitirem a relativização do princípio da especialidade da prova, mas deve-se exigir uma leitura restritiva desse conceito e a demonstração da real existência dos elementos que a compõem, pois todo o desvio causal da prova (quando não há conexão e continência) acarreta a impossibilidade de valoração da prova pelo juiz.

A partir da análise dos posicionamentos doutrinários brasileiros, pode-se concluir ser perfeitamente possível a diferenciação dos conceitos de conhecimentos da investigação e conhecimentos fortuitos no âmbito da sistemática brasileira. Assim, vale repetir que conhecimentos da investigação – ou, como denomina Gomes e Maciel, serendipidade de primeiro grau – são aqueles fatos ocasionalmente descobertos que possuem uma relação de conexão (objetiva ou subjetiva) e continência com o fato que legitimou o uso do respectivo meio de obtenção de prova, razão pela qual serão analisados no âmbito do mesmo processo.

Em contrapartida, os conhecimentos fortuitos – ou serendipidade de segundo grau – são aqueles fatos ocasionalmente descobertos no curso da investigação que não possuem relação de conexão ou continência com o fato que embasou a autorização judicial, situação em que a legislação portuguesa (artigo 187.7 do Código de Processo Penal) e espanhola (artigo 579 *bis* da *Ley de Enjuiciamiento* Criminal) tem admitido seu uso como *notitia criminis*.

Analisando a sistemática do Código de Processo Penal brasileiro, os artigos 76 e 77 estabelecem as hipóteses em que a competência será determinada pelas regras de conexão e continência, as quais implicam (em regra) na unidade processual. Nesse contexto, ressalta-se que a conexão resulta de vínculos objetivos ou subjetivos entre infrações, pressupondo a pluralidade de delitos; enquanto que a continência resulta da unidade da ação delituosa, seja pelo concurso de pessoas, seja pela pluralidade de resultados nos casos de erro na execução (*aberratio ictus*), resultado diverso do pretendido (*aberratio criminis*) e concurso formal. Por força do artigo 79, *caput*, do Código de Processo Penal, ambas têm o mesmo efeito jurídico, consistente na reunião dos fatos e agentes num único processos e julgamento (unidade processual), de modo a assegurar a coerência das decisões.[484]

---

[482] LOPES JR., 2017b, p.390.
[483] *Ibid.*, p.390-1.
[484] O artigo 80 do Código de Processo Penal prevê a possibilidade da cisão facultativa quando: (a) as infrações tiverem sido praticadas em circunstâncias de tempo ou de lugar diferentes; (b) pelo excessivo número de acusados e para não lhes prolongar a prisão provisória; e (c) conveniência do juízo. (BRASIL. Código de processo penal. **Decreto-lei nº 3689/41**. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/decreto-lei/Del3689.htm>. Acesso em: 28 out. 2016).

Em se tratando das regras de conexão, salienta Oliveira[485] que a realidade dos fenômenos da vida nos mostra que pode haver, entre dois ou mais fatos de relevância penal, alguma espécie de liame, de ligação, seja de natureza subjetiva (no campo das intenções, motivações e do dolo) ou de natureza objetiva (circunstâncias de fato, lugar, tempo e o modo de execução). Logo, pode haver entre eles conexão, o que consiste em hipóteses concretas de aproximação entre um fato delituoso e outro, tendo em vista um ponto de afinidade ou de influência na respectiva apuração.

A doutrina brasileira[486] classifica as modalidades de conexão previstas no artigo 76 do Código de Processo Penal em: a) conexão intersubjetiva (artigo 76, inciso I), a qual pode ser por simultaneidade (quando duas ou mais infrações forem praticas por várias pessoas reunidas), concursal (quando duas ou mais infrações forem praticas por várias pessoas em concurso) ou por reciprocidade (quando duas ou mais infrações forem praticas por várias pessoas, umas contra as outras); b) conexão objetiva, lógica ou teleológica (artigo 76, inciso II) ocorre quando uma infração tiver sido praticada para facilitar ou ocultar as outras ou, ainda, para assegurar a impunidade ou vantagem em relação a qualquer delas; e c) conexão probatória (artigo 76, inciso III) se dá quando a prova de uma infração ou de qualquer de suas circunstâncias elementares influir na prova de outra infração.

A continência[487] também acarreta a unidade de processo e julgamento, podendo ser: a) por cumulação subjetiva (artigo 77, inciso I) quando duas ou mais pessoas forem acusadas pela mesma infração; ou b) por cumulação objetiva, nos casos de *aberratio ictus* (artigo 73 do Código Penal), *aberratio criminis* (artigo 74 do Código Penal) e concurso formal (artigo 70 do Código Penal).

Portanto, nessas hipóteses, a legislação processual penal brasileira determina a unidade de processo e julgamento. Assim, caso durante o curso de uma diligência investigatória regida pelo princípio da especialidade – aplicável aos meios ocultos de obtenção de prova (interceptação telefônica, busca domiciliar, infiltração, captação de som e imagem e outros) – verifique-se a descoberta de uma informação relacionada a um crime conexo (nos termos do artigo 76, incisos) ou a um terceiro que não seja alvo da investigação que esteja participando do mesmo fato delituoso (nos termos do artigo 77, inciso I), será admissível a valoração como meio de prova. Nessas hipóteses, se está diante de um conhecimento da investigação que – em

---

[485] OLIVEIRA, 2015, p.282.

[486] Nesse sentido, pode-se citar, exemplificativamente: LOPES JR., 2017b; OLIVEIRA, 2015; RANGEL, 2012; NUCCI, 2014; GRECO FILHO, 2012.

[487] Eugênio Pacelli critica a conceituação adotada pelo Código de Processo Penal brasileiro, sustentando ser absolutamente inadequada, pois não há nenhuma relação de continente para conteúdo e, tampouco, se trata identidade de partes, consoante preceitua a legislação processual civil. (OLIVEIRA, *op. cit.*, p.285).

decorrência da comunhão da prova – permanecerá nos autos do processo onde tais fatos e sujeitos serão devidamente processados.

Ocorre que os fatos ocasionalmente descobertos e os novos sujeitos que não eram alvo inicial da investigação em curso não estando abrangidos pela autorização judicial que deferiu a medida investigativa. Por essa razão, a sua admissibilidade no processo dependerá da imediata comunicação ao juízo competente que autorizou a medida, para que se manifeste sobre a continuidade da investigação quanto aos fatos conexos descobertos, bem como aos novos alvos da investigação, sob pena de declaração de ilicitude da continuidade da investigação preliminar.

Inclusive, a imediata comunicação ao juízo evita que seja dado continuidade à investigação criminal contra pessoas que possuem prerrogativa de função, sem que haja autorização da respectiva autoridade competente. Nesses casos, a autoridade que realiza as diligências investigatórias deve comunicar, imediatamente, ao juízo a existência de conhecimento da investigação que implica a suspeita de participação de agente com prerrogativa de função. O juiz, tomando ciência dessa informação, deverá determinar a remessa dos autos para o respectivo tribunal competente que dará sequência à investigação preliminar, evitando posterior declaração de ilicitude das provas obtidas.[488]

A jurisprudência brasileira já enfrentou a matéria dos conhecimentos fortuitos em algumas oportunidades sem, contudo, fazer a diferenciação entre estes e os conhecimentos da investigação, como realiza a doutrina portuguesa. O tema do encontro fortuito de provas no âmbito de uma interceptação telefônica já foi abordado em julgados desta Suprema Corte, de modo a admitir a sua validade.

Nos anos de 2001 e 2004, o Tribunal Pleno do Supremo Tribunal Federal, no julgamento do HC 81.260/ES (DJ 14/11/2001) e HC 83.315/RS (DJ 16/09/2004)[489] decidiu pela possibilidade de uso da prova obtida através de interceptação telefônica devidamente autorizada, quando indicasse fatos diversos daqueles que motivaram a medida, mesmo que se tratasse de crimes que, no Brasil, fossem punidos com detenção – ou seja, que não

---

[488] Nesse sentido, vale ressaltar o entendimento do Supremo Tribunal Federal, consoante Súmula 704 do Supremo Tribunal Federal, a qual dispõe que *não viola as garantias do juiz natural, da ampla defesa e do devido processo legal a atração por continência ou conexão do processo do corréu ao foro por prerrogativa de função de um dos denunciados*.

[489] O *habeas corpus* nº 81.260/ES foi o primeiro a enfrentar a temática dos conhecimentos fortuitos, porém sem realizar a definição da respectiva categoria jurídica. No julgamento do *habeas corpus* nº 83.515/RS, ao argumentar que "Uma vez realizada a interceptação telefônica de forma fundamentada, legal e legítima, as informações e provas coletas dessa diligência podem subsidiar denúncia com base em crimes puníveis com pena de detenção, desde que conexos aos primeiros tipos penais que justificaram a interceptação". (BRASIL. **Supremo Tribunal Federal**. Disponível em: <http://www.stf.jus.br/portal/jurisprudencia/pesquisarJurisprudencia.asp>. Acesso em: 30 set. 2016).

pertencessem ao catálogo de crimes aos quais a legislação concede permissivo à sua realização.

Posteriormente, no ano de 2010, a jurisprudência da Suprema Corte brasileira posicionou-se no sentido de admitir indiscriminadamente os conhecimentos fortuitos (serendipidade), no julgamento do AgReg 761.706 (DJ 06/04/10), referindo que "o entendimento é no sentido da legitimidade da utilização das informações obtidas por intermédio da interceptação telefônica para se apurar delito diverso daquele que deu ensejo a diligência".[490]

E, mais recentemente, no julgamento dos *habeas corpus* nº 106.152/MS (DJ 29/03/16) e Inq 3732/DF (DJ 08/03/16), a nossa Corte Constitucional decidiu que se o emprego de método especial de investigação, como a interceptação telefônica, foi validamente autorizado, a descoberta fortuita por ele propiciada, de outros crimes que não os inicialmente previstos, deve ser considerada válida, sendo as provas respectivas passíveis de valoração no processo penal. [491]

Ocorre que as decisões mais recentes do Supremo Tribunal Federal estão se inclinando para a admissibilidade e valoração indiscriminada de toda informação ocasionalmente obtida no curso da investigação, sem observar, nas palavras de Valente[492] que a exegese sobre os conhecimentos fortuitos não pode seguir uma visão político-pragmático que deseja soluções rápidas, sendo que a ação punitiva do Estado deve ser segundo os ditames da legalidade, bem como respeito aos direitos, liberdades e garantias fundamentais, observando que o investigado deve ser tratado como sujeito de direitos e não mero objeto da investigação.

A aceitação e valoração indiscriminada dos conhecimentos fortuitos – sem limitação dos seus efeitos à *notitia criminis* e sem a sua devida diferenciação com os conhecimentos da investigação – coloca em segundo plano os direitos fundamentais do cidadão, ao violar os princípios da especialidade da prova e do menor gravame ao direito fundamental do investigado. Tal valoração acarreta a vulgarização do meio oculto de investigação que se torna *prima ratio*, o que não pode ser aceito no Estado Democrático de Direito.

Por seu turno, o Superior Tribunal de Justiça, no julgamento dos *habeas corpus* nº 125.636/RJ (DJ 02/02/15), nº 225.464/SP (DJ 23/11/15) e nº 315.318/SP (DJ 07/08/15), bem como do recurso ordinário constitucional em *habeas corpus* nº 43.270/SP (DJ 04/04/16) decidiu que descobertos fortuitamente novos fatos criminosos, durante o monitoramento

---

[490] BRASIL. **Supremo Tribunal Federal**. Disponível em: <http://www.stf.jus.br/portal/jurisprudencia/pesquisarJurisprudencia.asp>. Acesso em: 30 set. 2016.

[491] *Ibid.*

[492] VALENTE, 2006, p.13-4.

judicialmente autorizado, com a consequente identificação de pessoas inicialmente não relacionadas no pedido da medida probatória, mas que possuem estreita ligação com o objeto da investigação, é válida a interceptação telefônica como meio de prova.

Como bem observa Knijnik, o Superior Tribunal de Justiça está decidindo no sentido de acolher a diferenciação entre conhecimentos da investigação e conhecimentos fortuitos,[493] sem, todavia, estabelecer critérios para tal diferenciação. A utilização do conceito "estreita ligação" não define de forma clara e objetiva os conhecimentos da investigação, sendo necessário um avanço nesse sentido para melhor delimitação dessas categorias jurídicas e evitar a valoração de descobertas de fatos diversos que não tenham relação de conexão ou continência com os fatos investigados.

Diante dessa análise, pode-se concluir que a admissibilidade e valoração dos fatos fortuitamente descobertos é permitida, considerando os princípios da especialidade da prova e do menor gravame ao direito fundamental, quando: a) se tratarem de conhecimentos da investigação, ou seja, que tenham relação de conexão ou continência com o fato que ensejou a medida investigativa; e b) ocorre a imediata comunicação da existência de descobertas ocasionais à autoridade judicial, considerando que os fatos novos e os terceiros (que poderão ser novos alvos da investigação) não estão abrangidos pela decisão judicial que autoriza a invasão aos direitos fundamentais do investigado.

Em se tratando de conhecimento fortuito – na linha do previsto no artigo 187.7 do Código de Processo Penal português e no artigo 579 *bis* da *Ley de Enjuiciamiento* Criminal espanhola – como ressalta Giacomolli[494]:

> Limitam a sua potencialidade e eficácia à mera *notitia criminis*, a partir da qual se iniciará outra investigação, com outro objeto, a qual poderá estar limitada pela reserva jurisdicional, cuja quebra deverá ser autorizada para que a prova seja admissível.

Contudo, é preciso avançar também quanto à delimitação dos casos em que os conhecimentos fortuitos poderão servir como *notitia criminis*, em atenção ao princípio do menor gravame ao direito fundamental – evitando-se a vulgarização e banalização dos meios ocultos de obtenção de prova, considerando que seu respectivo uso não é admitido pela legislação processual penal em todos os tipos penais. Além disso, no novo procedimento que será instaurado é preciso assegurar ao acusado o contraditório e a ampla defesa, com todos os meios e recursos a eles inerentes.

---

[493] KNIJNIK, 2007, p.86-7.
[494] GIACOMOLLI, 2004, p.174.

Portanto, também nesse ponto, é necessária a delimitação dos critérios e requisitos para admissibilidade do conhecimento fortuito ter o efeito de *notitia criminis*.

4.4 REQUISITOS PARA ADMISSIBILIDADE E VALORAÇÃO DOS CONHECIMENTOS FORTUITOS

Em relação à valoração dos conhecimentos fortuitos – aquelas informações obtidas no curso da investigação preliminar que não guardam qualquer relação de conexão ou continência com o delito que legitimou o uso da medida investigativa – verifica-se que existe uma discrepância de posições.

A jurisprudência alemã assumiu a vanguarda no tratamento dos conhecimentos fortuitos obtidos por meio de interceptação e gravação de comunicações e conversações. Em 15 de março de 1976 (BGH, 26,298), o Tribunal Federal alemão decidiu que a "*valoração só é admissível se e na medida em que os factos conhecidos no âmbito de uma escuta telefônica admitida conforme ao § 100 a) da StPO, estão em conexão com a suspeita de um crime catálogo no sentido deste preceito*". Como já destacado, estava lançado o princípio da proibição de valoração dos conhecimentos fortuitos que não estejam em conexão com um crime catálogo.[495]

Assim, o BGH decidiu que a valoração só é admissível se e na medida em que os fatos conhecidos no âmbito de uma escuta telefônica conforme §100 a) da StPO estão em conexão com a suspeita de um crime catálogo no sentido deste preceito. Conforme Valente[496], dessa decisão do BGH nasce o "princípio da proibição de valoração dos conhecimentos fortuitos que não estejam em conexão com um crime catálogo", respeitando o princípio da proporcionalidade, pois o catálogo contém tipologias criminais que tutelam bens jurídicos merecedores de defesa.

Ocorre que se existe uma relação de conexão ou continência entre o crime casualmente descoberto e o fato que ensejou o uso do meio oculto de obtenção de prova está-se diante de conhecimentos da investigação, sendo este levado ao âmbito do mesmo processo. Tal distinção conceitual não foi feita pelos julgados do BGH que iniciaram a abordagem sobre o tema dos conhecimentos fortuitos. Nesse contexto, consideramos conhecimentos fortuitos – na linha da diferenciação formulada no tópico 4.2 – aquelas informações que estarão em uma unidade processual com o fato investigado.

---

[495] ANDRADE, 1992, p. 307-8.
[496] VALENTE, 2006, p.105-6.

Quanto aos fatos que não guardam essa relação de conexão ou continência, o tratamento valorativo deve ser diferenciado, sendo admitido apenas na condição de *notitia criminis* quando preenchidos determinados requisitos. Nesse sentido, são as previsões legais contidas no artigo 187.6 do Código de Processo Penal português e no artigo 579 *bis* da *Ley de Enjuiciamiento* Criminal, os quais inserem a possibilidade de seu uso como *notitia criminis*.

Nesse sentido é a posição majoritária na doutrina, autores como Aguilar[497], Andrade[498], Valente[499], Gomes[500], Lopes Jr.[501] e Giacomolli[502] afirmam que os conhecimentos fortuitos – repita-se: que não possuem relação de conexão ou continência com o fato investigado – possuem o efeito de apenas gerar uma *notitia criminis* a ensejar a instauração de um novo procedimento investigatório, a partir da adoção de critérios delimitadores.

Por outro lado, existe a corrente que admite a valoração indiscriminada dos conhecimentos fortuitos, conforme sustenta Rangel[503] e Oliveira[504], o que vem sendo aplicado pelo Supremo Tribunal Federal nos mais recentes julgados, vale dizer, AgReg 761.706 (DJ 06/04/10) e dos *habeas corpus* nº 106.152/MS (DJ 29/03/16) e Inq 3732/DF (DJ 08/03/16).

Conforme Valente[505], a problemática dos conhecimentos fortuitos está imbricada com a concepção de homem como sujeito de direitos, devendo ser respeitado princípio da dignidade da pessoa humana. Os conhecimentos fortuitos obtidos no curso da efetivação dos meios de obtenção de prova devem, igualmente, concretizar esse princípio maior, na perspectiva da concordância prática das finalidades do processo penal. Assim, a valoração dos conhecimentos fortuitos deve ser sujeita a um exame crítico.

Desse modo, negar qualquer possibilidade de valoração aos conhecimentos fortuitos corresponde a, igualmente, negar ao Estado obter frutos de sua atividade lícita, mesmo que decorrentes da fortuidade. É concreta a possibilidade de serem alcançados resultados diversos daqueles a que inicialmente teria se destinado a medida investigativa, logo, repita-se as

---

[497] AGUILAR, 2004, p.100-102.

[498] ANDRADE, 1992, p.310-2. Costa Andrade defende que os conhecimentos fortuitos devem se reportar a algum crime do catálogo, bem como deve haver o estado de necessidade investigatório a legitimar a medida excepcional de obtenção de prova, ou seja, um juízo hipotético de intromissão em nome do qual abre-se a porta para a admissibilidade da escuta telefônica.

[499] VALENTE, 2006, p. 129-132.

[500] GOMES; MACIEL, 2014, p.113-121.

[501] LOPES JR., 2017b, p.372.

[502] GIACOMOLLI, 2004, p.174.

[503] RANGEL, 1999, p.143-51.

[504] OLIVEIRA, 2015, p.368.

[505] VALENTE, *op. cit.*, p.17-23.

palavras de Faccini Neto[506], não se pode afastar do Estado, como interessado na prevenção e punição de crimes, a possibilidade de ter a seu lado uma coincidência ou um acaso.

De outro lado, a valoração indiscriminada dos conhecimentos fortuitos não condiz com uma interpretação conforme ao princípio da dignidade da pessoa humana, que exige o tratamento do acusado como sujeito de direitos, uma vez que os métodos ocultos de investigação criminal tornam-se *prima ratio*. Não se pode deixar que as ideias de eficiência, eficácia e economia processual preponderem em detrimento das garantias fundamentais do indivíduo. Deve-se respeitar os princípios da especialidade da prova e do menor gravame ao direito fundamental na persecução criminal, não podendo as lógicas eficientistas prevalecer em detrimento dos direitos fundamentais do acusado.

Inclusive, conforme recentes julgados do Supremo Tribunal Federal acima referidos, têm-se enfrentado o problema da valoração indiscriminada dos conhecimentos fortuitos. Portanto, sobretudo pela insuficiência de previsão legal na legislação processual penal brasileira, é necessário o estabelecimento de critérios dogmáticos para delimitar o uso e os efeitos que podem surtir dos conhecimentos fortuitos no processo penal.

Uma primeira diferenciação que é necessária ser feita consiste nos conhecimentos fortuitos que implicam uma situação de flagrante delito, muito comuns no caso das buscas domiciliares. A licitude da medida investigativa é pressuposto para que se possa discutir os efeitos dos conhecimentos fortuitos, sendo que os casos de flagrante delito devem receber um tratamento distinto daqueles casos em que a informação obtida constitui prova de uma nova infração penal, mas não configura o estado de flagrância. A partir dessa perspectiva, faz-se uma primeira delimitação dos efeitos que podem surtir no processo penal dos conhecimentos fortuitos.

4.4.1 Conhecimentos fortuitos nos casos das buscas domiciliares: situações que implicam flagrante delito

Os conhecimentos fortuitos que implicam em estado de flagrante delito são mais comuns no caso de buscas domiciliares, principalmente em se tratando de crimes permanentes. Assim, por exemplo, em meio a uma incursão domiciliar lícita – pressuposto para que se trate de conhecimento fortuito – que tem como finalidade a apreensão de

---

[506] FACCINI NETO, Orlando. Prova ao acaso – os conhecimentos fortuitos nas escutas telefônicas, os limites do direito e as vanidades normativas – Portugal e Brasil (parte I). *In*: **Revista Magister de Direito Penal e Processual Penal,** Porto Alegre, p.15, ago./set., 2004.

substâncias entorpecentes é localizada uma arma de fogo em desacordo com determinação legal. É possível ser realizada a prisão em flagrante do investigado, considerando se tratar de conhecimento fortuito? Pode a apreensão da arma de fogo e a perícia derivada desta medida investigativa servirem de prova em processo criminal diverso do qual foi deferida a busca domiciliar?

Situação diferente ocorre quando, no curso da busca domiciliar, são encontrados instrumentos, objetos ou qualquer outro elemento de convicção que configurem prova de infração diversa daquela que legitimou a medida, mas não correspondem as hipóteses de flagrante delito. Um exemplo dessa situação ocorre quando, durante a intromissão domiciliar deferida com a finalidade específica para localização de armas de fogo, são também apreendidos documentos que possam configurar prova do crime de sonegação fiscal. O tratamento jurídico de uma hipótese e de outra deve ser distinto, considerando o dever de agir do agente policial nas situações de flagrante delito.

A busca domiciliar será a diligência efetuada em um local que se enquadre no conceito normativo de domicílio, com o objetivo de descobrir, recolher e apreender objetos, provas materiais, que indiquem a existência ou não de determinado crime. Logo, está assentado na consagração constitucional do direito à inviolabilidade do domicílio, de um lado, limitando a sua efetivação e, de outro, possibilitando a sua realização mesmo que certos pressupostos não estejam preenchidos por razões de salvaguarda de direitos fundamentais de valor constitucionalmente protegidos.[507]

Urbano Castrillo e Torres Morato[508] ressaltam que os *hallazgos casuales* no curso de uma busca domiciliar tem produzido duas interpretações levadas em consideração nos julgados na Espanha. A primeira considera a nulidade dos encontros causais, já que o mandado somente habilitava o ingresso no domicílio para uma finalidade específica, devendo a investigação criminal respeitar os princípios da segurança jurídica e da proporcionalidade. Assim, sob a perspectiva desses argumentos, é considerada a nulidade das provas obtidas ilicitamente, sendo inutilizáveis no processo.

Em um segundo plano, ressalta o posicionamento no sentido da validade dos objetos e provas. As decisões que sustentam essa possibilidade salientam que "*parece absurdo pensar*

---

[507] VALENTE, 2010, p.401-2.

[508] URBANO CASTRILLO; TORRES MORATO, 1997, p.186. Nesse sentido cita as seguintes decisões: STC 17 febrero 1984, STC 29 noviembre 1986 e SSTS 2 julio 1993.

que una diligencia de registro domiciliário acordada para encontrar objetos robados, por ejemplo, vaya a detenerse a tal motivo si allí aparecieren cadáveres o armas".[509]

Outras decisões permitem um maior esclarecimento dos argumentos que admitem a valoração dos conhecimentos fortuitos. Diante da denúncia de dissociação entre o conteúdo da autorização concedida judicialmente (comprovar se havia drogas ou objetos destinados ao tráfico) e o exame de uma determinada documentação relacionada a crime diverso, na STS 4 mayo 1994, afirma:

> *Una cosa es que se cierren todas las puertas a la más mínima vulneración de un derecho fundamental y que se elimine cualquier manifestación de indefensión, y otra que se haga imposible la investigación que conduzca al descubrimiento y posterior enjuiciamiento de los delitos que en cada caso correspondan. La droga, el dinero, los objetos – pesas, dinamómetros, cuchillas, enseres, documentos... – todo ello tiene una abrazadera común.*[510]

A STS 4 mayo 1994 conclui sobre o tema:

> *Cuando en la diligencia se descubre "algo" que nada tiñe que ver con la autorización judicial, lo procedente es ponerlo de manera inmediata en conocimiento del Juez y esperar su decisión, salvo que la urgencia de las medidas a tomar, con carácter cautelar, aconsejen otra cosa.*[511]

Urbano Castrillo e Torres Morato[512] ressaltam as decisões de 2 julio 1993 e 21 enero 1994, as quais oferecem como solução para a descoberta de delitos distintos do investigado que o Juiz decida se há (ou não) a relação de conexãoentre os fatos e, em conclusão, se procede a ampliação do objeto do mandado. Nesse caso, foi declarada a nulidade da diligência pois, "*no constan medidas complementarias, ex post, para rectificar o subsanar tales deficiências (la insuficiência de la autorización concedida ante lo descubierto inesperadamente en el registro*)".

Conforme Tapia[513], em regra, somente poderão ser admitidos os achados causais que tenham relação de conexão objetiva ou subjetiva com o fato investigado. Todavia, quanto aos casos de flagrante delito, um regime diverso deve ser proposto. Assim, ante a ocorrência de um fato delituoso, *la intervención de los funcionários para hacer cesar el hecho típico no sólo se encuentra justificada sino que resulta obligatória*. O Tribunal Supremo da Espanha decidiu a respeito que:

---

[509] URBANO CASTRILLO; TORRES MORATO, 1997, p.186-7. Nesse sentido cita as seguintes decisões: SSTS 28 octubre 1992, SSTS 7 junio 1993, STS 18 octubre 1993 e STS 8 marzo 1994.
[510] *Ibid*., p.187.
[511] *Ibid*.
[512] *Ibid*., p.187-8.
[513] TAPIA, 2002, p.682.

> *Una vez que la policía a entró en el piso legalmente, aunque admitiéramos la tesis rigorista de que no podía investigar otra presunta actividad delictiva que la que figuraba en el mandamiento, ello no quiere decir que tuviera que vendarse los ojos para no percibir el posible cuerpo o efecto de otro delito que allí se le pusiera manifestó.*

Para Tapia[514], não se pode exigir que a polícia suspenda a incursão domiciliar ao se deparar com uma circunstância de flagrante delito, solicitando uma nova autorização judicial que, automaticamente, seria concedida, de modo a facilitar a fuga do suspeito ou a destruição/supressão do corpo de delito ou das provas objetivas. Assim, pois, se a incursão domiciliar ou outro meio de obtenção de prova foi, em si, lícito e a flagrância do fato delitivo foi descoberta ao acaso, os agentes policiais tem o dever de agir nesses casos. Nesse sentido:

> *Quedan excluidos los casos en que las medidas restrictivas analizadas llevan a sorprender al autor de un hecho delictivo en el momento de comisión del injusto o inmediatamente después de su consumación. La solución es lógica y coherente con el marco legal previsto para estos supuestos fácticos, en los que se prescinde de una orden judicial para la aprehensión del presunto autor o para el registro de una morada.*[515]

Portanto, é preciso diferenciar o conhecimento fortuito que pode ser utilizado como *notitia criminis*, daquele que configura uma situação de flagrante delito, muito comum nos casos dos crimes permanentes em buscas domiciliares. Em ambos os casos, deve haver a imediata comunicação ao juízo que deferiu a medida investigativa e, não sendo o caso de flagrante, é dever dos agentes policiais a paralização da diligência, assegurando-se que não haverá a alteração do Estado das coisas, até que seja deferida a ampliação do objeto do mandado judicial, conforme jurisprudência dos tribunais espanhóis ressaltadas na obra de Urbano Castrillo e Torres Morato.

Os conhecimentos fortuitos que não guardam relação de conexão ou continência com os fatos investigados poderão servir apenas como *notitia criminis* a instaurar uma nova investigação. Já os conhecimentos da investigação estarão no âmbito da unidade processual do fato investigado, sendo processados e julgados no mesmo feito, logo, as provas obtidas poderão ser valoradas.

Por outro lado, os conhecimentos fortuitos que configuram situação de flagrante delito merecem um tratamento distinto, inclusive consoante a Constituição Federal e a legislação processual penal brasileira. No plano normativo brasileiro, o artigo 5º, inciso XI da Constituição Federal preceitua que a casa é o asilo inviolável do indivíduo, ninguém nela

---

[514] TAPIA, 2002, p.682.
[515] *Ibid.*

podendo penetrar sem consentimento do morador, salvo em caso de flagrante delito ou desastre, ou para prestar socorro, ou, durante o dia, por determinação judicial.

Além disso, o artigo 301 do Código de Processo Penal dispõe que qualquer do povo poderá e as autoridades policiais e seus agentes deverão prender quem quer que seja encontrado em flagrante delito. Portanto, a legislação processual penal determina um dever de agir do agente policial em se tratando de situação de flagrância (flagrante obrigatório), do qual este não pode se eximir sob pena de responsabilização administrativa, estando, inclusive, albergado pela excludente de ilicitude do estrito cumprimento do dever legal (artigo 23, inciso III, do Código Penal), ressalvados eventuais excessos.

Conforme Lima[516], nesses casos de cumprimento de mandados de busca e apreensão, deve-se atentar para o fato de que a Constituição Federal autoriza a violação ao domicílio nos casos de flagrante delito. Logo, se a autoridade policial, munida de mandado de busca e apreensão, depara-se com certa quantidade de droga no interior da residência, sustenta que a apreensão será considerada válida, pois o delito de tráfico de drogas configura crime permanente. Portanto, nas hipóteses de flagrante delito (crimes permanentes), mesmo que o objeto do mandado de busca e apreensão seja distinto, será legítima a intervenção policial, a despeito da autorização para entrar na casa lhe ter sido deferida com outra finalidade.

No mesmo sentido, já decidiu o Superior Tribunal de Justiça, no julgamento do RHC 39.412/SP (DJ 17/03/15). No julgado, durante o cumprimento do mandado de busca e apreensão verificou-se a ocorrência flagrancial de dois outros crimes que possuem natureza permanente. Assim, admitiu a validade do flagrante sob o argumento de que contraria a razoabilidade exigir-se dos policiais envolvidos na diligência que fingissem não ver os crimes,para solicitar, *a posteriori*, um novo mandado específico de busca e apreensão.[517]

Assim, a delimitação da valoração dos conhecimentos fortuitos no processo penal depende da diferenciação do tratamento jurídico dado ao conhecimento fortuito que servirá

---

[516] LIMA, Renato Brasileiro. **Manual de Processo Penal**. Salvador: JusPodium, 2014, p.688.

[517] O Superior Tribunal de Justiça fundamenta a possibilidade do desvio causal da prova também em precedentes das Cortes Superiores no sentido de que, em se tratando de flagrante de crime permanente, é possível a realização da apreensão sem prévio mandado. Nesse sentido: Supremo Tribunal Federal, HC 84.772, DJ 12/11/04. (BRASIL. **Supremo Tribunal Federal**. Disponível em: <http://www.stf.jus.br/portal/jurisprudencia/pesquisar Jurisprudencia.asp>. Acesso em: 30 set. 2016. Ainda, no âmbito do Superior Tribunal de Justiça, RHC 52.678/GO (DJ 05/02/15) e RHC 109.966/PA (DJ 04/10/10). (*Id*. **Superior Tribunal de Justiça**. Disponível em: <http://www.stj.jus.br/SCON/>. Acesso em: 25 abr. 2016). Todavia, esse entendimento merece críticas severas pela excessiva relativização da inviolabilidade domiciliar, ao deixar o ingresso no domicílio do indivíduo na discricionariedade do agente policial se este perceber a possibilidade de flagrante delito. Vale ressaltar que, caso a percepção do policial esteja equivocada, este poderá responder administrativamente e criminalmente por atentar à inviolabilidade do domicílio, nos termos do artigo 3º, alínea “b”, da Lei 4.898/65, aspecto que – no plano abstrato – pode tornar questionável a atuação do policial pois interessado em legitimar sua conduta.

como *notitia criminis*, daquele que configura situação de flagrante de flagrante delito. Nesse contexto, para se falar em conhecimento fortuito é pressuposto a legalidade da medida investigativa deferida judicialmente. Assim, caso a busca domiciliar seja ilícita, todas as provas dela derivadas – sejam conhecimento fortuitos ou vinculados ao fato objeto da investigação – serão consideradas igualmente ilícitas pela aplicação da teoria da árvore dos frutos envenenados (*fruits of the poisonouss tree*).

4.4.2 Conhecimentos fortuitos no processo penal: requisitos e limites para sua valoração como *notitia criminis*

Os conhecimentos fortuitos se apresentam como um desafio que está imbricado com os direitos fundamentais do cidadão, devendo ser analisados face aos princípios da especialidade da prova e do menor gravame ao direito fundamental, relevando a excepcionalidade do meio de obtenção de prova. Para Valente[518], as finalidades do processo penal devem estar conectadas com uma política criminal direcionada para o homem como sujeito de direitos e não objeto do processo.

Ocorre que, como reflexo direto dos efeitos da política criminal contemporânea, tem sido ampliada a utilização dos meios ocultos de obtenção de prova, propiciando um maior número de conhecimentos obtidos que não estejam em conexão ou continência com o objeto da investigação preliminar. A utilização de métodos ocultos de investigação, por si só, já possui uma danosidade social ao afetar bens jurídicos e direitos fundamentais dos cidadãos, justificando-se apenas em casos excepcionais. Portanto, é imprescindível a realização de um exame crítico, sujeito a critérios objetivos, para avaliarmos a possibilidade de valoração destes conhecimentos, bem como quais os efeitos podem gerar no âmbito do processo penal.

A legislação brasileira não faz qualquer referência aos conhecimentos fortuitos, inexistindo regulação da matéria. No âmbito do ordenamento jurídico alemão, a decisão do BGH datada de 15 de março de 1976, concluiu que somente podem ser valorados os conhecimentos fortuitos pertencentes a um dos crimes do catálogo ou em conexão com o crime catálogo. Posteriormente, em 1992, foi introduzido o inciso V ao §100 b da StPO, através do qual o legislador permitiu a valoração dos conhecimentos fortuitos em outro processo, desde que o ilícito típico estivesse dentro do catálogo do § 100 a da StPO.[519]

---

[518] VALENTE, 2006, p.129.
[519] RODRIGUES, 2012, p.93-4.

O artigo 270 do Código de Processo Penal italiano regulamenta a *utilizzazione in altri procedimenti*. Em seu item 1, preceitua que *i risultati delle intercettazioni non possono essere utilizzati in procedimenti diversi da quelli nei quali sono stati disposti, salvo che risultino indispensabili per l'accertamento di delitti per i quali è obbligatorio l'arresto in flagranza*.[520] Para tanto, é imprescindível o preenchimento das condições: a) a sua utilização seja indispensável para a prova do crime; e b) que os resultados digam respeito a crime sob o qual impenda a obrigatoriedade da detenção em flagrante delito.[521]

Segundo Rodrigues[522] trata-se de um pressuposto que pode se assemelhar à exigência contida no Código de Processo Penal português, no sentido de que o conhecimento fortuito deve pertencer ao catálogo legal de crimes para os quais pode a investigação criminal lançar mão de uma escuta telefônica. De outro lado, poderia o legislador italiano ter optado relacionar ao catálogo dos delitos que admitem a escuta telefônica previsto no artigo 266 do Código de Processo Penal italiano[523], por se tratar de um juízo hipotético de intromissão na esfera privada admissível em determinados casos.

O artigo 187.7 do Código de Processo Penal português estabelece ser possível a utilização de conversas ou comunicações gravadas num processo, em outro, que esteja em curso ou a instaurar, se a) a interceptação original tiver sido feita em meio de comunicação utilizado por pessoa indicada no item 4 do referido dispositivo – acusado, *rectius*: arguido, intermediário ou vítima – e b) na medida em que essa prova seja indispensável à demonstração de crime do catálogo. Ocorre que o artigo 187.7 remete à previsão contida no artigo 248, ou seja, fixando a necessidade de comunicação ao Ministério Público, à guisa de

---

[520] Código de Processo Penal italiano. Art. 270. Utilização em outros procedimentos. 1. Os resultados das interceptações telefônicas não podem ser utilizados em procedimentos diversos daqueles nos quais foram autorizados, salvo se resultarem indispensáveis à comprovação de delitos nos quais é obrigatória a prisão em flagrante (tradução livre). (ITÁLIA. *Codice di Procedura Penale*. Disponível em: <http://www.normattiva.it/static/codici_proc_penale.htm>**.** Acesso em: 23 0ut. 2016).

[521] Os delitos em que há obrigatoriedade da detenção em flagrante estão relacionados no artigo 380 do Código de Processo Penal italiano.

[522] RODRIGUES, *op. cit.*, p.93-4.

[523] Art. 266 *(Limiti di ammissibilità) - 1. L'intercettazione di conversazioni o comunicazioni telefoniche e di altre forme di telecomunicazione è consentita nei procedimenti relativi ai seguenti reati: a) delitti non colposi per i quali è prevista la pena dell'ergastolo o della reclusione superiore nel massimo a cinque anni determinata a norma dell'art. 4; b) delitti contro la pubblica amministrazione per i quali è prevista la pena della reclusione non inferiore nel massimo a cinque anni determinata a norma dell`art. 4; c) delitti concernenti sostanze stupefacenti o psicotrope; d) delitti concernenti le armi e le sostanze esplosive; e) delitti di contrabbando; f) reati di ingiuria, minaccia, molestia o disturbo alle persone col mezzo del telefono.*

notícia do crime, a tornar possível uma série de medidas e habilitar o início do processo.[524]

O artigo 248 do Código de Processo Penal português regulamenta a "comunicação da notícia do crime", sendo que em seu item 1 preceitua que "os órgãos da polícia criminal que tiverem notícia de um crime, por conhecimento próprio ou mediante denúncia, transmitem-na ao Ministério Público no mais curto prazo, que não pode exceder 10 dias". Ainda, nos casos de urgência, "a transmissão a que se refere o número anterior pode ser feita por qualquer meio de comunicação para o efeito disponível. A comunicação oral deve, porém, ser seguida de comunicação escrita".[525]

Portanto, a interpretação do artigo 187.7 e conjunto com o artigo 248 do Código de Processo Penal português denotam a limitação dos conhecimentos fortuitos ao efeito de noticia crime, quando relacionados as pessoas indicadas no artigo 187.4, bem como quando for indispensável à prova de crime do catálogo previsto no artigo 187.1.

No mesmo sentido é a previsão legal contida no artigo 579 *bis* da *Ley de Enjuiciamiento* Criminal, que trata da: *"utilización de la información obtenida en un procedimiento distinto y descubrimientos casuales"*. No item 1, está previsto que "*el resultado de la detención y apertura de la correspondencia escrita y telegráfica podrá ser utilizado como medio de investigación o prueba en otro proceso penal"*. Para tanto, conforme o item 3,

> *la continuación de esta medida para la investigación del delito casualmente descubierto requiere autorización del juez competente, para la cual, éste comprobará la diligencia de la actuación, evaluando el marco en el que se produjo el hallazgo casual y la imposibilidad de haber solicitado la medida que lo incluyera en su momento. Asimismo se informará si las diligencias continúan declaradas secretas, a los efectos de que tal declaración sea respetada en el otro proceso penal, comunicando el momento en el que dicho secreto se alce.*[526]

Assim, tendo em conta o vazio legislativo no contexto do ordenamento jurídico brasileiro, é preciso buscar referências externas para se estabelecer critérios de delimitação e legitimação quanto á valoração dos conhecimentos fortuitos, sobretudo diante das decisões do

---

[524] Código de Processo Penal português. Artigo 187.7 - Sem prejuízo do disposto no artigo 248.º, a gravação de conversações ou comunicações só pode ser utilizada em outro processo, em curso ou a instaurar, se tiver resultado de intercepção de meio de comunicação utilizado por pessoa referida no n.º 4 e na medida em que for indispensável à prova de crime previsto no n.º 1. Artigo 187.8 - Nos casos previstos no número anterior, os suportes técnicos das conversações ou comunicações e os despachos que fundamentaram as respectivas intercepções são juntos, mediante despacho do juiz, ao processo em que devam ser usados como meio de prova, sendo extraídas, se necessário, cópias para o efeito. (PORTUGAL. **Código de Processo Penal**. Disponível em: <http://www.pgdlisboa.pt/leis/lei_mostra_articulado.php?nid=199&tabela=leis>. Acesso em: 23 out. 2016).

[525] *Id*. **Código de Processo Penal Português**. Disponível em: <http://www.pgdlisboa.pt/leis/ lei_mostra_ articulado. php?nid=199&tabela=leis>. Acesso em: 23 out. 2016.

[526] ESPANHA. **Ley de Enjuiciamiento Criminal**. Disponível em: <http://www.boe.es/buscar/act.php?id=BOE-A-1882-6036&tn=2>. Acesso em: 23 out. 2016.

Supremo Tribunal Federal que estão aceitando a sua valoração indiscriminada. Não se pode fazer um transporte automático das categorias utilizadas em países como Portugal, Espanha, Itália e Alemanha, devendo-se realizar uma adequação desses critérios à realidade e ordenamento jurídico brasileiro.

Num primeiro momento, é necessário definir as fronteiras entre os fatos a levar à conta como conhecimentos fortuitos, e aqueles como conhecimentos da investigação, os quais serão levados ao mesmo do fato investigado que legitimou o meio oculto de obtenção de prova, em decorrência das regras de conexão e continência. Num segundo momento, deve-se avaliar se o conhecimento fortuito implica (ou não) uma situação de flagrante delito. Caso estejam presentes os requisitos configuradores do flagrante, é dever de agir das autoridades policiais e seus agentes, o que ocorre mais comumente nas buscas domiciliares quando se está diante de um crime permanente. Assim, nessas situações, o conhecimento fortuito será válido, podendo ensejar a lavratura do auto de prisão em flagrante e a eventual apreensão do objeto fortuitamente descoberto.

Em não sendo o caso de flagrante delito, o conhecimento fortuito – consoante a legislação comparada – restringe-se ao efeito de *notitia criminis*, devendo ensejar a instauração de uma nova investigação criminal. De qualquer sorte, não é todo e qualquer conhecimento fortuito que pode servir como um *starter* de uma nova investigação. Neste ponto, também a legislação estrangeira estabelece alguns critérios, os quais – em certos aspectos – podem ser ajustados de acordo com o sistema processual penal brasileiro. Desse modo, em respeito ao princípio da especialidade da prova, o conhecimento fortuito, quando passível de valoração,deve ser limitado ao efeito de *notitia criminis*.

Portanto, os requisitos para a admissibilidade dos conhecimentos fortuitos como *notitia criminis* são os seguintes: a) imediata comunicação ao Juízo sobre a existência de um conhecimento fortuito; b) o delito relacionado à informação fortuitamente descoberta deve ser passível de investigação – no plano legislativo – mediante o respectivo meio de obtenção de prova (estar previsto no catálogo legal); e c) encaminhamento de toda a cadeia de pedido(s) de autorização judicial para uso da respectiva medida de obtenção de prova, da(s) respectiva(s) decisão(ões) judicial(is), bem como de todos os suportes técnicos das conversações, comunicações, eventuais filmagens e demais documentos relacionados.

4.4.2.1 Da imediata comunicação ao Juízo sobre a existência do conhecimento fortuito

O primeiro dos requisitos a ser cumprido no sentido de admitir que o conhecimento fortuito seja utilizado como fonte de uma *notitia criminis* é a sua imediata comunicação ao Juízo que autorizou a medida investigativa. Como ressaltam Gomes e Maciel[527] a serendipidade – seja de primeiro grau (conhecimento da investigação), seja de segundo grau (conhecimento fortuito) – ocorre sem autorização judicial específica, o que é vedado pelo ordenamento jurídico, por se tratar de restrição ao direito fundamental. Também Scarance Fernandes[528] apontou que a informação fortuitamente descoberta não está inserida no âmbito da autorização judicial.

Tal circunstância mostra-se inevitável na seara dos conhecimentos obtidos no curso da investigação preliminar que não guardam relação com o objeto da investigação, pois decorrentes da fortuidade, do acaso. Assim, justifica-se a imprescindibilidade da imediata comunicação ao Juízo que deferiu a medida investigativa, o qual deverá proferir decisão motivada para evitar que a (in)devida invasão ao direito fundamental do investigado persista sem que haja uma autorização específica para tanto, seja no âmbito dos conhecimentos da investigação ou dos conhecimentos fortuitos.

Como ensina Garcia Morello[529] os direitos fundamentais demandam uma singular rapidez em sua proteção, tendo em vista a especial posição que ocupam no ordenamento jurídico. Desse modo, caso esta proteção venha com atraso pode até se tornar inútil, pois, "*con frecuencia desaparece la situación misma que demandaba la protección del derecho, o se alcanza tal estado de cosas que la preservación del derecho o el restablecimiento en el mismo resulta del todo imposible*".

Nesse contexto, um fato notório, em todo o Estado de Direito, é que a responsabilidade de proteção dos direitos fundamentais recai aos órgãos do Poder Judiciário, de modo a fazer cessar eventual violação ao direito fundamental no caso concreto. "*Es a ellos quienes está constitucionalmente atribuida la función jurisdiccional, esto es, la de decir el derecho que corresponde a cada uno*".[530]

As sentenças proferidas pelo Tribunal Europeu de Direitos Humanos de 6 de setembro de 1978 (Caso Klass e outros), 2 de agosto de 1984 (Caso Malone) e 24 de abril de 1990

---

[527] GOMES; MACIEL; 2014, p.114.
[528] SCARANCE FERNANDES, 1997, p.48-70.
[529] GARCIA MORELLO, Joaquin. **La protección judicial de los derechos fundamentales.** Valencia: Tirant le BLANCH, 1994, p.44-5.
[530] *Ibid.*, p.46.

(Caso Kruslin) são nesse sentido, tratando da necessidade de uma nova manifestação judicial quando do surgimento de fatos que não guardem relação com o objeto legitimador da investigação. Nesses julgados, ressalta Alonso Pérez[531], considerou-se que:

> *Inmediatamente que aparezca en la intervención la comisión de otros delitos, deberá darse noticia al juez, y solo cabrá continuar con la medida bajo un nuevo auto judicial motivado específicamente la ordene para los nuevos hechos descubiertos, puesto que si se produce una divergencia entre el delito objeto de investigación y el que de hecho se investiga las intervenciones constituirán una injerencia no legítima.*

A jurisprudência dos Tribunais Superiores espanhóis – Tribunal Constitucional ou Tribunal Supremo – também tem se pronunciado no sentido de que os conhecimentos fortuitos – *descubrimientos ocasionales* – devem imediatamente ser comunicados ao juiz que autorizou a escuta para que a possível violação de direitos fundamentais cesse, proferindo-se uma nova decisão, por se considerar que, nesse momento, existe uma ingerência ilegítima.[532]

A STC 49/1996, de 26 de marzo, considerou haver violação do direito ao sigilo das comunicações, pois, amparado em uma autorização judicial para a investigação de um delito contra a saúde pública, mediante interceptação telefônica de pessoa determinada, foram investigados, durante um longo período de tempo, fatos e pessoas diversas. Assim,

> *sin poner en conocimiento del Juez que autorizo la primera intervención telefónica los nuevos hechos descubiertos, presuntamente constitutivos de un delito de cohecho, ocultando la Policía igualmente, a los sucesivos Jueces que intervinieron, estos hechos y la fuente de conocimiento de los mismos.*[533]

No mesmo sentido, Urbano Castrillo e Torres Morato[534] salientam as STS de 4 mayo 1994, 2 julio 1993 e 21 enero 1994, os quais tratam de fatos novos descobertos no curso de uma busca domiciliar. Nesses julgados, decidiu-se que quando há alguma descoberta que não guarde relação com a autorização judicial, o correto é colocar imediatamente o Juiz a par do ocorrido e aguardar a sua decisão, sendo, inclusive, reconhecida a nulidade da diligência caso não seja realizada a referida medida complementar.

Portanto, é necessário que a decisão sobre a valoração (ou não) dos conhecimentos fortuitos provenha do juiz competente titular do processo onde medida investigativa foi realizada. Salienta Rodrigues[535] que este pressuposto pode ser extraído do artigo 187, nº 8 do

---

[531] ALONSO PÉREZ, Francisco. **Medios de investigación en el proceso penal**. Madrid: Dykinson, 1999, p.324.
[532] *Ibid.*, p.323-5.
[533] *Ibid.*
[534] URBANO CASTRILLO; TORRES MORATO, 1997, p.187-8.
[535] RODRIGUES, 2012, p.142.

Código de Processo Penal português ao dispor que "*os suportes técnicos das conversações ou comunicações e os despachos que fundamentaram as respectivas intercepções são juntos, mediante despacho do juiz, ao processo em que devam ser usados como meio de prova, sendo extraídas, se necessário, cópias para o efeito*".

Esta decisão deve ser devidamente fundamentada, de fato e de direito, permitindo ao próprio juiz e aos destinatários da decisão perceberem e controlarem a racionalidade e legalidade da decisão e, dessa mesma forma, tornar efetivas as garantias de defesa dos afetados pela medida restritiva. Trata-se da reserva jurisdicional a qual impõe que todos os atos que contendam diretamente com os direitos fundamentais tenham de ser por autorizados pelo juiz competente, de modo a garantir a legalidade da restrição aos direitos, liberdades e garantias fundamentais.[536]

A comunicação ao juiz da ocorrência de um conhecimento fortuito (ou mesmo conhecimento da investigação) deve ser imediata, assegurando assim um controle judicial efetivo e consistindo num requisito de índole material da valoração dos conhecimentos que não guardem relação com a autorização judicial. Em caso de conhecimento da investigação, deverá o juiz, como analisado no título 4.3: a) proferir nova decisão – deferindo ou indeferindo – a redefinição da abrangência da investigação em relação aos novos fatos e suspeitos, evitando a indevida intromissão nos direitos fundamentais; e b) se houver suspeita de participação de pessoa com prerrogativa de função, toda a investigação deverá ser remetida ao juízo competente para que dê seguimento, considerando que as regras de conexão ou continência ensejam a unidade processual.

Em caso de conhecimento fortuito, deverá o juiz decidir sobre a possibilidade (ou não) desta informação ser utilizada como *notitia criminis* para uma nova investigação criminal, caso preenchidos os requisitos para sua valoração nestes moldes, na linha do que consta no artigo 187.7 do Código de Processo Penal português e 579-*bis* da *Ley de Enjuiciamiento* Criminal.

4.4.2.2 Da admissibilidade do meio de obtenção de prova em relação ao crime fortuitamente encontrado

O segundo requisito para admitir a valoração dos conhecimentos fortuitos é verificar se este se encontra no catálogo de crimes passível de uso do método oculto de investigação.

[536] RODRIGUES, 2012, p.143-4.

Em outras palavras, cabe perguntar se um delito fora do catálogo, que não se encontre em conexão ou continência com o delito que legitimou a investigação (ou seja, que não seja conhecimento da investigação), pode ser valorado, mesmo que na condição de *notitia criminis*.

Rodrigues[537] entende que não se pode admitir a valoração dos conhecimentos fortuitos para os delitos fora do catálogo. Em primeiro lugar, em sendo estendida a valoração dos conhecimentos fortuitos aos delitos que não sejam do catálogo, potencializam-se eventuais situações de abuso por parte das autoridades competentes para a investigação, que podem invocar um crime catálogo como base da medida, com o único intuito de descobrirem delitos fora desse mesmo catálogo e que, por conseguinte, não poderiam ser alvos autônomos de uma interceptação telefônica, por exemplo. Ou seja, abriria-se a possibilidade de interceptações de quase-prospecção, que visam não somente a descoberta de material probatório relacionado ao crime motivador da medida, mas também a descoberta de outros delitos completamente desligados do objeto do processo em investigação.

Em segundo lugar, ao estendermos a valoração dos conhecimentos fortuitos a ilícitos típicos que não pertencem ao catálogo desenhado pelo legislador, seria fazer com que a norma assim construída padecesse de uma inconstitucionalidade material, por violação do princípio da proporcionalidade na sua acepção da proibição de excesso. Isso, pois, a proporcionalidade no domínio das interceptações telefônicas vincula-se, entre outros vetores, à necessidade do crime em investigação, ou a investigar, apresentar uma certa gravidade, seja a mesma expressa através da medida legal da pena, seja expressa através de uma certa transcendência social do delito.[538]

Em outras palavras, no plano *lege ferenda*, o legislador decidiu – mediante um juízo de proporcionalidade entre a gravidade do crime e a violação aos direitos fundamentais - por vedar a realização de determinados métodos de investigação por uma mera "bagatela penal".[539] Portanto, não se pode admitir a utilização do material recolhido fortuitamente no curso da investigação preliminar em outro processo face a crimes que o legislador entendeu não terem suficiente dignidade para viabilizarem o uso do respectivo método investigativo, em observância ao princípio do menor gravame ao direito fundamental.

---

537 RODRIGUES, 2012, p.120-1.
538 *Ibid.*, p.121.
539 *Ibid.*

Conforme Valente[540], o princípio da proporcionalidade configura um eixo central que percorre as restrições aos direitos fundamentais admissíveis no sistema penal, vinculando o legislador no momento de decisão da intervenção penal e processual penal. Desse modo, sustenta a necessidade de uma sistematização gradual dos meios onerosos de obtenção de prova (sendo os de mais elevada danosidade social considerados a *ultima ratio* investigatória).

Admitir-se a valoração de um conhecimento fortuito nas mesmas condições, faria com que não existisse um equilíbrio entre, de um lado, o interesse na perseguição dos criminosos e a eficácia da investigação criminal e, de outro, os direitos, liberdades e garantias constitucionais restringidos no âmbito da persecução penal. Nessa perspectiva, conclui Rodrigues que, em sendo admitida a valoração dos conhecimentos fortuitos que não se enquadrem no catálogo legal do artigo 187 do Código de Processo Penal português, por não revestirem a dignidade penal suficiente para dele fazerem parte, verifica-se clara violação a proporcionalidade *stricto sensu*, pois a medida seria excessiva face aos valores a serem salvaguardados.[541]

Em terceiro lugar, ressalta Rodrigues[542] que a possibilidade de valoração dos conhecimentos fortuitos referentes aos crimes que não estejam no catálogo não possui fundamento legal no âmbito do processo penal português. Nesse sentido, salienta que, pela leitura do artigo 187.7 do Código de Processo Penal português, o legislador foi claro ao prescrever que apenas podem ser valorados os conhecimentos fortuitos que se reconduzam a um dos crimes do catálogo legal. Além disso, o rol de crimes constantes no artigo 187.1 é taxativo, sendo que as interceptações telefônicas somente podem ser autorizadas em relação aqueles tipos penais.

Também para Andrade[543], os conhecimentos ou dados obtidos através de escutas validamente realizadas só podem ser utilizados e valorados no contexto de outro processo penal se o fato descoberto – por si – justificasse o recurso às escutas telefônicas. Isto é, se também no processo para onde se pretende "exportar" os conhecimentos e dados se pudesse decretar a realização das escutas. A excepcionalidade da escuta telefônica deve ser tida em conta no plano de validação ou não dos conhecimentos fortuitos. Em suas palavras:

---

[540] VALENTE, 2013, p.442-3.
[541] RODRIGUES, 2012, p.121.
[542] *Ibid.*
[543] ANDRADE, 2009, p.173.

> No regime das escutas telefônicas é o catálogo que começa por avultar como primeira e instransponível barreira. Foi nele que o legislador plasmou e é através dele que começa a exprimir o seu juízo de ponderação e superação do conflito entre os interesses da investigação e os direitos fundamentais. O catálogo representa, pois, o primeiro padrão e medida da proporcionalidade querida pelo legislador e, como tal, imposta ao intérprete e aplicador. Não sendo, já o vimos, condição suficiente da legitimidade da realização das escutas e da sua valoração, o catálogo emerge invariavelmente como sua condição necessária.[544]

Com efeito, a Constituição Federal protege a intimidade, o sigilo das comunicações e a dignidade da pessoa humana, com vedação ao instituto da devassa, tratando-se de matéria sujeita à reserva de lei. No Brasil, a Lei 9.296/96 oferece escassas referências ao problema do conhecimento fortuito. Segundo seu artigo 9º, "a gravação que não interessar à prova será inutilizada por decisão judicial, durante o inquérito, a instrução processual ou após esta, em virtude de requerimento do Ministério Público ou da parte interessada",[545]não esclarecendo se trata da prova relacionada ao fato que ensejou a interceptação ou à prova de qualquer fato criminoso eventualmente revelado por ocasião da execução do mandado.[546]

O art. 2º, parágrafo único, da Lei nº 9.296/96 estabelece que "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".[547] Entretanto, a legislação brasileira não estabelece para a interceptação telefônica um catálogo taxativo de crimes nos quais ela pode ser autorizada, bastando que o delito seja apenado com reclusão, além de outros requisitos fático-probatórios exigidos.

Portanto, tomando como referência a atual legislação brasileira, caso o conhecimento fortuito obtido tiver relação com um crime apenado com detenção, nem como *notitia criminis* de uma nova investigação será possível o uso dessa informação. Isso porque, nos termos do artigo 2º, inciso III, da Lei de Interceptações Telefônicas, é vedado o uso deste meio de obtenção de provas quando a investigação tiver como objeto delito apenado com detenção, como no caso, por exemplo, dos crimes licitatórios.

---

[544] ANDRADE, 2009, p.177. Há exigência de um "estado de necessidade investigatório"? Segundo ainda o autor, não basta, para que possa proceder-se à valoração dos conhecimentos fortuitos, que os mesmos se insiram no catálogo legal de crimes para os quais a escuta telefônica é legalmente admissível. É necessário atualizar também em sede de valoração, o juízo de proporcionalidade que preside o regime das escutas telefônicas. Ou seja, é necessário fazer intervir a ideia de concordância prática que dá sentido ao regime legal das escutas telefônicas e que seguramente não contendem apenas com a gravidade do delito, mas também com um conjunto integrado de exigências, como o grau de suspeita e a própria urgência criminalística da medida. Assim sendo, é necessário submeter a valoração dos conhecimentos fortuitos a um juízo hipotético de intromissão, para se saber se aquele crime, em que se traduz dito conhecimento, tem a virtualidade de por si só motivar uma interceptação telefônica de forma independente. (*Id*, 1992, p.310).

[545] BRASIL. **Lei nº 9.296/96**. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/L9296.htm Acesso em: 30 out. 2016.

[546] KNIJNIK, 2007, p.81-3.

[547] *Ibid*.

Trata-se de uma opção legislativa em observância ao princípio da proporcionalidade, pois no plano da *lege ferenda* processual, a construção político-criminal foi no sentido de que a proteção dos direitos fundamentais da intimidade e sigilo das comunicações deve-se sobrepor – em todos os casos – à persecução criminal dos crimes com pena de detenção. Nesse contexto, evidente que se faz necessário (re)pensar a abrangência das interceptações telefônicas no Brasil para, em conjunto com os demais meios de obtenção de prova, estabelecer-se uma sistemática que respeite o princípio do menor gravame ao direito fundamental na persecução criminal, evitando-se o uso indiscriminado das medidas.

Na mesma lógica, a Lei nº 12.850/13 "define organização criminosa e dispõe sobre a investigação criminal, os meios de obtenção da prova, infrações penais correlatas e o procedimento criminal".[548] Assim, os métodos de investigação previstos nesse diploma legal são aplicáveis apenas na *persecutio criminis* das organizações criminosas e infrações penais correlatas. Em outras palavras, se a descoberta causal não tiver relação com a organização criminosa ou com as infrações correlatas, bem como o meio de obtenção de prova deferido judicialmente não for cabível na investigação do crime achado fortuitamente, nem como *starter* esta informação poderá ser utilizada.

Ou seja, não é qualquer conhecimento fortuito idôneo o suficiente para determinar a instauração de uma nova investigação criminal. Somente poderá servir como *starter* se – tendo como referência o princípio da legalidade – a legislação permite o uso do determinado método de investigação criminal à espécie delitiva fortuitamente descoberta.

Toda a discussão sobre o compartilhamento de provas obtidas no curso da investigação criminal através dos métodos de obtenção de prova (interceptação telefônica, agente infiltrado, captação ambiental de sinais eletromagnéticos, ópticos ou acústicos, quebra de sigilo bancário, entre outros) que implicam na violação de um direito fundamental, deve-se ter como ponto de partida o princípio da especialidade da medida investigativa.

Ocorre que inexiste regulamentação da matéria no direito brasileiro, sendo que se verifica um verdadeiro decisionismo processual no âmbito dos Tribunais Superiores

[548] BRASIL. **Lei nº 12.850/13.** Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/L9296.htm>. Acesso em: 23 set. 2016.

brasileiros. Tanto o Supremo Tribunal Federal[549], como o Superior Tribunal de Justiça[550] tem permitido o compartilhamento irrestrito de provas produzidas durante uma investigação criminal – inclusive quando obtidas através de recursos que acarretam restrições aos direitos fundamentais (intimidade, vida privada, sigilo telefônico e de correspondência, entre outros) - sob o argumento de que é suficiente a licitude no momento de sua produção, para atender ao eficientismo e a economia processual e sem observar o princípio da especialidade da prova.

---

[549] No julgamento do HC 102293/RS (Dj 24/05/2011), a Segunda Turma do Supremo Tribunal Federal já decidiu que os elementos informativos de uma investigação criminal, ou as provas colhidas no bojo de instrução processual penal, desde que obtidos mediante interceptação telefônica devidamente autorizada por Juízo competente, admitem compartilhamento para fins de instruir procedimento criminal ou mesmo procedimento administrativo disciplinar contra os investigados.Na Questão de Ordem na petição 3683/MG (Dj 13/08/2008), o Tribunal Pleno decidiu que dados obtidos em interceptação de comunicações telefônicas, judicialmente autorizadas para produção de prova em investigação criminal ou em instrução processual penal, bem como documentos colhidos na mesma investigação, podem ser usados em procedimento administrativo disciplinar, contra a mesma ou as mesmas pessoas em relação às quais foram colhidos, ou contra outros servidores cujos supostos ilícitos teriam despontado à colheita dessas provas. No julgamento dos Inquéritos 2424/RS (Dj 20/06/2007) e 2245/MG (Dj 28/08/07), o Tribunal Pleno decidiu que em havendo autorização judicial para a interceptação telefônica e escuta ambiental para fim de investigação criminal, pela suspeita de delitos cometidos por autoridades e agentes públicos, tais dados podem ser utilizados em procedimento administrativo disciplinar, contra outros servidores, cujos eventuais ilícitos administrativos teriam despontado à colheita dessa prova. Por outro lado, no julgamento do Inquérito Policial nº 3014/PR (Dj 13/12/12), decidiu o Tribunal Pleno do Supremo Tribunal Federal que se mostra inadequado o compartilhamento de prova que, no campo da exceção, implicou interceptação telefônica determinada por órgão judicial para efeito específico em investigação criminal, consoante dispõe o inciso XII do artigo 5º da Constituição Federal . (BRASIL. **Supremo Tribunal Federal**. Disponível em: <http://www.stf.jus.br/ portal/ jurisprudencia/>. Acesso em: 25 abr. 2016).

[550] No âmbito do Superior Tribunal de Justiça, também tem se admitido o compartilhamento de provas obtidas no curso de uma investigação criminal, inclusive quando o recurso utilizado implica em violação aos direitos fundamentais (como, por exemplo na interceptação telefônica) em processos administrativos disciplinares, conforme julgamento do MS 17.355/DF (Dj 12.03.2014). Ainda, no julgamento do HC 69.552/PR (Dj 15.05.2007), o entendimento foi no sentido da possibilidade de valoração dos encontros fortuitos, quando informam a ocorrência de crime futuro, mesmo que não tenha com o fato investigado. No julgamento do MS 13.501/DF (Dj 10.12.2008), a Terceira Seção do Superior Tribunal de Justiça decidiu pela admissibilidade da prova emprestada da ação penal em processo administrativo disciplinar, consubstanciada na utilização de extratos de escutas telefônicas colhidas que teriam embasado a conclusão da comissão processante, porquanto tal prova foi produzida nos termos da Lei n. 9.296/96. Por outro lado, no julgamento do RHC 41.532/PR (11.02.2014), a sexta turma entendeu que os dados obtidos pela Receita Federal com fundamento no art. 6º da LC 105/2001, mediante requisição direta às instituições bancárias no âmbito de processo administrativo fiscal sem prévia autorização judicial, não podem ser utilizados no processo penal, sobretudo para dar base à ação penal. Há de se ressaltar que não está em debate a questão referente à possibilidade do fornecimento de informações bancárias, para fins de constituição de créditos tributários, pelas instituições financeiras ao Fisco sem autorização judicial – tema cuja repercussão geral foi reconhecida no RE 601.314-SP, pendente de apreciação. Discute-se se essas informações podem servir de base à ação penal. (BRASIL. **Superior Tribunal de Justiça**. Disponível em: <http://www.stj.jus.br/SCON/>. Acesso em: 25 abr. 2016).

4.4.2.3 Do encaminhamento da cadeia de pedido(s) de autorização judicial para uso da respectiva medida de obtenção de prova, da(s) respectiva(s) decisão(ões) judicial(is), bem como de todos os suportes técnicos das conversações, comunicações, eventuais filmagens, e demais documentos relacionados

O terceiro requisito para a admissibilidade do conhecimento fortuito como *notitia criminis* deve ser estabelecido com o objetivo comprovar, nos autos para onde as informações foram "exportadas", que a medida investigativa utilizada foi lícita. Ou seja, não basta que os conhecimentos fortuitos sejam "exportados" para outro processo, é preciso que sejam encaminhados os documentos comprobatórios de que se tratam de provas obtidas por meios lícitos, sem qualquer violação às proibições de prova.

Além disso, o encaminhamento da cadeia de pedido(s) de autorização judicial para uso da respectiva medida de obtenção de prova, da(s) respectiva(s) decisão(ões) judicial(is), bem como de todos os suportes técnicos das conversações, comunicações e eventuais filmagens propicia o exercício da ampla defesa e a perfectibilização do contraditório no novo processo, de modo a ensejar a possibilidade da defesa questionar todos os elementos que ensejaram o conhecimento fortuito.

Nesse contexto, vale repisar a previsão contida no artigo 187, nº 8 do Código de Processo Penal português, o qual preceitua que:

> *Os suportes técnicos das conversações ou comunicações e os despachos que fundamentaram as respectivas intercepções são juntos, mediante despacho do juiz, ao processo em que devam ser usados como meio de prova, sendo extraídas, se necessário, cópias para o efeito.*[551]

Ou seja, na sistemática processual portuguesa, a informação obtida por meio de interceptação telefônica, ao ser trasladada para outro processo, deverá ser acompanhada de todos os suportes técnicos e decisões autorizativas, de modo a demonstrar o respeito às regras do devido processo legal no momento de sua produção.

Em decorrência do princípio da presunção de inocência, as regras de tratamento do imputado devem estar pautadas no *in dubio pro reo*. Assim, ao imputado não lhe incumbe provar absolutamente nada, existindo uma presunção que deve ser destruída pelo acusador, pois lhe incumbe integralmente a carga probatória, acarretando a inadmissibilidade de qualquer presunção de culpa.

---

[551] PORTUGAL. **Código de Processo Penal**. Disponível em: <http://www.pgdlisboa.pt/leis/lei_mostra_ articulado. php?nid=199&tabela=leis>. Acesso em: 23 out. 2016.

Portanto, para que possa ser afastado o princípio da presunção de inocência, deve o órgão acusatório demonstrar, no curso do processo e sob o crivo do contraditório, a materialidade e a autoria do fato criminoso imputado ao acusado. Mais que isso, também é dever do órgão acusatório respeitar as proibições de prova (artigo 5º, inciso LVI), não podendo se valer de provas obtidas por meios ilícitos para derrubar a presunção de inocência que deve imperar no curso de todo o devido processo legal.

Nesse sentido, em havendo dúvida quanto à (i)licitude da origem da prova – em decorrência lógica do princípio da presunção de inocência e do *in dubio pro reo* – esta deve ser solucionada em favor do acusado. Logo, como consequência da imposição da carga probatória ao acusador é, também, sua responsabilidade comprovar que tais provas foram obtidas por meio lícito.

Dessa forma, no momento em que a prova obtida por meio dos métodos ocultos de investigação for transportada na condição de conhecimento fortuito, mesmo que para fins de *starter* de uma nova investigação, deve estar demonstrada nos autos do novo processo a sua origem lícita, mediante o encaminhamento da cadeia de pedido(s) de autorização judicial para uso da respectiva medida de obtenção de prova, da(s) respectiva(s) decisão(ões) judicial(is), bem como de todos os suportes técnicos das conversações, comunicações e eventuais filmagens.

Por outro lado, somente com o cumprimento do requisito em questão será possível o exercício da ampla defesa e a perfectibilização do contraditório, em se tratando dos métodos ocultos de investigação, os quais possuem regramentos específicos. Em tais situações, o contraditório judicial é comumente exercido na forma diferida, vale dizer, após a instauração da fase judicial, com os elementos de prova já constantes dos autos do processo. Dessa forma, deve ser grande a preocupação com as regras que irão nortear o contraditório quanto aos elementos que – produzidos no curso da investigação preliminar - são irrepetíveis na fase judicial, como as provas obtidas por meio de interceptações telefônicas, quebras de sigilo fiscal, bancário e telefônico, infiltração, ação controlada e outras.

O exercício do contraditório nesses casos deve ser assegurado de modo a possibilitar o uso de todos os meios a ele inerentes, mesmo que posteriormente à sua produção. Nessa perspectiva, ao acusado, por meio de sua defesa técnica indispensável à higidez do processo e ao devido processo legal, deverá ser oportunizado a possibilidade de a) arguir a eventual ilicitude do respectivo meio de obtenção de prova, seja pela ausência dos requisitos legais para sua admissibilidade, seja por eventuais ilegalidades na execução da medida probatória; e

b) contrapor ou contraprovar o conteúdo dos elementos de prova produzidos na investigação preliminar, em sede de contraditório judicial.

Portanto, para que a defesa possa suscitar eventual ilicitude da prova nos autos em que o conhecimento fortuito será transladado, de modo a contestar a origem de todo o processo, é imprescindível que todo o material referente ao uso do meio de obtenção de prova seja disponibilizado à defesa. Enfim, somente com amplo acesso a todas as informações e elementos produzidos na fase preliminar, o contraditório poderá ser perfectibilizado no curso da fase judicial, ao viabilizar todas as possibilidades da defesa contestar a licitude da prova produzida, bem como para que o julgador possa decidir – de acordo com seu livre convencimento motivado – se a prova produzida é ou não ilícita.

5 COMPARTILHAMENTO DE PROVAS NO PROCESSO PENAL: ESTABELECENDO PARÂMETROS E LIMITES

5.1 A PROBLEMÁTICA DO COMPARTILHAMENTO IRRESTRITO DE PROVAS NA JURISPRUDÊNCIA BRASILEIRA: NECESSIDADE DA DEFINIÇÃO DE PARÂMETROS E LIMITES

As situações concretas que envolvem a discussão sobre o compartilhamento de provas não se restringem aos conhecimentos fortuitos e conhecimentos da investigação obtidos no curso da execução de um método de obtenção de prova. O compartilhamento de informações obtidas durante a investigação preliminar não tem se restringido apenas aos processos penais, sendo corriqueiros os casos enfrentados pela jurisprudência brasileira em que as provas obtidas no curso da investigação preliminar são exportadas para processos de natureza distinta (improbidade administrativa, matéria eleitoral ou civil, por exemplo).Portanto, os *standards* para se estabelecer os limites ao compartilhamento de provas devem ir além da discussão travada em torno dos conhecimentos fortuitos.

Inclusive, em várias das situações verificadas na jurisprudência brasileira, as informações são obtidas através do uso dos métodos ocultos de obtenção de prova, os quais dependem de reserva legal e jurisdicional, bem como estão sujeitos aos princípios da especialidade da prova e do menor gravame ao direito fundamental do investigado no curso da persecução criminal, geram situações problemáticas sob o ponto de vista dos direitos fundamentais do investigado/acusado.

Ocorre que o direito processual penal brasileiro além de não possuir legislação específica para delimitar os conhecimentos da investigação e os conhecimentos fortuitos, bem como as hipóteses e requisitos em que será admissível o compartilhamento dessas provas, tampouco enfrenta a temática daquelas provas exportadas (ou importadas) do (ou pelo) processo penal para (ou de) processos de natureza diversa.

Nesse contexto de ausência de parâmetros normativos, a jurisprudência do Supremo Tribunal Federal tem admitido de forma irrestrita o compartilhamento de provas, tanto entre processos de natureza penal (homogêneo) como processos de natureza distinta (heterogêneo).

Em relação à temática dos conhecimentos fortuitos, como já exposto, nos anos de 2001 e 2004, o Tribunal Pleno do Supremo Tribunal Federal, no julgamento do HC 81.260/ES (DJ 14/11/2001) e HC 83.315/RS (DJ 16/09/2004) decidiu pela possibilidade de uso da prova obtida através de interceptação telefônica devidamente autorizada, quando

indicasse fatos diversos daqueles que motivaram a medida, mesmo que não pertencessem ao catálogo de crimes nos quais a legislação brasileira admite a sua realização, pois punidos com detenção.[552]

Posteriormente, no ano de 2010, a jurisprudência da Suprema Corte brasileira se posicionou no sentido de admitir indiscriminadamente os conhecimentos fortuitos, quando do julgamento do AgReg 761.706 (DJ 06/04/10), referindo que "o entendimento é no sentido da legitimidade da utilização das informações obtidas por intermédio da interceptação telefônica para se apurar delito diverso daquele que deu ensejo a diligência".[553]

E, mais recentemente, no julgamento do HC 106.152/MS (DJ 29/03/16) e do Inq 3.732/DF (DJ 08/03/16), a nossa Corte Constitucional decidiu que, na hipótese do método especial de investigação ter sido validamente autorizado, a descoberta fortuita por ele propiciada, mesmo que de crimes que não os inicialmente previstos, deve ser considerada válida e as provas obtidas passíveis de valoração no processo penal.

Também tem sido muito discutida a aplicabilidade do instituto da colaboração premiada no âmbito do processo penal brasileiro. Em se tratando dos conhecimentos fortuitos obtidos por meio da colaboração premiada, no julgamento do Inq 3732/DF (DJ 08/03/16) e Inq 4130 QO/PR (DJ 23/09/15), o Supremo Tribunal Federal enfrentou a matéria. Nesses julgados, o entendimento foi no sentido de que os elementos de informação trazidos pelo colaborador a respeito de crimes que não sejam conexos ao objeto da investigação primária devem receber o mesmo tratamento conferido à descoberta fortuita ou ao encontro fortuito de provas em outros meios de obtenção de prova, como a busca e apreensão e a interceptação telefônica.

Em se tratando da admissibilidade do compartilhamento das provas produzidas no âmbito do processo penal com procedimentos de natureza distinta, o Supremo Tribunal Federal igualmente já assentou a admissibilidade do empréstimo, conforme se verifica, exemplificativamente, no julgamento dos Inq 3305 AgR/RS (DJ 23/02/2016), RMS 28774 / DF (DJ 22/09/2015), HC 102293/RS (DJ 24/05/11)eInq 424/RJ-QO (DJ 24/8/2007), não obstante tratarem-se de métodos de investigação invasivos aos direitos fundamentais do

---

[552] Nesse sentido foi a decisão do Tribunal Pleno do Supremo Tribunal Federal no julgamento do *habeas corpus* nº 83.515/RS, ao argumentar que "Uma vez realizada a interceptação telefônica de forma fundamentada, legal e legítima, as informações e provas coletas dessa diligência podem subsidiar denúncia com base em crimes puníveis com pena de detenção, desde que conexos aos primeiros tipos penais que justificaram a interceptação". (BRASIL. Supremo Tribunal Federal. **HC nº 83.515**. Disponível em: <http://www.stf.jus.br/portal/jurisprudencia/pesquisarJurisprudencia.asp>. Acesso em: 23 nov. 2016).

[553] *Id*. Supremo Tribunal Federal. **AgReg nº 761.706**. Disponível em: <http://www.stf.jus.br/portal/jurisprudencia/pesquisarJurisprudencia.asp Acesso em: 23 nov. 2016).

cidadão (como, por exemplo, a interceptação telefônica), com destinação específica à persecução criminal.

Tais precedentes denotam a ausência de limites para o compartilhamento de provas no âmbito da jurisprudência, sendo imprescindível uma reflexão mais profunda com o objetivo de evitar arbitrariedades que afetam diretamente os direitos fundamentais consagrados como cláusulas pétreas. Tendo como referência, por exemplo, o artigo 5º, inciso XII, da Constituição Federal, verifica-se a consagração da inviolabilidade do sigilo das comunicações telefônicas, a qual somente poderá ser afastada para fins de investigação criminal ou instrução processual penal. A Lei nº 9.296/96, em seu artigo 1º, também estabelece que a interceptação telefônica somente poderá ser utilizada para fins de investigação criminal e instrução processual.[554]

No mesmo sentido, a Lei nº 12.850/13 dispõe sobre os meios de obtenção de prova e investigação criminal no âmbito dos crimes cometidos pelas organizações criminosas e infrações penais correlatas. Além disso, o §2º do artigo 1º dispõe que a referida legislação também se aplica: a) às infrações penais previstas em tratado ou convenção internacional quando, iniciada a execução no País, o resultado tenha ou devesse ter ocorrido no estrangeiro, ou reciprocamente; b) às organizações terroristas, entendidas como aquelas voltadas para a prática dos atos de terrorismo legalmente definidos.[555]

Portanto, a legislação constitucional e infraconstitucional estabelece um limite taxativo para a utilização e destinação das informações obtidas por meio dos métodos ocultos de obtenção de prova ou, em outras palavras, verdadeiras proibições de provas que devem ser respeitadas no momento da investigação preliminar e da persecução penal, razão pela qual a admissibilidade irrestrita do seu compartilhamento configura uma distorção dos parâmetros previamente estipulados pelo legislador no momento da opção legislativa.

Assim, a eventual importação/exportação de provas obtidas por meio dos métodos que acarretam violação aos direitos fundamentais deve ser tratada com maior rigor no âmbito processual penal, justamente para ser evitada a usurpação dos limites legais por uma via transversa, vale dizer, o compartilhamento de provas. Isso, pois, o uso de provas obtidas por métodos que dependem de autorização judicial e que possuem destinação específica à persecução criminal -por exemplo – em sede de ação de improbidade administrativa, deve ser vedado, pois configura uma proibição de prova estabelecida pelo legislador. Ou seja, o

---

[554] BRASIL. **Lei nº 9.296/96**. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/L9296.htm>. Acesso em: 25 abr. 2016.

[555] *Id.* **Lei nº 12.850/13.** Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_ato2011-2014/2013/lei/l12850.htm>. Acesso em: 23 set. 2016.

legislador vedou o uso de determinados métodos de obtenção de prova em processos de natureza não penal, através de juízos de proporcionalidade entre o gravame ao direito fundamental acarretado pelo crime e a dignidade penal da respectiva conduta típica, de modo a preservar os direitos fundamentais que somente podem ceder diante das hipóteses taxativas previamente definidas pelo legislador.

Além disso, o compartilhamento de provas obtidas por meio dos métodos ocultos de investigação deve observar o princípio da especialidade da prova, até porque a legislação constitucional e infraconstitucional, com o objetivo de tutelar os direitos fundamentais dos indivíduos, delimita a possibilidade de uso na investigação criminal e instrução processual penal de crimes determinados, sendo vedadaa sua valoração fora desses casos, vale dizer, em delitos que não estejam previstos no catálogo ou mesmo em processos de natureza distinta. Como frisado, existe uma verdadeira proibição de prova que restringe e delimita a utilização dos métodos de investigação invasivos aos direitos fundamentais.

Portanto, a problemática do compartilhamento de provas (seja homogêneo ou heterogêneo) requer uma análise mais aprofundada em comparação ao que tem sido feito pela Suprema Corte brasileira, pois deve ser levado em consideração a natureza do meio de obtenção de prova que resultou nas informações que serão importadas ou exportadas (se há ou não violação aos direitos fundamentais no momento de sua obtenção), devendo ser respeitado o princípio da especialidade aplicável aos métodos ocultos de obtenção e o menor gravame ao direito fundamental.

Além disso, deve ser observado o procedimento tomado para fins de preservação do contraditório, o qual é peculiar para cada espécie de prova. A partir disso, passa-se a estabelecer os respectivos critérios para admissibilidade do compartilhamento de provas, sem que seja afrontada a proibição previamente estabelecida pelo legislador, bem como respeitando os direitos fundamentais consagrados.

A doutrina brasileira, por sua vez, discute a matéria a partir das categorias da prova emprestada, estabelecendo requisitos para a sua validade, os quais podem ser aproveitados para a definição de marcos iniciais dos limites referentes ao compartilhamento de provas. Entretanto, tais critérios são insuficientes quando se está tratando da circulabilidade das provas obtidas através dos métodos ocultos de investigação, que estão regidos pelo princípio da especialidade da prova e do menor gravame ao direito fundamental do investigado. O que se verifica, em resumo, é uma lacuna doutrinária, além da ausência de previsão legislativa na seara processual penal, o que resulta em decisões judiciais que não enfrentam a matéria com a profundidade necessária, acarretando uma sensação de insegurança jurídica, na medida em

que não se sabe qual a extensão dos efeitos que uma determinada prova pode abranger, não obstante os limites estabelecidos pelo legislador.

Nas palavras de Ávila[556], o cidadão possui o direito fundamental de, no mínimo, ter razoável cognoscibilidade e previsibilidade em relação aos limites de atuação dos Poderes Públicos - seja o Executivo, Legislativo, Judiciário e, também, o Ministério Público – bem como as possíveis consequências e sanções dos comportamentos praticados. Ocorre que, caso não sejam definidos limites claros para as hipóteses de admissibilidade do compartilhamento de provas obtidas no âmbito do processo penal, está-se diante de uma situação que gera uma inegável sensação de insegurança jurídica, tendo em vista a imensurável repercussão que estas informações podem gerar nas mais variadas esferas de responsabilidade jurídica, extravasando as finalidades específicas previamente estabelecidas pelo legislador.

A segurança jurídica deve ser vista como um direito fundamental no Estado Democrático de Direito, de modo a nortear a atuação dos Poderes do Estado. Para Ávila[557] a segurança jurídica deve ser examinada primordialmente na qualidade de norma jurídica da espécie "princípio", isto é, como prescrição dirigida aos Poderes Legislativo, Judiciário e Executivo, de modo a determinar a busca de estado de confiabilidade e de calculabilidade do ordenamento jurídico com base na sua cognoscibilidade. Trata-se, pois, de um conceito normativo, indicador de propriedades determinadas e que remete a estados de fato a serem realizados.

O objeto do princípio da segurança jurídica é a configuração de um direito como instrumento para realização de princípios ou de direitos, consistindo numa espécie de "direito-garantia".[558]Assim, a segurança jurídica, dirigida não apenas aos Poderes Executivo, Legislativo e Judiciário, mas também ao Ministério Público, consiste no respeito a uma norma geral, legal ou regulamentar, a um ato administrativo ou a uma decisão administrativa ou judicial, os quais devem estar pautados nos ideais de confiabilidade e de calculabilidade,

---

[556] ÁVILA, Humberto. **Segurança Jurídica**: entre permanência, mudança e realização no Direito Tributário. São Paulo: Malheiros, 2011, p.112-3.

[557] Princípios jurídicos são aquelas normas que estabelecem um estado ideal de coisas para cuja realização é necessária a adoção de comportamentos que provocam efeitos que contribuem para sua promoção. Daí se afirmar que eles envolvem um fim (estado de coisas) e meios (condutas necessárias à sua promoção), em outras palavras, a segurança jurídica estabelece um fim do Direito. (*Ibid.*, p.112-3).

[558] *Ibid.*, p.120.

baseados na sua cognoscibilidade.[559]

Nesse contexto, o cidadão deve poder prever não apenas as consequências jurídicas dos atos que praticou, pratica ou venha praticar, mas também dos que pudesse imaginariamente vir a praticar. E isso porque a calculabilidade do cidadão deve envolver, precisamente, a capacidade de verificar as linhas de ação de modo a poder melhor escolher aquilo que ele vai, ou não, fazer.[560]

Portanto, a existência de um mínimo de segurança jurídica, de previsibilidade e cognoscibilidade –inclusive na atuação dos Poderes Executivo, Legislativo, Judiciário e Ministério Público – sobretudo no direito penal ou processual penal, consiste num direito fundamental do cidadão, o que justifica a imprescindibilidade de que sejam estabelecidos limites para o compartilhamento de provas, diante do cenário jurisprudencial que atualmente se enfrenta. Isso abrange a definição de limites claros às regras de procedimento, de modo a, ao mesmo tempo, tornar legítima a atuação estatal na persecução penal e evitar arbitrariedades e violações aos direitos fundamentais consagrados.

Conforme Valente[561] a obtenção e circulação da prova criminal é, *prima facie*, uma preocupação dos penalistas, dos constitucionalistas e de todo e qualquer cidadão europeu, quer no plano do direito interno, quer no plano do direito europeu, quer no plano do direito

---

[559] Ao se questionar acerca do conteúdo da segurança jurídica, Ávila ressalta a superação de preceitos do Estado de Direito, estritamente vinculados ao positivismo e (re)define algumas categorias que derivam do princípio da segurança jurídica com o intuito de demonstrar que não se trata de uma "ilusão" ou "quimera". Pelo contrário, consiste num "direito-garantia" que norteia o ordenamento jurídico estatal no cumprimento de seu papel instrumental, nas seguintes dimensões: (a) dimensão estática e atemporal, pela a substituição do termo determinabilidade (certeza absoluta) por "cognoscibilidade" ou "compreensibilidade", consistente na capacidade, formal ou material, de conhecimento de conteúdos normativos possíveis de um texto legal ou de práticas argumentativas destinadas a reconstruí-los, abrangendo aspectos materiais relativos à acessibilidade do conteúdo (como publicação e intimação) e a sua inteligibilidade (como clareza e determinabilidade); (b) em uma perspectiva dinâmica e intertemporal, com vista ao passado, a segurança jurídica não pode ser compreendida sob a forma pejorativamente empregada nas expressões "imutabilidade do direito" ou "petrificação do direito", a qual o vincularia o direito futuro ao direito passado. Mas sim, como exigência de "estabilidade na mudança", isto é, como a proteção de situações subjetivas já garantidas individualmente e a exigência de continuidade do ordenamento jurídico por meio de regras de transição e de cláusulas de equidade. Nesse contexto, inclusive, Ávila refere que a palavra mais consistente para denotar esse sentido é "confiabilidade", compreendida como a exigência de um ordenamento jurídico protetor de expectativas e garantidor de mudanças estáveis, ou ainda, uma estabilidade ou racionalidade da mudança que evite alterações violentas e não uma imutabilidade. (c) em uma perspectiva dinâmica e intertemporal, com vista ao futuro, ressalta Ávila que não se pode desejar a total antecipação de todas as consequências jurídicas da conduta (própria ou alheia), que se denotam pelos termos "previsibilidade" e "certeza absoluta". No entanto, pode-se sustentar que a segurança jurídica apenas exige elevada capacidade de prever as consequências jurídicas de atos ou fatos pela maioria das pessoas, podendo-se, em larga medida, antecipar alternativas interpretativas e efeitos normativos de normas jurídicas, sendo mais correto se falar em "calculabilidade" e não "previsibilidade". Desse modo, calculabilidade significa a capacidade do cidadão prever, em grande medida, os limites da intervenção do Poder Público sobre os atos que pratica, conhecendo antecipadamente o âmbito de discricionariedade existente para os atos estatais. (ÁVILA, 2011, p.123-6).

[560] *Ibid.*, p.144.

[561] *Ibid.*, p.168-9.

internacional e, incisivamente, no plano das normas de cooperação judiciária e policial. Isso, pois, a obtenção da prova, num processo penal do futuro, deve estar enraizada nos princípios estruturantes do processo penal no Estado Democrático de Direito – desde o princípio do acusatório até a dignidade humana. Dessa forma, os atos que eventualmente colidam com os direitos fundamentais devem ser de autorização de juiz (reserva jurisdicional) – independente e imparcial, sereno e sem o calor emocional da investigação e perseguição criminal.

Ressalta Knijnik[562] que o oferecimento, em um processo, de provas produzidas em outro é muito comum, o que a doutrina costuma situar no plano da chamada prova emprestada. Contudo, ressalta que, no processo penal contemporâneo, a questão se projeta além desses domínios, tendo em vista a utilização de provas invasivas aos direitos fundamentais. Dessa forma, questiona, em perspectiva mais ampla, se existe uma livre circulabilidade das provas entre os diversos procedimentos. Knijnik[563] declara que:

> O problema é delicado porque tal circulação desvia a finalidade originária do uso de determinadas informações privadas. Pense-se, por exemplo, no artigo 3º da Lei Complementar nº 105/2001, segundo o qual "serão prestadas pelo Banco Central do Brasil, pela Comissão de Valores Mobiliários e pelas instituições financeiras as informações ordenadas pelo Poder Judiciário, preservado o seu caráter sigiloso mediante acesso restrito às partes, que delas não poderão servir-se para fins estranhos à lide." Podem tais informações circularem, sendo aproveitadas em outros procedimentos?
> Mas não fica por aí o problema do "trânsito das provas". Há um sem-número de conhecimentos fortuitos obtidos em diligências probatórias: valendo-se de um mandado para recolher documentos tributários, são colhidas evidências, por exemplo, de um crime contra a administração pública. Na verdade, em princípio, não há impedimento para que se empregue, num processo, prova colhida em outro. Contudo, algumas situações merecem melhor análise.

Como se vê, a circulabilidade das provas merece uma análise aprofundada, sobretudo considerando os novos métodos de obtenção de provas invasivos aos direitos fundamentais. Para que sejam respeitados os princípios estruturantes do Estado Democrático de Direito, a circulação da prova deverá estar sujeita a rígidas balizas informadoras e limitativas de intervenção dos operadores judiciários, as quais devem ser capazes de evitar os abusos e as ingerências nos direitos fundamentais tais como a reserva da intimidade da vida privada, a inviolabilidade das telecomunicações, a palavra, a imagem, a honra.

De acordo com Valente[564]:

---

[562] KNIJNIK, 2007, p.77.
[563] *Ibid.*, p.77-8.
[564] VALENTE, 2008, p.168-9.

> *A cooperação judicial e policial não pode ser a ponte para se destronar o homem-sujeito e elevar o homem-objecto, típico dos Estados polícia ou de políticas caracterizadas pelo lema máxima segurança. Esta não pode ser absolutizada ou os seus instrumentos legais e materiais serem de tal modo exacerbados que se cristalize o dogma da segurança interna e internacional.*

Conforme Andrade[565] existe a necessidade de um enfrentamento no âmbito legislativo da problemática do compartilhamento de provas - ou "importação" e "exportação" de meios e forças probatórias entre o processo de referência e os plúrimos, seja de índole processual penal ou outra. Por esta via, é possível oferecer à doutrina e à jurisprudência os alicerces para a construção de um sistema dogmático que, sem prejuízo da irredutível abertura e plasticidade, permitisse equacionar e enquadrar, com segurança e a igualdade possíveis, os casos concretos enfrentados.

Nesse contexto, deve-se ter em vista que os critérios que delimitam as hipóteses de prova emprestada são insuficientes quando estamos tratando dos métodos ocultos de investigação (interceptação telefônica, infiltração, delação premiada, busca e apreensão), em virtude da invasão aos direitos fundamentais do investigado. Assim, é necessário o estabelecimento de requisitos específicos que observem as peculiaridades decorrentes desses métodos de obtenção de prova, de modo que haja um mínimo de previsibilidade em relação aos procedimentos que podem ser tomados no âmbito da matéria penal e processual penal, bem como os limites de alcance das informações obtidas no curso da investigação preliminar.

5.2 PROVA EMPRESTADA: CONCEITO, FORMA E REQUISITOS DE ADMISSIBILIDADE

Aas categorias jurídicas relativas à prova emprestada podem auxiliar na definição de alguns dos critérios delimitadores do compartilhamento estudado no processo penal contemporâneo sob uma perspectiva mais ampla. Ocorre que os estudos sobre a prova emprestada não se aprofundam na análise dos princípios da especialidade da prova e do menor gravame ao direito fundamental do investigado, aplicáveis aos meios ocultos de obtenção de prova. De qualquer sorte, é imprescindível estabelecer as definições conceituais da prova emprestada, bem como os seus requisitos de admissibilidade conforme a doutrina que aprofunda o tema, pois auxiliam na definição de parâmetros limitadores.

---

[565] ANDRADE, 2009, p.120-1.

A conceituação da prova emprestada é a mesma seja para os processualistas civis ou penais, não obstante a discussão doutrinária acerca da existência (ou não) de uma teoria geral do processo. No âmbito do processo civil, Santos[566] ressalta que:

> É muito comum o oferecimento, em um processo, de provas produzidas em outro. São depoimentos de testemunhas, exames, traslados, por certidão, de uns autos para outros, com o fim de fazer prova. Estas são as chamadas provas emprestadas, denominação consagrada entre os escritores e pelos tribunais do país.

Didier[567]refere que a "prova emprestada é a prova de um fato, produzida em um processo, seja por documentos, testemunhas, confissão, depoimento pessoal ou exame pericial, que é trasladada para outro processo, por meio de certidão extraída daquele". Para Câmara[568], "a prova emprestada consiste no transporte de produção probatória de um processo para outro. E o aproveitamento da atividade probatória anteriormente desenvolvida através do traslado dos documentos que a documentaram".

Conforme Grinover[569], "entende-se por prova emprestada aquela que é produzida num processo para nele gerar efeitos, sendo depois transportada documentalmente para outro, visando gerar efeitos em processo distinto". Quanto à forma, tem-se considerado que a prova emprestada é sempre documental, tendo valor consoante foi produzida no processo originário. Assim, a prova produzida em outro processo pode, perfeitamente, servir de elemento para a formação da convicção do juiz quando juntada aos autos, pois, incluída entre os meios moralmente legítimos, sendo seu uso recomendado pelo princípio da economia processual.[570]

A prova emprestada será trasladada para o segundo processo sob forma de documento, juntamente com todos os elementos relativos à efetivação da atividade probatória que se pretende reutilizar. Dessa forma, incumbe à parte que postulou o seu empréstimo trazer aos autos a integralidade das peças, tendo a parte contrária o direito de se manifestar quanto à admissibilidade e valor da prova emprestada no segundo processo. Somente diante do cumprimento dessa exigência, além de outras estabelecidas para preservação dos direitos fundamentais, do contraditório e da ampla defesa, é que se encontrarão presentes os requisitos de legitimidade da prova emprestada.[571]

---

[566] SANTOS, Moacyr Amaral. **Prova Judiciária no Cível e Comercial**. São Paulo: Max Limonad, 1952, p.293.
[567] DIDIER JR., Fredie. **Curso de Direito Processual Civil**: teoria geral do processo e processo de conhecimento. Salvador: JusPodium, 2013, p.523.
[568] CÂMARA, Alexandre Freitas. Doenças Preexistentes e o ônus da prova: o problema da prova diabólica e uma possível solução. *In*: **Revista Dialética de Direito Processual**. São Paulo: Dialética,n. 31, p. 11, 2005.
[569] GRINOVER, 1993, p. 66.
[570] ANTUNES, Carla Heidrich; BIANCHINI, Caroline Ribeiro & MAGALDI, Fernando. Prova Emprestada: algumas considerações. *In*: **Revista síntese de direito civil e processual civil**, n. 5, maio/jun. 2000, p. 31.
[571] *Ibid*.

Em igual sentido, Bechara[572] define a prova emprestada como sendo aquela "produzida num determinado procedimento e posteriormente transportado para outro, com o qual guarde ou não conexão em relação ao fim perseguido". Ainda, ressalta que o termo é "empregado nas hipóteses de procedimentos judiciais, muito embora nada impeça que a situação envolva um procedimento administrativo e um judicial, ou vice-versa".

Também conforme Talamini[573], "a prova emprestada consiste no transporte de produção probatória de um processo para outro. É o aproveitamento de atividade probatória anteriormente desenvolvida, mediante traslado dos elementos que a documentaram". Em outras palavras, a prova emprestada ingressa no segundo processo na forma documental, vale dizer, através dos elementos documentais que ensejaram a consignação da atividade probatória que se busca reaproveitar.

Nesse contexto, "é indispensável o transporte de todas as peças atinentes à atividade probatória objeto do empréstimo. Apenas assim o juiz do segundo processo poderá verificar a presença dos requisitos de legitimidade da prova emprestada e valorá-la adequadamente",[574] até porque é vedado o uso de provas obtidas por meios ilícitos no âmbito de qualquer processo. Logo, incumbe à parte que realiza o empréstimo trazer aos autos a integralidade das peças, demonstrando a licitude da prova emprestada para que esta possa ser valorada no processo importador, assim como deve ocorrer no caso dos conhecimentos fortuitos que servirão de embasamento para *notitia criminis* de um novo processo.

Ressalta-se que, mesmo sendo apresentada no segundo processo mediante a forma documental, a prova emprestada não valerá como mero documento, tendo a potencialidade de assumir exatamente a eficácia probatória que teria no processo de origem da sua produção,[575] desde que, por óbvio, preenchidos os requisitos de validade. Nesse contexto, relevante a diferenciação referida por Bechara[576] entre documento e documentação. Enquanto documento constitui fonte de prova, a documentação é a forma como a prova é registrada ou se materializa. Assim, a prova emprestada, embora documentada nas cópias trasladadas para outro procedimento, não se divorcia da fonte originária, sendo de mesma natureza.

Tal distinção mostra-se relevante para a definição dos requisitos de admissibilidade da prova emprestada. Isso, pois, enquanto na prova documental tais exigências são mais flexíveis, porquanto a prova é produzida fora do processo, na prova testemunhal os requisitos

---

[572] BECHARA, 2011, p.324.
[573] TALAMINI, Eduardo. Prova emprestada no processo civil e penal. *In*: **Revista de Informação Legislativa**, Brasília, n. 140, 1998, p.146.
[574] *Ibid*.
[575] *Ibid*., p.147.
[576] BECHARA, *op. cit.*, p.324-5.

devem ser mais rígidos, pois produzido sob o crivo do contraditório e de forma dialética.[577] Assim, embora Talimini sustente ser possível a construção de uma teoria geral do processo jurisdicional – refere que no processo penal se verifica um maior destaque à ampla defesa, regulamentação dos meios probatórios e intensificação do sistema acusatório.

Em contrapartida, no processo civil, a maior importância é atribuída ao direito ao acesso à justiça, bem como aos poderes instrutórios do juiz, o que implica na necessidade de se estabelecer uma diferença de intensidade do sistema de garantias entre o processo civil e o processo penal, sobremaneira nas disciplinas probatórias. A intensidade do sistema de garantias que precisa ser observado no processo penal acarreta uma maior cautela no "traslado" da prova emprestada, através da construção de critérios e requisitos que assegurem o exercício das garantias processuais do acusado.[578]

De outro lado, a prova emprestada possui duas funções. A primeira (imediata) é a função da economia processual, sendo que, para se evitar gastos e repetições desnecessárias de atos, e para uma maior economia de tempo, a mesma é utilizada em processo diferente daquele originário. Para tanto, é necessário que nenhuma garantia constitucional seja violada, sobretudo o princípio do contraditório, bem como que estejam presentes todos os requisitos de admissibilidade da prova emprestada. Esta função primária da prova é que justifica a diversidade da utilização da mesma no processo civil e no processo penal, em virtude da diferença de valores que as regem.[579]

A outra função da prova emprestada é o aproveitamento de atos, os quais não podem ser repetidos ou que a sua repetição seja de difícil acesso. Nesse contexto, a prova emprestada adquire uma importância maior, pois, torna-se o próprio fundamento de direito à prova. Dessa forma, as partes não ficam privadas de provarem os fatos alegados, no caso do perecimento da prova.[580]

Em outras palavras, eventualmente, o empréstimo de prova não se destina apenas à economia processual, pois há casos em que a prova é irrepetível ou sua repetição acarretaria um custo bastante alto e despropositado. Nessa situação, a prova emprestada assume a função de evitar a perda da prova irrepetível ou de difícil reparação. Seu fundamento passa a ser o próprio direito à prova – radicalmente ligado à ampla defesa e ao acesso à jurisdição: ou permite-se o traslado ou priva-se a parte de provar sua razão.[581]

---

[577] BECHARA, 2011, p.325.
[578] TALAMINI, 1998, p.145-6.
[579] ANTUNES; BIANCHINI; MAGALDI, 2000, p.36-7.
[580] *Ibid.*, p.37.
[581] TALAMINI, *op. cit.*, p.160.

Independentemente das funções atribuídas à prova emprestada no âmbito do processo penal, tal prova somente será passível de valoração quando for reputada lícita, considerando que o artigo 5º, inciso LVI, da Constituição Federal veda a utilização de provas ilícitas no processo, matéria regulamentada pelo artigo 157 do Código de Processo Penal. Nessa perspectiva, a possibilidade de valoração da prova emprestada depende do preenchimento de requisitos de admissibilidade, os quais visam preservar o conjunto de garantias constitucionais que disciplinam a prova penal.

Conforme Badaró[582], os requisitos são: a) a prova do primeiro processo deve ter sido produzida perante o juiz natural do segundo processo; b) a parte contra quem será utilizada a prova no segundo processo deve ter tido a possibilidade de exercer o contraditório sobre tal prova no primeiro processo; c) o objeto da prova deve ser o mesmo nos dois processos; e d) o âmbito de cognição dos dois processos deve ser o mesmo.

No mesmo sentido, Rangel sustenta que para a prova emprestada ter a mesma eficácia no processo em que foi produzida, obrigatoriamente, é necessário o preenchimento dos seguintes requisitos: a) que a prova tenha sido colhida em processo entre as mesmas partes; b) que tenham sido observadas, no processo anterior, as formalidades previstas em lei durante a produção da prova; c) que o fato probando seja o mesmo; e d) que tenha havido o contraditório no processo do qual a prova será transferida.[583]

Portanto, a admissibilidade da prova emprestada depende do preenchimento dos requisitos estabelecidos para tanto, os quais visam preservar as garantias constitucionais inerentes ao processo penal no Estado Democrático de Direito, bem como os direitos fundamentais do investigado. De outro lado, caso verificado o descumprimento de algum dos requisitos, as consequências acarretadas ao empréstimo da prova variam conforme os requisitos que venham a ser desatendidos. Assim, em sendo a prova ilícita, tal prova não poderá ser nem anexada ao processo, por expressa cominação constitucional prevista no artigo 5º, inciso LVI. Contudo, se indevidamente juntada, terá de ser desentranhada, por força do artigo 157 do Código de Processo Penal. Caso esta prova permaneça nos autos, podendo servir de fonte de convencimento para o juiz, acarretará nulidade absoluta de eventual decisão.

Ocorre que os requisitos de admissibilidade da prova emprestada no âmbito do processo penal irão depender da natureza da prova, pois o momento e a forma da sua aquisição ao processo são distintas, devendo ser observadas as peculiaridades de cada uma

---

[582] BADARÓ, Gustavo Henrique Righi Ivahy. **Processo Penal**. Rio de Janeiro: Campus Elsevier, 2012, p.274.
[583] RANGEL, 2012, p.473-4.

quando da perfectibilização do contraditório no curso do processo. Giacomolli[584] ressalta que a situação mais problemática cinge-se à admissibilidade de prova produzida em processo onde o imputado não participou de sua formação. Portanto, a transferência e o compartilhamento de prova de um processo a outro, na mesma esfera (criminal para criminal), ou esferas distintas (cível ao criminal), também dependerá da participação contraditória daquele contra quem se pretende utilizar a prova em sua formação, conexão com o tema que se busca provar e impossibilidade em sua renovação.[585]

Dessa forma, as abordagens subsequentes fazem a análise individualizada dos requisitos para a admissibilidade da prova emprestada.

5.2.1 Pertinência e relevância: pressuposto para a admissibilidade da prova emprestada

De acordo com Rangel[586], um dos requisitos de admissibilidade da prova emprestada é o de que o fato probando seja o mesmo ou, conforme Badaró[587], que o objeto da prova deve ser o mesmo nos dois processos. Ainda, nas palavras de Giacomolli[588], a prova que se pretende utilizar deve ter conexão com o tema que se busca provar. Em outras palavras, caso a prova não tenha qualquer pertinência ou relevância para o processo importador, deverá o juiz – como destinatário da prova - indeferir o empréstimo postulado pelas partes.

Para Talamini[589], não se trata de requisito específico da prova emprestada, senão pressuposto genérico de pertinência e relevância a ser considerado para admissão de qualquer meio probatório. É no âmbito da relevância e pertinência que se insere a questão da necessidade de ser realizado (ou não) o empréstimo de prova.Conforme Bechara[590], a prova emprestada deve ser transportada para outro sob o argumento da pertinência e relevância, eis que há uma conexão entre os fatos objeto de um procedimento com aqueles que são objeto de outro procedimento.

---

[584] GIACOMOLLI, 2014, p.173-4.

[585] Nesse sentido, é o voto do Ministro Jorge Mussi do Superior Tribunal de Justiça, no julgamento do *habeas corpus* nº 293577/MG (DJe 27/08/2014): “seguindo os princípios constitucionais que regem a matéria, a prova emprestada, para ser admitida, deve ter sido originariamente colhida em processo no qual figure como parte quem suportará os seus efeitos, isto é, deve ser produzida com a participação da parte que será por ela atingida, assegurando-lhe todos os meios possíveis para o exercício do contraditório. [...] Ora, como o paciente e sua defesa técnica não participaram da produção das referidas provas, é inviável que estas, por si sós, sejam utilizadas como fundamentos para a formação do juízo de admissibilidade da acusação para a submissão do acusado a julgamento perante o Tribunal do Júri”. (BRASIL. Superior Tribunal de Justiça. **HC nº 293.577/MG**. Disponível em: <http://www.stj.jus.br/SCON/>. Acesso em: 23 nov. 2016).

[586] RANGEL, 2012, p.473-4.

[587] BADARÓ, 2012, p.274.

[588] GIACOMOLLI, *op. cit.*, p.173-4.

[589] TALAMINI, 1998, p.152.

[590] BECHARA, 2011, p.325.

Contudo, a admissibilidade da prova emprestada não dependerá apenas da pertinência ou relevância do seu conteúdo – o que é pressuposto para sua utilização - mas também da licitude do método como foi produzida originariamente, o que pressupõe o respeito às formalidades exigidas originariamente. Assim,

> a importância do método de produção da prova na relação com a reconstrução histórica de um fato deve ser vista não somente sob o aspecto do procedimento em si previsto legalmente ou da tipicidade do ato, mas principalmente sob o aspecto do respeito aos princípios constitucionais examinados, que representam o seu fundamento de validade.[591]

A pertinência e relevância da prova emprestada deve ser tratada como um pressuposto, sem o qual sequer há o interesse das partes em trasladar as informações do processo originário para o processo importador. Em sendo verificada a pertinência e relevância da prova no processo destinatário, a prova somente poderá ser trasladada e, posteriormente, valorada se respeitados os requisitos que visam assegurar o respeito às garantias processuais penais previstas na Constituição Federal, a saber: a) participação, em contraditório, das partes do segundo processo (onde será importada a prova) no processo onde se produziu a prova emprestada; b) observância ao princípio do Juiz Natural; e c) comprovação, no processo importador, da regularidade e licitude da prova emprestada quando produzida no primeiro processo.

5.2.2 Participação, em contraditório, das partes do segundo processo (onde será importada a prova) no processo onde se produziu a prova emprestada

A doutrina exige para a admissibilidade da prova emprestada que as partes do segundo processo tenham participado, em contraditório, do processo em que se produziu a prova a ser aproveitada. Em outras palavras, deve ser satisfeita a exigência de que a parte contra quem a prova é produzida tenha participado na construção da prova, em respeito ao princípio constitucional do contraditório (artigo 5º, inciso LV, da Constituição Federal). Assim, se a parte participou do contraditório na produção da prova, esta poderá ser utilizada contra ela em qualquer outro processo.

Para Grinover[592], o primeiro requisito constitucional de admissibilidade da prova emprestada é a de ter sido produzida em processo formado entre as mesmas partes. Isso, pois,

---

[591] BECHARA, 2011, p.325
[592] GRINOVER, 1993, p.66.

o princípio constitucional do contraditório exige que a prova somente tenha valia se produzida diante de quem suportará seus efeitos, com a possibilidade de contrariá-la por todos os meios admissíveis. Em hipótese alguma, sob pena de violar o princípio do contraditório, essa prova poderá gerar efeitos contra quem não tenha figurado como uma das partes no processo originário.

Em outras palavras, o contraditório consiste numa exigência na produção da prova, vale dizer, deve haver a participação das partes e do juiz no momento da produção da prova. Isso significa que a presença do juiz ou das partes é imprescindível à eficácia da prova produzida, sob pena de vício insanável do ato. É essa interligação entre os princípios do contraditório e do juiz natural, a exigir que o primeiro seja instaurado perante o juiz da causa: tanto assim que, ainda que a prova fosse produzida com a participação das partes, a ausência do juiz natural impossibilitaria a convalidação do vício.[593]

A preocupação fundamental, quando se cogita da prova emprestada, é precisamente com o princípio do contraditório, sobretudo no processo penal. Tudo que estiver juntado ao processo deve sempre se submeter à esta garantia constitucional, não podendo a sentença se basear em elementos estranhos aos autos que não tenham sido submetidos ao crivo do contraditório judicial. Em outras palavras, quaisquer dados probatórios de que se valha o juiz precisam ser produzidos com a audiência da parte contrária. Nisso consiste, exatamente, a regra do contraditório como garantia da ampla defesa.[594]

Nesse contexto, refere Talamini[595], que não basta a mera participação no processo anterior daquele a quem a prova transportada desfavorecerá. É preciso que o grau de contraditório e de cognição do processo anterior tenha sido, no mínimo, tão intenso quanto o que haveria no segundo processo. Além disso, o contraditório no processo penal deve ser efetivo, sendo a defesa técnica indisponível. Logo, em sua linha de raciocínio, a prova produzida contra acusado revel em processo civil (ou penal) não pode ser usada contra essa mesma pessoa em processo penal.

Conforme Aranha[596], o princípio constitucional do contraditório exige que a prova somente tenha valia se produzida diante de quem suportará seus efeitos, com a possibilidade de contrariá-la por todos os meios admissíveis. Daí porque a prova emprestada somente poderá surtir efeitos se originariamente colhida em processo entre as mesmas partes, ou no

---

[593] GRINOVER, 1993, p.66.
[594] ROHNELT, Ladislau Fernando. Prova Emprestada. *In*: **Revista da AJURIS,** nº 17, p. 42, 1979.
[595] TALAMINI, 1998, p.149.
[596] ARANHA, Adalberto José Camargo. **Da Prova no Processo Penal**. 2.ed. São Paulo, Saraiva, 1987, p.189-90.

qual figura como parte quem por ela será atingido. Em hipótese alguma, por violar o princípio constitucional do contraditório, poderá gerar efeitos contra quem não tenha participado de sua produção no processo originário.

No que se refere à prova de natureza documental, a garantia do contraditório se manifesta de forma diferida ou prorrogada, ou seja, somente a partir da sua juntada é que as partes terão a oportunidade de se pronunciar. Indiscutivelmente, a questão mais tormentosa refere-se à prova testemunhal, a qual somente poderá ser admitida se houver sido produzida em procedimento originário perante a parte contra quem se pretende utilizá-la e perante o mesmo juiz. Ou seja, é essencial a participação da parte na formação da prova, sob pena de violação da garantia do contraditório. A participação das partes no procedimento originário, na formação da prova, de forma dialética, gera a segurança de que o método de conhecimento utilizado foi o mais aprofundado possível, e o menos arriscado a gerar uma situação de injustiça[597]

O artigo 372 do novo Código de Processo Civil preceitua que "o juiz poderá admitir a utilização de prova produzida em outro processo, atribuindo-lhe o valor que considerar adequado, observado o contraditório"[598]. Nesse sentido, é o enunciado 52 do Foro Permanente de Processualistas Civis que trata a matéria da seguinte forma: "para a utilização da prova emprestada, faz-se necessária a observância do contraditório no processo de origem, assim como no processo de destino, considerando-se que, nesta última, a prova mantenha a sua natureza originária".[599]

O Código de Processo Penal brasileiro não traz nenhuma regulamentação sobre a prova emprestada. Entretanto, o posicionamento dos Tribunais Superiores é pacífico no sentido de que a prova emprestada não pode se restringir a processos em que figurem partes idênticas, sob pena de se reduzir excessivamente sua aplicabilidade, sem justificativa razoável para tanto. Independentemente de haver identidade de partes, o contraditório é o requisito primordial para o aproveitamento da prova emprestada, de maneira que, assegurado às partes o contraditório sobre a prova,,isto é, o direito de se insurgir contra a prova e de refutá-la adequadamente, afigura-se válido o empréstimo.[600]

---

[597] BECHARA, 2011, p.326-7.

[598] BRASIL. **Código de Processo Civil**. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_ato2015-2018/2015/lei/l13105.htm>. Acesso em: 23 set. 2016.

[599] PORTAL Processual. Disponível em: <http://portalprocessual.com/wp-content/uploads/2015/06/Carta-de-Vit%C3%B3ria.pdf>. Acesso em: 23 set. 2016.

[600] Nesse sentido, EREsp 617.428/SP, DJ 04/06/2014 e RHC 42215/PI, DJe 26/08/2016.

Ressalta Badaró[601] que não basta que no segundo processo a prova trasladada do processo originário venha a ser submetida a posterior contraditório judicial. No caso de fontes de provas constituendas, normalmente decorrentes de fontes pessoais, cuja produção do meio de prova correspondente deve ocorrer em contraditório (por exemplo: a oitiva de uma testemunha, da vítima ou de corréu), é necessário que, em ambos os processos, o contraditório tenha se desenvolvido entre as mesmas partes, no processo originário e no segundo processo.

Assim, nas palavras de Badaró[602]:

> Para que seja assegurado o direito de inquirir testemunhas, no caso de prova testemunhal emprestada, é fundamental que a parte tenha participado, inclusive com direito a reperguntas, da oitiva do processo originário, posto que, a toda evidência, no segundo processo, o testemunho será juntado na forma de documento, sendo inviável a inquirição. Sem a possibilidade de inquirição no processo originário e no processo que recebeu a prova emprestada, a violação ao contraditório é evidente.

Portanto, é imprescindível que o âmbito de cognição judicial seja o mesmo, sendo o exercício do contraditório realizado em intensidade equivalente. Em relação às fontes de provas reais que preexistem ao processo (por exemplo: uma carta, ou extrato bancário, ou um contrato), a juntada de um documento aos autos do processo deverá ser submetido ao contraditório de partes, possibilitando a sua posterior impugnação.[603] Por outro lado, quando a prova é constituída em contraditório, este deve ser exercido de forma efetiva, nos termos da legislação processual penal, para que a prova possa ter valoração com mesma intensidade.

Nesse contexto, deve-se ressaltar que os métodos ocultos de obtenção de prova possuem o contraditório na forma diferida, além de requisitos especiais para sua admissibilidade – os quais também estão submetidos ao crivo do contraditório. Assim, quando se está tratando do compartilhamento das informações obtidas por meio desses métodos de investigação – o que se admite para fins de *starter* de uma nova investigação – deve ser propiciada à parte a possibilidade de exercer o contraditório efetivo com todos os meios e recursos a ele inerentes. Por isso que, para se admitir o compartilhamento dos conhecimentos fortuitos, é imprescindível a disponibilização no processo em que se pretende usar como meio de prova, seguindo a lógica do artigo 187, nº 8 do Código de Processo Penal português, "*dos suportes técnicos das conversações, comunicações e demais recursos utilizados na*

---

601 BADARÓ, Gustavo. **Prova emprestada no processo penal e a utilização de elementos colhidos em Comissões Parlamentares de Inquérito**. Disponível em: <http://badaroadvogados.com.br/prova-emprestada-no-processo-penal-e-a-utilizacao-de-elementos-colhidos-em-comissoes-parlamentares-de-inquerito.html>. Acesso em: 15 set. 2016.

602 *Ibid*.

603 *Ibid*.

investigação preliminar, bem como da cadeia de decisões e pedidos que fundamentaram as respectivas medidas investigativas".[604]

Portanto, seja pela doutrina ou pela jurisprudência, o contraditório efetivo é um requisito primordial de admissibilidade da prova emprestada e também o será do compartilhamento de provas, analisado a partir de uma perspectiva mais ampla. Assim, caso a parte contra quem será utilizada a prova não tiver a oportunidade de exercer o contraditório – e aqui deve-se considerar que cada meio de prova tem sua regulamentação específica para fins de perfectibilização do contraditório – a prova deverá ser desentranhada dos autos do processo importador, nos termos do artigo 157 do Código de Processo Penal.

5.2.3 Observância ao princípio do Juiz Natural

Outro requisito de admissibilidade da prova emprestada é a observância do juiz natural, tendo em vista que, nos termos do artigo 5º, inciso LIII, da Constituição Federal ninguém será processado nem sentenciado senão pela autoridade competente. Portanto, a competência do juiz (desdobramento do juiz natural) assegura às partes não só o direito de serem sentenciadas por autoridade jurisdicional cuja competência para tanto tenha sido previamente estabelecida, mas também a garantia de que a instrução processual ocorra perante essa mesma autoridade.

Para Badaró[605], o juiz natural deve ser entendido como sinônimo de autoridade judiciária, isto é, um sujeito legalmente investido do poder jurisdicional. Nessa lógica, entende que não se podem emprestar provas produzidas perante autoridades não jurisdicionais, com as resultantes de processos administrativos disciplinares, de inquéritos policiais por fatos diversos, ou em processos arbitrais, inclusive ressaltando as diferentes intensidades de contraditório.

Ressalta Grinover [606] que é indispensável para a admissibilidade da prova emprestada o respeito ao princípio constitucional do juiz natural, enquanto autoridade competente para processar e julgar (art. 5º, LIII, CF). É preciso, portanto, para admitir-se a prova emprestada,

---

[604] PORTUGAL. **Código de Processo Penal**. Disponível em: <http://www.pgdlisboa.pt/leis/lei_mostra_articulado.php?nid=199&tabela=leis>. Acesso em: 23 nov. 2016.

[605] BADARÓ, 2016, digital. Um grande questionamento que surge a partir do raciocínio de Badaró decorre da possibilidade do Ministério Público dispensar o inquérito policial para oferecimento da ação penal, utilizando outras peças informativas que podem ser oriundas de processos de natureza distinta. Ocorre que no processo penal brasileiro – como não há a exclusão física dos autos do inquérito – essas informações (mesmo que não sejam produzidas diante do juiz natural) permanecem nos autos mesmo na fase processual, podendo interferir na convicção do julgador.

[606] GRINOVER, 1993, p.66.

que o contraditório no processo originário tenha sido instituído perante o mesmo juiz, pois somente a presença concomitante do juiz e das partes torna válida a prova.Também Bechara[607] sustenta a necessidade de que a prova tenha sido produzida perante o mesmo juiz, o que se justifica pela garantia do juiz natural.

Nesse contexto, surge o questionamento da validade da prova emprestada produzida em juízo incompetente. O artigo 567 do Código de Processo Penal preceitua que a incompetência do juízo anula somente os atos decisórios, não sendo nulos os atos probatórios, mas sim, os decisórios, vêm daí o argumento de que pode ser aproveitada a prova produzida perante juízo incompetente, com a plenitude de sua eficácia, quando esta foi produzida antes de ter sido declarada a incompetência do juiz.[608]

Se o ponto de partida de análise for apenas a legislação processual penal brasileira, o artigo 567 do Código de Processo Penal preceitua que "a incompetência do juízo anula somente os atos decisórios, devendo o processo, quando for declarada a nulidade, ser remetido ao juiz competente".[609] Entretanto, a análise de tema tão complexo e decisivo para o deslinde do processo, não pode ter como ponto de partida apenas a legislação processual penal, a qual igualmente não deve preponderar à ótica constitucional que norteia a aplicação das leis infraconstitucionais (incluindo o próprio Código de Processo Penal).

Nesse sentido, existem quatro correntes de entendimento sobre o destino dos atos não decisórios praticados por juiz incompetente. No entender de Talamini[610]:

> (a) seriam nulos (ou inexistentes) em qualquer caso, por ofensa à garantia do juiz competente, pois a lei infraconstitucional não poderia abrir exceção não-prevista pela Constituição; (b) seriam nulos (ou inexistentes) apenas nos casos de violação às normas constitucionais de repartição de competência, assim, quando a incompetência decorresse de ofensa a norma infraconstitucional, seria aplicável a regra de aproveitamento dos atos não-decisórios igualmente estabelecida em âmbito infraconstitucional; (c) seriam nulos (ou inexistentes) somente nos casos em que os processos fossem instaurados perante a "Justiça Especial" quando competente a "Justiça Comum", vez que os órgãos desta estariam idealmente investidos de toda a jurisdição; (d) seriam sempre válidos, vez que a Constituição limita-se a repartir competências, sendo que a economia processual justificaria o estabelecimento de regras infraconstitucionais de aproveitamento dos atos não-decisórios.

No direito processual civil, sob à égide do antigo Código, o artigo 113, §2º, previa que "declarada a incompetência absoluta, somente os atos decisórios serão nulos, remetendo-se os autos ao juiz competente", com a ressalva de que remetidos os autos do processo, o juiz então

---

[607] BECHARA, 2011, p.326-7.
[608] ROHNELT, 1979, p.41.
[609] BRASIL. Código de Processo Penal. **Decreto-lei nº 3689/41**. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/decreto-lei/Del3689.htm>. Acesso em: 13 nov.. 2016.
[610] TALAMINI, 1998, p.148.

declarado competente tem poderes para reexaminar todos os atos praticados. Já o novo Código de Processo Civil preceitua, em seu artigo 64, §4º que "salvo decisão judicial em sentido contrário, conservar-se-ão os efeitos de decisão proferida pelo juízo incompetente até que outra seja proferida, se for o caso, pelo juízo competente".[611]

Talamini[612] ressalta que no direito processual penal é mais frequente a afirmação de que não seria aproveitável nenhum ato do processo desenvolvido perante juiz constitucionalmente incompetente. Assim, a norma do artigo 567 do Código de Processo Penal só se aplicaria aos casos em que a incompetência decorresse de violação a preceitos infraconstitucionais.

O autor[613] ressalta que três aspectos justificam a solução diferente daquela a que se chega no processo civil: a) a exigência de integral processamento perante o órgão competente assegura, no caso de ação penal pública, que a própria denúncia seja proposta pelo órgão acusatório com legitimidade ativa; b) garante, além disso, que o juiz constitucionalmente competente – e apenas ele – decida acerca do recebimento da denúncia ou queixa (a pendência da demanda penal é muito mais gravosa para o réu do que a litispendência civil); e c) no mais das vezes, verificada a incompetência por ofensa a normas constitucionais, o aproveitamento de atos não-decisórios é impraticável em virtude da radical diversidade entre o procedimento penal já desenvolvido perante órgão incompetente e aquele que se deverá efetivar frente ao órgão competente.

Entretanto, o autor sustenta que tais argumentos são razoáveis para explicar eventual nulidade do processo penal praticado perante autoridade judiciária incompetente. Contudo, salienta que nenhum deles interfere na legitimidade constitucional do empréstimo da prova produzida perante juízo que não deteria competência para processar e julgar o feito para o qual se fará o traslado da prova. Portanto, mesmo no processo penal, é indispensável que o juiz que presidiu a colheita da prova a se emprestar detenha competência para conhecer a causa do segundo processo.[614]

Todavia, a abrangência das investigações preliminares (hoje de caráter transnacional e interestadual) pode ocasionar a obtenção de informações relativas a fatos situados em outras municipalidades, os quais não seriam de competência territorial do juiz que inicialmente deferiu a medida investigativa. Nesse contexto, é imprescindível que seja construída uma

---

[611] BRASIL. **Código de Processo Civil**. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_ato2015-2018/2015/lei/l13105.htm Acesso em: 23 set. 2016.
[612] TALAMINI, 1998, p.151.
[613] *Ibid*.
[614] *Ibid*., p.152.

alternativa com observância constitucional que venha regulamentar o problema do compartilhamento de provas produzidas perante autoridade judicial incompetente. Os critérios de fixação de competência em razão da matéria e em razão da função (*ratione personae*) configuram situações de incompetência absoluta, normalmente previstas na Constituição.

Nesses casos, não há como admitir o compartilhamento de provas quando produzida por autoridade judiciária absolutamente incompetente. Por exemplo: no caso de uma interceptação telefônica deferida por um juiz de direito, não se pode admitir que a prova obtida por esse meio seja compartilhada com processo criminal que tramita no âmbito das Justiças Eleitoral, Federal e Militar. Tratam-se de critérios de fixação de competência absoluta em razão da matéria, de caráter constitucional[615].

Ainda, tendo como ponto de partida o exemplo anterior (deferimento de interceptação telefônica por um juiz de direito), as provas obtidas a partir dessa investigação preliminar não podem ser trasladadas a processos de competência originária dos Tribunais de Justiça, Regionais Federais, Regionais Eleitorais, Militares e, tampouco, Tribunais Superiores e Supremo Tribunal Federal, em decorrência de prerrogativa de função de algum dos envolvidos. Portanto, eventual compartilhamento dessa prova afrontaria o sistema de competências estabelecidos pela Constituição Federal.

Logo, o deferimento do compartilhamento de provas nessas circunstâncias viola frontalmente a competência constitucional das Justiças Especializadas e da Justiça Federal, bem como o sistema de competências por prerrogativa de função construído para preservação do Estado Democrático de Direito, considerando que o poder emana do povo através do voto direto em seus representantes. Assim, não se pode admitir situações anômalas em que uma prova produzida diante de um juiz de primeira instância venha a instruir eventual processo criminal contra Presidente da República, que possui a prerrogativa de função de ser julgado, em caso de infrações penais comuns, perante o Supremo Tribunal Federal por um princípio de defesa da democracia representativa.

Nesses casos, incumbe ao juiz que deferiu a medida – e atua, na fase preliminar, como fiscalizador das garantias constitucionais – paralisar a investigação, no momento em que tomar conhecimento de um fato que afete uma pessoa com prerrogativa de função, ou não seja relacionada a crime de sua competência em razão da matéria, remetendo os autos à autoridade competente para o devido processamento do feito e continuidade da investigação preliminar. Em sendo hipótese de conexão ou continência com os fatos inicialmente investigados, devem

---

[615] A competência e estrutura da Justiça Federal, Eleitoral e Militar estão regulamentadas, respectivamente, artigos 109 e 110, 118 a 121 e 122 a 124, todos da Constituição Federal [...].

ser observadas as regras de unificação/separação obrigatória dos processos previstas no artigo 79 do Código de Processo Penal, hipótese em que toda a investigação será remetida para o juízo competente.

Em contrapartida, caso a prova que se busca compartilhar tenha sido produzida por juiz relativamente incompetente, nos casos das regras de fixação da competência territorial, previstas no Código de Processo Penal e na legislação infraconstitucional, o tratamento pode ser distinto. Exemplificativamente, caso o juiz de direito de Porto Alegre prolate decisão deferindo interceptação telefônica e, dentro dessa investigação preliminar, sejam descobertas infrações penais que não sejam de sua competência territorial em decorrência do local da consumação (artigo 70 do Código de Processo Penal[616]), inexiste óbice constitucional em relação à autoridade competente para que tal prova venha ser traslada a processo que tramita em Comarca distinta, desde que satisfeitos todos os demais requisitos. Nesse caso, o critério de fixação da competência é relativo, de caráter infraconstitucional, não podendo servir de obstáculo à validação e valoração da prova obtida.

5.2.4 A comprovação, no processo importador, da regularidade e licitude da prova emprestada quando produzida no primeiro processo

O artigo 5º, inciso LVI, da Constituição Federal preceitua que "são inadmissíveis, no processo, as provas obtidas por meios ilícitos". Nesse sentido, regulamentando a previsão constitucional, o artigo 157 do Código de Processo Penal prevê que "são inadmissíveis, devendo ser desentranhadas do processo, as provas ilícitas assim entendidas as obtidas em violação a normas constitucionais ou legais". Dessa forma, no momento em que a prova é trasladada, as partes devem ter a possibilidade de, analisando os autos do segundo processo, verificar a (i)licitude da prova produzida no primeiro processo, exercendo o contraditório com todos os recursos a ele inerentes.

Nesse contexto, é imprescindível que haja a comprovação, no processo importador, da regularidade e licitude da prova emprestada no momento de sua produção no primeiro processo, para que as partes do segundo processo possam exercer o efetivo contraditório. E mais, caso seja realizado o empréstimo da prova sem a exigência de comprovação de sua licitude, pode-se verificar uma situação concreta em que a prova produzida é ilícita, mas, por

[616] Código de Processo Penal, artigo 70. A competência será, de regra determinada pelo lugar em que se consumar a infração, ou, no caso de tentativa, pelo lugar em que for praticado o último ato de execução.

meio de empréstimo, acabe surtindo efeitos e sendo valorada em processo distinto daquele onde foi produzida, em afronta à previsão constitucional.

Para que a prova emprestada seja admissível, portanto, deverão ser observadas as prescrições tocantes à natureza originária da prova em ambos os processos. Em outras palavras, exigência de que a prova no primeiro processo tenha sido regularmente colhida é requisito de admissibilidade para o empréstimo da prova, bem como a observância no segundo processo das normas que disciplinam a admissibilidade do empréstimo.[617]

Nas palavras de Badaró[618], é necessário que no processo anterior, em que foi originariamente produzida, a prova tenha obedecido todos os requisitos legais, bem como, como será trasladada na forma documental, é preciso que o seu ingresso no processo de destino se dê com observância das regras sobre produção de prova documental. Evidente, pois, a prova a ser trasladada deve ser uma prova validamente produzida. Não se transportam provas ilícitas ou ilegítimas, razão pela qual a prova produzida no processo originário deve ser trasladada em sua integralidade para o processo de destino.

Dessa forma, a comprovação da licitude da prova no processo importador também se faz necessária para que seja assegurado o efetivo contraditório da parte interessada, que deve ser exercido com todos os meios e recursos a ele inerentes, inclusive no tocante à possibilidade de contestar a licitude do meio de obtenção de prova empregado. Nos métodos ocultos de coleta da prova, a discussão em sede judicial, comumente, acaba abordando os requisitos de admissibilidade do meio de obtenção utilizado e, via de consequência, se a prova é lícita ou ilícita. Tal âmbito de discussão deve, também, ser proporcionado no processo importador da prova, o que somente é possível com a juntada de todos os documentos que demonstrem a licitude de sua obtenção.

Assim, nos casos em que a prova compartilhada seja uma interceptação telefônica ou de fluxo de comunicações, por exemplo, ou qualquer outra que dependa de autorização judicial (reserva jurisdicional), é imprescindível – para que a prova seja considerada no segundo processo - que sejam juntados, além do teor da prova obtida, toda a cadeia de decisões judiciais e requerimentos do Ministério Público ou da Autoridade Policial que ensejaram o uso do respectivo meio de obtenção de prova.

Admitir o compartilhamento da prova mesmo com eventual supressão da cadeia de decisões e pedidos que ensejaram o uso do meio oculto de obtenção de prova no primeiro

---

[617] ANTUNES; BIANCHINI; MAGALDI, 2000, p.34.
[618] BADARÓ, 2016, digital.

processo, significa o mesmo que aceitar o uso de prova ilícita de forma transversa ou, no mínimo, “cegar” quanto a (i)licitude da prova que está sendo manejada.

Portanto, para que seja avaliada a observância das formalidades previstas em lei durante a produção da prova é imprescindível que, no mínimo, venha aos autos do segundo processo – no caso de meios ocultos de investigação que necessitam de autorização judicial– a cadeia de decisões judiciais e os respectivos pedidos formulados que ensejaram o seu uso e prorrogações. Além disso, sem se ter acesso à decisão judicial que deferiu o uso do meio oculto de obtenção de prova resta prejudicada análise mais acurada no sentido de terem sido observados os requisitos legais de sua produção, nos autos primeiro processo, suprimindo qualquer controle de legalidade que deva ser realizado pelo juiz do segundo processo.

Os documentos que acompanham a prova emprestada devem mostrar que não está sendo afrontado o devido processo legal, bem como propiciar o exercício do contraditório e da ampla defesa, com todos os meios e recursos a eles inerentes. Caso contrário, não deverá ser admitido o empréstimo pelo juiz do segundo processo. De outro lado, quando não se tiverem observados, no processo de origem, os pressupostos de produção válida da prova, será também inadmissível seu empréstimo, até porque não há qualquer possibilidade de corrigir no segundo processo os vícios ocorridos no primeiro.[619]

Problema bastante delicado a ser enfrentado é o atinente ao transporte da chamada prova ilícita. O juiz haverá de rechaçar a prova emprestada reputada ilícita, desentranhando-a do processo nos termos do artigo 157 do Código de Processo Penal, mesmo que a descoberta da ilicitude advenha no curso da instrução. Por exemplo, na fase pré-processual, a autoridade policial extraiu confissão mediante tortura. Tal situação torna ilícita, sem sombra de dúvidas, a prova em si e, consequentemente, caso exportada a algum outro feito continuará sendo ilícita. Logo, em ambos os processos a prova proibida assim deve ser reconhecida, fazendo prevalecer o direito fundamental à integridade física e psicológica do indivíduo que não pode ser submetido à tortura.[620]

Por outro lado, caso a prova emprestada tenha sido produzida em processo que, posteriormente, venha a ser declarado nulo, sua validade no processo importador dependerá do motivo da declaração de nulidade ocorrida no processo exportador se: a) por vícios de atos anteriores à prova; b) por vício da própria prova ou c) por vício posterior à prova.

Se o vício atinge ato anterior à realização da prova, ela mesma é nula, visto que, a partir daí, todos os atos processuais não prestam mais, inclusive os probatórios. A nulidade da

---

[619] TALAMINI, 1998, p.152.
[620] ROHNELT, 1979, p.41.

citação contamina todo o processo, sem que nada se salve, nem mesmo as provas. Caso o vício processual se localize na prova mesma, mais forte é a razão pra que não valha. Todavia, se a nulidade aconteceu depois da prova, mantém-se íntegra a eficácia inicial, uma vez que não foi afetada de alguma maneira. Na eventualidade de ser anulada a sentença, o juiz, ao proferir outra, poderá utilizar a prova existente nos autos, sem ser preciso repetir os atos de instrução.[621]

Além disso, considerando que a prova emprestada é traslada na forma documental, no processo importador, devem ser respeitados os requisitos que limitam e condicionam a juntada de documentos. No processo penal brasileiro, a regra geral prevista no artigo 231 possibilita que as partes juntem documentos aos autos em qualquer fase do processo. A exceção que deve ser ressaltada diz respeito à segunda fase do procedimento do Júri (*judicio causae*), situação na qual, nos termos do artigo 479, "durante o julgamento não será permitida a leitura de documento ou a exibição de objeto que não tiver sido juntado aos autos com a antecedência mínima de 3(três) dias úteis, dando-se ciência à outra parte".

Após a juntada da prova emprestada, é necessário que, pela incidência da garantia constitucional do contraditório (artigo 5º, inciso LV), a parte tem o direito de se manifestar sobre a sua admissibilidade, bem como se advieram aos autos todos os documentos necessários para o exercício efetivo do contraditório, sendo este requisito essencial para sua admissibilidade.

5.3 DOS CRITÉRIOS PARA (IN)ADMISSIBILIDADE DO COMPARTILHAMENTO

5.3.1 Compartilhamento de provas e compartilhamento de dados: limites estabelecidos pelas proibições de prova

A delimitação dos casos em se pode haver o compartilhamento de provas deve ir além dos requisitos para a admissibilidade da prova emprestada, considerando a repercussão dos métodos ocultos de obtenção de provas nos direitos fundamentais, sendo que a definição de seus requisitos deve ser analisada sob uma perspectiva mais ampla. Deve-se levar em consideração as proibições de provas estabelecidas pela legislação constitucional e infraconstitucional, bem como os princípios da especialidade da prova e do menor gravame ao direito fundamental que incidem diretamente nos métodos investigativos que acarretam

[621] ROHNELT, 1979, p.41-2.

invasão aos direitos fundamentais do indivíduo, tendo como referência a dignidade da pessoa humana.

Antes de se adentrar na delimitação dos requisitos para a (in)admissibilidade do compartilhamento de provas, é importante fazer a sua diferenciação em relação ao compartilhamento de dados, a fim de evitar uma confusão conceitual e de abrangência de ambos os institutos. O compartilhamento de dados entre as instituições estatais tem sido cada vez mais implementado com a finalidade de aprimorar as ações e estratégias da polícia judiciária na persecução penal, de modo a possibilitar um maior cruzamento de dados e informações. Contudo, estas informações deverão estar limitadas àquelas que não estão protegidas pelo sigilo especial constitucionalmente assegurado, ou seja, que não afetem aos direitos fundamentais personalíssimos (integridade física e psíquica, inviolabilidade domiciliar e de correspondência, sigilo das comunicações, fiscal e bancário, honra) e, consequentemente, não dependem de autorização judicial para sua obtenção.

Em outras palavras, o compartilhamento de dados corresponde ao cruzamento (troca) de informações constantes nos bancos de dados institucionais de modo a facilitar as atividades de inteligência policial e “apertar” as possibilidades de cometimento de crimes, dando mais eficácia à investigação preliminar. Ocorre que esses dados, como frisado, são aqueles que não estão sujeitos ao sigilo especial tutelado como direito fundamental pela Constituição Federal (fiscal, bancário, telefônico, etc.) e, tampouco, à reserva jurisdicional.

Nesse sentido, sobre o acesso aos registros e dados cadastrais, nos termos do artigo 15 da Lei nº 12.850/13, os dados cadastrais dos investigados que informem exclusivamente a qualificação pessoal, filiação e endereço serão de livre acesso à autoridade policial e representante do Ministério Público, independentemente de autorização judicial. Nesse âmbito de informações deve estar limitado o compartilhamento de dados, para que não haja a indevida invasão aos direitos fundamentais do acusado.

Efetivamente, a inteligência policial - voltada para a produção de conhecimentos a serem utilizados em ações e estratégias da polícia judiciária, com escopo de identificar a estrutura e áreas de interesse da criminalidade organizada – tem dependido do aprimoramento dos sistemas de inteligência. Para o aprimoramento dos sistemas de inteligência e de combate ao crime organizado, o Estado tem que promover o compartilhamento de dados com estabelecimento de canais formais. Deve haver a integração dos bancos de dados institucionais da Polícia Civil, Polícia Rodoviária Federal, Polícia Militar, Exército, Marinha, Aeronáutica, DETRAN, delegacias especializadas em lavagem de dinheiro, imigração legal,

assalto a banco e, ainda, os não-policiais como os da Receita Federal, DATAPREV/INSS, CNIS.[622]

Entretanto, essa dinâmica de compartilhamento de dados cadastrais não pode ser aplicada ao compartilhamento de provas, tendo em vista, a necessidade de ser assegurado tanto os direitos fundamentais à inviolabilidade pessoal, inviolabilidade do domicílio, sigilo das comunicações, fiscal e bancário, honra, como também as garantias processuais penais, sendo, em última análise, o acusado tratado como sujeito de direitos. O compartilhamento de provas consiste no traslado – na forma documental – de provas produzidas em um determinado processo para produzir efeitos em outro(s) processo(s), visto sob uma perspectiva mais ampla em comparação à prova emprestada, considerando as exigências de proteção dos direitos fundamentais que se tornam necessárias pelo uso (cada vez mais frequente) dos métodos ocultos de obtenção de prova.

O compartilhamento de provas - diferentemente do compartilhamento de dados que se restringe exclusivamente a qualificação pessoal, filiação e endereço - dependerá do preenchimento de requisitos para ser admitido no âmbito do processo sem que sejam violados os direitos fundamentais do investigado. Para tanto, deve-se avaliar, num primeiro momento, se a aquisição da prova que se pretende compartilhar foi (ou não) obtida por meio de métodos invasivos aos direitos fundamentais. Em caso positivo, as informações obtidas devem respeitar as proibições de prova estabelecidas pela legislação constitucional e infraconstitucional, bem como o princípio da especialidade da prova e do menor gravame ao direito fundamental.

Estes são os princípios norteadores que irão limitar o compartilhamento de provas, tanto no âmbito de processos penais (homogêneo), como naqueles processos com natureza distinta (heterogêneo), quando se está tratando dos métodos de obtenção de prova invasivos aos direitos fundamentais. Ou seja, deve-se respeitar a opção legislativa feita, a partir de um juízo de proporcionalidade realizado no plano político-criminal *lege ferenda*, que busca restringir o uso destas medidas investigativas invasivas, em regra, apenas aos processos criminais que tratam dos crimes mais graves, conforme a definição realizada pela respectiva legislação.

A legislação, nessa lógica, proíbe a utilização das provas obtidas pelos métodos invasivos fora daquelas finalidades especificadas em lei, ou seja, quando se destinem a produzir prova em processo criminal que trata de fato que não autoriza o uso da medida ou,

---

[622] GOMES, Rodrigo Carneiro. Inteligência Policial: para combater o crime, estado tem de compartilhar dados.*In*: **Informativo Advocacia Dinâmica COAD**, 2007, p. 108.

ainda, em processo de natureza distinta que, igualmente, não comportaria o respectivo método investigativo.

Desse modo, caso a prova que se busca compartilhar foi obtida através de método invasivo ao direito fundamental, seu compartilhamento com outros processos dependerá de requisitos mais rígidos, não se podendo admitir a violação da proibição de prova estabelecida pelo legislador infraconstitucional – construída com o objetivo de tutelar os direitos fundamentais à inviolabilidade pessoal, inviolabilidade do domicílio, sigilo das comunicações, fiscal e bancário – por uma via transversa. Assim, deve-se vedar o traslado da prova – em observância às proibições de prova estabelecidas pelo legislador – para processo no qual a mesma jamais poderia ter sido produzida por vedação constitucional e legal.

Por outro lado, caso as provas que se pretendam compartilhar não tenham sido obtidas por meio de métodos invasivos aos direitos fundamentais - por exemplo, prova testemunhal, pericial ou documental – os pressupostos e requisitos para o compartilhamento serão os mesmos que a doutrina e a jurisprudência estabelecem para a prova emprestada, devendo ser observada a) a pertinência e relevância da prova; b) a participação, em contraditório, das partes do processo para o qual a prova será exportada, com a mesma profundidade de cognição; c) observância do juiz natural; e d) a comprovação, no processo importador, da regularidade e licitude da prova emprestada quando produzida no primeiro processo.

Dessa forma, o compartilhamento de dados não está sujeito ao sigilo especial tutelado pela Constituição Federal, sendo permitido apenas em relação aos dados cadastrais das pessoas. A integração desses bancos de dados deve ser fomentada, de modo a facilitar as atividades deinvestigação em todas as searas. Tratamento distinto deve ser dado ao compartilhamento de provas produzidas em um determinado processo que se pretende trasladar a outro, para nele surtir efeitos, o que dependerá de requisitos mais ou menos rígidos de acordo com a forma de aquisição ao processo – vale dizer, se houve (ou não) a utilização dos métodos invasivos aos direitos fundamentais na investigação preliminar.

5.3.2 Compartilhamento homogêneo de provas (entre processos penais): casos de conhecimentos fortuitos e cisão processual

O compartilhamento homogêneo ocorre quando há o traslado de uma prova produzida em um determinado processo criminal para outrode mesma natureza, com o objetivo de nele surtir os mesmos efeitos. Os requisitos de admissibilidade do compartilhamento de provas irão modificar de acordo com a natureza do método de obtenção utilizado, devendo-se levar

em consideração a forma de aquisição ao processo, ou seja, se houve (ou não) alguma espécie de invasão aos direitos fundamentais.

Caso o método de obtenção não acarrete violação aos direitos fundamentais, como, por exemplo, nas provas testemunhal, pericial (se não houver intervenção corporal) e documental, os requisitos da prova emprestada são suficientes para se verificar a possibilidade (ou não) do seu traslado. Assim, será necessária a avaliação dos seguintes requisitos: a) pertinência e relevância da sua produção; b) participação, em contraditório, das partes do segundo processo (onde será importada a prova) no processo onde se produziu a prova emprestada; c) observância ao princípio do Juiz Natural; e d) comprovação, no processo importador, da regularidade e licitude da prova emprestada quando produzida no primeiro processo. Nesses casos, a prova compartilhada (emprestada) poderá ser valorada com o mesmo peso em relação ao processo de origem, inexistindo qualquer tipo de restrição ao julgador no segundo processo, desde que preenchidas as exigências que asseguram o devido processo legal ao acusado.

Por outro lado, sob uma perspectiva mais ampla devem ser analisadas as provas obtidas através de interceptações telefônicas, colaboração premiada, quebras de sigilo fiscal, bancário e telefônico, ação controlada, infiltração, captação de som e imagem, bem como todas as outras que são adquiridas ao processo por meio de métodos invasivos aos direitos fundamentais do acusado. Nesses casos, deve-se observar o princípio da especialidade da prova, sendo que o direito fundamental cede, unicamente, para o fim de investigar determinado crime objeto da autorização judicial.

Em se tratando de prova pericial, na qual há a anuência do acusado em fornecer algum tipo de material para confrontação genética, também há a incidência do princípio da especialidade. Não se pode admitir o uso do material genético fornecido pelo acusado para finalidade distinta daquela abrangida pelo consentimento, sob pena de violação ao *nemo tenetur se detegere*. Em outras palavras, o princípio da especialidade da prova estabelece uma vinculação causal do consentimento dado pelo acusado, o qual aceitou fornecer material para confrontação genética em um processo criminal que apura fato específico e determinado. Logo, será nula a prova produzida quando ocorrer a deturpação do consentimento da pessoa que forneceu o material genético.

Além disso, o uso dos métodos ocultos de investigação deve observar o princípio do menor gravame ao direito fundamental do suspeito tratado como sujeito de direitos, devendo-se sempre analisar, no caso concreto, qual é o método investigativo menos prejudicial aos direitos de personalidade tutelados constitucionalmente. E mais, a legislação constitucional e

infraconstitucional é taxativa ao delimitar em quais espécies de crimes será admitido o uso de determinados métodos investigativos invasivos aos direitos fundamentais, estabelecendo verdadeiras proibições de prova que não podem ser violadas pela acusação e pelo julgador, sob pena de usurpação dos limites legais estabelecidos para seu uso e destinação.

Por exemplo, a Constituição Federal autoriza, excepcionalmente, a colheita de provas mediante interceptação de comunicações previamente autorizada por ordem judicial, para fins de investigação criminal ou instrução processual penal (art. 5º, XII, parte final). A Lei nº 9.296/96 preceitua os pressupostos da interceptação, restringindo o seu uso para investigação criminal e comprovação de fatos que constituam crimes puníveis com pena de reclusão (artigo 2º).

Nessa perspectiva, questiona-se a possibilidade de, autorizada a interceptação em determinado processo penal, esta prova ser compartilhada com outro processo. Para tanto, deve-se levar em consideração as proibições de prova preceituadas pela Carta Magna e pela Lei de Interceptações Telefônicas, que vedam o seu uso para investigação de fatos punidos com pena de detenção. Desse modo, nem a eficácia de *notitia criminis* poderão ter os conhecimentos fortuitos obtidos – no curso de uma interceptação telefônica – que sejam indicativos de crimes punidos com pena de detenção, o qual não guarde relação de conexão ou continência com o fato investigado (vale dizer, que não seja conhecimento da investigação).

Nas palavras de Talamini[623], a definição dessa questão exige a consideração do regime previsto pela Lei nº 9.296/96. Sustenta - com base no artigo 2º, parágrafo único e artigo 9º da referida lei especial – que é absolutamente inaproveitável para qualquer outro fim a gravação que não diga respeito à comprovação da situação apresentada ao juiz quando se requer a interceptação, ainda que se preste à comprovação de outros fatos. Essa mesma diretriz há de vigorar para as gravações que interessem à situação investigada e sejam levadas ao processo penal: apenas neste serão utilizáveis – não se permitindo seu emprego para outras finalidades, mediante empréstimo de prova.

No mesmo sentido, é importante referir a abrangência da Lei nº 12.850/13, a qual se destina para a investigação criminal dos delitos praticados por organizações criminosas e infrações penais correlatas, bem como na criminalidade transnacional e organizada (artigo 1º, §2º). Fora desses casos, não há tipicidade processual a comportar o uso dos métodos investigativos, configurando verdadeira proibição de prova.

---

[623] TALAMINI, 1998, p.157-8.

Como se vê, o uso dos métodos ocultos de obtenção de prova implica na necessária rediscussão de toda a teoria geral da prova, com a incidência nas proibições de prova, tendo em vista a imprescindibilidade da reserva legal (tipicidade processual) e jurisdicional (autorização judicial) para seu uso. O acusado deve ser tratado como sujeito de direitos e ter sua dignidade preservada, razão pela qual a incidência das proibições de prova se relaciona diretamente com a tutela dos direitos fundamentais. Além disso, os novos métodos investigativos devem respeitar os princípios da especialidade da prova e do menor gravame ao direito fundamental, razão pela qual se justifica a definição de requisitos mais rígidos para a admissibilidade de seu compartilhamento, bem como a limitação de seus efeitos a *notitia criminis* em determinados casos.

Sob o prisma do direito processual e da forma como se pode dar o compartilhamento homogêneo de provas, verifica-se a ocorrência de duas situações:

A primeira possibilidade se dá quando a autoridade policial se depara com os chamados conhecimentos fortuitos – aqueles que não guardam relação de conexão ou continência com o fato que originou o uso do método de obtenção de prova - obtidos no curso da investigação preliminar. Nessa situação, seguindo os parâmetros estabelecidos pelo artigo 187.7 do Código de Processo Penal português e o artigo 579 *bis* da *Ley de Enjuiciamiento* Criminal espanhola, os efeitos dos conhecimentos fortuitos devem ter sua eficácia limitada à *notitia criminis*, possibilitando a instauração de um novo procedimento investigatório.

Contudo, não são todos os casos em que o conhecimento fortuito possui esse efeito, devendo ser observados os seguintes requisitos: a) imediata comunicação ao Juízo sobre a existência do conhecimento fortuito, de modo a evitar o prolongamento da medida investigativa sem a autorização judicial específica que se faz necessária pela observância ao princípio da especialidade da prova; b) a admissibilidade do uso do meio de obtenção de prova em relação ao crime fortuitamente descoberto, sob pena de violação das proibições de prova estabelecidas previamente pelo legislador, o que consiste numa opção político-criminal de prevalência dos direitos fundamentais em detrimento da persecução criminal daquelas condutas cuja investigação não justificam o seu uso; e c) o encaminhamento da cadeia de pedido(s) de autorização judicial para uso da respectiva medida de obtenção de prova, da(s) respectiva(s) decisão(ões) judicial(is), bem como de todos os suportes técnicos das conversações, comunicações, filmagens e demais documentos relacionados, proporcionando à defesa técnica do acusado o exercício efetivo do contraditório, de modo a viabilizar eventual questionamento sobre a (i)licitude do método de obtenção que originou a prova compartilhada.

A segunda hipótese ocorre nos casos de cisão processual (obrigatória ou facultativa). Nas hipóteses excepcionais de cisão obrigatória, estabelecidas pelos incisos do artigo 79 do Código de Processo Penal (no concurso entre a jurisdição comum e a militar; e no concurso entre a jurisdição comum e o Juizado da Infância e da Juventude) serão instaurados dois procedimentos preliminares distintos, com ritos e procedimentos peculiares. Nesses casos (crimes militares e atos infracionais, respectivamente), sequer o uso dos métodos ocultos de investigação é autorizado em lei, havendo uma proibição de prova nesse sentido que inviabiliza o compartilhamento.

Logo, por via de consequência, não se pode admitir o compartilhamento das provas produzidas na jurisdição comum quando obtidas por meio dos métodos ocultos de obtenção de prova, sob pena de, por uma via transversa, violar a proibição de prova construída com cariz constitucional para a tutela dos direitos fundamentais. Por outro lado, em se tratando de provas cujo método de obtenção não afeta direitos fundamentais, novamente será preciso observar os pressupostos e requisitos estabelecidos pela doutrina para a admissibilidade da prova emprestada.

A cisão facultativa, normalmente, ocorreno curso da fase judicial em razão de alguma intercorrência processual que venha a gerar algum tipo de prejuízo, seja para o normal desenvolvimento do processo, seja para o exercício da ampla defesa ou, ainda, para o *status libertatis* do acusado preso preventivamente. Assim, dispõe o artigo 80 do Código de Processo penal que o julgador poderá separar os processos quando as infrações tiverem sido praticadas em circunstâncias de tempo ou de lugar diferentes, ou, quando pelo excessivo número de acusados e para não lhes prolongar a prisão provisória, ou por outro motivo relevante, o juiz reputar conveniente a separação.

Nessa situação, em relação às provas obtidas pelos métodos invasivos aos direitos fundamentais no curso da fase preliminar - pressupondo que houve o curso regular da investigação e que eventuais conhecimentos fortuitos tenham sido compartilhados com sua eficácia limitada à *notitia* criminis quando preenchidos os requisitos – estamos diante de conhecimentos da investigação (aqueles que possuem relação de conexão ou continência com o fato objeto da investigação inicial), os quais, conforme a regra constante no artigo 79 do Código de Processo Penal deveria estar reunido no mesmo processo pelo princípio da comunhão da prova.

Todavia, por uma situação concreta ocorrida no curso do processo, houve a instauração de dois ou mais procedimentos distintos. Nesse caso, não há a incidência de qualquer proibição de prova a vedar o compartilhamento da prova com todos os autos da

cisão, até porque, em regra, fundamenta a *opinio delicti* do Ministério Público devendo acompanhar todos os procedimentos instaurados.

Em contrapartida, deve-se oportunizar à defesa técnica indispensável o efetivo exercício do contraditório, mesmo que na forma diferida. Logo, deverão ser trasladados para todos os autos das diferentes cisões todo o material referente ao uso do meio de obtenção de prova: os elementos indicativos da causa provável relativos à participação dos investigados na fase preliminar; cadeia de requerimentos postulando a autorização de uso dos métodos investigativos; a cadeia de decisões judiciais autorizativas; relatórios elaborados no curso da investigação; integralidade das filmagens, captações de áudio e gravações ambientais; integralidade dos áudios das interceptações telefônicas; prévio acesso ao acordo de colaboração premiada.

Portanto, não há qualquer vedação para que a prova obtida no curso da investigação preliminar por meio dos métodos ocultos de investigação seja destinada a todos os processos originados pela cisão facultativa, desde que, por óbvio, tome-se a cautela de preservar o devido processo legal, sendo a integralidade do material trasladada, propiciando o pleno conhecimento do conteúdo da investigação preliminar e o efetivo contraditório a ser exercido na modalidade diferida. Ressalta-se que o contraditório nesses métodos de obtenção de prova deve propiciar a defesa, não só contrapor ou contraprovar o conteúdo das provas colhidas, como também o a possibilidade de arguir eventual ilicitude na sua aquisição ao processo, seja pela ausência dos requisitos legais de admissibilidade, seja por eventuais ilegalidades na execução da medida probatória.

Por outro lado, as provas constituendas, que exigem a efetiva participação da defesa na sua produção, como, por exemplo, a prova testemunhal, somente poderá ser trasladada de um processo a outro se preenchidos os requisitos estabelecidos pela doutrina para a prova emprestada, de acordo com o exposto nos títulos 5.2, 5.2.1, 5.2.2, 5.2.3, 5.2.4 deste capítulo. Destaca-se, nesse contexto, a imprescindibilidade de que o contraditório seja exercido com a mesma profundidade do processo originário.

Assim, por exemplo, no caso da prova testemunhal, deve ser oportunizada à defesa do acusado, não apenas a sua presença ao ato processual, como também a formulação de perguntas diretamente às pessoas ouvidas. No caso das cisões facultativas, pode o juiz, considerando o princípio da economia processual e se não houver qualquer prejuízo ao exercício do contraditório e da ampla defesa, intimar os acusados e suas defesas que atuam nos processos das respectivas cisões a participar da audiência em que será produzida a prova, de modo a autorizar o seu compartilhamento.

Em igual medida são as cautelas com relação à prova pericial que se produz em um determinado processo. Caso a prova interesse aos corréus dos processos cindidos, nada obsta que o julgador possibilite às partes prazo para manifestação, inclusive possibilitando a formulação de quesitos e a indicação de assistente técnico. Em sendo cumprido o previsto no artigo 159 e seguintes do Código de Processo Penal, propiciando ao acusado que está respondendo ao processo nos autos da cisão o direito de participar, em contraditório, com a mesma profundidade de conexão, da produção da perícia, nada obstará o seu compartilhamento.

Portanto, em se tratando do compartilhamento homogêneo de provas, para avaliar a possibilidade do magistrado deferir a sua realização, é preciso observar, num primeiro momento, a natureza do meio de obtenção de prova utilizado, se há (ou não) violação aos direitos fundamentais. Num segundo momento, na hipótese da prova adquirida ao processo ter sido obtida sem a utilização dos métodos invasivos aos direitos fundamentais, o cumprimento dos requisitos e pressupostos estabelecidos para a admissibilidade da prova emprestada são suficientes para preservação do devido processo legal.

De outro lado, caso a prova tenha sido obtida por método investigativo invasivo a direito fundamental, o tratamento deve ser diferenciado, em observância às proibições de prova que visam tutelar os direitos fundamentais, bem como aos princípios da especialidade da prova e do menor gravame ao direito fundamental. Assim, a análise deve fazer a diferenciação entre as categorias do conhecimento fortuito e conhecimento da investigação e, de igual sorte, verificar se a prova que se pretende compartilhar foi produzida nos autos de um expediente cindido em relação ao mesmo processo, por força do artigo 80 do Código de Processo Penal.

Como ressalta Grinover[624], as regras probatórias devem ser vistas como normas de tutela da esfera pessoal de liberdade, ou seja, possuem valor de garantia. Nesse sentido, os preceitos constitucionais com relevância processual têm natureza de normas de garantia das partes e da higidez do próprio processo. E, nessa lógica, para que se tenha maior segurança jurídica quanto ao uso e destinação – no curso das investigações preliminares – dos métodos ocultos de investigação, é necessário a definição de lei regulamentadora para delimitar o compartilhamento de provas no processo penal.

---

[624] GRINOVER, 1993, p.61-3.

5.3.3 Compartilhamento heterogêneo e o processo penal como exportador da prova: necessidade de definição de limites a partir das proibições de prova e dos princípios da especialidade e do menor gravame ao direito fundamental

O compartilhamento heterogêneo ocorre quando há o traslado da prova do processo penal para outro processo de natureza distinta, ou vice-versa. Assim, o processo penal pode ser o exportador ou importador da prova, situações que merecem análises diferenciadas quanto a sua admissibilidade. De qualquer sorte, sempre é necessário ter como ponto de partida a natureza do método de obtenção da prova, se houve (ou não) a violação de algum direito fundamental (integridade pessoal, intimidade, inviolabilidade do domicílio, sigilo das comunicações, bancário e fiscal, honra), tendo em vista a incidência das proibições de prova, bem como dos princípios da especialidade da prova e do menor gravame ao direito fundamental.

Os direitos fundamentais – dos quais decorrem as proibições de prova e a aplicabilidade dos princípios da especialidade da prova e do menor gravame ao direito fundamental – funcionam como limites à atuação do Estado na persecução penal e devem ser respeitados no momento do compartilhamento da prova. O legislador estabelece previamente – através de um juízo de ponderação *a priori* – quais as condutas em que se pode admitir a violação dos direitos fundamentais com a finalidade específica da persecução penal de determinados crimes. Fora desses casos elencados taxativamente pela legislação, é vedado o uso do método oculto de investigação, sendo esta a primeira análise a ser feita, para se verificar se o processo penal pode exportar a prova produzida em seu bojo.

No plano do processo penal, existe a possibilidade de uso dos meios ocultos de obtenção da prova, como as quebras quebra do sigilo telefônico, interceptação telefônica, ambiental e telemática, delação premiada, infiltração de agentes, ação controlada. Tais meios de obtenção de provas não possuem previsão legal no âmbito do processo administrativo disciplinar, no processo civil e nas ações de improbidade administrativa.

Assim, em virtude dessa limitação dos instrumentos processuais probatórios, tem sido cada vez mais comum a exportação da prova pelo processo penal para esses procedimentos de natureza distinta que, por uma via direta, não admitiriam o uso dos referidos métodos investigativos. Diante dessas situações, os Tribunais Superiores brasileiros têm aceito o compartilhamento irrestrito de provas, inclusive a exportação daquelas provas obtidas através de meios ocultos de investigação para processos de outra natureza. Em outras palavras, por uma via indireta (compartilhamento), tem sido admitidas as provas obtidas por meio dos

métodos ocultos de investigação, não obstante as proibições de prova estabelecidas pela Constituição Federal e legislação infraconstitucional.

O Superior Tribunal de Justiça, em diversos julgamentos[625], tem permitido o compartilhamento de provas obtidas no curso de uma investigação criminal, inclusive quando o recurso utilizado implica em violação aos direitos fundamentais (como, por exemplo, na interceptação telefônica) em processos administrativos disciplinares, sob o argumento de que, respeitados o contraditório e a ampla defesa, deve ser admitida a prova emprestada devidamente autorizada na esfera criminal.

O Supremo Tribunal Federaltem posição firmada no sentido de ser admissível o compartilhamento heterogêneo de provas produzidas no âmbito do processo criminal, inclusive por meio dos métodos ocultos de obtenção de prova, com processos de natureza distinta, se a prova foi legalmente produzida nos autos do processo criminal de origem, mesmo contra pessoas que não tenham sido alvo da investigação. Nesse sentido, são os julgados na Pet3683/QO MG (DJ 13/08/08)[626], RMS 28774/DF (DJ2 2/09/2015)[627]; Inq

---

[625] Nesse sentido, admitindo a exportação das escutas telefônicas produzidas no âmbito do processo penal para processos de natureza distinta: MS 17.355/DF (DJ 19/03/14); MS 13.501/DF (DJ 10/12/08); MS 9.212/DF (DJ 11/05/05);RMS 20.066/GO (DJ 16/02/06); e MS 7.024/DF (DJ 04/06/01).

[626] PROVA EMPRESTADA. Penal. Interceptação telefônica. Documentos. Autorização judicial e produção para fim de investigação criminal. Suspeita de delitos cometidos por autoridades e agentes públicos. Dados obtidos em inquérito policial. Uso em procedimento administrativo disciplinar, contra outros servidores, cujos eventuais ilícitos administrativos teriam despontado à colheita dessa prova. Admissibilidade. Resposta afirmativa a questão de ordem. Inteligência do art. 5º, inc. XII, da CF, e do art. 1º da Lei federal nº 9.296/96. Precedentes. Voto vencido. Dados obtidos em interceptação de comunicações telefônicas, judicialmente autorizadas para produção de prova em investigação criminal ou em instrução processual penal, bem como documentos colhidos na mesma investigação, podem ser usados em procedimento administrativo disciplinar, contra a mesma ou as mesmas pessoas em relação às quais foram colhidos, ou contra outros servidores cujos supostos ilícitos teriam despontado à colheita dessas provas. (BRASIL. Supremo Tribunal Federal. **Pet nº 3683/QO MG**. Tribunal Pleno, Min. Relator Cezar Peluso, DJ 13/08/08). Disponível em: <http://www.stf.jus.br/portal/jurisprudencia/ pesquisarJurisprudencia.asp>. Acesso em: 23 nov. 2016).

[627] DIREITO CONSTITUCIONAL E ADMINISTRATIVO. RECURSO ORDINÁRIO EM MANDADO DE SEGURANÇA. ATO DO MINSTRO DA FAZENDA. DEMISSÃO DE SERVIDOR PÚBLICO POR ATO DE IMPROBIDADE ADMINISTRATIVA. AUSÊNCIA DE VÍCIOS NO PROCESSO ADMINISTRATIVO DISCIPLINAR. NEGATIVA DE PROVIMENTO DO RECURSO. [...] 4. A jurisprudência desta Corte admite o uso de prova emprestada em processo administrativo disciplinar, em especial a utilização de interceptações telefônicas autorizadas judicialmente para investigação criminal. Precedentes. 5. Recurso ordinário a que se nega provimento. (BRASIL. Supremo Tribunal Federal. **RMS nº 28.774/DF**, Primeira Turma, Min. Relator para acórdão Roberto Barroso, DJ 22/06/15). Disponível em: <http://www.stf.jus.br/portal/ jurisprudencia/ pesquisarJurisprudencia.asp>. Acesso em: 23 nov. 2016).

3305 AgR / RS (DJ 23/02/2016)[628]; RMS 24194/DF (DJ 13/09/11).[629]

Outro argumento utilizado pela doutrina para sustentar a possibilidade do compartilhamento heterogêneo da prova no âmbito do processo administrativo disciplinar é a sua instrumentalidade. Assim, a utilização da prova emprestada no processo administrativo disciplinar contribuiria à aplicação da instrumentalidade e eficácia do processo, sob a justificativa de que os meios de obtenção de provas no âmbito administrativo são restritos.[630]

As decisões dos Tribunais Superiores merecem críticas à luz dos direitos fundamentais que estabelecem as proibições de prova, o princípio da especialidade e o menor gravame ao direito fundamental. Portanto, questiona-se se o juiz, agindo na jurisdição cível pode, validamente, autorizar ou acatar a interceptação telefônica, informática ou telemática, ainda que por via indireta? Por via direta, de plano se constata essa impossibilidade jurídica, na medida em que a Constituição assegura a inviolabilidade da intimidade, da vida privada, a honra e a imagem, do domicílio (salvo flagrante delito e, durante o dia, por ordem judicial), da correspondência, das comunicações telegráficas, bem como dos dados e comunicações telefônicas (estes últimos que somente podem ser relativizados para fins de persecução penal e instrução processual).[631]

Então, a relativização dos direitos fundamentais somente pode ocorrer com observância das proibições de prova estabelecidas constitucionalmente, logo, respeitadas as formalidades legais e as hipóteses taxativas elencadas pela legislação (tipicidade processual), mediante autorização judicial (reserva jurisdicional).

Todavia, os Tribunais Superiores brasileiros têm admitido por uma via indireta, (compartilhamento heterogêneo), que as provas obtidas por métodos ocultos de investigação com destinação específica ao processo penal produzam efeitos em processos de natureza

---

[628] DIREITO PROCESSUAL PENAL. INQUÉRITO. PROVA EMPRESTADA. 1. É assente na jurisprudência desta Corte a admissibilidade, em procedimentos administrativos ou civis, de prova emprestada produzida em processo penal, mesmo que sigilosos os procedimentos criminais. (BRASIL. Supremo Tribunal Federal. **Inq nº 3.305/AgR RS,** Primeira Turma, Min. Relator Roberto Barroso, DJ 23/02/16). Disponível em: <http://www.stf.jus.br/portal/ jurisprudencia/pesquisarJurisprudencia.asp>. Acesso em: 23 nov. 2016).

[629] MANDADO DE SEGURANÇA. POLICIAIS RODOVIÁRIOS FEDERAIS. DEMISSÃO DE SERVIDOR FEDERAL POR MINISTRO DE ESTADO. POSSIBILIDADE DE DELEGAÇÃO PELO PRESIDENTE DA REPÚBLICA DO ATO DE DEMISSÃO A MINISTRO DE ESTADO DIANTE DO TEOR DO ARTIGO 84, INCISO XXV, DA CONSTITUIÇÃO DA REPÚBLICA. JURISPRUDÊNCIA PACÍFICA DO STF. PROVA LICITAMENTE OBTIDA POR MEIO DE INTERCEPTAÇÃO TELEFÔNICA REALIZADA COM AUTORIZAÇÃO JUDICIAL PARA INSTRUIR INVESTIGAÇÃO CRIMINAL PODE SER UTILIZADA EM PROCESSO ADMINISTRATIVO DISCIPLINAR. [...]. NEGO PROVIMENTO AO RECURSO ORDINÁRIO. (BRASIL. Supremo Tribunal Federal. **RMS nº 24.194/DF**. Primeira Turma, Min. Relator Luiz Fux, DJ 13/09/11. Disponível em: <http://www.stf.jus.br/ portal/jurisprudencia/ pesquisarJurisprudencia.asp>. Acesso em: 23 nov. 2016).

[630] CUIABANO, Renata Maciel. Sobre a importância da prova emprestada no processo administrativo disciplinar. **Revista Zênite de Direito Administrativo**, Curitiba, v.6, n.67, fev 2007, p.602.

[631] MACHADO, 1999, p. 22-23.

diversa, sob o argumento de que a prova emprestada depende apenas do respeito à ampla defesa e ao contraditório ou foi legalmente produzida na origem, sem observar as proibições de prova e os princípios da especialidade da prova e do menor gravame ao direito fundamental que decorrem da natureza dos métodos de obtenção.

Por outro lado, destaca-se o julgamento isolado proferido no Inq 3014/PR (DJ 13/12/2012)[632], de relatoria do Ministro Marco Aurélio, oportunidade em que o Supremo Tribunal Federal entendeu pela impropriedade do compartilhamento de interceptações telefônicas, sob o argumento de que estas são determinadas por órgão judicial para efeito específico (investigação criminal e instrução processual criminal), sendo inadequado o afastamento da privacidade em ações de improbidade administrativa. Logo, nesse julgado foram respeitadas as proibições de prova estabelecidas pelo artigo 5º, inciso XII da Constituição Federal.

Nessa lógica, não poderá o processo penal exportar provas obtidas, por exemplo, mediante interceptação telefônica, infiltração, ação controlada, colaboração premiada, pois estes métodos investigativos possuem finalidade específica determinada pelo artigo 5º, inciso XII da Constituição Federal, bem como pelas Leis nº 9.296/96 e 12.850/13, para produzir efeitos em processos de natureza distinta (ações cíveis, de improbidade administrativa, processo administrativo disciplinar).

O meio probatório que resulta da interceptação não pode ser utilizado em qualquer procedimento ou processo, pois o artigo 2º, inciso III, da Lei nº 9.296/96 vedou a sua utilização quando "o fato investigado constituir infração penal punida, no máximo, com pena de detenção".[633] Em outras palavras, em leitura conjugada das normas constitucional e infraconstitucional brasileira, a interceptação telefônica restringe-se a investigação criminal ou instrução processual penal de delito punido com pena de reclusão, não se admitindo o seu compartilhamento heterogêneo de modo a surtir efeitos em ações cíveis, de improbidade administrativa ou, ainda, processos administrativos disciplinares.

A Lei nº 12.850/13 também restringe o uso dos métodos ocultos de investigação nela previstos aos crimes praticados por organizações criminosas, nas infrações penais previstas

---

[632] [...] PROVA – INTERCEPTAÇÕES TELEFÔNICAS – COMPARTILHAMENTO – IMPROPRIEDADE. Consoante dispõe o inciso XII do artigo 5º da Constituição Federal, mostra-se inadequado o compartilhamento de prova que, no campo da exceção – afastamento da privacidade –, implicou interceptação telefônica determinada por órgão judicial e para efeito específico, ou seja, investigação criminal ou instrução processual penal. [...]. (BRASIL. Supremo Tribunal Federal. **Inq nº 3.014/PR**. Tribunal Pleno. Min. Relator Marco Aurélio, DJ 13/12/12. Disponível em: <http://www.stf.jus.br/portal/ jurisprudencia/ pesquisarJurisprudencia.asp>. Acesso em: 23 nov. 2016).

[633] BRASIL. **Lei nº 9.296/96**. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/L9296.htm>. Acesso em: 25 nov. 2016.

em tratado ou convenção internacional de caráter transnacional ou, ainda, praticados por organizações terroristas internacionais. Desse modo, considerando o juízo *a priori* de proporcionalidade realizado pelo legislador ao vedar dos meios de obtenção de prova elencados em seu artigo 3º, não se pode admitir o compartilhamento heterogêneo dessas provas de modo a surtir efeito em processos de natureza distinta.

Refere Gomes[634], abordando a temática sob a ótica da lei de interceptações telefônicas, que o legislador constitucional, ao delimitar a sua finalidade restrita à persecução criminal de delitos apenas com pena de reclusão já estava ponderando valores, sopesando interesses, conforme o princípio da proporcionalidade. Segundo a imagem do legislador,

> justifica-se sacrificar o direito à intimidade para uma investigação ou processo criminal, não civil. Isso tem por base os valores envolvidos num e noutro processo. Não se pode esquecer que a proporcionalidade está presente (deve estar, ao menos) na atividade do legislador (feitura da lei), do juiz (determinação da medida) e do executor (que não pode abusar).

Nessa lógica, quando o método de obtenção de prova acarreta invasão aos direitos fundamentais, somente poderá ser utilizado quando houver tipicidade processual (reserva legal) e autorização judicial (reserva jurisdicional). Fora desses casos está se tratando de uma verdadeira proibição de prova que não pode ser distorcida por argumentos como a economia processual ou celeridade que tentam justificar o compartilhamento heterogêneo.

Estão em jogo as liberdades constitucionais, as quais o constituinte, desde logo, demarcou o seu âmbito de prevalência em detrimento de outro interesse diverso da persecução criminal. Trata-se de escolha fundada na proporcionalidade, que não pode ser desviada na praxe forense pelos métodos de compartilhamento de provas. Nesses casos, conclui Gomes[635] que a prova colhida por interceptação telefônica no âmbito penal não pode ser "emprestada" (ou utilizada) para qualquer outro processo vinculado a outros ramos do direito.

As medidas investigativas que acarretam violação aos direitos fundamentais são excepcionais, devendo ser aplicadas em observância ao princípio do menor gravame ao direito fundamental. A regra é que prevaleça o direito fundamental consagrado constitucionalmente, logo, sendo a medida investigativa excepcional, somente se justifica nos casos previamente delimitados e para fins criminais, como preceitua a legislação. Essas medidas investigativas

---

[634] GOMES, Luiz Flávio. Finalidade da interceptação telefônica e a "prova emprestada". *In*: **Repertório IOB de Jurisprudência**, 1997, p.75.
[635] *Ibid.*, p.75.

que acarretam invasão ao direito fundamental não podem ser, nas palavras de Valente[636], vulgarizadase, tampouco, disseminadas indiscriminadamente.

Deve-se evitar o recurso, tanto no plano legiferante, como operacional da norma legitimadora, aos meios de obtenção de prova ao crime que possuem natureza excepcional, evitando a indução à vulgaridade dos meios que só excepcionalmente deveriam ser utilizados.[637] Todavia, de nada adiantariam as proibições de prova previamente estabelecidas pela Constituição Federal se, por meio do compartilhamento de provas, estas sejam encaminhadas indevidamente para processos administrativos disciplinares, ações de improbidade administrativa ou ações civis, como tem sido aceito pela jurisprudência brasileira.

Isso também se justifica, pois, no âmbito do processo penal o contraditório se perfectibiliza com maior profundidade de cognição em comparação aos processos de natureza distinta, sendo que, em se tratando dos métodos ocultos de obtenção de prova a abrangência do contraditório diz respeito à possibilidade de a) arguir a eventual ilicitude do respectivo método de obtenção de prova, seja pela ausência dos requisitos legais para sua admissibilidade, seja por eventuais ilegalidades na execução da medida probatória; e b) de contrapor ou contraprovar o conteúdo dos elementos de prova produzidos na investigação preliminar.

Portanto, ao se admitir a exportação das provas produzidas no processo penal mediante métodos de investigação invasivos aos direitos fundamentais nos processos de natureza distinta, de modo a produzir efeitos em ações cíveis, de improbidade administrativa, bem como processos administrativos disciplinares, estar-se-á dando eficácia indevida a estas provas, antes de que seja cumprido o devido processo legal, com a ampla defesa e o contraditório. Isso porque, somente no processo penal existe a cognição do contraditório que viabiliza a contestação de eventual ilicitude desses meios de obtenção de prova.

Uma situação que pode se verificar na prática forense é a aplicação de pena de demissão (às vezes, inclusive, a bem do serviço público) no processo administrativo disciplinar antes do término da ação penal, com base em prova compartilhada do mesmo processo penal, a qual foi obtida por métodos ocultos de investigação cuja finalidade – na forma da legislação específica – restringe-se a persecução criminal. E se a prova for declarada ilícita no âmbito do processo penal (o que irá depender da perfectibilização do contraditório)? Tal elemento de prova, certamente, não poderia ser usado no processo administrativo

---

[636] VALENTE, 2008, p.181.
[637] *Ibid.*

disciplinar. Entretanto, a decisão administrativa, no exemplo citado, já foi tomada e, vale reiterar, com base em prova reputada ilícita pelo Poder Judiciário.

Para que se cumpra o devido processo legal, é imprescindível que a prova obtida por meio dos métodos ocultos de investigação (os quais possuem destinação específica para o processo penal) seja submetida ao devido processo legal, respeitado o contraditório e a ampla defesa com a profundidade de cognição exigida no âmbito do processo penal.

Nesse sentido, é a conclusão de Gomes[638]:

> Não é possível, consequentemente, interceptação para fins civis, comerciais, industriais, administrativos, políticos ou tributários, etc. Nem sequer para investigação que envolva direitos difusos (coletivos). Não cabe interceptação em ação civil pública, ação de enriquecimento ilícito etc..

Com relação as provas que seus métodos de obtenção não acarretam violação aos direitos fundamentais, é suficiente que os pressupostos e requisitos estabelecidos pela doutrina e jurisprudência para a admissibilidade da prova emprestada sejam observados, ou seja: a) pertinência e relevância; b) participação, em contraditório, das partes do segundo processo (onde será importada a prova) no processo onde se produziu a prova emprestada; c) observância ao princípio do juiz natural; e d) a comprovação no processo importador da regularidade e licitude da prova emprestada quando produzida no processo de origem.

Para Alves[639], a prova emprestada no processo administrativo disciplinar, inclusive no que se refere a depoimentos produzidos em inquéritos policiais ou processos criminais, deve ser juntada e posteriormente apresentada à parte arguida para se manifestar. Nesse aspecto, estaria assegurado o contraditório e a ampla defesa, sendo que os depoimentos não precisariam, necessariamente, ser reproduzidos na esfera do processo administrativo disciplinar, pois então deixariam de ser prova emprestada.

Num entendimento precipitado, a utilização da prova emprestada dessa forma seria recomendável para fins de economia processual, vale dizer, nada mais prático do que aproveitar o que já existe. Contudo, a prova emprestada não possui valor absoluto, sendo imprescindível assegurar ao acusado o exercício efetivo do contraditório e da ampla defesa sobre ela. A economia processual e a busca de uma celeridade processual não são justificativas idôneas para tamanho atropelo das garantias do contraditório e da ampla defesa, mesmo no processo administrativo disciplinar.

---

[638] GOMES, 1997, p.75.
[639] ALVES, Léo da Silva. **Prática de processo disciplinar**. Brasília: Brasília jurídica, 2001, p.212-3.

A ampla defesa e o contraditório no momento da produção da prova testemunhal se concretiza com a possibilidade de questionamentos específicos sobre os fatos imputados ao depoente. Portanto, para fins de preservar o contraditório e a ampla defesa, que deve ser exercido com todos os meios e recursos a eles inerentes (artigo 5º, inciso LV), evitando-se qualquer prejuízo ao sujeito passivo do processo administrativo disciplinar, da ação de improbidade administrativa ou da parte na ação cível. O contraditório no processo criminal é realizado com cognição mais aprofundada, logo, se a parte do processo de natureza distinta participou diretamente da produção dessa prova, não há razão a justificar a vedação ao seu uso.

Nessa lógica, aplicável às provas cujos métodos de obtenção não acarretam invasão aos direitos fundamentais – o que depende da observância das proibições de prova e dos princípios da especialidade e menor gravame ao direito fundamental - Nery Junior[640] defende ser possível“ o juízo cível valer-se da chamada prova emprestada da ação penal, desde que a parte contra quem se vai produzir a prova obtida através de escuta, seja a mesma em ambas as esferas e se observe o princípio do contraditório, em respeito à unidade da jurisdição”.

E, efetivamente, é possível a prova emprestada do processo criminal para o processo de natureza distinta, quando feitas as devidas separações a partir da natureza dos métodos de obtenção, se há (ou não) a invasão a direitos fundamentais no momento de sua produção, aspecto que altera, decisivamente, os critérios de análise em cada caso concreto.

5.3.4 Compartilhamento heterogêneo e o processo penal como importador da prova: da observância ao princípio da especialidade da prova

O compartilhamento heterogêneo pode ocorrer também na hipótese do processo penal ser importador da prova produzida em processos de natureza diversa. Essa situação decorre, principalmente, da possibilidade do Ministério Público dispensar a instauração de inquérito policial para fins de formação de sua *opinio delicti*, consoante interpretação dos artigos 39, §5º[641] e 46, §1º[642] ambos do Código de Processo Penal.

Assim, não prepondera o argumento acerca da exclusividade da Polícia para a realização de diligências investigatórias decorrente do artigo 144 do Constituição Federal.

---

[640] NERY JÚNIOR, Nelson. **Princípios do Processo Civil na Constituição Federal**. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1996, p.159-60.

[641] Código de processo penal. Artigo 39, §5º. O órgão do Ministério Público dispensará o inquérito, se com a representação forem oferecidos elementos que o habilitem a promover a ação penal e, neste caso, oferecerá a denúncia no prazo de 15(quinze) dias.

[642] Código de processo penal. Artigo 46, §1º. Quando o Ministério Público dispensar o inquérito policial, o prazo para o oferecimento da denúncia contar-se-á da data em que tiver recebido as peças de informação ou a representação.

Conforme Streck e Feldens[643], o texto constitucional, ao referir-se à "exclusividade" da Polícia Federal para exercer funções "de polícia judiciária da União" no mesmo artigo 144, §1º, inciso IV, tão-somente, delimitou as atribuições entre as diversas polícias (federal, rodoviária, ferroviária, civil e militar), razão pela qual destinou, para cada uma delas, um parágrafo dentro do mesmo artigo 144.

Na hipótese da conclusão ser no sentido do "monopólio investigativo" da Polícia, seriam afastadas por completo as diligências investigatórias imprimidas pelos demais órgãos da administração (Poder Executivo) e dentro do próprio Poder Legislativo, os quais, conquanto não ostentem, ao contrário do Ministério Público, finalidade dirigida à persecução penal, as realizam no escopo de fomentá-la.[644]

No ambiente do Poder Executivo, a Receita Federal dispõe, em cada região fiscal, de um "Escritório de Pesquisa e Inteligência" (ESPEI). A seu turno, o Banco Central conta em sua estrutura com um "Departamento de Combate a Ilícitos Cambiais e Financeiros" (DECIF), órgão diretamente vinculado à sua Diretoria de Fiscalização (DIFIS). Também naquela esfera são efetuadas diligências que, além de instruir o procedimento administrativo, igualmente terão como destinatário o Ministério Público, para que proceda criminalmente contra os investigados. O Conselho de Controle de Atividades Financeiras, no mesmo sentido, realiza atividade investigatória, atuando como órgão do Governo responsável pela coordenação de ações voltadas à persecução da lavagem de dinheiro.[645] Ainda, refere-se a Controladoria e a Corregedoria Geral da União que,de igual forma, realiza diligências de caráter investigatório, podendo resultar em elemento a ser importado pelo processo penal.

Além disso, a estrutura da administração pública direta e indireta conta, em suas diversas esferas, com órgãos estabelecidos para a colheita de elementos que, dentre outras finalidades, poderão ter como destinatário o Ministério Público. Exemplificativamente, pode-se citar a representação fiscal para fins penais oriunda do setor de fiscalização do INSS, as notícias-crime ofertadas pelo IBAMA nos casos de infrações ambientais, bem como as sindicâncias administrativas realizadas que, em diversos casos, tem servido à propositura de ação penal pelo Ministério Público, tendo em vista a dispensabilidade do inquérito policial.[646]

Cabe lembrar que as Comissões Parlamentares de Inquérito terão poderes de investigação próprios das autoridades judiciais para fato determinado e por prazo certo, na

---

[643] STRECK, Lenio Luiz; FELDENS, Luciano. **Crime e Constituição**: a legitimidade da função investigatório do ministério público. Rio de Janeiro: Forense, 2006, p.61.

[644] *Ibid.*.

[645] FELDENS, Luciano; SCHMIDT, Andrei Zenkner. **Investigação criminal e ação penal.** Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2007, p. 62-3.

[646] *Ibid.*, p.62-3.

forma do artigo 58, §3º da Constituição Federal[647], sendo que suas conclusões, se for o caso, serão encaminhadas para o Ministério Público para que promova a responsabilidade civil ou criminal dos envolvidos.

E mais, os próprios inquéritos civis públicos, de atribuição do Ministério Público com a finalidade de proteção do patrimônio público e social, do meio ambiente e de outros interesses difusos e coletivos, que normalmente instruem as ações civis públicas e as ações de improbidade administrativa, muitas vezes são utilizados como peça informativa para a formação da *opinio delicti* na ação penal.

Em todas essas situações, os elementos de prova produzidos em processos/procedimentos de natureza distinta (não penais) acabam sendo trazidos para dentro do processo penal, servindo como base para a deflagração da ação penal. Em sendo o inquérito policial dispensável, bem como considerando as atividades que exigem conhecimentos técnicos específicos por parte dos órgãos administrativos de fiscalização e controle, essa forma de circulação da prova deve ser aceita como regra, desde que não atentem ao princípio da especialidade da prova.

Em algumas situações, o Estado detém legitimamente informações, que não podem pura e simplesmente ser valoradas em um processo penal. Andrade[648] exemplifica a coleta de algumas informações no contexto da ação tributária, cuja valoração processual se oponha ao respectivo titular. De um lado, ressalta o que denomina de princípio da vinculação final da informação (em outras palavras, especialidade da prova) e, por outro lado e complementarmente, da continuidade do domínio do indivíduo sobre a informação. O portador do direito pode, assim, na base do seu direito de domínio, opor-se à utilização não consentida da informação.

Os conhecimentos provenientes de outros processos (importação) só podem ser utilizados para fins probatórios em processo penal para investigação daqueles crimes para cuja investigação poderia ter sido ordenada a medida. Isso significa, concretamente, que a ulterior utilização dos dados só é legítima e admissível se em causa estiverem fins para cuja

---

[647] Constituição Federal. Artigo 58, §3º. As comissões parlamentares de inquérito, que terão poderes de investigação próprios das autoridades judiciais, além de outros previstos nos regimentos das respectivas Casas, serão criadas pela Câmara dos Deputados e pelo Senado Federal, em conjunto ou separadamente, mediante requerimento de um terço de seus membros, para a apuração de fato determinado e por prazo certo, sendo suas conclusões, se for o caso, encaminhadas ao Ministério Público, para que promova a responsabilidade civil ou criminal dos infratores.

[648] ANDRADE, 1992, p.57.

prossecução teria sido legal e constitucionalmente admissível, ou seja, não haja uma restrição em relação ao seu uso no momento da coleta.[649]

Portanto, é diferente o tratamento que deve ser dado ao compartilhamento da prova envolve violação de um direito fundamental. Conclui Knijnik[650] que,"como regra, não há impedimento na circulação de provas entre procedimentos, desde que, todavia, a prova não esteja atrelada a uma finalidade específica, fixada por lei, caso em que a circulação, com desvio de finalidade, deve ser vedada".

Assim, quando se está tratando de métodos de obtenção de prova que acarretam violação aos direitos fundamentais, estes devem ser utilizados de modo adstrito a sua finalidade prevista em lei, inclusive quando sua destinação for extrapenal, em observância ao princípio da especialidade da prova. Uma das situações que foi enfrentada pelo Superior Tribunal de Justiça é o compartilhamento dos dados sigilosos obtidos pela Receita Federal, mediante requisição direta às instituições financeiras, sem prévia autorização judicial, para fins de instrução do processo administrativo fiscal.

O artigo 6º da Lei Complementar nº 105/01 possibilita que:

> As autoridades e os agentes fiscais tributários da União, dos Estados, do Distrito Federal e dos Municípios somente poderão examinar documentos, livros e registros de instituições financeiras, inclusive as referentes a contas de depósitos e aplicações financeiras, quando houver processo administrativo instaurado ou procedimento fiscal em curso e tais exames sejam considerados indispensáveis pela autoridade administrativa competente.[651]

Portanto, a Lei Complementar nº 105/01 restringe o uso das informações obtidas diretamente com o Banco Central, Comissão de Valores Mobiliários e instituições financeiras sem autorização judicial a seu uso no procedimento administrativo fiscal, vale dizer, para fins de constituição do crédito tributário, sendo vedado o seu compartilhamento com ações penais.

---

[649] ANDRADE, 2009, p.175-6.

[650] KNIJNIK, 2007, p.81.

[651] BRASIL. **Lei Complementar nº 105/01**. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/LCP/Lcp105.htm>. Acesso em: 25 maio 2016. Ressalta-se que a constitucionalidade deste dispositivo legal foi questionada no âmbito do Supremo Tribunal Federal, no julgamento da repercussão geral reconhecida no RE 601.314-SP (DJ. Nessa oportunidade, ressaltou o Tribunal Pleno que *"O litígio constitucional posto se traduz em um confronto entre o direito ao sigilo bancário e o dever de pagar tributos, ambos referidos a um mesmo cidadão e de caráter constituinte no que se refere à comunidade política, à luz da finalidade precípua da tributação de realizar a igualdade em seu duplo compromisso, a autonomia individual e o autogoverno coletivo"*. Diante desse conflito, de ressaltou que *"o Poder Legislativo não desbordou dos parâmetros constitucionais, ao exercer sua relativa liberdade de conformação da ordem jurídica, na medida em que estabeleceu requisitos objetivos para a requisição de informação pela Administração Tributária às instituições financeiras, assim como manteve o sigilo dos dados a respeito das transações financeiras do contribuinte, observando-se um translado do dever de sigilo da esfera bancária para a fiscal"*. Portanto, ao negar provimento ao recurso extraordinário, decidiu a Suprema Corte pela constitucionalidade do artigo 6º da Lei Complementar nº 105/01, admitindo esta requisição de informações para a Administração Tributária.

Nesse sentido, no julgamento do RMS 17.267/TO (DJ 04/03/04)[652], a Quinta Turma do Superior Tribunal de Justiça entendeu que a quebra de sigilo prevista no artigo 6º, da Lei Complementar 105/01 é específica e não extensiva, restringindo a finalidade de seu uso para os procedimentos fiscais. Assim, sustentou que a quebra de sigilo bancário e fiscal no âmbito da ação penal depende de autorização judicial devidamente fundamentada, não admitindo o compartilhamento das informações requisitadas pela Receita Federal para fins fiscais.

Portanto, conforme entendimentos do Superior Tribunal de Justiça, os dados obtidos pela Receita Federal mediante requisição direta às instituições bancárias no âmbito de processo administrativo fiscal sem prévia autorização judicial não podem ser utilizados no processo penal. Em outras palavras, a quebra de sigilo bancário para investigação criminal deve ser, necessariamente, submetida à avaliação do magistrado competente, a quem cabe motivar concretamente sua decisão, em observância aos artigos 5º, XII e 93, IX, da Carta Magna, não cabendo à Receita Federal – órgão interessado no processo administrativo tributário e sem competência constitucional específica – fornecer dados obtidos mediante requisição direta às instituições bancárias, sem prévia autorização judicial, para fins penais.[653]

No mesmo sentido, quando há consentimento do indivíduo com o fornecimento ou realização de alguma prova como, por exemplo, de material genético para fins de investigação de paternidade, afetando a integridade física e corporal, ou entrega de documentos para fins de instrução da ação fiscal, também deve-se observar o princípio da especialidade da prova. Ou seja, não se pode admitir a distorção do consentimento fornecido, com o desvio de finalidade da prova.

---

[652] BRASIL. Superior Tribunal de Justiça. **Rms nº 17.267/TO**. Disponível em: <http://www.stj.jus.br/SCON/>. Acesso em: 25 abr. 2016. PROCESSUAL E PENAL. RECURSO ORDINÁRIO EM MANDADO DE SEGURANÇA. QUEBRA DE SIGILO BANCÁRIO. DECISÃO SUFICIENTEMENTE FUNDAMENTADA. NECESSIDADE DA MEDIDA PARA FINS DE INVESTIGAÇÃO CRIMINAL. EXTENSÃO INDEVIDA DA QUEBRA. I - A proteção ao sigilo bancário não consubstancia direito absoluto, cedendo passo quando presentes circunstâncias que de no tema existência de interesse público relevante ou de elementos aptos a indicar a possibilidade de prática delituosa (Precedentes); II - Decisão judicial suficientemente fundamentada, na qual se justifique a necessidade da medida para fins de investigação criminal ou instrução processual criminal, não afronta o art. 5º, X,XII e LV, da Constituição Federal; III - Não se há de reputar como arbitrária e ilegal a quebra de sigilo bancário determinada por autoridade judiciária competente, se os indícios apontados são, em tese, suficientes no que tange à suposta ocorrência de crime sujeito à ação penal pública, que está sendo investigada em competente inquérito policial; IV - A quebra de sigilo, no entanto, é específica e não extensiva(art. 6º da LC nº 105/2001).Recurso parcialmente provido para que a quebra de sigilo não possa ser utilizada para fim diverso. (BRASIL. Superior Tribunal de Justiça. **RMS nº 17.267**. Quinta Turma, Min. Relator Felix Fischer, DJ 04/03/04. Disponível em: <http://www.stj.jus.br/SCON/>. Acesso em: 25 abr. 2016).

[653] Nesse sentido, são os seguintes julgados do Superior Tribunal de Justiça: HC nº 237.057/PR (DJ 27/02/13); RHC nº 41.532/PR (DJ 11/02/14); REsp nº 1.201.442/RJ (DJ 22/03/13); AgRg no REsp nº 1.402.649/BA (DJ 18/11/13).

Assim, não poderá o material genético entregue de forma consentida ser utilizado para realização de perícia em processo criminal ou, ainda, os documentos entregues com anuência do indivíduo para fins de instrução de uma ação fiscal serem utilizados em ação penal. Veja-se que o consentimento do indivíduo que tem o seu direito fundamental afetado é vinculado à finalidade específica para a qual foi fornecida o respectivo material que servirá para fins de comprovação de fato determinado, sendo vedado o seu compartilhamento, em observância ao princípio da especialidade.

Portanto, a importação pelo processo penal de provas produzidas em procedimentos de natureza distinta, em regra, deve ser admitida, considerando a dispensabilidade do inquérito policial, bem como a possibilidade de outros órgãos realizarem diligências de apuração de fatos específicos. Nesses casos, contudo, a importação da prova deve observar o princípio da especialidade, não podendo haver o desvio de finalidade da prova quando esta acarreta alguma ofensa ao direito fundamental do indivíduo, seja quando há uma vinculação específica determinada pela legislação, seja quando há o consentimento da pessoa em relação à afetação do seu direito fundamental.

6 CONCLUSÃO

I

Os métodos de investigação invasivos aos direitos fundamentais não podem ser analisados apenas sobre o ponto de vista do eficientismo processual, a partir de uma política criminal securitária com viés autoritário, que visualizam as garantias processuais penais como um obstáculo para a gestão dos problemas da violência. O processo penal deve respeitar as garantias constitucionais inerentes ao Estado Democrático de Direito, sobretudo em matéria probatório, na qual se enaltece a tensão entre indivíduo e Estado. Nesse sentido, o direito processual penal aplicado conforme a Constituição assume o papel significativo para estabelecer limites à vulgarização e banalização dos meios de obtenção de prova.

A introdução dos novos meios de obtenção de prova irradia efeitos na teoria geral da prova. A presunção de inocência e o *in dubio pro reo* devem prevalecer também quando houver dúvida em relação à origem ilícita da prova produzida, devendo a causa ser resolvida em favor do acusado. O contraditório é realizado de forma diferida, sendo que cada um dos métodos investigativos necessitam de regras específicas, que deverão oportunizar a Defesa as possibilidades de: a) arguir a eventual ilicitude do respectivo meio de obtenção de prova, seja pela ausência dos requisitos legais para sua admissibilidade, seja por eventuais ilegalidades na execução da medida probatória; e b) de contrapor ou contraprovar o conteúdo dos elementos de prova produzidos na investigação preliminar, em sede de contraditório judicial.

O princípio do menor gravame aos direitos fundamentais submete a persecução criminal ao uso do recurso menos oneroso, sendo necessário – conforme a lógica da legislação portuguesa – uma sistematização dos métodos investigativos, segundo uma gradação ascendente, tendo como critério a probabilidade de ferimento dos próprios direitos fundamentais.

O princípio da especialidade da prova estabelece uma necessária vinculação causal entre a prova obtida e o fato objeto da decisão judicial que autorizou o uso do respectivo meio de obtenção. Veja-se que a decisão judicial que deferiu a medida investigatória acarreta a restrição aos direitos fundamentais do investigado em detrimento da persecução criminal. Contudo, não há a supressão desses direitos no curso da investigação, pois os mesmos cedem unicamente para autorizar especificamente aquilo que consta na decisão judicial.

Num regime democrático, o recurso aos métodos de investigação invasivos aos direitos fundamentais tem de se apresentar em observância à dignidade da pessoa humana. Não se pode admitir como válidas provas que ofendam os direitos e liberdades fundamentais, bem como que desrespeitem os pressupostos e condições legais impostas para sua autorização

e execução. Nesse contexto, somente serão admitidos se previstos em lei (tipicidade processual), bem como se houver autorização judicial (reserva jurisdicional), sob pena de ilegal violação dos direitos fundamentais.

II

A problemática da proibição de prova não se restringe a um mero problema jurídico processual penal, pois compreende as relações entre Estado e o cidadão, entre o interesse de uma administração da justiça funcional e eficaz e as garantias dos direitos fundamentais. O direito à inadmissibilidade da prova ilícita é uma das garantias com as quais o processo penal busca proteger o cidadão da intervenção e das arbitrariedades estatais.

A atuação estatal em matéria probatória possui uma alta significação ética e política, sendo que o Estado cairá em contradição normativa se tiver que recorrer a uma conduta antijurídica para punir o autor de um crime, afetando uma das finalidades da pena que é, justamente, a confirmação de um mínimo ético cristalizado nas leis penais. Além disso, ao ser vedado o uso das provas obtidas por meio ilícito, existe um desestímulo aos agentes estatais para sejam obtidas, pois não terão o condão de exercer influência no resultado final do processo.

O ordenamento jurídico processual penal brasileiro adota as *exclusionaryrules* do modelo americano, devendo a prova reputada ilícita ser excluída (desentranhada) do processo. A regra de exclusão foi criada pela jurisprudência norte-americana para proteger e manter as garantias fundamentais, buscando evitar qualquer influência da prova ilícita no processo. Também para evitar a influência da prova ilícita no processo, foi formulada a teoria da árvore dos frutos envenenados (*fruitsofthepoisonousstree*), a qual estabelece a regra da ilicitude da prova derivada.

Ocorre que a jurisprudência americana passou a mitigar as regras de exclusão (*exclusionaryrules*) pela doutrina da atenuação (*doctrineofattenuation*), estabelecendo algumas situações em que a prova ilícita pode ser mantida: a) ausência de nexo de causalidade (*the causal connection havebecomesoattenuated as todissipatethetaint*); b) fonte independente (*the independent source*); c) descoberta inevitável (*inevitablediscovery*); e d) atuação de boa-fé dos agentes policiais (*thegoodfaithexception*). As três primeiras foram incorporadas ao sistema processual penal brasileiro, estabelecendo exceções à teoria da árvore dos frutos envenenados.

Os juízos de ponderação a partir do princípio da proporcionalidade contribuem, no plano *lege ferenda*, para estabelecer quais os delitos possuem dignidade penal a justificar o uso dos meios de obtenção de prova invasivos aos direitos fundamentais, de modo a

estabelecer as proibições de prova nos demais casos. Por outro lado, não se pode admitir que a ponderação seja utilizada para tornar lícita uma prova obtida com violação aos direitos fundamentais, sob pena do princípio da proporcionalidade se tornar um subterfúgio argumentativo para legitimar arbitrariedades estatais em matéria de vedações probatórias.

III

Os conhecimentos fortuitos pressupõem a execução de uma medida investigativa lícita, consistindo nas informações obtidas no curso da diligência que não guardam relação com o fato objeto da autorização judicial. A delimitação dos casos em que é possível a sua utilização passa pela diferenciação conceitual entre estes e os conhecimentos da investigação, os quais consistem nos fatos casualmente descobertos no decurso da persecução criminal e deverão ser imputados à própria investigação em curso, estando em uma mesma unidade processual. O critério adotado pela doutrina portuguesa e espanhola é a existência de uma relação de conexão – objetivo ou subjetiva – entre o fato investigado e aquele causalmente descoberto, reportando-se às hipóteses previstas na legislação.

A doutrina e jurisprudência brasileira adoto o conceito de serendipidade, sendo que diferencia a serendipidade de primeiro grau (conhecimento da investigação) e a serendipidade de segundo grau (conhecimento fortuito), sendo o critério das regras de conexão e da continência (artigos 76 e 77 do Código de Processo Penal) passível de aplicação para se estabelecer essa diferenciação, para fins de redução da contingência em se tratando da temática.

Portanto, caso durante o curso de uma diligência investigatória, verifica-se a informação relacionada a um crime conexo ou a um terceiro que não seja alvo da investigação, mas que esteja participando do mesmo fato delituoso, será admissível a valoração da prova, por força das regras de competência que estabelecem a unidade dos processos. Trata-se, pois, de conhecimento da investigação. Contudo, esses fatos ocasionalmente descobertos e os novos alvos da investigação não estavam abrangidos pela autorização judicial que inicialmente deferiu a medida. Logo, para sua admissibilidade no processo, é imprescindível a imediata comunicação ao juízo competente para que se manifeste sobre a continuidade das investigações. Caso o novo alvo investigado tenha prerrogativa de função, em se confirmando a relação de conexão ou continência, o juiz deverá determinar a remessa dos autos para o respectivo tribunal competente que dará sequência aos atos investigatórios, evitando posterior declaração de nulidade.

Os conhecimentos fortuitos – os quais não guardam relação de conexão e continência com o fato inicialmente investigado – terão sua valoração limitada à eficácia de *notitia*

criminis, desde que atendidos os seguintes requisitos: a) houver imediata comunicação ao Juízo competente sobre a existência do conhecimento fortuito; b) o delito relacionado à informação fortuitamente descoberta deve ser passível de investigação pelo respectivo meio de obtenção de prova; c) as informações devem estar acompanhadas de toda a cadeia de pedido(s) de autorização judicial para uso do método investigativo invasivo ao direito fundamental, da(s) respectiva(s) decisão(ões) judicial(is), bem como dos suportes técnicos das conversações, comunicações, filmagens e demais documentos e relatórios relacionados.

O preenchimento dos requisitos para a admissibilidade dos conhecimentos fortuitos com a eficácia de *notitia criminis* visam assegurar o princípio da especialidade da prova, o respeito às proibições de prova previamente estabelecidas pelo legislador por meio de juízos de proporcionalidade, bem como o efetivo contraditório, ao possibilitar a Defesa contestar o conteúdo das provas obtidas e a eventual ilicitude em seu método de obtenção.

Ainda, no caso do conhecimento fortuito configurar flagrante delito, o que ocorre mais comumente nos casos das buscas domiciliares quando se verifica a ocorrência de um crime permanente, o tratamento deve ser distinto na medida em que o agente policial possui o dever de agir nesses casos. De igual forma, deve haver a imediata comunicação ao Juízo, mas não pode se exigir que os policiais paralisem a diligência aguardando nova autorização judicial que, automaticamente, seria concedida, pois em tal circunstância poderia haver a fuga do suspeito ou mesmo a destruição do corpo de delito.

IV

O compartilhamento de provas pode se dar entre processos criminais (homogêneo) ou processo criminal e um processo de natureza distinta (heterogêneo). Ainda, o processo penal pode ser importador ou exportador da prova, sendo que cada uma dessas situações deve ser observada de acordo com as suas peculiaridades. De fato, os critérios adotados pela doutrina nas hipóteses de prova emprestada – a) pertinência e relevância; b) participação, em contraditório, das partes do segundo processo na produção da prova que se pretende emprestar; c) observância do juiz natural; e d) comprovação da regularidade e licitude da prova no processo importador – podem configurar um ponto de partida, mas são insuficientes em se tratando da circulabilidade das provas obtidas pelos métodos invasivos aos direitos fundamentais.

No caso do compartilhamento homogêneo, envolvendo apenas processos criminais, caso o método de obtenção não acarrete violação aos direitos fundamentais, como, por exemplo, nas provas testemunhal, pericial (se não houver intervenção corporal) e documental,

os requisitos da prova emprestada são suficientes para se verificar a possibilidade (ou não) do seu traslado.

Por outro lado, a investigação tenha se valido de algum desses métodos investigativos, o compartilhamento pode se verificar em duas situações:

A primeira possibilidade se dá quando a autoridade policial se depara com os conhecimentos fortuitos, situação em que, preenchidos os requisitos acima referidos, terão a eficácia de *notitia criminis*.

A segunda hipótese ocorre nos casos de cisão processual (obrigatória ou facultativa). Nas hipóteses excepcionais de cisão obrigatória, estabelecidas pelos incisos do artigo 79 do Código de Processo Penal, serão instaurados dois procedimentos preliminares distintos, com ritos e procedimentos peculiares. Nesses casos (crimes militares e atos infracionais, respectivamente), sequer o uso dos métodos ocultos de investigação é autorizado em lei, havendo uma proibição de prova nesse sentido que inviabiliza o compartilhamento.

A cisão facultativa, por sua vez, ocorre no curso da fase judicial em razão de alguma intercorrência processual que venha a gerar algum tipo de prejuízo, seja para o normal desenvolvimento do processo, seja para o exercício da ampla defesa ou, ainda, para o *status libertatis* do acusado preso preventivamente, consoante artigo 80 do Código de Processo Penal. Nessa situação, estamos diante de conhecimentos da investigação (aqueles que possuem relação de conexão ou continência com o fato objeto da investigação inicial), os quais, conforme a regra constante no artigo 79 do Código de Processo Penal, deveriam estar reunidos no mesmo processo pelo princípio da comunhão da prova.

Em se tratando do compartilhamento heterogêneo, quando há a utilização dos métodos invasivos aos direitos fundamentais, deve-se observar as proibições de prova, bem como os princípios da especialidade e do menor gravame ao direito fundamental. Assim, não se pode admitir por uma via transversa (compartilhamento) a usurpação das vedações probatórias estabelecidas pela Constituição e legislação infraconstitucional. Nos casos em que os métodos investigativos são restritos à investigação criminal de determinados delitos, deve ser proibido o seu compartilhamento com processos de natureza distinta, não podendo gerar qualquer tipo de efeito. De outro lado, se não há o uso dos referidos métodos de investigação, pode ser trasladada a prova desde que sejam observados os pressupostos e requisitos estabelecidos pela doutrina e jurisprudência para a admissibilidade da prova emprestada.

Por fim, no caso do compartilhamento heterogêneo quando o processo penal é importador da prova, em regra, deve ser admitida para fins de formação da *opinio delicti* do Ministério Público, considerando a dispensabilidade do inquérito policial, bem como a

possibilidade de outros órgãos realizarem diligências de apuração de fatos específicos. Nesses casos, contudo, a importação da prova deve observar o princípio da especialidade, não podendo haver o desvio de finalidade da prova quando esta acarreta alguma ofensa ao direito fundamental do indivíduo, seja quando há uma vinculação específica determinada pela legislação, seja quando há o consentimento da pessoa em relação à afetação do seu direito fundamental.

REFERÊNCIAS

AGUILLAR, Fernando Herren. **Direito econômico**: do direito nacional ao direito supranacional. São Paulo: Atlas, 2006.

ALONSO PÉREZ, Francisco. **Medios de investigación en el proceso penal**. Madrid: Dykinson, 1999.

ALVES, Léo da Silva. **Prática de processo disciplinar**. Brasília: Brasília jurídica, 2001.

AMBOS, Kai. Las prohibiciones de utilización de pruebas em el processo penal alemán – fundamentación teórica y sistematización. *In*: **Política Criminal**, n. 7, A1-7, 2009, p.48.

AMODIO, Ennio. **Proceso penale, diritto europeo e common law**. Milão: Giuffrè, 2003.

ANDRADE, Manuel da Costa. **"Bruscamente no verão passado", a reforma do código de processo penal**. Observações críticas sobre uma lei que podia e devia ter sido diferente. Coimbra: Coimbra, 2009.

_____. **Sobre as proibições de prova em processo penal.** Coimbra: Coimbra, 1992.

_____*;* DIAS, Jorge de Figueiredo. **Criminologia**: o homem delinqüente e a sociedade criminosa. Coimbra: Coimbra, 1992.

ANTUNES, Carla Heidrich; BIANCHINI, Caroline Ribeiro; MAGALDI, Fernando. Prova Emprestada: algumas considerações. *In*: **Revista síntese de direito civil e processual civil**, n. 5, maio/jun. 2000, p.31.

ARANHA, Adalberto José Camargo. **Da Prova no Processo Penal**. 2.ed. São Paulo, Saraiva, 1987.

_____. **Da prova no processo penal**. São Paulo: Saraiva, 2006.

ÁVILA, Humberto. **Segurança Jurídica**: entre permanência, mudança e realização no Direito Tributário. São Paulo: Malheiros, 2011.

_____. **Teoria dos princípios**: da definição à aplicação dos princípios jurídicos. São Paulo: Malheiros, 2003.

AVOLIO, Luiz Francisco Torquato. **Provas ilícitas**: interceptações telefônicas, ambientais e gravações clandestinas. São Paulo: RT, 2015.

BADARÓ, Gustavo Henrique Righi Ivahy. **Ônus da prova no processo penal**. São Paulo: RT, 2003.

_____. **Processo Penal**. Rio de Janeiro: Campus Elsevier, 2012.

_____. **Prova emprestada no processo penal e a utilização de elementos colhidos em Comissões Parlamentares de Inquérito**. Disponível em: <http://badaroadvogados.com.br/prova-emprestada-no-processo-penal-e-a-utilizacao-de-elementos-colhidos-em-comissoes-parlamentares-de-inquerito.html>. Acesso em: 15 set. 2016.

BAPTISTA, Francisco das Neves. **O mito da verdade real na dogmática do processo penal**. Rio de Janeiro: Renovar, 2001.

BECCARIA, Cesare. **Dos delitos e das penas**. São Paulo: Martins Fontes, 1991.

BECHARA, Fábio Ramazzini. Prova emprestada e a preclusão do contraditório. *In*: PRADO, Luiz Régis (Coord.). **Revista de Ciências Penais**. São Paulo: RT, ano 8, jan./jun. 2011, p.324.

BECK, Ulrich. **La sociedad del riesgo**: hacia una nueva modernidad. Barcelona: Paidós, 1998.

BINDER, Alberto. **El incumplimiento de las formas procesales**. Buenos Aires: Ad Hoc, 2000.

BOFF, Leonardo. "Prefácio. Inquisição: um espírito que continua a existir." *In*: **Directorium Inquisitorium** – Manual dos Inquisidores. Nicolau Eymerich. Brasília, Rosa dos Tempos, 1993, p.10-13.

BRASIL. **Código de Processo Civil**. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ ccivil_03/_ato2015-2018/2015/lei/l13105.htm>. Acesso em: 23 set. 2016.

_____. Código de Processo Civil. **Lei nº 13.105/16**. Disponível em: <http://www.planalto. gov.br/ccivil_03/_ato2015-2018/2015/lei/ l13105.htm>. Acesso em: 25 abr. 2016.

_____. Código de Processo Penal. **Decreto-lei nº 3689/41**. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ ccivil_03/decreto-lei/Del3689.htm>. Acesso em: 13 mar. 2016.

_____. Código de Processo Penal. **Lei nº 3689/41**. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/decreto-lei/Del3689.htm>. Acesso em: 23 out. 2016

_____. **Constituição Federal de 1988**. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ ccivil_03 constituicao/ constituicao.htm>. Acesso em: 2 ago. 2016.

_____. **Convenção Americana de Direitos Humanos**. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/decreto/d0678.htm>. Acesso em: 23 out. 2016.

_____. **Lei Complementar nº 105/01**. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ ccivil_03/ leis/LCP/Lcp105.htm>. Acesso em: 25 maio 2016.

_____. **Lei nº 12.850/13**. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_ato2011-2014/2013/lei/ l12850.htm>. Acesso em: 18 abr. 2016.

_____. **Lei nº 13.245/16**. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_ato2015-2018/ 2016/ lei/L13245.htm>. Acesso em: 25 maio 2016.

_____**. Lei nº 5869/73**. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/L5869.htm >. Acesso em: 25 abr. 2016.

_____. **Lei nº 9.034/95**. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/ leis/L9034.htm>. Acesso em: 25 maio 2016.

BRASIL. **Lei nº 9.296/96**. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/ leis/L9296.htm>. Acesso em: 25 abr. 2016.

_____. **Pacto Internacional de Direitos Civis e Políticos**. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/decreto/1990-1994/d0592.htm>. Acesso em: 23 out. 2016.

_____. Superior Tribunal de Justiça. Disponível em: <http://www.stj.jus.br/ SCON/>. Acesso em: 28set. 2016.

_____. Superior Tribunal de Justiça. **HC nº 293.577/MG**. Disponível em: <http://www.stj.jus.br/SCON/>. Acesso em: 23 nov. 2016.

_____. Superior Tribunal de Justiça. **RMS nº 17.267**. Quinta Turma, Min. Relator Felix Fischer, DJ 04/03/04. Disponível em: <http://www.stj.jus.br/SCON/>. Acesso em: 25 abr. 2016.

_____. Superior Tribunal de Justiça. **Rms nº 17.267/TO**. Disponível em: <http://www.stj.jus.br/SCON/>. Acesso em: 25 abr. 2016.

_____. Supremo Tribunal Federal. **RMS nº 24.194/DF**. Primeira Turma, Min. Relator Luiz Fux, DJ 13/09/11. Disponível em: <http://www.stf.jus.br/ portal/jurisprudencia/ pesquisarJurisprudencia.asp>. Acesso em: 23 nov. 2016.

_____. Supremo Tribunal Federal. **Súmula nº 145**. Disponível em: <http://www.stf.jus.br /portal/cms/ verTexto. asp?servico=jurisprudenciaSumula> Acesso em: 29 set. 2016.

_____. Supremo Tribunal Federal. **AgReg nº 761.706**. Disponível em: <http://www.stf.jus. br/portal/jurisprudencia/pesquisarJurisprudencia.asp Acesso em: 23 nov. 2016.

_____. Supremo Tribunal Federal. **Apn 307-3, DJ 13/12/94**. Disponível em: <http://www.stf.jus.br/ portal/jurisprudencia/ pesquisarJurisprudencia.asp>. Acesso em: 23 out. 2016.

_____. **Supremo Tribunal Federal**. Disponível em: <http://www.stf.jus.br/ portal/jurisprudencia/>. Acesso em: 25 abr. 2016.

_____. Supremo Tribunal Federal. **HC nº 73.351/SP**. Tribunal Pleno, Min. Rel. Ilmar Galvão, DJ 19.03.1996. Disponível em: <http://www.stf.jus.br/portal/jurisprudencia/>. Acesso em: 25 abr. 2016.

_____. Supremo Tribunal Federal. **HC nº 83.515**. Disponível em: <http://www.stf.jus.br/portal/jurisprudencia/pesquisarJurisprudencia.asp>. Acesso em: 23 nov. 2016.

_____. Supremo Tribunal Federal. **Inq nº 3.014/PR** Tribunal Pleno. Min. Relator Marco Aurélio, DJ 13/12/12. Disponível em: <http://www.stf.jus.br/portal/ jurisprudencia/ pesquisarJurisprudencia.asp>. Acesso em: 23 nov. 2016.

_____. Supremo Tribunal Federal. **Inq nº 3.305/AgR RS,** Primeira Turma, Min. Relator Roberto Barroso, DJ 23/02/16). Disponível em: <http://www.stf.jus.br/portal/ jurisprudencia/pesquisarJurisprudencia.asp>. Acesso em: 23 nov. 2016.

BRASIL. Supremo Tribunal Federal. **Pet nº 3683/QO MG**. Tribunal Pleno, Min. Relator Cezar Peluso, DJ 13/08/08). Disponível em: <http://www.stf.jus.br/portal /jurisprudencia/ pesquisar Jurisprudencia.asp>. Acesso em: 23 nov. 2016.

_____. Supremo Tribunal Federal. **Petição nº 577 (DJ 25.03.92)**. Disponível em: <http://www.stf.jus.br/ portal/jurisprudencia/>. Acesso em: 25 abr. 2016.

_____. Supremo Tribunal Federal. **Portal Jurisprudência**. Disponível em: <http://www.stf.jus.br/portal/jurisprudencia/ pesquisarJurisprudencia.asp >. Acesso em: 25 abr. 2016.

_____. Supremo Tribunal Federal. **RMS nº 28.774/DF**, Primeira Turma, Min. Relator para acórdão Roberto Barroso, DJ 22/06/15). Disponível em: <http://www.stf.jus.br/portal/ jurisprudencia/ pesquisarJurisprudencia.asp>. Acesso em: 23 nov. 2016.

_____. Supremo Tribunal Federal. **Súmula nº 523**. Disponível em: <http://www.stf.jus.br/ portal/cms/ verTexto.asp?servico=jurisprudenciaSumula>. Acesso em: 23 set. 2016.

_____. Tribunal Pleno do Supremo Tribunal Federal. Disponível em: <http://www.stf.jus.br/portal/jurisprudencia/pesquisarJurisprudencia.asp>. Acesso em: 23 set. 2016).

_____. Tribunal Pleno do Supremo Tribunal Federal. **HC nº 126.292/SP**.Disponível em:<http://www.stf.jus.br/portal/processo/verProcessoAndamento.asp?numero=84078&classe= HC&codigo Classe= 0&origem=JUR&recurso=0&tipoJulgamento=M>. Acesso em: 28 abr. 2016.

_____. Tribunal Pleno do Supremo Tribunal Federal. **HC nº 84.078/MG (DJ 05/02/2009**). Disponível em: <http://www.stf.jus.br/portal/processo/verProcessoAndamento.asp? numero= 84078 >. Acesso em: 28 abr. 2016.

CALLEGARI, André Luís. Controle Social e Criminalidade Organizada. *In*: _____. (Org.). **Crime Organizado**: tipicidade – política criminal – investigação e processo. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2008, p.13-4.

CÂMARA, Alexandre Freitas. Doenças Preexistentes e o ônus da prova: o problema da prova diabólica e uma possível solução. *In*: **Revista Dialética de Direito Processual**. São Paulo: Dialética, n. 31, p. 11, 2005.

CANCIO MELIÁ, Manuel. Direito Penal do inimigo? *In*: _____; JAKOBS, Günther. **Direito penal do inimigo**: noções e críticas.Tradução de André Luis Callegari. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2008, p.55-6.

CARBONELL, Miguel; JARAMILLO, Leonardo García. Desafios y Retos del Canon Neoconstitucional. *In*: _____; JARAMILLO, Leonardo García (Org.). **El Canon Neoconstitucional**. Madrid: Trotta, 2010, p.14-5.

CARVALHO, Márcia Dometila Lima de. **Fundamentação constitucional do direito penal**. Porto Alegre: Fabris, 1992.

CARVALHO, Salo de. **Pena e Garantias**. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2003.

CASTELLS, Manuel. **A Era da Informação**: economia, sociedade e cultura. O Poder da Identidade. Lisboa: Fundação Calouste Gulbenkian, 2003, p.295-7.

COLOMER, Juan-Luis Gomez. **El proceso penal alemán**: introducción y normas básicas. Barcelona: Bosch Casa Editorial, 1985.

CONVENÇÃO Interamericana de Direitos Humanos. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ ccivil_03/decreto/d0678.htm>. Acesso em: 2 ago. 2016.

CORDERO, Franco. **Procedimiento Penal**. Tomo II. Bogotá: Temis, 2000.

CORREA, Teresa Aguado. **El principio de proporcionalidad en derecho penal**. Madrid: Edersa, 1999.

COUTINHO, Jacinto Nelson de Miranda. Fundamentos à inconstitucionalidade da delação premiada. São Paulo, **Boletim IBCCRIM**. v. 13. n. 159, p.7-9, fev. 2006.

CUIABANO, Renata Maciel. Sobre a importância da prova emprestada no processo administrativo disciplinar. **Revista Zênite de Direito Administrativo**, Curitiba, v.6, n.67, fev 2007, p.602.

D´ÁVILA, Fábio. **Ofensividade em Direito Penal**: escritos sobre a teoria do crime como ofensa a bens jurídicos. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2009.

DECLARAÇÃO Universal dos Direitos do Homem. Disponível em: <http:// www.ohchr.org/EN/UDHR/Documents/UDHR_Translations/por.pdf>. Acesso em: 2 ago. 2016.

DELLEPIANE, Antonio. **Nova Teoria da Prova**. Rio de Janeiro: Labor Omnia Vincit, 1942.

DIDIER JR., Fredie. **Curso de Direito Processual Civil**: teoria geral do processo e processo de conhecimento. Salvador: JusPodium, 2013.

_____; CUNHA, Leonardo José Carneiro da; BRAGA, Paula Sarno; *et al.* **Curso de Direito Processual Civil**: execução. Bahia: Jus Podium, 2010.

DINAMARCO, Cândido Rangel. **Instituições de direito processual civil**. v. III. São Paulo: Malheiros, 2001.

ESPANHA. **Legislação espanhola**. Disponível em: <http://www.boe.es/buscar/act.php?id= BOE-A-1882-6036&tn=2>. Acesso em: 25 jul. 2016.

_____. **Ley de Enjuiciamiento Criminal**. Disponível em: <http://www.boe.es/buscar/ act.php?id=BOE-A-1882-6036&tn=2>. Acesso em: 23 out. 2016.

ESTELLITA, Heloísa. A delação premiada para a identificação dos demais coautores ou partícipes: algumas reflexões à luz do devido processo legal. São Paulo, **Boletim IBCCRIM**, ano 17, n. 202, p.2-4, set. 2009.

EYMERICH, Nicolau. **Directorium Inquisitorum** – Manual dos Inquisidores. rev. e ampl. por Francisco de La Peña em 1578. Brasília: Rosa dos Tempos, 1993.

FACCINI NETO, Orlando. Prova ao acaso – os conhecimentos fortuitos nas escutas telefônicas, os limites do direito e as vanidades normativas – Portugal e Brasil (parte I). *In*: **Revista Magister de Direito Penal e Processual Penal**. Porto Alegre: Magister, p.8-15, ago./set., 2004.

FAZZALARI, Elio. **Istituzioni di diritto processuale**. Padova: CEDAM, 1996.

FELDENS, Luciano; SCHMIDT, Andrei Zenkner. **Investigação criminal e ação penal**. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2007.

FERRAJOLI, Luigi. **Derecho y Razón**: teoría del garantismo penal. Madrid: Trotta, 1995.

_____. **Direito e Razão**: teoria do garantismo penal. São Paulo: RT, 2006.

GALLARDO, Carlos Fidalgo. **Las "pruebas ilegales**": de la *exclusionary rule* estadounidense al artículo 11.1 LOPJ. Madrid: Centro de Estudios Políticos y Constitucionales, 2003.

GARCIA MORELLO, Joaquin. **La protección judicial de los derechos fundamentales.** Valencia: Tirant le Blanch, 1994.

GARLAND, David. Penal Modernism and Postmodernism. *In*: **Punishment and Social Control**. New York: Aldine de Gruyter, 2004, p.45-74.

GIACOMOLLI, Nereu José. **A fase preliminar do processo penal**: crises, misérias e novas metodologias investigatórias. Rio de Janeiro: Lumem Juris, 2011.

_____. **O devido processo penal**: abordagem conforme a Constituição Federal e o Pacto de São José da Costa Rica. São Paulo: Atlas, 2014.

GOLDSCHMIDT, James. **Princípios generales del processo**: problemas jurídicos y políticos del processo penal. Buenos Aires: Ediciones Juridicas Europa-America, 1963.

GOMES, Luiz Flávio. Finalidade da interceptação telefônica e a "prova emprestada". *In*: **Repertório IOB de Jurisprudência**, 1997, p.75.

GOMES, Luiz Flávio. **Natureza jurídica da serendipidade nas interceptações telefônicas.** Disponível em: <http://www.lfg.com.br>. Acesso em: 18 mar. 2016.

_____; MACIEL, Silvio. **Interceptação telefônica**: comentários à Lei 9.296, de 24.07.1996. São Paulo: RT, 2014.

GOMES, Rodrigo Carneiro. Inteligência Policial: para combater o crime, estado tem de compartilhar dados. *In*: **Informativo Advocacia Dinâmica COAD**, 2007, p. 108.

GÖSSEL, Karl-Heinz. As proibições de prova no direito processual penal da república federal da Alemanha. *In*: **Revista Portuguesa de Ciência Criminal**, jul./set. 1992, p.399.

_____. **El proceso penal ante el Estado de Derecho**: estudios sobre el Ministerio Público y la prueba penal. Lima: Jurídica Grijley, 2004.

GRECO FILHO, Vicente. **Interceptação telefônica**: considerações sobre a Lei nº 9.296/96. São Paulo: Saraiva, 2015.

GRINOVER, Ada Pelegrini. Prova emprestada. *In*: **Revista brasileira de ciências criminais - RT**, São Paulo, ano 1, n.4, p.54-63, out./dez. 1993, p.60.

_____; GOMES FILHO, Antonio Magalhães; FERNANDES, Antonio Scarance. **As nulidades no processo penal.** São Paulo: RT, 2012.

HAIRABEDIÁN, Maximiliano. **Eficacia dela prueba ilícita y sus derivadas en el processo penal**. Buenos Aires: Ad-Hoc, 2002.

HARTMANN, Érica de Oliveira. O caso *Herring v. United States* e os vícios do Inquérito Policial: uma análise comparativa dos sistemas norte-americano e brasileiro**.** *In*: **Razões Jurídicas**. Curitiba, v.5, jan./jun. 2009, p. 170.

HASSEMER, Winfried. **Persona, mundo y responsabilidad**: bases para una teoría de la imputación en derecho penal. Traducción Francisco Muños Conde y Maria del Mar Díaz Pita. Bogotá: Editorial Temis, 1999, p.39-40.

ITÁLIA. *Codice di Procedura Penale*. Disponível em: <http://www.normattiva.it/ static/ codici_proc_penale.htm>**.** Acesso em: 23 0ut. 2016.

_____. Legislação Italiana. Disponível em: <http://www.normattiva.it/static/ codici_ proc_penale.html>. Acesso em: 25 abr. 2016.

JARDIM, Afranio Silva. **Direito Processual Penal**. Rio de Janeiro: Forense, 1999.

KNIJNIK, Danilo. **A prova nos juízos cível, penal e tributário**. Rio de Janeiro: Forense, 2007.

LIMA, Renato Brasileiro. **Manual de Processo Penal**. Salvador: JusPodium, 2014.

LISZT, Franz Von. **Tratado de direito penal alemão**. Tradução José Hygino Duarte Pereira. Rio de Janeiro: Briguiet, 1899.

LOPES JR., Aury. **Direito processual penal e sua conformidade constitucional**. São Paulo: Saraiva, 2017a

_____. **Fundamentos do processo penal**: introdução crítica. São Paulo: Saraiva, 2017b

_____. **Introdução crítica ao processo penal**: fundamentos da instrumentalidade constitucional. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2006.

_____. **O Novo Regime Jurídico da Prisão Processual, Liberdade Provisória e Medidas Cautelares Diversas**. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2011.

LÓPEZ-FRAGOSO, Tomás. Los descubrimientos casuales en las intervenciones telefônicas como medidas coercitivas en el processo penal. *In:* **Derechos y libertades**. Madrid, 1994, p.87.

LOPEZ-PUIGCERVER, Carlos Viada; ALONSO, Pedro Aragoneses. **Curso de Derecho Procesal Penal**. Madrid: Prensa Castellana, 1974.

MACHADO, Agapito. Prova Emprestada. Interceptação telefônica. Validade? *In*: **Revista Cearense Independente do Ministério Público**. Fortaleza: ABC, 1999, p.21-23.

MALAN, Diogo Rudge. **Direito ao confronto no processo penal.** Rio de Janeiro: Lumen Júris, 2009.

MALATESTA, Nicola Framarino Dei. **A lógica das provas em matéria criminal.** Campinas: Bookseller, 2005.

MANZINI, Vicenzo. **Tratado de derecho procesal penal –** Tomo III. Buenos Aires: Ediciones Jurídicas Europa – America, 1952.

MARINONI, Luiz Guilherme; MITIDIERO, Daniel. **Código de Processo Civil comentado artigo por artigo.** São Paulo: Revista dos Tribunais, 2010.

MARTÍNEZ GARCÍA, Elena. **Actos de investigación e ilicitude de la prueba**: el derecho al processo y sus garantias como limite a la actuación de los poderes públicos en la investigación del delito. Valência: Tirant le Blanch, 2009.

MEIREIS, Manuel Augusto Alves. **O regime das provas obtidas pelo agente provocador em processo penal**. Coimbra: Almedina, 1999.

MELLADO, José Maria Asencio. **Derecho procesal penal**. Valência: Tirant le blanch, 2008.

MENDES, João de Castro. **Do conceito de prova em processo civil**. Lisboa: Ática, 1961.

MIRABETE, Julio Fabbrini. **Processo penal**. São Paulo: Atlas, 1992.

MITTERMAIER, Carl Joseph Anton. **Tratado da prova em material criminal**. Campinas: Bookseller, 1997.

MOREIRA, José Carlos Barbosa. A constituição e as provas ilicitamente adquiridas. **Revista de Direito do Tribunal de Justiça do Estado do Rio de Janeiro**, Rio de Janeiro, v. 29, out-dez, 1996, p. 26.

MORIN, Edgar. **A cabeça bem-feita**: repensar a reforma, reformar o pensamento. Trad.: Eloá Jacobina. Rio de Janeiro: Bertrand Brasil, 2002b.

MOURA, João Batista Oliveira de. O contraditório e o direito ao anonimato da testemunha a ação encoberta. **Revista do Ministério Público do RS**, Porto Alegre, n. 74, jul. 2013 – dez. 2013, p.183-218. Disponível em: <http://www.amprs.org.br/arquivos/revista_artigo/arquivo_1401215260.pdf>. Acesso em: 28 abr. 2016.

MOURA, Maria Thereza Rocha de Assis. **Justa Causa para a Ação Penal**. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2001.

MUÑOZ CONDE, Francisco. **Valoración de las grabaciones audiovisuales en el processo penal**. Buenos Aires: Hammurabi, 2004.

NERY JÚNIOR, Nelson. **Princípios do Processo Civil na Constituição Federal**. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1996.

NUCCI, Guilherme de Souza. **Manual de processo penal e de execução penal**. Rio de Janeiro: Forense, 2016.

OLIVEIRA, Eugênio Pacelli de. **Curso de Processo Penal**. São Paulo: Atlas, 2014.

_____. **Curso de processo penal**. São Paulo: Atlas, 2015.

PACTO Internacional de Direitos Civis e Políticos. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/decreto/1990-1994/d0592.htm>. Acesso em: 2 ago. 2016.

PEOPLE vs Maione. Disponível em: <https://casetext.com/case/people-v-maione>. Acesso em: 28 abr. 2016.

PINHEIRO, Rui; MAURÍCIO, Artur. **A constituição e o processo penal**. Coimbra: Coimbra, 2007.

PORTAL Processual. Disponível em: <http://portalprocessual.com/wp-content/uploads/ 2015/06/Carta-de-Vit%C3%B3ria.pdf>. Acesso em: 23 set. 2016.

PORTUGAL. **Código de Processo Penal**. Disponível em: <http://www.pgdlisboa.pt/leis/lei_mostra_ articulado. php?nid=199&tabela=leis>. Acesso em: 23 out. 2016.

_____. **Lei nº 101/2001**. Disponível em: <http://www.pgdlisboa.pt/leis/lei_mostra_ articulado.php?nid=89&tabela=leis>. Acesso em: 25 jul. 2016.

_____. **Lei Portuguesa**. Disponível em: <http://www.pgdlisboa.pt/ leis/lei_mostra_ articulado.php?nid=89&tabela=leis>. Acesso em: 22 jul. 2016.

_____. **Ley de Enjuiciamiento Criminal**. Disponível em: <http://www.boe.es/buscar/ act.php? id=BOE-A-1882-6036&tn=2>. Acesso em: 25 jul. 2016.

_____. **Lei portuguesa nº 5/2002**. Disponível em: <http://www.pgdlisboa.pt/leis/lei_mostra_articulado.php?nid=89&tabela=leis>. Acesso em: 25 abr. 2016.

PRADO, Geraldo. Limite às interceptações telefônicas: a jurisprudência do STJ no Brasil e a alteração introduzida no Código de Processo Penal português. *In*: **Processo Penal do Brasil e Portugal**: estudo comparado – as reformas portuguesa e brasileira. Lisboa: Almedina, 2009, p.134.

QUIROGA, Jacobo López de. **Las escuchas telefónicas y la prueba ilegalmente obtenida.** Madrid: Akal, 1989.

RANGEL, Paulo. Breves considerações sobre a Lei 9.296/96. *In*: **Revista Brasileira de Ciências Criminais,** São Paulo, n. 26, p.143-51, abr./jun., 1999.

_____. **Direito Processual Penal**. São Paulo: Atlas, 2012.

RANGEL, Paulo. **Direito Processual Penal**. São Paulo: Atlas, 2014.

_____. **Direito processual penal**. São Paulo: Atlas, 2016.

RIO GRANDE DO SUL. TJRS. **Apelação criminal nº** 70045299112. Disponível em: <http://www.tjrs.jus.br>. Acesso em: 23 jul. 2016.

_____. TRF4. **Apelação criminal nº 2000.04.01.033778-7/RS**. Disponível em: <http://www.trf4.jus.br>. Acesso em: 23 jul. 2016.

RODRIGUES, Cláudio Lima. **Da valoração dos conhecimentos fortuitos obtidos durante a realização de uma escuta telefónica**. Lisboa: Verbo Juridico, 2012.

ROHNELT, Ladislau Fernando. Prova Emprestada. *In*: **Revista da AJURIS,** nº 17, p. 42, 1979.

ROXIN, Claus. **Derecho procesal penal**. Buenos Aires: Del Puerto, 2003.

SANTOS, Moacyr Amaral. **Prova Judiciária no Cível e Comercial**. São Paulo: Max Limonad, 1952.

SARLET, Ingo. Direitos fundamentais e proporcionalidade: notas a respeito dos limites e possibilidades da aplicação das categorias da proibição de excesso e de insuficiência em matéria criminal. *In*: GAUER, Ruth Maria Chittà (Org.). **Criminologia e sistemas jurídico-penais contemporâneos**. Porto Alegre: Edipucrs, 2008, p.232-5.

SCARANCE FERNANDES, Antonio. A lei de interceptação telefônica. *In*: PENTEADO, Jaques Camargo (Coord.). **Justiça Penal**: críticas e soluções. Provas ilícitas e reforma pontual. v.4. São Paulo: RT, 1997, p.48-70.

SCHWABE, Jürgen. **Cinquenta anos de jurisprudência do Tribunal Constitucional Alemão**. Montevidéo: Fundación Konrad-Adenauer, 2005.

SILVA SÁNCHEZ, Jesus-Maria. **La expansión del derecho penal**: aspectos de la política criminal en las sociedades postindustriales. Madrid: Civitas, 2002.

STRECK, Lênio Luiz. **As Interceptações Telefônicas e os Direitos Fundamentais**. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2001.

_____. Neoconstitucionalismo, positivismo e pós-positivismo. *In*: _____. **Garantismo, hermenêutica e (neo)constitucionalismo**: um debate com Luigi Ferrajoli. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2012, p.64-8.

_____; FELDENS, Luciano. **Crime e Constituição**: a legitimidade da função investigatório do ministério público. Rio de Janeiro: Forense, 2006.

TALAMINI, Eduardo. Prova emprestada no processo civil e penal. *In*: **Revista de Informação Legislativa**, Brasília, n. 140, 1998, p.146.

TAPIA, Juan. Descubrimientos accidentals en el curso de un registro domiciliario o una intervención de comunicaciones. El problema de los hallazgos casuales “o causales”? *In*: **Revista de Derecho Penal**. Buenos Aires: Instituto de Ciencias Penales, 2002, p.672.

TOURINHO FILHO, Fernando da Costa. **Processo penal**. São Paulo: Saraiva, 2005.

TRIBUNAL Europeu dos Direitos do Homem. **Acórdão nº 12.433/86, de 15 de junho de 1992**. Disponível em: <http://hudoc.echr.coe.int/eng?i=001-57784#{"itemid":["001-57784"]}>. Acesso em: 26 abr. 2016.

URBANO CASTRILLO, Eduardo; TORRES MORATO, Miguel Angel. **La prueba ilícita penal**: estúdio jurisprudencial. Pamplona: 1997.

VALENTE, Manuel Monteiro Guedes. **Conhecimentos fortuitos**: a busca de um equilíbrio apuleiano. Coimbra: Almedina, 2006.

_____. **Do Ministério Público e da Polícia**: prevenção criminal e acção penal como execução de uma política criminal do ser humano. Lisboa: Universidade Católica Editora, 2013.

_____. **Escutas telefônicas**: da excepcionalidade à vulgaridade. Coimbra: Almedina, 2008.

_____. **Processo Penal**: Tomo I. Coimbra: Almedina, 2010.

VICENZO-RUSSO, Vicenzo. **La prova indiziaria e il giusto processo**. Napoli: Jovene, 2001.

ANEXO A - Sugestão de Projeto de Lei

Artigo 1º. Compartilhamento de provas no processo penal significa o traslado, na forma documental, de provas produzidas em um processo, com o objetivo de surtir os mesmos efeitos em outro processo, o que depende de autorização judicial em decisão devidamente fundamentada.

Artigo 2º. O compartilhamento de provas pode ser homogêneo ou heterogêneo, sendo o processo penal importador ou exportador da prova.

Artigo 3º. É vedado ao processo penal exportar provas para processos de outra natureza, quando a legislação não admitir o uso do respectivo meio de obtenção que são exclusivos da persecução penal.

Artigo 4º. É vedado o compartilhamento de provas em casos de conhecimentos fortuitos entendidos como àqueles que não guardam relação de conexão (artigo 76 do CPP) ou continência (artigo 77 do CPP) com o fato ensejador da instauração da investigação preliminar. Admite-se, contudo, que este conhecimento fortuito viabilize a instauração de uma nova investigação criminal quando a legislação permitir o uso do respectivo meio de obtenção de prova para apurar o delito fortuitamente descoberto, mediante autorização judicial.

§1º. Quando o conhecimento fortuito autorizar a instauração de uma nova investigação criminal, é imprescindível que esta informação seja levada ao novo processo juntamente com todos os documentos comprobatórios que demonstrem a legalidade de sua produção.

§2º. A nova investigação preliminar deverá respeitar o princípio do menor gravame ao direito fundamental, sendo que o uso dos meios ocultos de obtenção de prova somente será possível se a prova não puder ser realizada por outros meios menos invasivos.

Artigo 5º. Se, no curso da investigação, sobrevir elemento a indicar a possível participação nos delitos apurados de pessoa com prerrogativa de função, imediatamente, a autoridade judiciária determinará a paralisação da investigação, sob pena de nulidade de todos os atos subsequentes;

§1º. Se o possível delito praticado por pessoa com prerrogativa de função tiver relação de conexão ou continência com o delito investigado, os autos serão integralmente remetidos ao Juízo competente para dar continuidade à investigação;

§2º. Se o possível delito praticado por pessoa com prerrogativa de função não tiver relação com o fato investigado, a autoridade judiciária deverá determinar a cisão do processo, encaminhando cópia dos autos à autoridade judiciária competente.

Artigo 6º. Em caso de cisão processual, se a prova a ser compartilhada for testemunhal, deverá o juiz intimar o réu e seu defensor para comparecerem à audiência, proporcionando o oferecimento de contradita (art. 214 do CPP) e a formulação de perguntas diretamente às testemunhas.

§1º. Se a prova compartilhada for pericial, deverá o juiz intimar à defesa, nos autos do processo onde houve a importação da prova, sobre o interesse em requerer esclarecimento dos peritos ou nomear assistente técnico, na forma do previsto no artigo 159 e §§ do Código de Processo Penal.

§2º. Admite-se o compartilhamento de documentos públicos de qualquer natureza, em qualquer fase do processo.

Artigo 7º. Não poderá o magistrado importar provas de processos de natureza diversa do penal, quando for autorizada a restrição aos direitos fundamentais para fins diversos da persecução criminal.

Artigo 8º. É vedada a importação de material genético de processo de outra natureza ou de qualquer outro elemento de prova fornecido com o consentimento do acusado, contudo para finalidade diversa da persecução criminal.