

Título: A inconstitucional utilização dos conhecimentos fortuitos obtidos nas interceptações telefônicas como prova emprestada

Autor: Antonio Eduardo Ramires Santoro

Apresentação: Professor Adjunto de direito processual penal e prática penal da Faculdade Nacional de Direito – UFRJ; Professor da Escola de Magistratura do Estado do Rio de Janeiro – EMERJ; Advogado; Pós-doutor em direito penal e garantias fundamentais pela UNLaM – Argentina; Doutor e Mestre em Filosofia pela UFRJ; Mestre em direito pela Universidad de Granada – Espanha; Especialista em direito penal econômico e da europeu pela Universidade de Coimbra – Portugal; Especialista em direito da economia pela FGV/RJ; Membro da AIDP – Associação Internacional de Direito Penal; Membro da ISC – Sociedade Internacional de Criminologia; Membro da ASC – Sociedade Americana de Criminologia; Membro do IBCCRIM – Instituto Brasileiro de Ciências Criminais; Membro do IBRASPP – Instituto Brasileiro de Processo Penal; Membro do IDCLB – Instituto de Direito Comparado Luso-Brasileiro

Resumo: Este artigo aborda o tratamento jurídico dos encontros fortuitos ocorridos em interceptações telefônicas. Faz uma análise comparada com as previsões legais e decisões proferidas na Alemanha, traçando uma comparação entre o sistema catalogar alemão,, português e italiano e o brasileiro. Em seguida expõe o tratamento dado no Brasil aos conhecimentos fortuitos tanto no âmbito doutrinário, constitucional, como a evolução das decisões dos tribunais superiores sobre os requisitos de validade como meio de prova, entre eles a conexão com o crime objeto da interceptação original. Ao fim aborda a impossibilidade de utilização dos encontros fortuitos como prova emprestada à luz do nosso sistema constitucional, dada a violação dos direitos fundamentais, com especial análise do direito ao contraditório.

Palavras-chave: interceptação – telefônica – conhecimento – fortuito – prova – emprestada.

Título em espanhol: El uso inconstitucional de los conocimientos casuales obtenidos en las interceptaciones telefónicas como prueba prestado

Abstracto: Este artículo aborda el tratamiento jurídico de los encuentros casuales se produjo en las escuchas telefónicas. Hace un análisis comparativo con las disposiciones legales y las decisiones emitidas en Alemania, estableciendo una comparación entre el sistema catalogado alemán, portugués e italiano y brasileño. A continuación se expone el tratamiento en Brasil de los conocimientos fortuitos, tanto en el aspecto doctrinal, como las disposiciones constitucionales, tales como la evolución de las decisiones de los tribunales superiores sobre los requisitos de validez como prueba, entre los cuales el más importante es la necesaria conexión con el delito de interceptación objeto original. Después se analiza la imposibilidad de utilizar los conocimientos fortuitos como prueba prestado a la luz de nuestro sistema constitucional, dada la violación de los derechos fundamentales, con especial análisis del derecho al contradictorio.

Palabras-clave: interceptación – telefónica – conocimiento – casual – prueba – prestado

1 Introdução

Há pouco mais de três anos, abordei em um artigo publicado no Boletim do Instituto Brasileiro de Ciências Criminais sobre um tema cada vez mais relevante no cenário processual penal: a validade dos conhecimentos fortuitos obtidos nas interceptações telefônicas.

O tema, conquanto tenha avançado desde então, ainda não se pode dizer tenha encontrado pacificação, sobretudo jurisprudencial e, exatamente por isso, está a merecer uma abordagem mais detalhada e constitucionalmente adequada.

Em primeiro lugar importa esclarecer o que vem a ser conhecimento fortuito. O ato judicial que autoriza a realização de um monitoramento telefônico destina-se a investigação da ocorrência de um fato. Este fato é o objeto da interceptação. Não raro, durante o curso da medida, são escutadas conversas que não dizem respeito ao objeto da interceptação, mas desvelam fatos diversos que podem ter algum interesse criminal. Seriam aqueles casos em que é autorizada a interceptação telefônica para averiguação, *verbi gratia*, de possível prática do crime de corrupção, mas, durante as escutas, constata-se o cometimento do crime de tráfico de drogas.

Hoje esse fenômeno vem sendo chamado de “serendipidade” nas interceptações telefônicas.

Qual é o tratamento adequado a ser dado a essa informação? Considerar a gravação como meio de prova? Não considerar? É possível o Estado, a pretexto de averiguar

determinado fato criminoso, valorar outros fatos diversos daquele objeto da persecução e da interceptação? Qual seria a correta conduta objeto de autorização estatal de investigação à luz da Constituição? É possível tomar as gravações do fato fortuitamente encontrado em uma interceptação telefônica como prova emprestada em outro processo?

Passemos à análise destas questões à luz do sistema processual forjado pela nossa Constituição.

2 O tratamento do encontro fortuito na interpretação doutrinária sobre a lei brasileira e na interpretação jurisprudencial Alemã

A Lei nº 9.296/96, que regulamentou o art. 5º, XII CRFB/88, para tratar dos casos de autorização da interceptação telefônica e telemática como meio de prova no processo penal brasileiro nada dispôs sobre os casos de encontro fortuito, deixando à doutrina e à jurisprudência esta missão.

Antes de qualquer comentário, necessário se faz o esclarecimento de uma diferença relevante entre a legislação brasileira e a da Alemanha¹, Itália² e Portugal³, por exemplo. Alhures, as normas que tratam da interceptação telefônica utilizaram o método catalogar, ou seja, listaram os crimes passíveis de serem objeto de escuta telefônica judicialmente autorizada, o que não ocorreu no Brasil.

Na Alemanha, o Supremo Tribunal Federal (BGH), em 1976, contrariou o entendimento firmado pelo Tribunal de Hamburgo (OLG Hamburg) de 1972 que havia decidido serem válidos os conhecimentos fortuitos de uma escuta telefônica independentemente de a suspeita da ação do catálogo que deu ensejo à medida ainda existir.

Para o BGH os conhecimentos fortuitos só podem ser utilizados se respeitarem a outra ação do catálogo ou se demonstrarem, pelo menos, uma conexão com a suspeita de um crime catalogar.

Em 1978, o BGH proferiu outra decisão no sentido de que poderiam ser valorados os conhecimentos fortuitos de fatos que no momento da autorização da escuta ou no decurso de sua realização poderiam ser imputados à associação criminosa como finalidade ou atividade desta e que isso vale mesmo que a acusação pelo crime de associação seja improcedente⁴. Esse entendimento foi adotado por Costa Andrade e criticado por Aguilar por entender que

¹ AGUILAR, Francisco. *Dos Conhecimentos Fortuitos Obtidos Através de Escutas Telefônicas*. Coimbra:

² GRINOVER, Ada Pellegrini, SCARANCA FERNANDES, Antonio e GOMES FILHO, Antonio Magalhães. *As nulidade no Processo Penal*. 8ª ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2004. p. 223.

³ AGUILAR, Francisco. *op. cit.* p. 61.

⁴ ANDRADE, Manuel da Costa. *Sobre as Proibições de prova em processo penal*. Coimbra: Coimbra, 2006, p. 308.

não se trata propriamente de encontro fortuito, mas de crimes conexos ao crime objeto da investigação e, portanto, melhor seria denominá-los de “conhecimentos da investigação” e não “conhecimentos fortuitos”⁵.

Ocorre que entrou em vigor na Alemanha, em 1992, a lei de combate ao Tráfico Ilícito de Entorpecentes (OrgKG), inserindo na Lei Processual Penal alemã (StPO) uma solução ao caso de conhecimentos fortuitos advindos de interceptação telefônica. Ao inserir o inciso V do § 100 b) na StPO, o legislador permitiu a valoração probatória de conhecimentos fortuitos em outros processos criminais desde que com o propósito de esclarecimento de um delito do catálogo. Por óbvio, essa disposição se coaduna com a primeira parte do entendimento externado pelo BGH em 1976, mas deixa em aberto o tratamento dos encontros fortuitos de fatos não catalogares.

Assim, interpretando o novo dispositivo, o BGH decidiu em 1998 que como regra a valoração probatória de conhecimentos fortuitos está restrita aos crimes do catálogo. Todavia, a jurisprudência ulterior do próprio Supremo Tribunal Federal alemão admitiu a valoração dos conhecimentos fortuitos não catalogares obtidos por escutas legalmente autorizadas, desde que apresentem estreita referência com a ação do catálogo que foi objeto da autorização judicial de escuta. Para as demais ações não catalogares encontradas fortuitamente sem relação de conexão com o objeto da medida, só se admite que elas sirvam para iniciar uma nova investigação destinada a obtenção de novos meios de prova⁶.

Vale deixar claro que nesta decisão de 1998 o BGH entendeu que numa interceptação telefônica que tinha por objeto investigar a ação criminosa de tráfico de drogas, revelou-se a prática de crimes lenocínio e tráfico de seres humanos, os quais não eram crimes do catálogo e, embora apresentassem conexão com o crime catalogar de associação criminosa, esse não era o crime objeto da investigação, sendo portanto inadmissível valorar estes conhecimentos fortuitos.

Na doutrina brasileira o tema ainda é pouco tratado, mas podemos apontar alguns autores que se debruçaram sobre ele, senão vejamos:

Damásio E. de Jesus⁷ afirma ser inimaginável que o cidadão sofra, num Estado Democrático de Direito, uma verdadeira devassa em sua vida íntima. A exceção à proteção da intimidade e da privacidade é feita em casos extremos e de absoluta necessidade. A Lei nº 9.296/96 regulamenta as condições para autorização da interceptação telefônica, dentre elas

⁵ AGUILAR, Francisco. *op. cit.*, p. 62/63.

⁶ AGUILAR. *op. cit.*, p. 49.

⁷ JESUS, Damásio E. de. *Interceptação de Comunicações Telefônicas*. São Paulo: Revista dos Tribunais n.º 735. P. 458-473.

está o objeto (possível fato criminoso) da investigação. Por esses motivos, não pode o Estado valer-se de estar violando um direito fundamental do cidadão e desviar o objetivo, a finalidade para a qual adotou tal medida.

Logo, a interceptação tem de existir somente para averiguar fato determinado (e não aleatório), não servindo de fonte para incriminação por outros motivos; não servindo, licitamente, para vasculhar a vida do cidadão.

Antonio Scarance Fernandes⁸ afirma que a princípio o raciocínio deve ser semelhante ao do desvio do objeto da busca e apreensão, qual seja, o da ilicitude, mas com exceção para admissão da prova quando existir nexó entre o crime encontrado fortuitamente e o crime objeto da interceptação.

É o mesmo entendimento que o próprio Scarance expressa em outra obra conjunta com Ada Pellegrini Grinover e Antônio Magalhães Gomes Filho⁹, mas o escrito coletivo ressalva também ser possível a utilização da prova em relação à pessoa não mencionada na autorização judicial, desde que haja ligação com o fato investigado. Esta afirmação admite o extravasamento não apenas dos limites objetivos, mas também subjetivos da interceptação, e também o condiciona à existência de relação entre os fatos.

Vicente Greco Filho¹⁰ afirma que é possível tomar como válidos os encontros fortuitos, desde que não seja hipótese de proibição do artigo 2º da Lei nº 9.296/96 e sejam fatos relacionados com os crimes investigados, ensejando conexão, continência ou concurso de crimes.

Adotando posição fulcrada no princípio da razoabilidade, Luiz Flávio Gomes e Raúl Cervini¹¹ vêm dar uma solução mais restrita: as gravações que captam conhecimento fortuito de fatos criminosos diversos de seu objeto podem ter valor probatório, desde que o fato fortuito tenha conexão ou continência (excluindo o concurso de crimes que inclui Greco Filho) com o fato criminoso objeto da apuração, que estejam no mesmo contexto fático.

Aduza-se que, para ser reputada lícita a utilização de conhecimentos fortuitos, exigir-se-ia não somente a conexão do conhecimento fortuito com o crime objeto da escuta, mas também que, numa avaliação hipotética, o crime secundário fosse passível de ser objeto de

⁸ SCARANACE FERNANDES, Antonio. *Processo penal constitucional*. 4a ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2005, p. 108.

⁹ GRINOVER, Ada Pellegrini, SCARANACE FERNANDES, Antonio e GOMES FILHO, Antonio Magalhães. op. cit., p. 224.

¹⁰ GRECO FILHO, Vicente. *Interceptação telefônica: considerações sobre a Lei n. 9.296 de 24 de julho de 1996*. São Paulo: Saraiva, 2005, p. 36.

¹¹ GOMES, Luiz Flávio e CERVINI, Raúl. *Interceptação Telefônica – Lei 9.296, de 24.07.96*. São Paulo: Ed. Revista dos Tribunais, 1997. P. 193-194.

nova autorização judicial para interceptação telefônica, é o que a doutrina alemã chama de “repetição hipotética da intervenção”¹² e a portuguesa chama de “juízo de intromissão hipotética”¹³.

No Brasil, como não há um catálogo de crimes para os quais se admite a interceptação telefônica, a exigência não poderia estar em que o conhecimento fortuito diga respeito a um crime catalogado, mas que o fato que fora descoberto quando da procura de provas de outro crime, além de conexo com o objeto da investigação, deveria atender às condições impostas pela Lei nº 9.296/96, sob pena não ter valor probatório a gravação judicialmente autorizada.

3 Uma abordagem constitucional e o entendimento dos tribunais brasileiros

Para abordagem meritória do tema, é fundamental lembrar que a Constituição da República Federativa do Brasil de 1988 consagrou em seu artigo 1º o Estado Democrático de Direito como regime do Estado brasileiro. É debruçando-se nisso que decorre (ou deveria decorrer) toda a interpretação do texto e princípios constitucionais.

Levando isso em consideração, temos na área processual penal um conflito entre pretensão punitiva do Estado e o direito à liberdade do indivíduo suspeito do cometimento de fato criminoso. Neste particular, há, de um lado, a necessária busca do Estado em reprimir e punir o cometimento de crimes e, de outro, tão necessária quanto, senão mais, a observância dos direitos e garantias individuais, primordiais em cumprimento do Estado Democrático de Direito e respeito ao Princípio da Dignidade da Pessoa Humana, princípios político-constitucionais estruturantes do Estado brasileiro, inclusos nos chamados de princípios constitucionais fundamentais.

É nesse contexto que se insere o tratamento adequado aos conhecimentos fortuitos, tema em relevo. Foi muito feliz Antonio Scarance Fernandes ao citar o ensinamento de Ada Pellegrini Grinover:

o importante não é apenas realçar que as garantias do acusado – que são, repita-se, garantias do processo e da jurisdição – foram alçadas a nível constitucional, pairando sobre a lei ordinária, à qual informam. O importante é LER as normas processuais à luz dos princípios e das regras constitucionais. É verificar a adequação das leis à letra e ao espírito da Constituição. É vivificar os textos legais à luz da ordem constitucional. É, como já se escreveu, proceder à interpretação da norma em conformidade com a Constituição. E não só em conformidade com a sua letra, mas também com o seu espírito. Pois a interpretação constitucional é capaz, por si só, de operar mudanças informais na Constituição, possibilitando que, mantida a letra, o

¹² MAIWALD apud AGUILAR. op. cit., p. 43.

¹³ COSTA ANDRADE. op. cit., p. 310.

espírito da lei fundamental seja colhido e aplicado de acordo com o momento histórico que se vive”. Por isso, a “cada dia que passa, acentua-se a ligação entre Constituição e processo, pelo estudo dos institutos processuais, não mais colhidos na esfera fechada do processo, mas no sistema unitário do ordenamento jurídico: é esse o caminho, já ensinava Liebman, que transformará o processo, de simples instrumento de justiça, em garantia de liberdade.¹⁴

Tomando essa lição, temos que o objetivo teleológico da Lei nº 9.296/96 ao autorizar a quebra do sigilo telefônico, por conseguinte a violação à intimidade e à privacidade do indivíduo, foi dar ao Estado instrumento sem o qual certos fatos criminosos ficariam impunes, devido à inidoneidade de outros meios de prova para constata-los. E, para legitimar essa quebra de direito fundamental insculpido no artigo 5º da Constituição, exige-se que a autorização judicial decorra de fundados indícios de materialidade e autoria de fato criminoso DETERMINADO. Exige-se, além disso, que estejam presentes os pressupostos das medidas cautelares, quais sejam, o *periculum in mora e o fumus boni juris*.

Pois bem. Se a lei autoriza a interceptação telefônica no caso de fundados indícios da autoria e materialidade de crime de difícil comprovação (só possível alcançar pela interceptação) e presentes os pressupostos das medidas cautelares, legitimada está, pela própria Lei Fundamental, a violação à intimidade e à privacidade do indivíduo na justa medida necessária para a elucidação do objeto DETERMINADO, repita-se, da investigação criminal. Todavia, tem de ser respeitado todo o restante da intimidade e privacidade não atingido com a adoção de tal medida violadora.

Bem verdade é que o Estado não deve quedar-se inerte perante a verificação de fatos criminosos, mas também não é desejável que, a fim de punir autores de fatos criminosos, sejam desrespeitados os direitos e garantias fundamentais ao indivíduo, tão caras ao cidadão.

Logo, mostra-se mais adequada ao caso brasileiro a solução sobre a admissibilidade de valoração probatória dos conhecimentos fortuitos advindos de escuta telefônica fornecida pela teoria segundo a qual somente haverá respeito às garantias comezinhas do cidadão se o fato descoberto for conexo com o fato investigado, pois é bastante razoável que crimes realizados no mesmo contexto fático sejam, em nome da unidade processual, combatidos de forma unitária. Ademais, faz-se necessário que se realize um juízo hipotético de repetição com a finalidade de verificar se o fato descoberto preencheria, no ato de sua descoberta, todos os requisitos para que o magistrado autorizasse a interceptação com o objetivo de investigá-lo.

Resta claro, assim, que não é admissível, sob o prisma constitucional da menor intervenção do Estado nas esferas de liberdade do cidadão, que uma interceptação telefônica

¹⁴ SCARANCA FERNANDES. op. cit., p. 16-17.

autorizada para elucidação de determinado crime seja meio de prova para um crime sem conexão fatural.

Nossos tribunais, todavia, não adotam firme e uníssona posição sobre o tema, senão vejamos.

No HC 83.515/RS, o Supremo Tribunal Federal pela pena do então Ministro Nelson Jobim, acompanhado pelo Pleno do Pretório Excelso, adotou a teoria segundo a qual a interceptação telefônica judicialmente autorizada pode servir de fonte probatória de conhecimento fortuito de fato criminoso, desde que este seja conexo, que tenha algum liame, com o fato objeto da investigação.

Segue trecho final do voto do Ministro Relator sobre o assunto para melhor esclarecimento:

Por isso, entendo ser plenamente constitucional a utilização de material de interceptação telefônica para embasar a denúncia dos crimes apenados com pena de reclusão e dos crimes, que embora sejam punidos com detenção, sejam **CONEXOS** àqueles. (sem grifo no original)

No HC 84.224 (STF), o Ministro Relator Gilmar Mendes - apesar de não ser o mérito da questão - comenta sobre o assunto em seu voto, fazendo um paralelo com o Direito Alemão, mais especificamente com o entendimento do BGH de 1978, segundo o qual os conhecimentos fortuitos de crimes que constituam finalidade da associação criminosa são válidos ainda que a acusação por associação criminosa seja improcedente, se perfilhando à doutrina de Costa Andrade. Gilmar Mendes, todavia, não faz qualquer referência à mudança implementada em 1992 no inciso V do § 100 b) da StPO e as decisões posteriores à ela proferidas pelo próprio BGH.

No AgR no AI 626214 de relatoria do Ministro Joaquim Barbosa, resta afastada a necessidade de que o crime seja apenado com reclusão, mas deve ser conexo com o crime investigado. Assim, o STF rechaça a necessidade de repetição hipotética de intervenção, atendo-se apenas à obrigatoriedade de conexão com o crime objeto da autorização judicial.

O STJ, no HC 69.552 de relatoria do Ministro Felix Fischer, faz um comparativo da doutrina nacional para concluir, ao final, que o entendimento que melhor atende aos ditames constitucionais é a mesma exposta anteriormente, ou seja, é necessário haver conexão entre o crime objeto da escuta autorizada e aquele encontrado fortuitamente, com exceção dos casos em que se tenha notícia fortuita de crime futuro, que ainda vai ser praticado.

4 O tratamento dos conhecimentos fortuitos desconexos com o objeto da autorização judicial de interceptação telefônica

Há, todavia, que se esclarecer um ponto de extrema relevância no tocante ao tratamento da “serendipidade”: qual o tratamento a ser dado aos encontros fortuitos que não tenham conexão com o fato objeto da decisão judicial que autoriza a interceptação telefônica?

No Alemanha, como já dito, o BGH entendeu que as ações não catalogares encontradas fortuitamente sem relação de conexão com o objeto da medida de interceptação telefônica só são admitidas para iniciar uma nova investigação destinada a obtenção de novos meios de prova¹⁵.

No âmbito da doutrina brasileira, esse é o entendimento de Luiz Flávio Gomes:

O "critério da conexão" (que conduz ao reconhecimento do encontro fortuito de primeiro grau) é perfeitamente válido em nosso *ius positum*. Aliás, em virtude das peculiaridades do nosso direito, urge falar-se em conexão ou continência. Tudo porque nosso Código de Processo Penal faz essa distinção, nos artigos 76 e 77.

Em relação ao encontro fortuito de fatos conexos (ou quando haja continência) parece-nos acertado falar em serendipidade ou encontro fortuito de primeiro grau (ou em fato que está na mesma situação histórica de vida do delito investigado - *historischen Lebenssachverhalt*). Nesse caso a prova produzida tem valor jurídico e deve ser analisada pelo juiz (como prova válida). Pode essa prova conduzir a uma condenação penal.

Quando se trata, ao contrário, de fatos não conexos (ou quando não haja continência), impõe-se falar em serendipidade ou encontro fortuito de segundo grau (ou em fatos que não estão na mesma situação histórica de vida do delito investigado). A prova produzida, nesse caso, não pode ser valorada pelo juiz. Ela vale apenas como *notitia criminis*.¹⁶ (sem grifo no original)

Nessa esteira, se algum valor jurídico têm as conversas que revelam um fato desconexo com o objeto original da interceptação, nada mais é do que uma *notitia criminis*, ou seja, serve para iniciar uma nova persecução, mas não podem ser valoradas pelo magistrado que autorizou a escuta como se meios de provas fossem.

Em outras palavras, não entram na categoria de “*provas cautelares, não repetíveis e antecipadas*” de que trata o art. 159 do CPP, porquanto servem apenas para iniciar uma nova investigação.

É, igualmente, a posição de Aury Lopes Jr., que firme no entendimento de que pela aplicação do *princípio da especialidade da prova* ou *vinculação causal da prova*, no sentido de que a prova está vinculada aos motivos expressos no ato judicial que deu autorização para

¹⁵ AGUILAR. op. cit., p. 49.

¹⁶ GOMES, Luiz Flávio. *Natureza jurídica da serendipidade nas interceptações telefônicas*. Disponível em <http://www.lfg.com.br>. 18 de março de 2009.

sacrificar um direito fundamental, é impossível tomar como prova uma escuta de um fato que não tem vinculação com aquele que está sob investigação:

sem negar a possibilidade de que a prova obtida a partir do desvio causal sirva como *starter* da investigação do novo crime (se preferir, como notícia crime), sendo assim, uma ‘fonte de prova’, mas não como ‘prova’. Não será ‘a’ prova, mas um elemento indiciário para o início da investigação, de modo que nova investigação pode ser instaurada e novas buscas, interceptações etc. podem ser adotadas. Mas a prova desse crime deve ser construída de forma autônoma¹⁷

A observação final feita por Aury Lopes Júnior ganha extrema relevância na medida em que é comum encontrarmos na prática da justiça criminal um verdadeiro intercâmbio de provas entre processos diversos.

Assim, as gravações de conversas telefônicas que configuram conhecimentos fortuitos e desconexos em relação ao objeto original da decisão autorizadora das escutas, costumam ser juntadas em outros feitos, como prova emprestada, para serem valorados por um juízo que não as autorizou e que julgará fato diverso.

Isso impõe uma nova indagação: as gravações de conversas que configuram conhecimentos fortuitos obtidos em interceptação telefônica desconexos com o fato original, que serviram de *notitia criminis* para iniciar uma nova investigação, podem ser usados no processo criminal como meio de prova ou a prova deve ser construída de forma autônoma?

5 A utilização como prova emprestada das gravações telefônicas de conversas que configuram conhecimento fortuito desconexo com o objeto da interceptação telefônica

Para compreendermos a possibilidade de admissão de que provas produzidas em processo diverso sejam valorados em processos no qual não foram produzidas faz-se necessário tomar em conta uma série de requisitos de admissibilidade, o que poderíamos chamar de requisitos para a transferência da prova ou requisitos da prova emprestada.

Há, de início, que se distinguir o meio de prova que se pretende tomar emprestado e a extensão do sacrifício ao direito fundamental envolvido.

Parece claro não haver qualquer dificuldade, *a priori*, em se admitir a transferência de provas documentais de um processo a outro. O que deve ser ressaltado, entretanto, é que nem todo documento é prova documental. Com efeito, todo meio de prova resulta em um registro que, sem o devido cuidado, pode ser tratado indevidamente como prova documental quando não é. Vejamos:

¹⁷ LOPES JR., Aury. *Direito processual penal*. 10a ed. São Paulo: Saraiva, 2013, p. 588/589.

A prova pericial, após os exames (do perito oficial e dos assistentes técnicos), resulta em um laudo pericial e, possivelmente, em pareceres técnicos. Tomar o laudo pericial e os pareceres técnicos como prova documental, apenas porque se apresentam em forma de documento é um grave erro.

A prova testemunhal resulta em uma declaração em folha de papel assinada ou em um fonograma gravado em mídia. Tomar o papel do depoimento assinado ou o fonograma como prova documental é, igualmente, um erro.

A prova de quebra de sigilo bancário e fiscal resulta em uma determinada quantidade de papéis impressos com as informações obtidas dos bancos ou da Receita Federal. Tomar esses papéis como prova documental é um erro.

A busca e apreensão pode resultar na arrecadação de documentos guardados no domicílio devassado. Tomar os documentos apreendidos como prova documental é, claramente, um erro.

A interceptação telefônica resulta em páginas de papéis contendo transcrições das conversas gravadas ou em fonogramas gravados em mídia digital. Tomar esses papéis ou os fonogramas como prova documental é um erro.

O que caracteriza o meio de prova é seu procedimento, não seu resultado. O rito probatório caracterizador do meio de prova vai desde o requerimento de produção, passando pela sua admissão e produção, até sua valoração. O completo ritual de obtenção da prova confere natureza a ela.

É precisamente o caminho pelo qual a prova deve seguir, com suas regras específicas, observadoras do contraditório e da ampla defesa, que precisam ser observados idiossincraticamente, sob pena de, transformando o resultado de qualquer meio de prova em prova documental, bastar submetê-los a um contraditório diferido, em que a outra parte deve apenas sobre ele falar.

A elaborada ritualística da prova não está na lei processual para satisfazer caprichos ou tornar o processo um complexo emaranhado de atos enfadonhos. Cada regra de produção probatória cumpre sua função de garantia e deve ser respeitada.

É precisamente essa garantia de participação no meio de prova que adentrará ao processo que deve ser tomado em conta ao se analisar a possibilidade de simples transferências de provas entre processos, como se a mera abertura de vista à parte contrária fosse suficiente para satisfazer os direitos fundamentais ao contraditório e à ampla defesa, cuja verdadeira observância está muito mais vinculada ao ato de tomar parte no procedimento probatório do que conhecer *a posteriori* seu resultado.

Tonini observa que o contraditório tem sentido objetivo e subjetivo. Em sentido objetivo refere-se à possibilidade de que as partes participem “na formação da prova”, consagrando o contraditório como método dialético de conhecimento. Portanto, neste sentido, “a verdadeira prova não é aquela que se obtém sob sigilo, por meio de pressões unilaterais, mas aquela cuja formação ocorre de modo dialético”¹⁸. Sob o ponto de vista subjetivo, diz respeito ao direito ao confronto com a acusação.

Assim, a não participação da defesa na produção probatória, sem possibilidade de confrontar-se com a acusação, reduzindo-a à mera possibilidade de “falar sobre” algo que “já é”, mas que não contribuiu para existir, nem de longe pode ser considerado respeito ao contraditório.

Admitir-se uma prova produzida em outro processo por meio de regras assépticas de traslado com submissão à simples abertura de vista como requisito de validade, choca-se com os mais mezinhos direitos fundamentais do cidadão.

Em outras palavras, a admissão genérica de utilização de prova emprestada é reduzir o direito a um “manual de instruções”, que simplesmente diz o que pode e o que não pode, sem qualquer análise aprofundada da natureza da prova (sobretudo do meio de prova) que se pretende trasladar.

Diversamente do praticado nos tribunais a esse respeito, dada a necessidade de se implementar celeridade e homogeneidade nas decisões em casos supostamente semelhantes, o Direito é complexo e assim deve ser encarado. Há provas que sacrificam direitos fundamentais em maior ou menor grau e, por isso, seu aproveitamento em processo diverso não é resolvido com uma admissão e posterior submissão ao contraditório diferido.

A doutrina vem elaborando os requisitos para admissão de uma prova emprestada, sendo certo que um requisito genérico é a prova ter sido produzida em processos com as mesmas partes.

Com efeito, vale trazer a lição dos juristas Ada Pellegrini Grinover, Antonio Scarance Fernandes e Antonio Magalhães Gomes Filho a esse respeito:

por isso mesmo, o primeiro requisito constitucional de admissibilidade da prova emprestada é o de ter sido produzida em processo formado entre as mesmas partes ou, ao menos, em processo em que tenha figurado como parte aquele contra quem se pretenda fazer valer a prova. Isso porque o princípio constitucional do contraditório exige que a prova emprestada somente possa ter valia se produzida, no primeiro processo, perante quem suportará seus efeitos no segundo, com a possibilidade de ter contado, naquele, com todos os meios possíveis de contrariá-la.

¹⁸ TONINI, Paolo. *A prova no processo penal italiano*. Tradução Alexandra Martins e Daniela Mróz. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2002, p. 27.

Em hipótese alguma poderá a prova emprestada gerar efeitos contra quem não tenha participado da prova no processo originário.

(...)

Se a prova emprestada for indevidamente transportada para o segundo processo, em violação ao princípio do contraditório, configurará prova ilícita, sujeita às correlatas conseqüências processuais (inexistência como prova, ineficácia e nulidade da sentença que nela se fundamentar)...¹⁹

Isso implica em que a utilização de gravações de conversas decorrentes de encontros fortuitos nas interceptações telefônicas que extrapolem os limites subjetivos da medida, ou seja, contra quem não era parte ou investigado na medida original de escuta, configura uma violação do contraditório.

De outro lado, é fato que os Tribunais superiores vêm admitindo a utilização da interceptação telefônica autorizada para investigação criminal como prova emprestada em processo administrativo. Mas essa admissão não se faz sem controle.

No paradigmático caso julgado pelo STF em 29/11/2006, publicado no Informativo 450, que teve como Relatora para o acórdão a Ministra Carmen Lúcia (Inq 2.245 AgR/MG), a mais alta Corte do país restringiu a utilização dos resultados das quebras de sigilo bancário e fiscal “aos nomes arrolados pelo Ministério Público como objeto de investigação no inquérito” e que ainda firmou que a decisão de admissão do traslado da prova deveria “*estar devidamente fundamentada*”.

Ademais, o Plenário do próprio STF entendeu (DJe 20/2/2009) na Pet. 3683-QO, sob a relatoria do Ministro Cezar Peluso, no mesmo sentido:

dados obtidos em interceptação de comunicações telefônicas, judicialmente autorizadas para produção de prova em investigação criminal ou em instrução processual penal (...) podem ser usadas em procedimento administrativo disciplinar, contra a mesma ou as mesmas pessoas em relação às quais foram colhidos

O problema se apresenta ainda mais grave quando se percebe que na práxis forense, o procedimento administrativo, para o qual as conversas objeto de conhecimento fortuito são transferidas, fagocita a interceptação telefônica e devolve a mesma para outro processo criminal, diverso do original, de tal forma que tudo o que administrativamente se tem é mais do mesmo com nova capa.

Por isso é que importa definir a natureza das provas e dos meios de prova, com o objetivo de não deixar que procedimentos de transferência de prova sejam um ritual autolimpante da prova.

¹⁹ GRINOVER *et al.* op. cit., pág. 147 *usque* 149.

É muito comum que “o conjunto probatório” vá se tornando imenso, autoratificante, autoengrandecido, mas não passa da mesma prova ruminada em outras esferas de departamentos estatais e devolvidas para se autojustificar e possibilitar sua validação.

Em outras palavras, e que fique claro, a interceptação telefônica não se valida pela “passagem” por processos administrativos, tampouco adquire nova natureza. É sempre interceptação telefônica emprestada a outro processo.

Assim, compreendido, é importante firmar que doutrina e jurisprudência vêm se posicionando pela impossibilidade de compartilhar a interceptação telefônica, dado que como há sacrifício dos direitos fundamentais, o ato judicial que o autoriza é plenamente vinculado e limitado.

Na lição de Aury Lopes Jr., a decisão judicial que permite produzir prova com sacrifício de direito fundamental “*ao mesmo tempo em que está vinculada ao pedido (imposição do sistema acusatório), é vinculante em relação ao material colhido, pois a (...) interceptação telefônica (...) está restrita à apuração daquele crime que ensejou a decisão judicial*”²⁰

Esse é também o entendimento do Plenário do STF em recente decisão sobre a inadmissibilidade do compartilhamento das interceptações telefônicas. *In verbis*:

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.²¹

Assim fica claro que o material colhido em interceptação telefônica obtido pelo encontro fortuito de conversas sem qualquer conexão com o objeto da investigação original não pode ser prova em processo diverso e sua transferência de um processo a outro (seja com que roupagem for), ao argumento de admissão genérica de prova emprestada, nada mais é do que uma forma de burlar a proibição específica que prima pela preservação de direitos fundamentais.

Isso seria suficiente para compreendermos a inadmissibilidade das gravações de conversas decorrentes de conhecimentos fortuitos como prova emprestada, mas há que se expressar ainda mais uma questão de suma importância para o tema que é a competência para realizar a admissão de validade deste meio de prova.

²⁰ op. cit., p. 585.

²¹ Inq 3014 AgR, Relator(a): Min. MARCO AURÉLIO, Tribunal Pleno, julgado em 13/12/2012, ACÓRDÃO ELETRÔNICO DJe-186 DIVULG 20-09-2013 PUBLIC 23-09-2013

Isso porque, como já dito anteriormente, o que confere validade à prova é o respeito integral ao contraditório, seja no sentido objetivo (direito de participar na formação da prova), seja no sentido subjetivo (direito de confrontar-se com a acusação).

Ademais, o que caracteriza o meio de prova é precisamente o rito dialético de sua produção. A interceptação telefônica, conquanto tenha sido autorizada judicialmente (decisão que se profere antes da execução da medida como determina a Lei), só é submetida ao contraditório no processo de origem após a propositura da ação penal.

Ora, o simples fato de ser uma medida cautelar e não repetível, não a isenta de enfrentar o contraditório rigoroso como *conditio sine qua non* de validade. É exatamente por ser cautelar e irrepitível que o contraditório se faz no processo em que foi autorizada e em momento posterior ao de sua produção. Antes de submetê-la plenamente ao contraditório, impossível admitir que a prova seja válida, porquanto ela ainda não se formou.

Em outras palavras, ao trasladar uma gravação de conversas originadas de uma interceptação telefônica para processo diverso, o que se está fazendo é transferir a outro processo algo que ainda não pode ser considerado prova na lídima e constitucional acepção do termo.

Com isso quer se dizer que no juízo de origem a prova de interceptação telefônica ainda terá que ser confrontada para adquirir validade, vez que não basta uma autorização judicial prévia, sem a participação da defesa no procedimento probatório.

A legitimidade constitucional da prova está precisamente no fato de que o contraditório é condição de validade. Uma prova só é válida, como já se disse anteriormente, se a defesa participar de sua formação. Nos casos em que a prova é aprioristicamente executada sem a participação da defesa, a lei deve prever mecanismos para que esta possa confrontá-la.

No caso da interceptação telefônica, sendo a admissão judicial e a produção da prova anteriores à participação da defesa, devem ser garantidos a esta todos diversos mecanismos possíveis para contraditar a prova, tais como acesso completo ao sistema, ao conteúdo de todas as gravações, aos registros de ordens junto às operadoras de telefonia, ao manual do sistema informático utilizado e aos logs de acesso ao sistema, possibilidade de requerer a produção de provas periciais, como a análise de voz ou do sistema de interceptações, ou qualquer outra providência capaz de permitir a aferição segura da higidez do monitoramento telefônico como um todo.

Ao ter por impugnada a validade da interceptação no exercício legítimo do direito ao contraditório, a parte contra quem se produziu a medida cautelar probatória tem o direito de

ver a sua insurgência decidida pelo juízo do qual a ordem original de produção probatória emanou.

Antes que esta decisão sobre a validade da interceptação seja tomada após a impugnação apresentada à luz do contraditório, não é possível dizer que a prova passou pelo rito dialético contraditório necessário a conferir-lhe validade.

Ressalte-se que o contraditório, no sentido objetivo, é o direito a participar da formação da prova, o que se dá na interceptação telefônica de forma diferida e, precisamente por isso, é que antes de uma decisão no juízo original sobre todas as impugnações formuladas contra a prova, não há como reputá-la legitimamente válida, sob o prisma constitucional.

No sentido subjetivo, o contraditório se materializa no direito de confrontar-se e, na medida em que a prova é trazida sem direito à confrontação, tem-se por violado o contraditório.

Quanto a isso, sentencia Tonini que “*o direito de confrontar-se é sancionado por meio da inutilizabilidade das declarações prestadas por aquele que frustrou o contraditório*”²², daí que a interceptação telefônica não confrontada no juízo de origem não pode ser emprestada.

6 Conclusão

Resta claro que o tratamento que vem sendo dispensado às informações fortuitamente conhecidas durante a execução de uma medida de interceptação telefônica não está pacificado em nossos tribunais.

Diversamente do que ocorre em legislações estrangeiras, o Brasil não adota um catálogo de crimes para os quais se admite a interceptação telefônica como meio de prova e isso dificulta a análise da jurisprudência estrangeira que, de uma forma geral, admite a validade de encontros fortuitos nos casos em que o crime descoberto seja um crime catalogado.

Entretanto, o BGH firmou posição em 1998, após a mudança legislativa de 1992 ocorrida na Alemanha, no sentido de que no caso de conhecimento fortuito, só os crimes de catálogo podem valorados ou, não sendo crimes de catálogos, devem guardar estreita referência com a ação do catálogo que foi objeto da autorização judicial de escuta (o posicionamento anterior – de 1976 – só exigia que o conhecimento fortuito tivesse relação com um crime de catálogo, ainda que não fosse o objeto da autorização).

²² Ibid., p. 29.

Como no Brasil não há crimes de catálogo, a doutrina e a jurisprudência passaram a entender que só é possível utilizar conhecimentos fortuitos como meio de prova se houver conexão com o fato originalmente investigado.

Assim, se o fato fortuitamente descoberto for desconexo com o objeto original da escuta, vem se compreendendo que não pode ser tratado como meio de prova, mas como *notitia criminis*. Nesta condição, serve apenas para iniciar nova investigação destinada a coletar novos elementos de convicção.

A grande questão então que se apresenta neste ponto é, pois, que uma vez sejam encontrados novos elementos de convicção capazes de fazer dar início a um, também novo, processo criminal, se poderiam essas gravações telefônicas ser transferidas para o novo processo e usadas como meio de prova.

Em primeiro lugar, se o novo processo extrapolar o limite subjetivo da escuta original, ou seja, se o acusado não tiver sido alvo da decisão judicial de interceptação telefônica, entendemos que não, vez que a ele não foi possível participar da produção da prova, que é condição para admissibilidade da transferência.

Se o novo processo apresentar as mesmas partes, ainda assim, compreendemos, na esteira do BGH, que sem conexão com o fato original não há como atribuir aos conhecimentos fortuitos na interceptação telefônica natureza jurídica de meio de prova. É uma interpretação que preza pelo menor sacrifício dos direitos fundamentais, sendo o ato judicial que o autoriza plenamente vinculado e limitado. Esta é a mais recente posição adotada pelo STF no Inq 3014 AgR, cujo Relator foi o Ministro Marco Aurélio, julgado pelo Tribunal Pleno em 13/12/2012.

Todavia, ainda que se admitisse em casos tais a prova emprestada, como ocorria no entendimento anterior do Supremo Tribunal Federal, somente seria admissível se a prova se submetesse por completo ao contraditório no juízo de origem, o que, por ser uma prova admitida e produzida sem a participação da defesa *a priori*, deve permitir que a defesa se valha de todos os mecanismos disponíveis para impugnar a validade da prova, o que só restará definitivamente decidido após o trânsito em julgado da decisão a ser proferida na ação penal condenatória no processo original.

7 Referências

AGUILAR, Francisco. *Dos Conhecimentos Fortuitos Obtidos Através de Escutas Telefônicas*. Coimbra: Almedina, 2004.

ANDRADE, Manuel da Costa. *Sobre as Proibições de prova em processo penal*. Coimbra: Coimbra, 2006.

GOMES, Luiz Flávio e CERVINI, Raúl. *Interceptação Telefônica – Lei 9.296, de 24.07.96*. São Paulo: Ed. Revista dos Tribunais, 1997.

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

GRECO FILHO, Vicente. *Interceptação telefônica: considerações sobre a Lei n. 9.296 de 24 de julho de 1996*. São Paulo: Saraiva, 2005.

GRINOVER, Ada Pellegrini, SCARANCE FERNANDES, Antonio e GOMES FILHO, Antonio Magalhães. *As nulidades no Processo Penal*. 8ª ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2004.

JESUS, Damásio E. de. *Interceptação de Comunicações Telefônicas*. São Paulo: Revista dos Tribunais.

LOPES JR., Aury. *Direito processual penal*. 10ª ed. São Paulo: Saraiva, 2013.

SCARANCE FERNANDES, Antonio. *Processo penal constitucional*. 4ª ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2005.

TONINI, Paolo. *A prova no processo penal italiano*. Tradução Alexandra Martins e Daniela Mróz. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2002.