

**UNIVERSIDADE FEDERAL DO RIO GRANDE DO SUL**  
**FACULDADE DE DIREITO**

**SOBRE O COMPARTILHAMENTO DO RESULTADO PROBATÓRIO DAS  
INTERCEPTAÇÕES TELEFÔNICAS**

**Bruna Frank Tonial**

Porto Alegre

2010

**BRUNA FRANK TONIAL**

**SOBRE O COMPARTILHAMENTO DO RESULTADO PROBATÓRIO DAS  
INTERCEPTAÇÕES TELEFÔNICAS**

Trabalho de conclusão do curso de Ciências Jurídicas e Sociais apresentado ao Departamento de Ciências Penais, da Faculdade de Direito, da Universidade Federal do Rio Grande do Sul – UFRGS – como requisito parcial para a obtenção do grau de Bacharel.

Orientador: Danilo Knijnik

Porto Alegre

2010

**BRUNA FRANK TONIAL**

**SOBRE O COMPARTILHAMENTO DO RESULTADO PROBATÓRIO DAS  
INTERCEPTAÇÕES TELEFÔNICAS**

Trabalho de conclusão do curso de Ciências Jurídicas e Sociais apresentado ao Departamento de Ciências Penais, da Faculdade de Direito, da Universidade Federal do Rio Grande do Sul – UFRGS – como requisito parcial para a obtenção do grau de Bacharel.

Conceito final:

Aprovada em 06 de dezembro de 2010.

BANCA EXAMINADORA:

---

Prof. Odone Sanguiné – UFRGS

---

Prof. Humberto Jacques de Medeiros – UFRGS

---

Orientador – Prof. Danilo Knijnik – UFRGS

## AGRADECIMENTO

Agradeço a meus pais, Ariovaldo e Venildes, pela amizade, carinho, compreensão e pelo apoio incondicional.

Agradeço, sinceramente, ao Professor Danilo Knijnik por ter me brindado com seus conhecimentos e, sobretudo, pela orientação paciente e segura na elaboração desta monografia.

Agradeço ao Professor Pablo Alflen pelo fornecimento dos textos originais em alemão e suas traduções, bem como pelos apontamentos realizados ao longo da elaboração do trabalho.

## RESUMO

O presente trabalho versa sobre a questão do compartilhamento do resultado probatório das interceptações telefônicas, cuja problemática tem origem no uso reiterado desta técnica procedimental, a qual é acentuada em face de sua potencialidade para obtenção de informações relacionadas a outras situações fáticas juridicamente relevantes (conhecimentos fortuitos). Em vista disto, procede-se, em primeiro lugar, ao exame dos aspectos fundamentais das provas, tais como a sua função, sistemas processuais e de apreciação, bem como aqueles pertinentes a sua limitação, dando principal enfoque aos regimes das proibições de prova e das *exclusionary rules*. Esta análise é imprescindível para o desenvolvimento da segunda parte do estudo, que tem por objetivo perscrutar a possibilidade do compartilhamento do resultado das interceptações telefônicas com outros processos diferentes daquele para o qual a medida foi decretada. Para melhor compreensão, faz-se distinção entre o compartilhamento da referida prova com processos penais e extrapenais, evidenciando os diferentes pontos a serem examinados para a sua aceitabilidade, com vista ao asseguramento dos direitos e garantias fundamentais do acusado, uma vez que o emprego desta medida gera grave danosidade social e individual.

Palavras-chave: provas – compartilhamento – interceptações telefônicas – conhecimentos fortuitos – proibições de prova

## **ABSTRACT**

This paper discusses the issue of sharing the outcome of evidentiary obtained in telephone interceptions, whose problem stems from the repeated use of this technique procedural, which is accentuated in light of its potential to obtain information related to other factual situations legally relevant (random knowledge ). With this purpose, the procedure is, firstly, to examine key aspects of evidence, such as its function, procedural and systems of assessment, as well as those related to its limits, giving primary focus to the regimes of the prohibitions of evidence and the exclusionary rules. This analysis is vital for the development of the second part of the study, which aims to inquire the possibility of sharing the results of telephone interceptions with other processes than that for which the measure was enacted. For better understanding, a distinction is made between the sharing of that evidence with criminal cases and cases from another areas, showing the different points to be examined for its acceptability, with the intend to secure the rights and guarantees of the accused, because the employment of this means causes severe damage as social and individual.

Keywords: evidence – sharing – telephone interceptions – random knowledge – prohibitions of evidence

## SUMÁRIO

<b>INTRODUÇÃO.....</b>	<b>9</b>
<b>1. DA PROVA NO PROCESSO PENAL.....</b>	<b>11</b>
1.1. ASPECTOS FUNDAMENTAIS .....	11
<b>1.1.1. Função da prova.....</b>	<b>14</b>
<b>1.1.2. A verdade no processo penal.....</b>	<b>17</b>
<b>1.1.3. Sistemas processuais .....</b>	<b>22</b>
<b>1.1.4. Sistemas de apreciação das provas .....</b>	<b>26</b>
1.1.4.1. Modelo primitivo .....	27
1.1.4.2. Prova legal.....	28
1.1.4.3. Íntima convicção.....	29
1.1.4.4. Livre convencimento motivado.....	31
<b>1.1.5. Conclusão parcial.....</b>	<b>32</b>
1.2. RESTRIÇÕES DE PROVA.....	33
<b>1.2.1. Visão geral .....</b>	<b>33</b>
<b>1.2.2. Fundamentos e funções .....</b>	<b>35</b>
<b>1.2.3. Proibições de produção e proibições de valoração.....</b>	<b>42</b>
<b>1.2.4. Teorias para aplicação concreta .....</b>	<b>50</b>
1.2.4.1. Teoria do fim de proteção da norma.....	51
1.2.4.2. Teoria da Ponderação.....	53
1.2.4.3. Teoria dos direitos de domínio da informação.....	57
<b>1.2.5. <i>Exclusionary rules</i>.....</b>	<b>60</b>
<b>1.2.6. O Brasil e as provas ilícitas .....</b>	<b>63</b>
<b>1.2.7. Conclusão parcial.....</b>	<b>67</b>
<b>2. O COMPARTILHAMENTO DO RESULTADO PROBATÓRIO DAS INTERCEPTAÇÕES TELEFÔNICAS.....</b>	<b>68</b>

2.1. VISÃO GERAL .....	68
2.2. CONCEITO DE INTERCEPTAÇÕES TELEFÔNICAS .....	68
2.3. REGULAÇÃO LEGAL BRASILEIRA DAS INTERCEPTAÇÕES TELEFÔNICAS	72
<b>2.3.1. Constituição Federal .....</b>	<b>72</b>
<b>2.3.2. Lei n.º 9.296/96 .....</b>	<b>74</b>
<b>2.3.3. Outras leis importantes .....</b>	<b>77</b>
<b>2.3.4. Conclusão Parcial.....</b>	<b>78</b>
2.4. O COMPARTILHAMENTO DO RESULTADO PROBATÓRIO DAS INTERCEPTAÇÕES TELEFÔNICAS.....	78
<b>2.4.1. Escorço esclarecedor .....</b>	<b>78</b>
<b>2.4.2. Compartilhamento de provas .....</b>	<b>79</b>
<b>2.4.3. Compartilhamento do resultado probatório das interceptações telefônicas com outros processos penais – A problemática dos conhecimentos fortuitos.....</b>	<b>83</b>
2.4.3.1. Os conhecimentos da investigação e os conhecimentos fortuitos .....	83
2.4.3.2. O compartilhamento dos conhecimentos fortuitos com outros processos penais – Análise da realidade brasileira .....	87
2.4.3.2.1. Análise crítica da jurisprudência do Supremo Tribunal Federal.....	92
2.4.3.2.2. Outros aportes ao estudo do tema .....	97
2.4.3.3. Compartilhamento do resultado probatório das interceptações telefônicas com processos extrapenais – Análise sob a perspectiva brasileira .....	102
2.4.3.3.1. Análise crítica da jurisprudência do Supremo Tribunal Federal.....	106
2.4.3.3.2. Complementações .....	111
2.4.3.4. Anteprojeto de Reforma do Código de Processo Penal e Substitutivo ao Projeto de Lei n.º 1.258. ....	112
2.5. CONCLUSÃO PARCIAL .....	113
<b>CONCLUSÃO.....</b>	<b>115</b>
<b>REFERÊNCIAS BIBLIOGRÁFICAS .....</b>	<b>118</b>

## INTRODUÇÃO

O processo penal, enquanto ramo do saber penal que tem por função primordial ser instrumento de concretização das garantias constitucionais no exercício da atividade estatal de transposição do direito penal material aos casos concretos, não pode prescindir de uma correta regulação e de um estudo aprofundado da prova. Esta, sobretudo no processo penal, desempenha papel primordial, porquanto somente através da sua correta produção e análise pode-se justificar a imposição de uma pena, que é a medida mais drástica de intervenção na esfera de liberdade do cidadão que a ordem jurídica conhece.

Chegou-se a afirmar, inclusive, que “a importância da prova é tão grande que se pode dizer que todo o processo só consiste nela” e que “tudo o que não for preparação, discussão e decisão sobre as provas, é superfluidade manifesta nos processos”<sup>1</sup>. Assim entende-se, principalmente, devido a sua função legitimadora da atividade judiciária, no sentido de que o Poder Judiciário valida a coercibilidade de suas decisões através da sua correta racionalização e motivação, sendo o exame da prova parte essencial neste processo.

Conjugando-se a importância da prova à ideia central do processo penal moderno, que não pode ser observado apenas como instrumento de persecução do réu, mas também para a garantia do acusado, compreende-se que a sua investigação, produção e valoração não possa ser absolutamente livre. Neste sentido, a imposição de limites pela Constituição e pelas leis infraconstitucionais quanto às provas ilícitas têm por função garantir a obediência à lei e a proteção dos direitos fundamentais do acusado contra a intervenção do Estado ou de qualquer outro particular.

Os meios de investigação e de prova tradicionalmente utilizados foram, todavia, considerados ineficientes para combater a criminalidade organizada moderna, resultando assim na abertura para métodos cada vez mais agressivos aos direitos fundamentais individuais, mormente aqueles ligados à intimidade e à privacidade.

Neste contexto, a própria Constituição Federal estabeleceu a possibilidade de violação do sigilo das comunicações telefônicas, para fins de investigação e instrução processual penal. Tal dispositivo foi regulamentado pela Lei das Interceptações Telefônicas (Lei 9.296/96), que estabeleceu as hipóteses e a forma pela qual é possível a transgressão desse sigilo, que envolve a apreciação de “um direito fundamental autônomo e garante dos direitos

---

<sup>1</sup> MITTERMAYER, C. J. A. *Tratado da prova em matéria criminal*. 3.<sup>a</sup> Ed. Rio de Janeiro: Jacinto Ribeiro dos Santos, 1917, p. 15.

fundamentais da palavra falada, da confidencialidade da palavra falada e, conseqüentemente, da reserva de intimidade da vida privada”<sup>2</sup>.

Com a produção da interceptação telefônica é inevitável, todavia, que se descubram informações não originariamente esperadas e que possam ser úteis para outra persecução criminal ou, então, para um processo de índole não penal. Surge, assim, o questionamento sobre a possibilidade de compartilhamento probatório das informações adquiridas pela interceptação telefônica.

Tendo em vista estes apontamentos, o presente trabalho, partindo de uma metodologia dedutiva, tem por objetivo analisar a questão do compartilhamento do resultado probatório das interceptações telefônicas. Para tanto, divide-se o estudo em duas partes.

A primeira parte dedica-se a analisar aspectos fundamentais relativos à prova em geral, tais como sua função e os respectivos sistemas de apreciação, passando, por conseguinte, ao exame aprofundado da questão relativa às restrições de prova no processo penal.

A segunda parte aborda, em exame elaborado com acuidade, o objeto principal do trabalho, qual seja a natureza e regulamentação das interceptações telefônicas e a possibilidade de compartilhamento do seu resultado probatório com outros processos, penais e extrapenais, diferentes daquele para o qual a interceptação havia sido autorizada.

---

<sup>2</sup> GUEDES VALENTE, Manuel Monteiro. *Escutas telefônicas: da excepcionalidade à vulgaridade*. 2.<sup>a</sup> Ed. Coimbra: Almedina, 2008, p. 7.

## 1. DA PROVA NO PROCESSO PENAL

### 1.1. Aspectos fundamentais

Inicia-se este estudo tendo-se consciência das advertências de Michelle Taruffo, no sentido de que “*appena si cerca di andare oltre il livello delle intuizioni generiche si incontra però una miriade di questioni, di varianti e di contraddizioni che fanno del tema della prova uno degli argomenti più complicati e confusi della teoria del processo*”<sup>3</sup>. Desta forma, não se tem a pretensão, aqui, de analisar exaustivamente a matéria, tendo em vista os objetivos desta pesquisa. Tentar-se-á, todavia, apresentar um panorama geral sobre a prova no processo penal, valorizando-se a análise da sua função e importância, bem como dos sistemas referentes à valoração e persecução da mesma.

A prova, segundo Neves Baptista, “é, possivelmente, deverbal de provar, do latim *probare*, cuja raiz, presente em diversos idiomas [...], parece remontar a um radical comum a *probus*, ‘honesto, probo’, e transmissor da idéia de ‘credibilidade, confiabilidade, veracidade’”<sup>4</sup>. Continua o autor, sinalizando que a prova “adquiriu em todas essas línguas o sentido geral de demonstração de alguma coisa, já como ‘teste’ ou ‘experimentação’, já como mecanismo de construção de uma certeza ou convicção”<sup>5-6</sup>.

Na verdade, as definições de “prova” são muitas, de forma que se escolhe aludir a algumas significações. Cabe, primeiramente, entretanto, lembrar que “a prova não é exclusiva do domínio do direito: ela diz respeito a inúmeras outras disciplinas, tanto ciências exactas

---

<sup>3</sup> TARUFFO, Michele. *La prova dei fatti giuridici*. Milano: Giuffrè, 1992, p. 2: “procurando ir além do nível dos conhecimentos gerais, porém, encontra-se uma série de questões, de variações e de contradições que fazem da prova um dos objetos mais confusos e complicados da teoria do processo” (tradução livre). O autor complementa: “*Un primo problema deriva dal fatto che il tema della prova si presta assai meno di altri a lasciarsi esaurire nella dimensione giuridica, e tende invece a proiettarsi al di fuori di essa e a penetrare in altri campi, della logica, dell’epistemologia e della psicologia*”. Além disso, infere também que “*il problema che inevitabilmente si incontra è quello della verità dell’accertamento di fatti nell’ambito del processo*” (TARUFFO, Michele. *op. cit.*, p. 3: “O primeiro problema deriva do fato de que o tema da prova é dos que menos se presta a exaurir-se na dimensão jurídica, e tende, pelo contrário, a projetar-se para fora desta dimensão e penetrar em outros campos, da lógica, da epistemologia e da psicologia” (tradução livre)).

<sup>4</sup> BAPTISTA, Francisco das Neves. *O Mito da Verdade Real na Dogmática do Processo Penal*. Rio de Janeiro: Renovar, 2001, p. 39.

<sup>5</sup> BAPTISTA, Francisco das Neves. *op. cit.*, p. 40.

<sup>6</sup> Quanto à etimologia, pode-se observar Gustavo Badaró, para quem “o vocábulo prova vem do latim – *probatio* – que significa prova, ensaio, verificação, e deriva do verbo *probare* (probo, as, are). Vem de *probus*, que quer dizer bom, reto, honrado. O que resulta provado é, portanto, aquilo que é bom, é correto”. Na mesma obra, à pag. 157, o autor cita Candido Rangel Dinamarco, que também aponta mesma origem etimológica, observando que *probus* “significa idôneo, correto, verdadeiro”, razão pela qual “a atividade probatória que se realiza no processo visa demonstrar que as alegações feitas são verdadeiras e, portanto, dignas de credibilidade no momento de julgar” (BADARÓ, Gustavo Henrique Righi Ivahy. *Ônus da prova no processo penal*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2003, p. 156).

como ciências humanas”<sup>7</sup>, podendo-se distinguir, segundo Gilissen, em, pelo menos, quatro tipos de prova<sup>8</sup>.

Aquela que interessa ao presente trabalho, entretanto, é a prova judiciária<sup>9</sup> que, segundo o autor supra citado, é aquela “específica, tendendo a convencer o juiz, a persuadi-lo da existência de um facto concreto que teve lugar num passado mais ou menos próximo”<sup>10</sup>. Naturalmente, outras definições quanto à prova judiciária são encontradas na doutrina.

Assim, para Amaral Santos a “prova é a soma dos fatos produtores da convicção, apurados no processo”<sup>11</sup>. Para Neves e Castro “prova é a demonstração da verdade dos fatos alegados em juízo”<sup>12</sup>.

Por sua vez, Echandia afirma que “prova é todo motivo ou razão levado ao processo pelos meios e procedimentos aceitos pela lei, para levar ao juiz o convencimento ou a certeza sobre os fatos”<sup>13</sup>.

Por fim, segundo Dinamarco, “prova é um conjunto de atividades de verificação e demonstração, mediante as quais se procura chegar à verdade dos fatos relevantes para o julgamento”<sup>14</sup>.

Quando se analisa, todavia, a prova no processo penal, ou mesmo no processo em geral, é impossível identificá-la com uma única acepção. Assim, por exemplo, Tonini identifica que “o termo ‘prova’ pode ter pelo menos quatro significados diversos: pode referir-

<sup>7</sup> GILISSEN, John. *Introdução Histórica ao Direito*. 3.<sup>a</sup> edição. Lisboa: Fundação Calouste Gulbenkian, 2001, p. 712.

<sup>8</sup> Tais tipos de provas seriam a prova demonstrativa, prova experimental, prova histórica e prova judiciária. “A prova demonstrativa, que é a das matemáticas e da lógica; consiste num raciocínio que tende a deduzir uma proposição de premissas que constituem axiomas ou proposições já provadas; a prova demonstrativa diz respeito a idéias, a dados abstractos, enquanto que a prova judiciária diz necessariamente respeito a casos concretos; a prova experimental, que é a das ciências naturais; resulta de um grande numero de experiências, tendentes a provar a exactidão ou, pelo menos, a verosimilhança de uma lei natural; o exemplo clássico é o da lei da gravidade, provada experimentalmente. A diferença relativamente à prova judiciária é que esta diz respeito, em princípio, a um facto único, enquanto que em matéria de ciências naturais, existe a possibilidade de repetir a experiência quantas vezes se quiser; a prova histórica, ou seja, a prova de factos históricos que permitirá ao historiador reconstituir o passado; apresenta muitas analogias com a prova judiciária, pois, nos dois casos, é preciso provar um facto concreto, que se situa no passado, um passado mais ou menos próximo ou longínquo; mas, enquanto que o historiador pode constatar que a (ou as) prova é insuficiente, podendo desde logo recusar-se a concluir, o juiz deve julgar, sob pena de cometer uma recusa de justiça” (GILISSEN, John. *op. cit.*, p. 712).

<sup>9</sup> Afirma Francisco das Neves Baptista que “nas origens, por certo, formaram-se a idéia e a técnica da prova a partir de uma preocupação de dar conhecimento a alguém de algo que lhe era desconhecido. Foi, presumivelmente, na medida da publicização da faculdade de punir que os detentores do respectivo poder, premiados pela necessidade de mostrar-se menos arbitrários aos seus jurisdicionados, começaram a exigir informação convincente do alegado pelas partes, como condição para impor penalidades” (*op. cit.*, p. 42).

<sup>10</sup> GILISSEN, John. *op. cit.*, p. 712

<sup>11</sup> SANTOS, Moacyr Amaral. *Primeiras Linhas de direito processual civil*. 25.<sup>a</sup> Ed. São Paulo: Saraiva, 2009, p. 343.

<sup>12</sup> NEVES E CASTRO *apud* BADARÓ, Gustavo Henrique Righi Ivahy. *op. cit.*, p. 158.

<sup>13</sup> ECHANDIA *apud* BADARÓ, Gustavo Henrique Righi Ivahy. *op. cit.*, p. 158.

<sup>14</sup> DINAMARCO *apud* BADARÓ, Gustavo Henrique Righi Ivahy. *op. cit.*, p. 158.

se à fonte de prova, ao meio de prova, ao elemento de prova ou ao resultado probatório”<sup>15</sup>. Badaró, igualmente, salienta que “do ponto de vista jurídico, o vocábulo prova possui diferentes acepções, podendo ser usado como sinônimo da atividade probatória, como resultado da prova e como meio de prova”<sup>16</sup>.

Remetendo-se à concepção do primeiro autor, que se entende mais pertinente ao estudo em questão, far-se-á uma breve análise acerca das acepções citadas.

Assim, em relação à fonte de prova, entende-se que “é tudo aquilo que é idôneo a fornecer resultados relevantes para a decisão do juiz”<sup>17</sup>, tendo-se como exemplos uma pessoa ou uma coisa. O meio de prova, por sua vez, “é o instrumento por meio do qual o processo adquire um elemento que serve para a decisão”<sup>18</sup>, ou seja, é a forma através da qual o fato insere-se no processo, torna-se conhecido pelo juiz.

Já por elemento de prova, entende-se que é aquele “que se extrai da fonte de prova quando ainda não foi valorada pelo juiz”, sendo, por meio deste, “possível avaliar a credibilidade da fonte e a idoneidade do elemento obtido, extraindo-se o resultado probatório”<sup>19</sup>. Quanto aos objetos de prova, tema intimamente ligado com o ônus da prova, consideram-se aqueles “fatos que se referem à imputação, à punibilidade e à determinação da pena. São, ainda, objeto de prova os fatos que dependem da aplicação de normas processuais”<sup>20</sup>.

De forma mais sistemática, poder-se-ia dizer que, primeiramente, através da concepção de objeto de prova, define-se o que se procura provar, de forma geral, como, por exemplo, a ocorrência do fato típico. Estando definido o objeto, procuram-se por elementos de prova, os quais devem representar este fato típico. Após a definição do elemento a ser buscado, torna-se necessário uma fonte da qual seja possível extrair tal elemento. Descoberta a fonte, torna-se mister levá-la ao processo, ao conhecimento do juiz, de forma a criar-se o

<sup>15</sup> TONINI, Paolo. *A prova no processo penal italiano*. Tradução de Alexandra Martins e Daniela Mróz. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2002, p. 52.

<sup>16</sup> Compare BADARÓ, Gustavo Henrique Righi Ivahy. *op. cit.*, p. 157, que, inclusive, remete à Florian (*Delle prove penali*, vol. I, p. 5), que relaciona 5 significados para o vocábulo prova: “1) *la matéria da provarsi e propriamente l’oggetto di prova*; 2) *l’attività di soggetti processuali e di terzi, che la verità dei fatti ricercano o assodano*; 3) *i mezzi, che per scopo di cotesta ricerca sono adoperati*; 4) *Il procedimento, nel quale la prova si svolge*; 5) *Il risultato, sai specifico d’um peculiar mezzo di prova, sai complessivo dell’insieme, nel senso che l’accertamento di um dato oggetto di prova sai raggiunto o non sia raggiunto*” (“1) a matéria a ser provada e propriamente o objeto da prova; 2) a atividade dos sujeitos processuais e de terceiros, que procuram pela verdade dos fatos; 3) os meios que são adotados por escopo de investigar a verdade; 4) o procedimento no qual a prova ocorre; 5) o resultado quer seja específico de um peculiar meio de prova, quer do todo em seu conjunto, no sentido de que a determinação de um dado objetivo da prova tenha sido alcançada ou não [...]” (tradução livre)).

<sup>17</sup> TONINI, Paolo. *op. cit.*, p. 52.

<sup>18</sup> TONINI, Paolo. *op. cit.*, p. 52.

<sup>19</sup> TONINI, Paolo. *op. cit.*, p. 52.

<sup>20</sup> TONINI, Paolo. *op. cit.*, p. 52.

meio de prova.

A importância de tal classificação revela-se por demonstrar os diferentes aspectos do sistema probatório, com suas várias fases de descoberta e produção. Além disso, relevante notar, por exemplo, que determinados autores entendem que a busca ou investigação das fontes de prova só poderia ser promovida pelas partes, e não pelo juiz, sob pena de comprometimento de sua imparcialidade. Ademais, discute-se, na doutrina, se a interceptação telefônica, por exemplo, seria um meio de prova ou fonte de prova, decorrendo deste fato algumas conseqüências relevantes (o que, aliás, será objeto da segunda parte deste trabalho).

O que não se pode olvidar, todavia, é que, muito embora presente diversos significados possíveis, a função da prova no processo penal continua sendo, majoritariamente, uma só, qual seja, a de demonstrar a veracidade do fato alegado. Trata-se, a seguir, portanto, de detalhar esta função.

### **1.1.1. Função da prova**

Em relação ao tema, necessário sinalizar, primeiramente, que a função da prova está intimamente ligada à concepção que se tem acerca da função do processo e da possibilidade de se encontrar a verdade dos fatos no mesmo (tema este que será tratado com maior acuidade no próximo tópico).

Assim, é necessário distinguir entre os que defendem o processo com função única de resolver as controvérsias, restando a impossibilidade teórica, ideológica ou prática de se alcançar a verdade, e os que, pelo contrário, acreditam na possibilidade teórica, ideológica ou prática de chegar-se à verdade do fato, sendo, destarte, função do processo produzir decisões verdadeiras.

Para os defensores da primeira posição, a prova dos fatos é inútil, porquanto não essencial à resolução do conflito<sup>21</sup>. Ou, de outra forma, por ser a verdade inalcançável, nem mesmo dever-se-ia fazer-se a prova dos fatos. Neste mesmo âmbito, há ainda aqueles que,

---

<sup>21</sup> Michele Taruffo critica tal posição, afirmando que *“a rigore non è vero che vi sia incompatibilità fra processo come soluzione di conflitti e ricerca della verità sui fatti, poichè si potrebbe ragionevolmente dire che un buon criterio per risolvere i conflitti è quello di fondare la soluzione su un accertamento veritiero dei fatti che sono alla base della controversia. Ma l’ottica efficientistica in cui si tende a collocare la soluzione dei conflitti nell’ambito del processo finisce con l’escludere un’ipotesi di questo genere”* (TARUFFO, Michele. *op. cit.* p. 18: “a rigor, não é verdade que haja incompatibilidade entre o processo como solução de conflitos e como investigação da verdade sobre os fatos porque se pode razoavelmente dizer que um bom critério para resolver os conflitos é aquele de fundar-se a solução em um accertamento verdadeiro dos fatos que são a base da controvérsia. Mas a ótica efficientista em que se tende a colocar a solução dos conflitos no âmbito do processo acaba por excluir uma hipótese deste gênero” (tradução livre)).

acreditando no puro convencimento persuasivo do juiz, ou na dimensão retórico-linguística, reconhecem a prova somente como algo dispensável.

Tal indiferença em relação à prova tem como conseqüência a criação de um sistema irracional e imotivado de decisões judiciais, como sinaliza Michele Taruffo:

*La diffusa presenza di posizioni irrazionalistiche nell'ambito delle dottrine giuridiche fornisce le coordinate culturali per fondare una concezione irrazionalistica della decisione giudiziaria: chi non ritiene possibile un'analisi razionale dei fenomeni giuridici non può ritenere possibile una decisione razionale<sup>22</sup>.*

Por outro lado, os defensores da possibilidade de um acerto da verdade no processo entendem que a função própria e exclusiva da prova é aquela de fornecer elementos para a escolha racional da versão dos fatos que se poderão definir como verdadeira<sup>23</sup>, valorizando, assim, a existência da prova no processo como meio para estabelecer a verdade dos fatos<sup>24</sup>. Esta visão, inclusive, em comparação com a anterior, corresponde à ideologia legal-racional da decisão judiciária<sup>25</sup>.

Complementando esta última visão da função da prova, a qual se considera a mais adequada, tem-se a lição de Carrata, que, com acuidade, aponta que

<sup>22</sup> TARUFFO, Michele. *op. cit.*, p. 9: “A difusa presença de posições irracionais no âmbito da doutrina jurídica fornece as coordenadas culturais para fundar uma concepção irracional das decisões judiciárias: se não é possível uma análise racional dos fenômenos jurídicos, também não é possível uma decisão racional” (tradução livre).

<sup>23</sup> TARUFFO, Michele. *op. cit.*, p. 65.

<sup>24</sup> Neste sentido, Michele Taruffo: “*La prospettiva cambia completamente se si assume il punto di vista delle concezioni che ammettono la possibilità di accertare la verità dei fatti nell'ambito del processo. Pur potendosi considerare attendibili solo versioni possibili teorica e pratica costituisce la premessa per una definizione della prova come mezzo per stabilire la verità dei fatti*” (TARUFFO, Michele. *op. cit.*, p. 63: “A perspectiva muda completamente quando se assume o ponto de vista das concepções que afirmam a possibilidade de se encontrar a verdade dos fatos no âmbito do processo. Podendo-se considerar atendíveis apenas as versões da possibilidade teórica e prática, constituem estas a premissa para uma definição da prova como meio para estabelecer a verdade dos fatos” (tradução livre)).

<sup>25</sup> Neste sentido, Michele Taruffo: “*Va inoltre sottolineato che solo nell'ambito della concezione della prova come strumento per conseguire un accertamento veritiero dei fatti trova coerente conferma quella che si è definitiva più sopra come l'ideologia legale-razionale della decisione giudiziaria, con tutto l'insieme di garanzie che ad essa si ricollegano. Non ha senso, infatti, invocare valori come la legalità, la correttezza e la giustizia della decisione, se non si riconosce la verità dei fatti come condizione necessaria per la corretta applicazione della norma. Ma tutto questo non ha senso se non si riconosce che la funzione propria ed esclusiva della prova è quella di fornire elementi per la scelta razionale della versione dei fatti che può definirsi vera*” (TARUFFO, Michele. *op. cit.*, p. 65: “Somente uma concepção da prova como instrumento para conseguir um acerto verdadeiro dos fatos é coerente com aquela que é definida como a ideologia legal-racional da decisão judicial, com todas as garantias que a essa se reconhece. Não há sentido, de fato, para a invocação de valores como a legalidade, a correção e a justiça das decisões, se não se reconhece a verdade dos fatos como condição necessária para a correta aplicação da norma. Mas tudo isto não tem sentido se não se reconhece que a função própria e exclusiva da prova é aquela de fornecer elementos para a escolha racional das versões dos fatos que se podem definir como verdadeiras” (tradução livre)).

*in realtà oggetto della prova giudiziaria non sono direttamente i fatti accaduti nel passato, e questo per la semplice ragione che non si può provare la verità/falsità di fatti, i quali possono essere soltanto constatati nel momento del loro verificarsi e quindi possono «essere» o «non essere» e non «essere veri» o «esseri falsi». E dunque, che oggetto della prova sono le affermazioni, il «racconto» que dei fatti accaduti nel passato fanno le parti di fronte al giudice<sup>26</sup>.*

Em vista destes elementos, deve-se enfatizar que, muito embora fixado acima que a função da prova é a de estabelecer a verdade dos fatos, definitivamente, o que se procura, através da prova, é estabelecer a verdade quanto à afirmação da existência de um fato, e não do fato em si, que não pode ser verdadeiro ou falso<sup>27</sup>.

Pode-se, ainda, dentro do objeto de estudo deste ponto, fazer-se referência às concepções demonstrativa e persuasiva da prova. Assim, definido que as provas auxiliam no estabelecimento da verdade quanto à afirmação da existência de um fato, é mister levar-se em conta, ainda, que, desempenhando tal papel, as provas podem ter uma função persuasiva ou demonstrativa<sup>28</sup>.

Quanto ao ponto, esclarece Knijnik que

no modelo demonstrativo, a prova tem por finalidade reconstruir o fato no processo, para, depois, separadamente, resolver-se a questão de direito. Seu ponto de partida é a autonomia do mundo fático. Supõe viável uma atividade empírica que introduza a verdade nos autos. [...] Daí por que seu ponto de chegada é apreensão do mundo fenomênico, a denominada ‘verdade real’ ou ‘verdade total’: são os fatos, como eles ocorrem, em sua inteireza<sup>29</sup>.

Já quanto ao modelo persuasivo, assinala o autor que

o modelo persuasivo tem outro ponto de partida. Duvida-se da apregoada autonomia do mundo fenomênico e, conseqüentemente, da possibilidade de reconstruir os fatos

<sup>26</sup> CARRATA, Antonio. Funzione dimostrativa della prova (verità del fatto nel processo e sistema probatório). *In Rivista di Diritto Processuale*. Anno LVI (Seconda Serie), N. 1, Gennaio-Marzo 2001, p. 73-74: “na verdade, objeto da prova judiciária não são diretamente os fatos ocorridos no passado, e isto pela simples razão que não se pode provar a verdade ou falsidade dos fatos, os quais somente podem ser constatados no momento da sua ocorrência e, destarte, podem “ser” ou “não ser” e não “serem verdadeiros” ou “serem falsos”. Sendo assim, o objeto da prova são as afirmações, a história apresentada pelas partes em relação aos fatos ocorridos no passado” (tradução livre).

<sup>27</sup> Nesse sentido, Antonio Carrata assinala que “è da ritenere, perciò, che tutte le volte che si utilizzino espressioni come «verità del fatto nel processo» o «prova della verità di un fatto», queste espressioni siano da reputarsi corrette soltanto come abbreviazione della più ampia formula «prova nel processo della verità dell’affermazione di esistenza di un fatto»” (CARRATA, Antônio. *op. cit.*, p. 74: “todas as vezes que se utilizam expressões como ‘verdade do fato no processo’ ou ‘prova da verdade de um fato’, estas expressões devem-se reputar corretas somente como abreviações da mais ampla fórmula ‘prova no processo da verdade das afirmações de existência de um fato’ (tradução livre)).

<sup>28</sup> Na verdade, os institutos de direito probatório ora pendem para uma dimensão demonstrativa, ora para uma persuasiva, conforme as necessidades (cfe. KNIJNIK, Danilo. *A prova nos júzós cível, penal e tributário*. Rio de Janeiro: Forense, 2007, p. 10).

<sup>29</sup> KNIJNIK, Danilo. *op. cit.*, p. 11-12.

como eles ocorreram para, depois, resolver a questão jurídica. [...] Assim, deve-se buscar um convencimento que previna o erro: ‘A prova dos fatos [...] pertence à argumentação, não à demonstração: é estranha a uma racionalidade dialética a confiança na possibilidade de uma *evidentia*’. Assim, outro é seu ponto de chegada: busca-se uma reconstrução próxima da realidade, mas não a própria realidade, valorizando-se o diálogo das partes na formação da questão de fato<sup>30</sup>.

Resumindo-se, a prova jurídica tem como função própria o estabelecimento da verdade relativamente às assertivas firmadas pelas partes, situação em que se relaciona com a ideia de ser a prova “um sistemático instrumento de controle, não somente do raciocínio judicial, como também de refreamento de sua arbitrariedade”<sup>31</sup>, podendo desempenhar ora um papel argumentativo<sup>32</sup>, ora um papel demonstrativo. Tal concepção, entretanto, parte do pressuposto de que é possível o acerto da verdade no processo. Assim, analisar-se-á, a seguir, a problemática referente ao conceito de verdade no processo penal.

### 1.1.2. A verdade no processo penal

Tema clássico em termos de direito processual, é o estudo da verdade alcançável no processo. A discussão em torno do assunto é complexa, porquanto envolve não somente questões jurídicas, mas também filosóficas e, até mesmo, políticas.

Conforme já introduzido no tópico anterior, há diferentes posicionamentos a respeito. Michele Taruffo muito bem identificou as correntes existentes, separando aquelas relacionadas à “*negazione della verità*”, à “*irrilevanza della verità*” e à “*verità possibile*”<sup>33</sup>.

A primeira destas vertentes tem como premissa a ideia de que inexistente possibilidade teórica, ideológica ou prática de se alcançar a verdade. Para os adeptos desta visão, então, a prova é desnecessária, porquanto lhe é ausente qualquer função, dada a inviabilidade da descoberta da assertiva verídica.

Quanto a esta concepção, Badaró assinala que “não faltam, na gnosiologia, correntes que negam a possibilidade de se atingir um conhecimento verdadeiro dos fatos. Não só quanto aos fatos processuais, mas em relação a todo e qualquer fato, a verdade seria inalcançável”<sup>34</sup>. E complementa, em relação à corrente que defende a impossibilidade ideológica e prática:

<sup>30</sup> KNIJNIK, Danilo. *op. cit.*, p. 12.

<sup>31</sup> CARLOS DIAS *apud* KNIJNIK, Danilo. *op. cit.*, p. 5.

<sup>32</sup> Francisco das Neves Baptista refere que, “no magistério de Castanheira Neves, ‘hoje se assiste a uma intensa revitalização da concepção argumentativa da prova jurídica [...]. A prova deixa de ser uma prova de fatos puros, e sim aquela específica comprovação que os problemas jurídicos, como problemas práticos, exigem – função, pois, de uma intenção jurídica’” (BAPTISTA, Francisco das Neves. *op. cit.*, p. 159).

<sup>33</sup> Assunto abordado por Michele Taruffo no livro *La prova dei fatti giuridici*. Milano: Giuffrè, 1992.

<sup>34</sup> BADARÓ, Gustavo Henrique Righi Ivahy. *op. cit.*, p. 20-21.

Um [...] fundamento que tem sido invocado para negar a importância da verdade para o processo [...] está ligado [...] ao próprio escopo do processo. Tendo em vista os fins do processo, é possível que haja uma limitação ideológica à possibilidade da descoberta da verdade. Ao se conceber o processo essencialmente como um instrumento de resolução de conflitos que assumam a forma de controvérsia jurídica entre as partes, a finalidade da descoberta da verdade torna-se desnecessária. [...] a busca da verdade poderia até ser contraproducente, significando um aumento dos custos e do tempo necessário para a decisão, além de exigir uma maior e, por vezes, desnecessária atividade das partes e do juiz<sup>35-36</sup>.

Relacionando-se com esta vertente, encontra-se a segunda corrente, que considera a prova irrelevante, pois se entende como importante somente o convencimento persuasivo acerca dos fatos, e não a descoberta da verdade em si. A verdade, assim, é irrelevante, mas a prova pode ser útil, enquanto propensa à confirmação das hipóteses defendidas, através da retórica.

Quanto a esta variante retórica<sup>37</sup>, afirma Gustavo Badaró que,

dentro das teorias que consideram a verdade como sendo irrelevante, estão as concepções retóricas do processo. Em tal postura, o processo seria um jogo retórico-persuasivo, cujo aspecto mais relevante é a tática de convencimento com a qual os advogados e promotores de justiça buscam trazer para o seu favor a escolha final do juiz, influenciando sua decisão a favor de uma ou outra *story*.

Em tal concepção, a verdade é um valor que não interessa necessariamente à persuasão. A retórica pode persuadir ainda no erro. Em tal caso, o escopo dos profissionais que atuam no processo não é demonstrar a verdade dos fatos, mas persuadir o juiz a dar-lhe razão. Mesmo assim nestas concepções semióticas e narrativistas do processo, a prova se mostra com algo relevante; não com mecanismo para a descoberta da verdade, mas com elemento útil para sustentar a história que cada defensor propõe ao juiz<sup>38</sup>.

Em relação à terceira vertente, da “*verità possibile*”, Taruffo subdivide os argumentos que lhe sustentam em três: “*la possibilità teorica*”, “*l’opportunità ideologica*” e “*la possibilità pratica*”. Assim, o autor afirma que há base teórica para tal concepção e que, ideologicamente, a busca da verdade é oportuna e necessária, porquanto o processo deve

<sup>35</sup> BADARÓ, Gustavo Henrique Righi Ivahy. *op. cit.*, p. 21-22.

<sup>36</sup> Segundo o autor, ainda, “tal postura seria um reflexo típico dos processos civis que, fundados em uma valorização exacerbada da liberdade, da autonomia e da iniciativa individual das partes, adotam um princípio dispositivo, no qual o juiz fica vinculado às provas produzidas pelas partes e aos fatos por elas alegados. Mesmo que isto dificulte ainda mais a descoberta da verdade, o que importa é chegar à solução do conflito, restabelecendo a paz pública” (BADARÓ, Gustavo Henrique Righi Ivahy. *op. cit.*, p. 22).

<sup>37</sup> Conforme Gustavo Badaró, “tal concepção do processo tem sido denominada *sporting theory of justice*, na qual o que realmente conta não é o acerto do julgamento, com base numa reconstrução verdadeira dos fatos, mas a correta atuação do procedimento de confronto dialético das partes contrapostas, cujo objetivo é atingir a vitória final, com a derrota do adversário. [...] A busca da verdade deixa de ser uma finalidade do processo, transformando-o em mera técnica de solução de conflitos” (BADARÓ, Gustavo Henrique Righi Ivahy. *op. cit.*, p. 131-133).

<sup>38</sup> BADARÓ, Gustavo Henrique Righi Ivahy. *op. cit.*, p. 24.

objetivar uma decisão justa, que só é possível caso não haja erro sobre o juízo de fato<sup>39</sup>.

Além disso, assevera, quanto à possibilidade prática, que não se pode diferenciar absolutamente a verdade jurídica daquela de fora do processo, pois *“esistono invece solo verità relative, dentro e fuori del processo, poichè qualunque situazione conoscitiva è in qualche modo caratterizzata dai limiti che attengono ai mezzi che possono essere impiegati per stabilire la verità”*<sup>40</sup>.

Mas faz, ainda, uma ressalva, no sentido de que uma escolha que refute o valor constituído pela verdade dos fatos *“ha l’inconveniente di porsi al di fuori delle concezioni razionali e democratiche della giustizia che caratterizzano l’attuale cultura giuridica occidentale”*<sup>41</sup>.

Assim, em resumo, considera-se que o melhor entendimento é aquele que considera que,

mesmo que se aceite a impossibilidade de se atingir um conhecimento absoluto ou uma verdade incontestável dos fatos, não é possível abrir mão da busca da verdade. Tal renúncia significaria abdicar de uma decisão justa, reduzindo o processo a um mero método de resolução de conflitos de partes, no qual o fim de pacificação social pode ser atingido independentemente do modo de atuação e da exigência de uma reconstrução verdadeira dos fatos<sup>42</sup>.

Pois bem, a partir do consenso sobre a possibilidade de se acertar a verdade no processo, discute-se qual seria essa “verdade”, se igual ou diferente daquela verificada fora do processo, ou se averiguada em graus diferentes de acordo com o procedimento utilizado.

Quanto ao primeiro ponto, Taruffo, como já se viu, é enfático no sentido de que não existem duas verdades (dentro e fora do processo), sendo diferenciadas somente em razão da variação relativa aos limites dos meios cognoscitivos disponíveis<sup>43</sup>. No mesmo sentido, posiciona-se Badaró.

O mesmo raciocínio pode ser utilizado em relação à famosa distinção entre a verdade

---

<sup>39</sup> Michele Taruffo, citando Ferrajoli, assevera que *“è chiaro [...] che una giustizia «senza verità» equivale ad un sistema di arbitrio in cui non esistono garanzie sostanziali né processuali”* (TARUFFO, Michele. *op. cit.*, p. 48: “é claro [...] que uma justiça «sem verdade» equivale a um sistema de arbítrio no qual não existem garantias substanciais nem processuais” (tradução livre)).

<sup>40</sup> TARUFFO, Michele. *op. cit.*, p. 54: “existe somente a verdade relativa, dentro e fora do processo, porque qualquer situação cognoscitiva é, em qualquer modo, caracterizada pelos limites referentes aos meios que podem ser empregados para se estabelecer a verdade” (tradução livre).

<sup>41</sup> TARUFFO, Michele. *op. cit.*, p. 49: “tem o inconveniente de colocar-se de fora da concepção racional e democrática da justiça que caracteriza a atual cultura jurídica ocidental” (tradução livre).

<sup>42</sup> BADARÓ, Gustavo Henrique Righi Ivahy. *op. cit.*, p. 24-25.

<sup>43</sup> TARUFFO, Michele. *op. cit.*, p. 54. No mesmo sentido, inclusive, posiciona-se Badaró, ao referir que “o que existe são limites distintos para a obtenção da verdade, o que não quer dizer que, do ponto de vista da teoria do conhecimento, haja “verdades” distintas” (BADARÓ, Gustavo Henrique Righi Ivahy. *op. cit.*, p. 32)

“formal”, que se relacionaria a processos extrapenais, e a verdade “material”, própria do processo penal.

Como explica Neves Baptista,

uma daquelas proposições jurídicas frequentemente formuladas como inquestionáveis é, no âmbito do processo penal, o chamado princípio da verdade real (ou material, substancial, ou objetiva<sup>44</sup>) ou da livre convicção do julgador, à luz do qual seria vedado ao juízo criminal contentar-se com a chamada verdade formal ou judicial, suficiente para a normatização concreta extrapenal<sup>45</sup>.

Historicamente, a verdade “formal” está ligada ao processo civil e ao princípio dispositivo, enquanto disponibilidade das provas pelas partes. Nesse contexto, a concepção de verdade “formal” estaria atada à ideia de um juiz meramente observador, que não participa ativamente na descoberta da verdade, e para o qual, a fim de proferir decisão, não seria necessário o conhecimento total e absoluto sobre todos os aspectos da questão fática analisada<sup>46</sup>.

Já a verdade “material”, usualmente relacionada ao processo inquisitivo, refere-se à maior participação do juiz na investigação dos fatos, porquanto necessária “uma verdade mais material e consistente e com menos limites na atividade de busca”<sup>47</sup>.

A doutrina mais abalizada entende, entretanto, que não há razão para tal distinção. Nesse sentido, afirma Badaró que “não tem sentido procurar distinguir a denominada verdade formal – que se aplicaria ao processo civil – daquela outra que, em contraposição, costuma-se chamar de verdade material – que seria buscada no processo penal”<sup>48</sup>. E completa:

Tanto a verdade formal quanto a verdade material não são verdades absolutas. Assim, as expressões verdade material e verdade formal serviriam, no

<sup>44</sup> Sobre as designações alternativas para a verdade “real”, define o autor: “Substancial é o que concerne à substancia, ou seja, àquilo ‘sem o que o ser não é’, de sorte que a idéia de verdade substancial redundando em *petitio principii*: seria aquela verdade sem a qual não haveria verdade; material diz-se o referente à matéria, vale dizer, àquilo ‘que toma forma no ser’, de modo que verdade material haveria de ser a verdade cuja forma é a verdade; e objetivo entende-se o que respeita ao objeto, isto é, àquilo ‘que se distingue do sujeito’, de maneira que se retorna, inapelavelmente, aos mesmos problemas aflitivos da admissão da realidade cognoscível – a objetivação do próprio ato de conhecer, a percepção de suas limitações e, afinal, a delegação aos mecanismos racionais da definição da confiabilidade do conhecimento” (BAPTISTA, Francisco das Neves. *op. cit.*, p. 37-38).

<sup>45</sup> BAPTISTA, Francisco das Neves. *op. cit.*, p. 5-6.

<sup>46</sup> Sobre o assunto, observam-se as seguintes palavras de Mittermayer: “Em toda prova, qualquer que ella seja, distingue-se a idéia de uma verdade formal, ou de uma verdade material, que é o seu objecto, isto é, no primeiro systema, sem ter em consideração a intima convicção do juiz, ou os motivos de decidir fornecidos pela razão e pela experiência, a lei força-o a considerar verdadeira tal demonstração, fundada sómente em certos motivos puramente formaes; no segundo, pelo contrario, tem o juiz o direito de basear sua convicção nos meios os mais seguros para chegar á verdade” (MITTERMAYER, C. J. A. *op. cit.*, p. 22).

<sup>47</sup> LOPES JR, Aury. *Direito Processual Penal e sua Conformidade Constitucional*. 3.<sup>a</sup> Ed., Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2008, p. 521.

<sup>48</sup> BADARÓ, Gustavo Henrique Righi Ivahy. *op. cit.*, p. 33.

máximo, para distinguir graus distintos de aproximação daquela “verdade absoluta” e inatingível. Porém, mesmo que a verdade absoluta seja intangível, ainda assim, o conceito de verdade – inclusive daquela verdade obtida por meio do processo – é uno, não comporta adjetivações. Aliás, um dos postulados da epistemologia moderna é que a verdade é uma só<sup>49-50</sup>.

Sob outra perspectiva, mas assumindo, no geral, a mesma conclusão, Neves Baptista, fazendo a decomposição dos elementos da imputação, verifica que,

a verdade real, concebida como fatualidade ou ‘concordância do pensamento com o objeto’, somente se aplica ao fato punível, na sua conceituação dogmática, relativamente a escassíssimos aspectos ou requisitos: à conduta exteriorizada e à eficácia dos meios empregados na produção do resultado, quanto ao tipo; à situação alegadamente perigosa ou agressiva, para exclusão, no respeitante à antijuridicidade; à imputabilidade etária e patológica, no concernente à culpabilidade; e a algumas condições específicas de punibilidade, no atinente a esta. Em tudo mais, a verdade buscada é ideal – ‘concordância do pensamento consigo mesmo’ – já sob a forma de presunção, já mediante outros construtos puramente racionais<sup>51</sup>.

Assim, segundo o autor, “os sistemas jurídico-processuais penais não parecem, de modo algum, vincular a decisão judicial a qualquer alcance de uma verdade, real ou não”<sup>52</sup>, isto tendo em vista a “relatividade do conhecimento, decorrente não só das limitações mesmas da razão humana – [...] -, senão também da largueza dos dados necessários à obtenção dessa exatidão”<sup>53</sup>, e as “condicionantes psicológicas, psicossociais e culturais que podem intervir no julgamento”<sup>54</sup>.

Neves Baptista demonstra, ainda, que, mesmo os defensores da verdade “real” devem admitir que, na prática, são vários os aspectos em que não é possível a realização de provas fáticas, restringindo-se o juiz a fundamentos de construção racional. Destarte, mesmo que se quisesse alcançar a verdade “real”<sup>55</sup>, tal como concebida, esta não seria possível.

<sup>49</sup> BADARÓ, Gustavo Henrique Righi Ivahy. *op. cit.*, p. 34.

<sup>50</sup> O autor destaca a posição de Calamandrei: “*la contrapposizione tra verità reale e verità formale, colla quale qualche processualista há creduto di esprimere in formula sintética una essenziale diversità di oggetto tra l’istruttoria penale e l’istruttoria civile non corrisponde in alcun modo alla vera natura dei due processi, i quali, sai pur servendosi di diversi metodi d’indagine, mirano allo stesso único scopo che é la ricerca della verità, dela verità semplice ed uma, senza aggiunte e senza qualifiche*” (BADARÓ, Gustavo Henrique Righi Ivahy. *op. cit.*, p. 34): “a contraposição entre verdade real e verdade formal, com a qual qualquer processualista acredita poder exprimir, em fórmula sintética, uma essencial diversidade de objeto entre a instrução penal e a instrução civil, não corresponde à verdadeira natureza dos dois processos, os quais, muito embora servirem-se de diferentes modos de investigação, tem um objetivo único que é a busca pela verdade, pela verdade simples, sem adjetivo e sem qualificação” (tradução livre)

<sup>51</sup> BAPTISTA, Francisco das Neves. *op. cit.*, p. 137-138.

<sup>52</sup> BAPTISTA, Francisco das Neves. *op. cit.*, p. 166.

<sup>53</sup> BAPTISTA, Francisco das Neves. *op. cit.*, p. 34.

<sup>54</sup> BAPTISTA, Francisco das Neves. *op. cit.*, p. 35.

<sup>55</sup> Acrescenta o autor, ainda, que “a busca da chamada verdade real não tem utilidade alguma, relativamente à razão de ser do processo penal, de proteção do individuo contra o arbítrio da autoridade, motivadora da desigualdade das partes na relação processual” (BAPTISTA, Francisco das Neves. *op. cit.*, p. 210).

Ada Pellegrini Grinover, entretanto, tenta salvar a expressão, asseverando que,

o termo ‘verdade material’ há de ser tomado em um duplo sentido; de um lado, no sentido da verdade subtraída à influência que as partes, por seu comportamento processual, queiram exercer sobre ela; de outro lado, no sentido de uma verdade que, não sendo ‘absoluta’ ou ‘ontológica’, há de ser antes de tudo uma verdade judicial, prática e, sobretudo, não uma verdade obtida a todo preço: uma verdade, isto é, processualmente válida<sup>56</sup>.

Resumidamente, pode-se afirmar que, aceita a possibilidade de acerto da verdade no processo penal, devido à possibilidade teórica, ideológica e prática, esta não apresenta diferença qualitativa com aquela encontrada em processos extrapenais, ou mesmo fora deles. Trata-se somente de uma distinção de grau, relacionada aos limites dos meios disponíveis para o conhecimento dos fatos. Não poderia, assim, ser adjetivada de “formal” ou “material”, enquanto existente somente uma verdade.

A prova, neste contexto, é concebida como instrumento para alcançar a verdade dos fatos, ou, então, das afirmações sobre os fatos, se assim se preferir.

Definido isto, o próximo passo remete à análise dos sistemas processuais acusatório e inquisitório, que, enquanto definidores da fisionomia de todo o processo, importam em concepções diferentes sobre o papel do juiz e os limites à busca da verdade e da prova no processo penal.

### 1.1.3. Sistemas processuais

O estudo da prova não se pode realizar sem a compreensão dos sistemas processuais acusatório e inquisitório, que inspiram, como dito acima, toda a fisionomia do procedimento penal. Assim, dependendo do modelo adotado, ter-se-á uma diferente compreensão sobre aspectos centrais da análise probatória, tais como, por exemplo, sobre os poderes instrutórios do juiz e os limites à busca da verdade.

Cabe assinalar, todavia, inicialmente, que tais sistemas estão invariavelmente conectados ao regime estatal que lhes dão base<sup>57</sup>, sendo evidente que “predomina o sistema

<sup>56</sup> GRINOVER, Ada Pellegrini. *Liberdades Públicas e Processo Penal: as interceptações telefônicas*. 2.ª Ed., São Paulo: Revista dos Tribunais, 1982, p. 61.

<sup>57</sup> Segundo Jorge de Figueiredo Dias, “o estatuto jurídico que ao argüido seja assegurado em um certo processo penal constitui, por excelência, a pedra de toque para avaliar do espírito do ordenamento jurídico penal respectivo, enquanto é naquele que faz crise a questão que já atrás dissemos decisiva nesta matéria: a da forma de conceber as relações entre o Estado e a pessoa individual e a conseqüente posição desta na comunidade. «Diz-me como tratas o argüido, dir-te-ei o processo penal que tens e o Estado que o instituiu»” (FIGUEIREDO DIAS, Jorge. *Direito Processual Penal*. Vol. 1. 1.ª Ed, Coimbra: Coimbra Editora, 1974, p. 427-428).

acusatório nos países que respeitam mais a liberdade individual e que possuem uma sólida base democrática”, enquanto “o sistema inquisitório predomina historicamente em países de maior repressão, caracterizados pelo autoritarismo ou totalitarismo, em que se fortalece a hegemonia estatal em detrimento dos direitos individuais”<sup>58</sup>.

Esta ligação fica perfeitamente demonstrada quando, por exemplo, se observa que o fortalecimento do sistema inquisitorial deu-se concomitantemente com o monopólio do poder pelo Rei, e o ressurgimento do sistema acusatório ocorreu com a opção política pelo sistema de separação de poderes<sup>59</sup>.

Passa-se, então, a analisar as características dos sistemas referidos, iniciando-se pelo acusatório<sup>60</sup>, tendo em vista sua precedência histórica<sup>61</sup>.

Com surgimento provável na Grécia<sup>62</sup>,

o processo acusatório é essencialmente um processo de partes, no qual acusação e defesa se contrapõem em igualdade de posições, e que apresenta um juiz sobreposto a ambas. Há uma nítida separação de funções que são atribuídas a pessoas distintas, fazendo com que o processo se caracterize como um verdadeiro *actum trium personarum*, sendo informado pelo contraditório<sup>63</sup>.

Enfatiza Badaró que “a característica insuprimível do modelo acusatório, sua *conditio*

<sup>58</sup> LOPES JR, Aury. *op. cit.*, p. 56.

<sup>59</sup> Sobre o assunto, Badaró refere Júlio Maier, que “apontando a íntima ligação entre o processo penal e a natureza do Estado que o institui, afirma que a característica fundamental do processo inquisitivo é a concentração de poder nas suas mãos de uma única pessoa, o inquisidor, o que é semelhante à reunião dos poderes de administrar, legislar e julgar em uma única pessoa, o ditador, nos regimes absolutistas. Em contrapartida, o sistema de divisões de funções no processo penal acusatório tem a mesma finalidade que o princípio da separação dos poderes do Estado: impedir a concentração de poder, evitando que o seu uso se degenera em abuso” (BADARÓ, Gustavo Henrique Righi Ivahy. *op. cit.*, p. 107).

<sup>60</sup> O modelo acusatorial não se confunde com o modelo adversarial, muito embora presente a semelhança de valores. Há, aí, uma distinção de grau, dependente da exacerbação de determinadas características. A doutrina, todavia, usualmente, não faz tal distinção, de forma que se preferiu, neste trabalho, ater-se a nomenclatura mais comumente referida.

<sup>61</sup> Conforme Aury Lopes, “cronologicamente, em linhas gerais, o sistema acusatório predominou até meados do século XII, sendo posteriormente substituído, gradativamente, pelo modelo inquisitório que prevaleceu com plenitude até o final século XVIII (em alguns países, até parte do século XIX), momento em que os movimentos sociais e políticos levaram a uma nova mudança de rumos” (LOPES JR, Aury. *op. cit.*, p. 56).

<sup>62</sup> Kai Ambos refere que “o processo penal na Grécia (dos séculos VI ao IV a.C.) – mais exatamente, o processo na cidade de Atenas – correspondia ao modelo acusatório puro, já que qualquer cidadão ateniense (...) podia formular a acusação perante o oficial ou “autoridade” competente (arconte), existindo, assim, uma verdadeira acusação popular”. Ainda, “interpor uma queixa acarretava para o acusador privado assumir custos onerosos. Por um lado, devia prestar caução para assegurar uma eventual indenização ao acusado (...). tratava-se, assim, efetivamente de um processo acusatório privado, pois além da iniciativa e do modo de se iniciar o processo, o acusador podia ver sustentada sua acusação inclusive por outros cidadãos (...). O processo era regido pelo princípio dispositivo, o que significava dizer, entre outras coisas, que os juízes estavam vinculados às petições formuladas pelas partes, através das peças escritas da acusação e defesa. (...) O processo penal se caracterizava por seu caráter plenamente privado – já que a iniciativa, a interposição e as partes no processo não eram submetidas a uma intervenção ou controle público (...)” (AMBOS, Kai; LIMA, Marcellus Polastri. *O processo acusatório e a vedação probatória: perante as realidades alemã e brasileira*. Porto Alegre: Livraria do Advogado Editora, 2009, p. 10-11).

<sup>63</sup> BADARÓ, Gustavo Henrique Righi Ivahy. *op. cit.*, p. 102-103.

*sine qua non*, é a nítida separação entre as funções de acusar, julgar e defender” e que “sem tal separação e inviabilizada a existência de uma verdadeira relação jurídica processual, não há que se falar em sujeitos de direitos, sendo o acusado convertido em um objeto do processo”<sup>64</sup>.

Na visão de Mittermayer,

seus caracteres distintivos são (...): 1.º a liberdade da acusação, manifestada pelo direito de acusar permitido a todo o cidadão; 2.º a liberdade da defesa, comportando a liberdade do acusado, contradicção dos dados da instrução, oralidade e publicidade do processo, bem com a aceitação ou possível recusação do juiz pelo acusado; 3.º a liberdade da convicção dos juízes, em sua formação e em sua manifestação<sup>65</sup>.

Para Figueiredo Dias, neste sistema há

uma estrutura processual penal aparentada com a processual civil, em que, para além da cisão indispensável entre a entidade investigadora (acusadora) e a julgadora, valem praticamente sem limites os princípios do dispositivo, do juiz passivo, da verdade formal, da auto-responsabilidade probatória das partes (com a conseqüente repartição do ônus da prova), enfim, da presunção de total inocência do acusado até a condenação<sup>66</sup>.

O processo inquisitório, por sua vez, surgiu no direito romano do Império, em razão da insuficiência do sistema acusatório na repressão dos delitos<sup>67</sup>. O sistema ganhou forças e predominou, basicamente, até o século XVIII, período em que, com a eclosão da Revolução Francesa, seus alicerces foram questionados.

Tal modelo de processo foi concebido de forma que as “funções de acusar, defender e julgar encontra[va]m-se enfeixadas em uma única pessoa, que assume assim as vestes de um juiz acusador, isto é, um inquisidor”<sup>68</sup>. A ação, portanto, era iniciada *ex officio*, por ato do juiz, não sendo viável o contraditório, visto que ausente a dialética entre acusação e defesa, sendo o réu, neste contexto, “um objeto do processo”<sup>69</sup>.

Mittermayer assim se refere a tal modelo:

O sistema inquisitorial, que teve seu principal desenvolvimento na legislação canônica, desconhecia direito de defesa e favorecia apenas os da acusação. Seus caracteres: 1.º monopólio da acusação por certos magistrados, funcionarios do

<sup>64</sup> BADARÓ, Gustavo Henrique Righi Ivahy. *op. cit.*, p. 108-109.

<sup>65</sup> MITTERMAYER, C. J. A. *op. cit.*, p. 66.

<sup>66</sup> FIGUEIREDO DIAS, Jorge. *op. cit.*, p. 65.

<sup>67</sup> Neste sentido LOPES JÚNIOR, Aury. *op. cit.*, p. 57.

<sup>68</sup> BADARÓ, Gustavo Henrique Righi Ivahy. *op. cit.*, p. 104.

<sup>69</sup> BADARÓ, Gustavo Henrique Righi Ivahy. *op. cit.*, p. 104.

governo, representando o interesse social da reparação e chamados magistrados do ministério publico (entre nós, promotores e procuradores da Republica); 2.º o segredo do processo; 3.º não existência da contradicção pela defesa, que não pode discutir a accusação, os depoimentos e outras provas, nem produzir memórias escriptas; 4.º instituição dos juizes permanentes, sem recusação; 5.º systema das provas legaes, tirando aos juizes toda a liberdade de apreciação e de convicção<sup>70-71</sup>.

Figueiredo Dias demonstra que se trata de uma

estrutura processual penal em que ao juiz [...] compete simultaneamente inquirir, acusar e julgar; em que a ele pertence o domínio discricionário do processo, quer no seu se (promoção processual), quer no seu como (objecto processual e consequente fixação do thema probandum e do thema decidendum), quer na sua concreta tramitação; em que, sob o pretexto de se procurar a verdade real dos factos (verdade material), se alcança só a mais formal: a que resulta do carácter puramente inquisitório, escrito e secreto de todo o processo, origem necessária da perda de um real direito de defesa do argüido [...] e que antes abre caminho a todos os modos, sem exclusão de tortura, de extorquir ao réu a confissão, tida como «regina probationum»<sup>72</sup>.

Especificamente quanto à problemática das provas e da verdade dentro destes sistemas, pode-se aferir que, para o modelo acusatório, a iniciativa probatória deve ser das partes, e que o juiz deve manter-se como um terceiro imparcial, alheio ao labor de investigação e passivo no que se refere à coleta da prova, tanto de imputação como de descargo<sup>73-74</sup>. Sendo assim, a “verdade” no processo penal acusatório deve ser entendida como verdade de carácter aproximativo, inevitavelmente condicionada à falibilidade dos meios de reconstrução histórica, e que deve ser buscada respeitando as regras e as garantias processuais<sup>75</sup>.

Já no sistema inquisitório, ao juiz é dada total liberdade de colher provas, mormente porque a ele competem todas as funções processuais. Não se verifica, *prima facie*, um limite a tal liberdade, podendo o juiz utilizar-se, inclusive, do próprio acusado, sendo ele mero objeto do processo. Entende-se, assim, que “quanto mais amplos forem os poderes coercitivos a ele atribuídos, de melhor forma poderá ser acertada a verdade”<sup>76</sup>, verdade esta “ambiciosamente

<sup>70</sup> MITTERMAYER, C. J. *op. cit.*, p. 68-69.

<sup>71</sup> O autor complementa dizendo que “seu fim principal e fundamental é tirar partido de todos os indícios tendentes ao crime; é o exercício de todos os meios investigadores autorizados pela lei, por intermédio d’um magistrado instituído pelo Estado (...). o alvo final é a prova da verdade material em sua expressão a mais completa, afim de que possa ser decidido, se tal crime fora cometido, se o acusado fora o seu autor. (...) “este systema não admite que se possa indiciar prévia e publicamente; caminha-se no silencio á procura da verdade” (MITTERMAYER, C. J. A. *op. cit.*, p. 74-75).

<sup>72</sup> FIGUEIREDO DIAS, Jorge. *op. cit.*, p. 61-62.

<sup>73</sup> LOPES JR, Aury. *op. cit.*, p. 58.

<sup>74</sup> Gustavo Badaró entende, entretanto, que não há comprometimento da imparcialidade do juiz, caso o mesmo utilize de poderes instrutórios dentro dos limites do objeto do processo.

<sup>75</sup> BADARÓ, Gustavo Henrique Righi Ivahy. *op. cit.*, p. 121.

<sup>76</sup> TONINI, Paolo. *op. cit.*, p. 16.

concebida como uma ‘verdade objetiva’ ou ‘absoluta’”<sup>77</sup>.

Resumidamente, pode-se afirmar que o sistema acusatório confere maior liberdade às partes para descobrir e produzir provas, enquanto, no sistema inquisitório, dá-se o reverso, ou seja, é o juiz que detém autonomia na instrução probatória, tendo como objetivo, sempre, a “verdade real”.

Sendo assim, percebe-se que os modelos analisados estão conectados aos sistemas de produção de prova. Ocorre, todavia, que, “não se encerra o ciclo probatório com a produção das provas”<sup>78</sup>. Assim, necessário analisar, no tópico seguinte, os sistemas de apreciação das provas, que se destinam a estabelecer intelectualmente a verdade produzida pelas provas<sup>79</sup>.

#### 1.1.4. Sistemas de apreciação das provas

Produzida a prova, cabe ao juiz valorá-la, ou seja, extrair dela algum significado, a fim de corretamente solucionar o processo. Como asseveram Heber de Moraes e Batista Lopes, “a demonstração dos fatos alegados só ocorre, rigorosamente, no momento em que sobre eles o juiz forma a sua convicção”<sup>80</sup>. Assim, “a avaliação (valoração) das provas é matéria da mais alta relevância e interesse”<sup>81</sup>.

Com efeito, é pela apreciação das provas que o juiz adquire a certeza<sup>82</sup> necessária para proferir a sentença, sendo a prova, “dêste ângulo, o meio objetivo com que a verdade alcança o espírito”<sup>83</sup>.

Aliás, enquanto direito à prova, identifica-se um verdadeiro direito (das partes) à efetiva valoração das provas legitimamente produzidas no processo<sup>84</sup>, sendo este um ato

<sup>77</sup> BADARÓ, Gustavo Henrique Righi Ivahy. *op. cit.*, p. 121

<sup>78</sup> SANTOS, Moacyr Amaral. *op. cit.*, p. 389.

<sup>79</sup> SANTOS, Moacyr Amaral. *op. cit.*, p. 391.

<sup>80</sup> MORAIS, Paulo Heber; LOPES, João Batista. *Da prova penal*. 1.<sup>a</sup> Ed., Campinas: Julex Livros Ltda., 1978, p. 39.

<sup>81</sup> MORAIS, Paulo Heber; LOPES, João Batista. *op. cit.*, p. 39.

<sup>82</sup> Conforme Nicola Malatesta, “a verdade, em geral, é a conformidade da noção ideológica com a realidade; a crença na percepção desta conformidade é a certeza. A certeza é, portanto, um esta subjetivo do espírito, podendo não corresponder à verdade objetiva” (MALATESTA, Nicola Framarino. *A lógica das provas em matéria criminal*. Vol. I. São Paulo: Editora Saraiva, 1960, p. 22).

<sup>83</sup> MALATESTA, Nicola Framarino. *op. cit.*, p. 87.

<sup>84</sup> Conforme Antônio Gomes Filho, “o exercício do direito à prova deve permear todo o procedimento probatório, revelando-se até mesmo antes do próprio processo, como direito à investigação; durante o processo, compreende inicialmente um direito à proposição de provas, ao qual corresponde um concreto direito à admissão das provas admissíveis, pertinentes e relevantes (em sentido contrário, configura-se um direito à exclusão das provas inadmissíveis, impertinentes ou irrelevantes); traduz-se, em seguida, como um direito à participação contraditória nas atividades de aquisição das provas; e, finalmente, significa também direito à efetiva valoração das provas legitimamente introduzidas no processo, sem o que todas as garantias anteriores seriam mera ilusão”

“eminente pessoal do juiz, somente seu, mediante o qual, examinando, pesando e estimando os elementos oferecidos pelas partes, chega a uma conclusão sobre o alegado”<sup>85</sup>.

Para examinar as provas, todavia, são necessários, naturalmente, critérios, os quais foram alterando-se durante a história. Assim, nas manifestações primitivas, profundamente influenciadas pela religião, optava-se por ordálias, ou juízos de Deus. Posteriormente, foram concebidos, pelo menos, três diferentes modelos, usualmente denominados de prova legal, íntima convicção e livre convencimento motivado. Passa-se a analisar, portanto, com maior precisão estes sistemas de avaliação.

#### 1.1.4.1. Modelo primitivo

Também conhecido como o sistema das provas irracionais, o modelo primitivo, dominante até o século XII e XIII, é caracterizado pela confusão entre justiça e religião.

Assim, neste sistema, “recorre-se a um ente superior, por exemplo a Deus, para ajudar o juiz a fazer justiça”<sup>86</sup>. Para tanto, “submete-se uma das partes – geralmente o acusado, por vezes o acusador, outras vezes mesmo terceiros ou animais – a uma prova, chamada ordálio [...] ou juízo de Deus. De acordo com o resultado da prova, resultado que se supunha querido pelo ente sobrenatural, assim o juiz decidia o conflito”<sup>87-88</sup>.

Como exemplo dos referidos ordálios, pode-se citar, “as provas de ferro em brasa (que era necessário segurar na mão sem se queimar), da água a ferver, ou mesmo da água fria (na qual se era mergulhado de pés e mãos ligadas)”<sup>89</sup>. Um outro ordálio, este muito conhecido, era o duelo judiciário, em que “as duas partes (ou os seus representantes, ou seus «campeões») batiam-se em duela à espada, à paulada ou doutra forma”<sup>90</sup>.

---

(GOMES FILHO, Antônio Magalhães. *Direito à prova no processo penal*. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 1997, p. 172-173).

<sup>85</sup> CAMARGO ARANHA, Adalberto José Q. T. *Da Prova no Processo Penal*. 5.<sup>a</sup> edição. São Paulo: Saraiva, 1999, p. 72.

<sup>86</sup> GILISSEN, John. *op. cit.*, p. 715.

<sup>87</sup> GILISSEN, John. *op. cit.*, p. 715.

<sup>88</sup> Mittermayer relembra que “a verdade material, nos tempos os mais remotos principalmente, não era o fim primordial, e importava pouco que, como actualmente, as testemunhas fossem escrupulosas e conscienciosamente inquiridas, o que concebe-se; o acusado tinha o direito de livrar-se pelo juramento; os conjuradores ou Eideshelfer que representavam a família, a associação antiga, vinham socorrer-o em juízo, e os ordálios e o duello decidiam da procedência ou improcedência da acusação. Mas é preciso attender, que essas praticas diversas eram verdadeiras regras de decisão relativas á prova, porque era obrigado o juiz a toma-las em consideração, quando proferisse a sentença” (MITTERMAYER, C. J. A. *op. cit.*, p. 34-36).

<sup>89</sup> GILISSEN, John. *op. cit.*, p. 715.

<sup>90</sup> GILISSEN, John. *op. cit.*, p. 716.

Outra manifestação importante do período refere-se ao juramento purgatório<sup>91</sup>, no qual o “acusado ou réu prestava juramento para se desculpar ou provar a sua inocência”<sup>92</sup>. Por este juramento, “esconjurava contra si mesmo sanções graves para o caso de as suas afirmações não serem verídicas; era uma espécie de automaldição, punindo Deus aquele que tivesse prestado um falso juramento”<sup>93</sup>.

Em resumo, “nestes sistemas «irracionais» de direito, as pessoas dirigem-se a Deus para que ele diga quem tem direito ou não”<sup>94</sup>. Assim, quem realiza a avaliação da prova, e decide sobre a ocorrência dos fatos, não é o juiz, mas um Deus, que manifesta sua decisão através do resultado dos ordálios<sup>95</sup>.

#### 1.1.4.2. Prova legal

No sistema legal de prova, “a lei (o costume, ou mesmo a doutrina) precisa qual é o valor probatório de cada modo de prova, sendo o juiz obrigado a resolver o conflito tendo apenas em conta aquilo que está provado de acordo com a lei”<sup>96</sup>.

Nas palavras de Mittermayer, a fase legal é aquela em que “o valor dos diversos elementos da prova é fixado pela própria lei, como também o grau de prova necessária ou suficiente para decretar uma pena ordinária ou extraordinária”, sendo “neste período que a confissão do culpado é considerada a «rainha das provas»”<sup>97</sup>.

Exemplo clássico, segundo Camargo Aranha, encontra-se no Deuteronômio: “Pela boca de duas testemunhas, ou de três testemunhas, será morto aquele que houver de morrer; mas pela boca de uma só testemunha não será morto” (XVII). Uma só testemunha não poderá levantar-se contra ninguém” (XIX)<sup>98-99</sup>.

---

<sup>91</sup> Neves Baptista, citando Jacob, afirma que “O juramento judiciário e o ordálio são dois modos de resolução de conflitos largamente difundidos em todas as áreas culturais do Mundo Antigo. (...) O que é certo é que à época da primeira redação das mais antigas Leis Bárbaras, na virada dos séculos V e VI, o juramento com ou sem conjurados era, com a composição, o mecanismo mais corrente de resolução dos litígios, ao passo que o ordálio não desempenhava ainda senão um papel marginal. Mas, em seguida, a exaltação do juízo de Deus como tipo ideal da decisão judiciária se desenvolve, na medida em que tomam forma os rituais cristianizados do ordálio” (BAPTISTA, Francisco das Neves. *op. cit.*, p. 46-47).

<sup>92</sup> GILISSEN, John. *op. cit.*, p. 716

<sup>93</sup> GILISSEN, John. *op. cit.*, p. 716

<sup>94</sup> GILISSEN, John. *op. cit.*, p. 713.

<sup>95</sup> Salienta Amaral Santos que “nesse sistema de provas, a função do juiz consistia em assistir o experimento probatório, declarando o seu resultado” (SANTOS, Moacyr Amaral. *op. cit.*, p. 392).

<sup>96</sup> GILISSEN, John. *op. cit.*, p. 714.

<sup>97</sup> MITTERMAYER, C. J. A. *op. cit.*, p. 15.

<sup>98</sup> CAMARGO ARANHA, Adalberto José Q. T. *op. cit.*, p. 73.

<sup>99</sup> Paulo Heber de Moraes e João Batista citam o exemplo das Ordenações, em que o depoimento de uma única testemunha valia como “meia-prova”, devendo ser completada pelo juramento supletório; já o depoimento de

O juiz, como se vê, neste modelo, não tem autonomia para determinar o valor de determinada prova, devendo seguir, na apreciação das provas, a avaliação já realizada pelo legislador. Muitos afirmam tratar-se de um sistema matemático, em que a única tarefa do juiz é realizar os cálculos, a fim de, somando o número de testemunhas, de documentos, etc., chegar-se ao resultado final.

As limitações de tal sistema, entretanto, foram muito bem demonstradas por Mittermayer, que enumera cinco razões para o seu descarte, dentre as quais se selecionam as seguintes:

1.º [...] A sciencia póde, sem duvida, formular certas regras úteis para a investigação da verdade, mas estas regras são por sua natureza conselhos e não ordens, são avisos geraes, que, para serem applicados ao caso particular, basta que em relação a elles a prudência os aconselhe; mas a lei deve fugir de estabelecer taes regras, porque tornar-se-hiam absolutas e imperativas e seria tão pouco razoavel prescrever a cada individuo um modo de pensar, como um modo de convicção. 2.º [...] É impossivel comprehender sob dous ou três acanhados artigos de lei a multiplicidade dos casos a julgar com suas cores diversas e suas infinitas combinações; [...] 4.º O legislador engana-se, se considera a convicção do juiz como resultado das provas organisadas conforme o seu systema; pelo contrario, ella deriva da lei natural, resulta do concurso de uma multidão infinita de motivos, apóia-se em uma interminável serie de pequenas circunstancias; e de tudo isto o juiz não poderia apresentar uma exposição motivada [...]. 5.º Querendo o legislador prescrever um modo de prova obrigatória para o juiz, subjugá ipso-facto a consciência deste e arrisca-se a causar injustiças<sup>100</sup>.

O sistema da prova tarifada, como se pode perceber, ao determinar legislativamente o valor de cada prova, tenta limitar a atividade do julgador, por temer o seu poder, e gera uma desconsideração com as vicissitudes do caso concreto<sup>101</sup>.

Tal modelo, inclusive, não foi absolutamente abolido do ordenamento brasileiro, restando presente nos artigos 158, que exige o exame de corpo de delito nas infrações que deixam vestígios, e 155 do CPP, que determina que a prova quanto ao estado das pessoas somente pode ser feita na forma prevista pela lei civil.

#### 1.1.4.3. Íntima convicção

O princípio da íntima convicção surge como uma superação do modelo de prova

---

duas testemunhas era recebido como prova plena (MORAIS, Paulo Heber; LOPES, João Batista. *op. cit.*, p. 40).

<sup>100</sup> MITTERMAYER, C. J. A. *op. cit.*, p. 124-126.

<sup>101</sup> Conforme anota Amaral Santos, “o juiz não passava de um mero computador, preso ao formalismo e ao valor tarifado das provas, impedido de observar positivamente os fatos e constringido a dizer a verdade conforme ordenava a lei que o fosse” (SANTOS, Moacyr Amaral. *op. cit.*, p. 392).

tarifada ou tabelada<sup>102</sup>, colocando-se de forma diametralmente oposta àquela<sup>103</sup>.

Assim, enquanto no sistema anterior o juiz estava absolutamente ligado às normas legais para a avaliação das provas, neste “o juiz é soberanamente livre quanto à indagação da verdade e apreciação das provas”<sup>104</sup>. Assim, “o princípio da livre convicção do juiz, entendido em termos absolutos, autorizaria o julgador a decidir de acordo com a sua própria opinião, e até mesmo com desprezo pelas provas dos autos”<sup>105</sup>.

Neste sistema, portanto, liberta-se a consciência do juiz ou do jurado de toda obrigação relativamente às provas, isto é, não se lhes exige justificação sobre os meios pelos quais se convenceram<sup>106</sup>. Consequentemente, por não se exigir fundamentação, torna-se impossível qualquer controle sobre a decisão, que pode revelar arbítrio do julgador.

Muito embora nunca tenha sido adotado em sua totalidade, tal modelo é previsto, no Brasil, para o tribunal do júri, porquanto se permite aos jurados julgar “com plena liberdade, sem qualquer critério probatório, e sem a necessidade de motivar ou fundamentar as decisões”<sup>107</sup>.

Nesse sentido, conforme salienta Aury Lopes Jr., “a ‘íntima convicção’[...] permite a imensa monstruosidade jurídica de ser julgado a partir de qualquer elemento, pois a supremacia do poder dos jurados chega ao extremo de permitir que eles decidam completamente fora da prova dos autos e até mesmo decidam contra a prova”<sup>108</sup>.

Como se percebe, portanto, saiu-se do positivismo do sistema anterior, para se estabelecer um sistema de “excesso de discricionariedade e liberdade no julgamento, onde o juiz decide sem demonstrar os argumentos e elementos que amparam e legitimam a decisão”<sup>109</sup>.

Entretanto, “os inconvenientes de um e de outro critério levaram à formulação de um terceiro, equidistante de ambos: o critério da persuasão racional ou livre convicção motivada”<sup>110</sup>, que será abordado em seguida.

<sup>102</sup> LOPES JR, AURY. *op. cit.*, p. 514.

<sup>103</sup> Sobre o assunto, Mittermayer: “o regime das provas legais é substituído pela prova livre; o juiz, como o júri, deve julgar de acordo com a sua convicção íntima. Todos os modos de prova são admitidos, nenhuma prova tendo um valor legalmente estabelecido, salvo algumas exceções” (MITTERMAYER, C. J. A. *op. cit.*, p. 719-720).

<sup>104</sup> SANTOS, Moacyr Amaral. *op. cit.*, p. 393.

<sup>105</sup> MORAIS, Paulo Heber; LOPES, João Batista. *op. cit.*, p. 41.

<sup>106</sup> Neste sentido, MITTERMAYER, C. J. A. *op. cit.*, p. 15-16.

<sup>107</sup> LOPES JR, Aury. *op. cit.*, p. 514.

<sup>108</sup> LOPES JR, Aury. *op. cit.*, p. 514-515.

<sup>109</sup> LOPES JR, Aury. *op. cit.*, p. 514.

<sup>110</sup> MORAIS, Paulo Heber; LOPES, João Batista. *op. cit.*, p. 42.

#### 1.1.4.4. Livre convencimento motivado

Como salienta Gilissen, “as grandes transformações em matéria de prova situam-se no decurso da segunda metade do séc. XVIII e no início do séc. XIX”<sup>111</sup>. Dentre estas transformações encontra-se o desenvolvimento do sistema do livre convencimento motivado, ou da persuasão racional, que representa um aprimoramento dos sistemas anteriores<sup>112</sup>.

Explicando tal modelo, encontram-se as seguintes palavras de Amaral Santos:

Conforme esse sistema, o juiz, não obstante apreciar as provas livremente, não segue as suas impressões pessoais, mas tira a sua convicção das provas produzidas, ponderando sobre a qualidade e a *vis probandi* destas; a convicção está na consciência formada pelas provas, não arbitrária e sem peias, e sim condicionada a regras jurídicas, a regras de lógica jurídica, a regras de experiência, tanto que o juiz deve mencionar na sentença os motivos que a formaram<sup>113</sup>.

E continua:

A liberdade que se concede ao juiz na apreciação da prova não é um mero arbítrio, senão um critério de atuação ajustado aos deveres profissionais. Há liberdade no sentido de que o juiz aprecia as provas livremente, uma vez que na apreciação não se afaste dos fatos estabelecidos, das provas colhidas, das regras científicas – regras jurídicas, regras de lógica, regras da experiência<sup>114</sup>.

Em tal sistema, portanto, tenta-se minimizar a possibilidade de erro judicial, assegurando-se o mesmo valor probatório para todas as provas no processo, cuja produção deve contar com a máxima imparcialidade possível do juiz, e cuja valoração deve dar-se por motivação racional da sentença, com a diminuição de subjetivismos.

Aliás, lembrando Weber, a obrigatoriedade de fundamentação racional, ponto central do modelo estudado, tem papel fundamental na legitimação do Poder Judiciário, enquanto poder não eleito pelo povo, que depende exatamente da motivação para conseguir a sua validação social<sup>115</sup>.

No Código de Processo Penal brasileiro, o artigo 155 determina que o juiz formará a sua convicção pela livre apreciação da prova produzida em contraditório judicial. Quanto a

<sup>111</sup> GILISSEN, John. *op. cit.*, p. 719.

<sup>112</sup> Conforme assinala Aury Lopes Jr., “não existem limites e regras abstratas de valoração (como no sistema legal de provas), mas tampouco há a possibilidade de formar sua convicção sem fundamentá-la (como na íntima convicção) (LOPES JR, Aury. *op. cit.*, p. 515).

<sup>113</sup> SANTOS, Moacyr Amaral. *op. cit.*, p. 394.

<sup>114</sup> SANTOS, Moacyr Amaral. *op. cit.*, p. 394

<sup>115</sup> Outro aspecto a salientar, é ressaltado por Aury Lopes Jr: “Em definitivo, o livre convencimento é, na verdade, muito mais limitado do que livre. E assim deve sê-lo, pois se trata de poder e, no jogo democrático do processo, todo poder tende a ser abusivo. Por isso, necessita de controle” (LOPES JR, Aury. *op. cit.*, p. 519).

este dispositivo, deve-se salientar que, muito embora haja menção à “livre apreciação” da prova, o sistema adotado é o da persuasão racional<sup>116</sup>, como se pode perceber através, por exemplo, da necessidade de motivação da sentença. Assim, quando se refere à livre apreciação, quer-se somente significar que não há uma predefinição legislativa do valor de cada prova. Não se confunde, portanto, com o sistema da íntima convicção, visto anteriormente.

No correto resumo de Heber de Moraes e Batista Lopes, “se de um lado se faculta ao juiz o ‘pensar criativo’, a apreciação livre das provas, de outro está ele sujeito a regras jurídicas que o impedem de afastar-se do material probatório constante dos autos e que o obrigam a justificar a formação de seu convencimento”<sup>117</sup>.

Deve-se ter presente, todavia, que a livre convicção só pode dar-se na análise das provas legalmente obtidas, ou seja, não pode o juiz basear-se em prova ilegalmente produzida para formar sua convicção. Entra, aqui, então, a questão das restrições de prova (a ser analisada no próximo item), necessária para que, ao fim, identifique-se se há, ou não, legalidade em relação ao compartilhamento de determinados resultados probatórios das escutas telefônicas.

### **1.1.5. Conclusão parcial**

Neste primeiro momento, identificaram-se, de forma geral, o conceito, a função e os sistemas processuais e de avaliação das provas. De todos estes elementos, e voltando-se para o sistema processual brasileiro, faz-se mister enfatizar que a prova, inserida no sistema acusatório, tem como função a demonstração da veracidade das assertivas das partes sobre os fatos e deve ser valorada pelo juiz mediante o livre convencimento motivado.

É essencial, todavia, que tal prova, para cumprir sua função e para que possa ser valorada pelo julgador, seja lícita, ou seja, que seja produzida ou analisada sem violação dos preceitos legais. Dedicar-se, destarte, o próximo tópico à análise da licitude da prova, introduzindo-se o estudo, posteriormente de uso valioso, dos sistemas das proibições de prova e das *exclusionary rules*.

---

<sup>116</sup> Neste mesmo sentido, Camargo Aranha: “Embora a atual legislação fale em livre convicção, não há dúvida no sentido de termos adotado o sistema da convicção condicionada ou da persuasão racional. Em primeiro lugar porque há a obrigatoriedade de motivar e fundamentar a decisão, exteriorizando os motivos de convicção, o que não é exigido pelo sistema da convicção íntima (...)” (CAMARGO ARANHA, Adalberto José Q. T. *op. cit.*, p. 77)

<sup>117</sup> MORAIS, Paulo Heber; LOPES, João Batista. *op. cit.*, p. 43.

## 1.2. Restrições de prova

### 1.2.1. Visão geral

A liberdade probatória, como se sabe, não é absoluta. Tanto para o réu, como para o Ministério Público e o juiz, existem limites para a persecução dos fatos a serem objeto de prova. Tais limites podem ser impostos pela lei, pela Constituição, ou mesmo podem ser implicitamente encontrados no ordenamento, e visam, predominantemente, à proteção de direitos fundamentais.

É neste contexto que se inserem as provas ilícitas, o regime das proibições de prova (Portugal e Alemanha, por exemplo) e das *exclusionary rules* (Estados Unidos).

O tema, entretanto, cabe sinalizar, é um dos mais complexos e polêmicos do processo penal<sup>118</sup>. Complexidade esta que inicia, até mesmo, com a definição do conceito destes sistemas<sup>119</sup>. Com efeito, as dificuldades neste assunto são tantas que Costa Andrade assinala que “não se conhece tema que motive no jurista alemão (e transmita ao observador exterior) uma mais incómoda experiência de insegurança e dissenso”<sup>120</sup>.

Assim, ao analisar-se o presente tópico, deve-se ter presente que não se trata de matéria absolutamente consolidada, havendo falta de consenso sobre inúmeros pontos centrais, isto em função, principalmente, do envolvimento de questões de política criminal, mormente as que se materializam no clássico embate entre direitos fundamentais e eficiência da persecução criminal.

Tendo em conta estas particularidades, passa-se a estudar, então, o sistema geral das restrições de prova, delineando-se os seus aspectos fundamentais, auxiliando neste estudo as experiências jurídicas de Portugal, Alemanha e Estados Unidos. Ao fim, focar-se-á em estabelecer conexões com o sistema brasileiro, com o propósito mediato de, no capítulo seguinte, referente ao compartilhamento do resultado das interceptações telefônicas, analisar se existe alguma proibição de produção ou valoração dos resultados das interceptações em processos diferentes daqueles em que as mesmas foram ordenadas.

Nesta visão geral sobre o assunto, primeiramente, deve-se referir que existem pontos

---

<sup>118</sup> Neste sentido, GUARIGLIA, Fabricio. Las prohibiciones de valoración probatoria en el procedimiento penal, in *Jueces para la democracia*, n.º 26, 1996, p. 76.

<sup>119</sup> Como refere Costa Andrade, “nada mais arriscado e de resultados mais comprometidos à partida do que a tarefa, aparentemente pouco ambiciosa, de ensaiar referenciar um conceito de proibição de prova ajustado ao novo direito processual penal português” (COSTA ANDRADE, Manuel da. *Sobre as proibições de prova em processo penal*. Reimpressão. Coimbra: Coimbra Editora, 2006, p. 19).

<sup>120</sup> COSTA ANDRADE, Manuel da. *op. cit.*, p. 21.

de convergência e dissensão entre o sistema de proibições de prova, relacionadas ao sistema europeu continental, e as *exclusionary rules*, da *common law* norte-americana.

Quanto à origem dos modelos, a doutrina, no âmbito das proibições de prova, aponta Beling como o primeiro a referir-se a “proibições probatórias”. Neste sentido, escreve Ambos que “*Ernst Beling acuñó por primera vez, en una conferencia inaugural, el término ‘prohibición probatoria’*”<sup>121</sup>, e ressalta, ainda, que com esta expressão “*quería manifestar que existen limitaciones a la averiguación de la verdad dentro de la investigación en el proceso penal, debido a intereses contrapuestos de índole colectiva e individual*”<sup>122</sup>.

Quanto às *exclusionary rules*, refere Fabrício Guariglia que,

*junto con esta evolución en el derecho continental-europeo se desarrolló, en el ámbito del derecho angloamericano un sistema conceptual menos rígido – y seguramente más pragmático – en torno al tema en análisis: la doctrina de la exclusión probatoria, o, simplemente, regla de exclusión, elaborada por la Corte Suprema de los EE.UU. a partir del fallo Weeks v. U.S. (1914)*<sup>123</sup>.

Ainda em relação à origem das *exclusionary rules*, LaFave, Israel e King assinalam que o seu início estaria, na verdade, no caso *Boyd v. United States* (1886), quando “*the Court held that the forced disclosure of papers amounting to evidence of crime violated the Fourth Amendment and that such items therefore were not admissible in the proceedings against Boyd*”<sup>124</sup>.

Relembrem os autores, também, que, em 1914, no caso *Weeks v. United States*, igualmente citado por Fabrício Guariglia,

<sup>121</sup> AMBOS, Kai. Las prohibiciones de utilización de pruebas en el proceso penal alemán – fundamentación teórica y sistematización. In *Polít. crim.*, N° 7, 2009, A1-7, p. 2: “Ernst Beling cunhou pela primeira vez, em uma conferência inaugural, o termo ‘proibição probatória’” (tradução livre).

<sup>122</sup> AMBOS, Kai. *op. cit.*, p. 2: “queria manifestar que existem limitações à averiguação da verdade dentro da investigação em processo penal, devido a interesses contrapostos de índole coletiva e individual” (tradução livre). No mesmo sentido refere, ainda, Fabrício Guariglia que “*en el ámbito europeo-continental, fue sin duda Beling el primero en desarrollar analíticamente el problema en su ya célebre trabajo «Las prohibiciones probatorias como límites de la averiguación de la verdad»*. Allí se planteaba, en una formulación que posiblemente hoy no pueda ser mantenida, la existencia de límites a la misión de averiguación de la verdad que preside a la persecución penal estatal, designados, genéricamente, como «prohibiciones probatorias»” (GUARIGLIA, Fabrício. *op. cit.*, p. 76: “no âmbito europeu-continental, foi sem dúvida Beling o primeiro a desenvolver analiticamente o problema em seu célebre trabalho ‘As proibições de prova como limites à averiguação da verdade’. Ali se iniciava, em uma formulação que possivelmente hoje não pode ser mantida, a existência de limites à missão de averiguação da verdade que preside a persecução penal estatal, designados, genericamente, como ‘proibições probatórias’” (tradução livre)).

<sup>123</sup> GUARIGLIA, Fabrício. *op. cit.*, p. 77: “junto com a evolução no direito continental-europeu se desenvolveu, no âmbito do direito angloamericano um sistema conceitual menos rígido – e seguramente mais pragmático – em torno do tema em análise: a doutrina da exclusão de prova, ou, simplesmente, regra de exclusão, elaborada pela Corte Suprema dos Estados Unidos a partir do caso *Weeks v. US* (1914)” (tradução livre).

<sup>124</sup> LAFAVE, Wayne; ISRAEL, Jerold H.; KING, Nancy J. *Criminal Procedure*. 4.ª Ed., St. Paul: Thomson West, 2004, p. 106: “o descobrimento forçado de papéis relativos à prova do crime viola a 4.ª Emenda e, portanto, estes itens não são admissíveis no processo contra *Boyd*” (tradução livre).

*the Court held that to admit evidence illegally seized by federal officers would, in effect, put a stamp of approval on their unconstitutional conduct: 'To sustain [unlawful invasion of the sanctity of his home by officers of the law] would be to affirm by judicial decision a manifest neglect, if not an open defiance, of the prohibitions of the Constitution, intended for the protection of the people against such unauthorized action'*<sup>125</sup>.

O que importa, entretanto, é que as *exclusionary rules* americanas e as proibições de prova europeias mantêm fundamentos político-criminais e axiológico-teleológicos comuns<sup>126</sup>, porquanto, como salienta Costa Andrade, em ambos os casos,

se trata de prevenir o recurso a meios de prova contrários às garantias fundamentais constitucionalmente asseguradas. Tanto as que prevêm directamente direitos dos cidadãos como as que visam preservar estruturas processuais consonantes com as exigências do *due process of law* ou da *Rechtsstaatlichkeit* para que apelam, respectivamente, a doutrina e a jurisprudência dos dois países.<sup>127</sup>

Ou, nas palavras de Guariglia,

*todos estos intentos conceptuales pretenden designar, cada cual a su modo, y conforme sus propias fundamentaciones, la inadmisibilidad de la valoración en contra del imputado de aquellos medios de prueba que han sido obtenidos mediante la vulneración de disposiciones legales vigentes, o de garantías constitucionalmente consagradas*<sup>128</sup>.

Passa-se agora, então, a analisar os referidos fundamentos político-criminais e axiológico-teleológicos das proibições de prova, que representam o ponto central de estudo do tópico, porquanto remetem a reflexões que podem ser feitas em inúmeros ordenamentos, inclusive no Brasil.

### 1.2.2. Fundamentos e funções

Como já referenciado acima, as proibições de prova têm em sua origem a ideia de que há limites na persecução da verdade no processo penal, ou, nos termos da paradigmática

<sup>125</sup> LAFAVE, Wayne; ISRAEL, Jerold H.; KING, Nancy J. *op. cit.*, p. 106: “o Tribunal considerou que admitir prova ilegalmente obtidas por policiais federais seria, com efeito, colocar um selo de aprovação sobre o seu comportamento inconstitucional: ‘Sustentar [a invasão ilegal da santidade da sua casa por agentes da lei] seria afirmar, pela decisão judicial, uma negligência manifesta, se não um desafio aberto, as proibições da Constituição, destinada à proteção das pessoas contra tais ações não autorizadas’” (tradução livre).

<sup>126</sup> Neste sentido COSTA ANDRADE, Manuel da. *op. cit.*, p. 134 -135.

<sup>127</sup> COSTA ANDRADE, Manuel da. *op. cit.*, p. 135.

<sup>128</sup> GUARIGLIA, Fabricio. *op. cit.*, p. 77: “todos estos esfuerzos são destinados a designar, cada qual a seu modo, e sob seus próprios fundamentos, a inadmissibilidade da valorção contra os acusados de prova que foram obtidas mediante a violação de disposições legais vigentes, ou de garantias constitucionais consagradas” (tradução livre).

decisão do BGH alemão no caso do gravador (1960), de que “não é nenhum princípio da ordenação processual que a verdade tenha de ser investigada a todo o preço”<sup>129</sup>.

Neste sentido, entende-se que, muito embora o objetivo de esclarecimento e punição dos crimes seja do mais elevado significado, ele não pode representar sempre, nem sob todas as circunstâncias, o interesse prevalecente do Estado<sup>130</sup>.

As proibições de prova representam, assim, a identificação e abolição de meios de prova que, na intenção única de esclarecimento e punição de crimes, são contrários às garantias fundamentais constitucionalmente asseguradas.

Com efeito, citando Hassemer, Costa Andrade anota que as proibições de prova põem em evidência

valores jurídicos que, embora historicamente mutáveis, são hoje para nós irrenunciáveis. E que, não podendo deduzir-se *more geometrico*, caracterizam o horizonte normativo do nosso sistema jurídico de tal modo que o seu sacrifício ou funcionalização subverteria a nossa experiência histórica e a nossa tradição no sentido do desenvolvimento de um direito justo<sup>131-132</sup>.

De tal forma, sendo enfático, fica claro que se trata, fundamentalmente, de limitar a liberdade probatória do Estado, que é evidente representação de seu poder, através do respeito a determinados direitos fundamentais, que se consideram basilares do Estado de Direito Moderno.

Este objetivo representa, definitivamente, como visto, o ponto comum entre os modelos de proibições de prova e as *exclusionary rules*. Entretanto, tais sistemas apresentam as suas peculiaridades, que são interessantes por demonstrar, por exemplo, algumas diferenças referentes aos fins imediatos das regras.

A distinção entre os sistemas inicia-se através da diferenciação entre o modo de revelação e positivação do direito. Enquanto na *common law* verifica-se a revelação jurisprudencial do direito das *exclusionary rules*, com ênfase processual, no direito germânico ocorre a manifestação por meio da lei, com ênfase no direito material. Neste sentido, clara a colocação de Costa Andrade:

<sup>129</sup> HASSEMER, Winfried *apud* COSTA ANDRADE, Manuel da. *op. cit.*, p. 117.

<sup>130</sup> Ideia referida pelo BGH alemão no julgamento do primeiro caso do diário (1964), referência esta feita por Costa Andrade (COSTA ANDRADE, Manuel da. *op. cit.*, p. 117).

<sup>131</sup> COSTA ANDRADE, Manuel da. *op. cit.*, p. 118.

<sup>132</sup> Neste diapasão, deve-se lembrar que as proibições probatórias encontram-se ligadas ao moderno Estado de Direito, assente nos direitos fundamentais, mormente a dignidade da pessoa humana.

Resumidamente [...] as divergências começam a ganhar significado ao nível do modo de revelação e positivação do direito. Como é próprio do sistema da *common law*, o direito das *exclusionary rules* é sobretudo produto da resposta dos tribunais aos conflitos concretos segregados pela própria vida. [...]. Já o direito germânico, um dos paradigmas acabados do modelo europeu-continental, aspira a antecipar uma construção sistemática do direito das proibições de prova. Na linha duma tradição secular que remonta à Magna Charta (1215), nos Estados Unidos tende a privilegiar-se a dimensão processual como sede de proclamação e de tutela. Em geral, os direitos fundamentais começaram por fazer caminho como garantias contra a intervenção abusiva das instancias de perseguição criminal, só num segundo momento, e de forma derivada, vindo a ganhar significado material substantivo. Na experiência histórico-cultural e jurídica germânica é, inversamente, claro o primado da vertente substantiva. Aqui é só de forma reflexa e complementar que a tutela processual intervém e acaba por ganhar autonomia<sup>133</sup>.

Assim, enquanto no sistema norte-americano a proteção revela-se ser predominantemente processual, no sistema europeu continental a proteção dá-se através de regras substantivas, de direito material. Para exemplificar tal colocação, pode-se citar, novamente, Costa Andrade:

Os dispositivos constitucionais a que os tribunais americanos sistematicamente se acolhem apresentam um étimo e uma estrutura marcadamente processuais. Como sucede com a protecção do *privilege against self-incrimination*, introduzido pelo *V Amendment*, com os preceitos relativos a buscas e apreensões [...] e sobretudo com a clausula *due process of law* [...]. Diferentemente, as normas constitucionais em que os tribunais e autores alemães esteiam a dogmática e o regime das *Beweisverbote* têm a estrutura de enunciados substantivos de direitos da personalidade, em geral, e da privacidade, em particular. Como os que prescrevem a intangibilidade da dignidade humana [...], o livre desenvolvimento da personalidade [...], a inviolabilidade do segredo de correspondência e das telecomunicações [...] ou a inviolabilidade do domicílio [...]<sup>134</sup>.

Tal concepção tem reflexo direto na compreensão sobre o objetivo primordial das restrições de prova, como demonstrado abaixo.

No modelo das *exclusionary rules*, como referem LaFave, Israel e King, “*the deterrence of unreasonable searches and seizures is a major purpose of the exclusionary rule*”<sup>135</sup>. Mas não somente, pois, conforme os autores, outro objetivo das *exclusionary rules* é garantir “‘*the imperative of judicial integrity*’, namely, that the courts not become ‘*accomplices in the willful disobedience of a Constitution they are sworn to uphold*’”<sup>136</sup>. Ainda, “*a third purpose [...] is that of assuring the people – all potential victims of unlawful*

<sup>133</sup> COSTA ANDRADE, Manuel da. *op. cit.*, p. 135 -136

<sup>134</sup> COSTA ANDRADE, Manuel da. *op. cit.*, p. 136 -137.

<sup>135</sup> LAFAVE, Wayne; ISRAEL, Jerold H.; KING, Nancy J. *op. cit.*, p. 107-108: “a dissuasão de buscas e apreensões ilegais é o principal objectivo das regras de exclusão” (tradução livre).

<sup>136</sup> LAFAVE, Wayne; ISRAEL, Jerold H.; KING, Nancy J. *op. cit.*, p. 108: “o imperativo da integridade judicial, isto é, que a Corte não venha a se tornar cúmplice na desobediência da Constituição que juraram cumprir” (tradução livre).

*government conduct – that the government would not profit from its lawless behavior, thus minimizing the risk of seriously undermining popular trust in government*<sup>137</sup>.

Salientam os autores, entretanto, que “*a majority of the Supreme Court has indicated its willingness to assume ‘that the immediate effect of exclusion will be to discourage law enforcement officials from violating the Fourth Amendment by removing the incentive to disregard it’*”<sup>138</sup>.

Assim, como bem assinala Costa Andrade, para o sistema norte-americano da *common law*, as *exclusionary rules* servem, primeiramente, para coibir comportamentos ilegais dos policiais, sendo tal desígnio realizado através da proibição de qualquer utilização positiva do resultado da violação<sup>139</sup>.

Partindo dessa premissa, concebe-se que há maior liberdade neste sistema para as atividades dos particulares, em relação a dos policiais, porquanto as regras são, a princípio, somente a estes aplicadas. Além disso, sendo este o desígnio principal, compreende-se a aceitação da exceção da *good faith*<sup>140</sup>, que permite a utilização de uma prova ilicitamente obtida se o agente estatal estava de boa fé na sua aquisição, porquanto, sendo assim, não haveria mau comportamento policial a ser coibido, permitindo-se, desta forma, uma limitação às *exclusionary rules*<sup>141</sup>.

<sup>137</sup> LAFAVE, Wayne; ISRAEL, Jerold H.; KING, Nancy J. *op. cit.*, p. 108: “um terceiro objectivo [...] é o de garantir as pessoas - todas vítimas potenciais de conduta ilegal do governo - que o governo não iria se beneficiar de seu comportamento ilegal, minimizando assim o risco de prejudicar gravemente a confiança popular no governo” (tradução livre).

<sup>138</sup> LAFAVE, Wayne; ISRAEL, Jerold H.; KING, Nancy J. *op. cit.*, p. 109: “a maioria da Suprema Corte indicou sua disposição de assumir “que o efeito imediato de exclusão será o de desencorajar os agentes policiais de violar a Quarta Emenda, através da eliminação do incentivo para ignorá-la” (tradução livre).

<sup>139</sup> Conforme Costa Andrade, “a questão «verdadeiramente decisiva em debate na fase do processo americano relativa à admissibilidade dos meios de prova é, assim, determinar se terá ou não ocorrido uma violação da lei por parte da polícia». Isto porquanto, aos olhos do Supreme Court (Elkins v. United States, 1960) as proibições de prova configuram «*the only effectively available way*» para garantir a disciplina da actividade policial” (COSTA ANDRADE, Manuel da. *op. cit.*, p. 144).

<sup>140</sup> Conforme LaFave, Israel e King, “*Various suggestions have been made for limiting the exclusionary rule in one way or another. For example, Justice White, dissenting in Stone v. Powell, expressed the view that the exclusionary rule ‘should be substantially modified so as to prevent its application in those many circumstances where the evidence at issue was seized by an officer acting in the good-faith belief that his conduct comported with existing law and having reasonable grounds for this belief,’ for the simple reason that in such circumstances ‘the exclusion can have no deterrent effect.’*” (LAFAVE, Wayne; ISRAEL, Jerold H.; KING, Nancy J. *op. cit.*, p. 109-110: “Várias sugestões foram dadas para limitar as *exclusionary rules* de uma forma ou de outra. Por exemplo, Justice White, discordando de Stone v. Powell, expressou a visão de que as *exclusionary rules* ‘deveriam ser substancialmente modificadas para prevenir sua aplicação naquelas várias situações em que as provas foram obtidas por um policial agindo de boa-fé, acreditando que a sua conduta é adequada segundo as leis existentes e que tem base razoável para acreditar nisto, pela simples razão de que nestas circunstâncias ‘a exclusão não tem efeito dissuasivo’” (tradução livre)).

<sup>141</sup> Conforme Costa Andrade, “a preordenação das proibições de prova à salvaguarda da disciplina da actuação da polícia aflora, por seu turno, (e explica) em algumas das singularidades mais marcantes do regime das *exclusionary rules*. Em primeiro lugar, é a polícia que aparece como destinatária privilegiada, quase exclusiva, das normas pertinentes e, por isso, do seu programa de deterrence. Em segundo lugar, é à polícia, rectius à postura concreta da polícia, que se reportam cláusulas como a da *good faith*, através das quais os tribunais

Em relação ao regime das proibições de prova, incorporado pelo ordenamento alemão, que, como já se viu, tem como modo de revelação e positivação do direito predominantemente a forma material, substantiva, percebem-se as suas funções e fundamentos de maneira ligeiramente diferenciada.

Não se enfatiza, aqui, a destinação das regras de restrição aos agentes de polícia estatal, em vista de questões processuais, mas se realça a questão de tratar-se de proteção, pelas normas, de direitos fundamentais. É a partir da ideia de direitos fundamentais, e não da violação de regras pelos agentes policiais, que se interpretam as questões para este regime<sup>142-143</sup>.

De tal modo, discute-se, nesse âmbito, se as proibições de prova representam proteção aos direitos fundamentais individuais ou se focalizam interesses sociais, do Estado de Direito, ou mesmo se se tenta privilegiar ambos.

A maior parte da doutrina sustenta que, com as proibições de prova, protegem-se direitos individuais e comunitários<sup>144</sup>. Como já salientado, a concepção das proibições de prova está intimamente ligada à relação Estado-cidadão, mais especificamente ao Estado de Direito, que garante ao seu cidadão gama variada de direitos fundamentais. Assim, no âmbito individual, as proibições de prova protegem o sujeito da violação pelo Estado, e pelos

americanos procuram ultrapassar a rigidez das normas. Rigidez que advém, terceira nota a sublinhar, do carácter acentuadamente formal das mesmas normas” (COSTA ANDRADE, Manuel da. *op. cit.*, p. 145).

<sup>142</sup> Costa Andrade, a este propósito, acredita que “se deve acompanhar Herrmann, que, quando, confrontado com a questão, conclui(u) que as *exclusionary rules* e as *Beweisverbote* constituem institutos dogmáticos distintos. Na síntese do autor, as proibições de prova do direito alemão mais não representarão do que «meios processuais de imposição da tutela do direito material». [...]. Do que em primeira linha se trata é de prevenir determinadas manifestações de danosidade social, garantindo-se a integridade de bens jurídicos prevalentemente pessoais. «Consequentemente – prossegue HERRMANN – no direito alemão a limitação da actividade da polícia não pode ser apontada como tarefa, mas apenas como consequência, das proibições de prova»” (COSTA ANDRADE, Manuel da. *op. cit.*, p. 140).

<sup>143</sup> Conforme Costa Andrade, “o que fica dito explicará que o universo dos destinatários das proibições não haja aqui de circunscrever-se necessariamente aos agentes das instancias formais de controlo” (COSTA ANDRADE, Manuel da. *op. cit.*, p. 140).

<sup>144</sup> Neste sentido o posicionamento de Costa Andrade, como se vê: “Acresce, a densificar o universo de tópicos, que a antinomia Estado-indivíduo não esgota só por si as linhas de clivagem e conflitualidade subjacentes ao regime das proibições de prova. O que retira suporte às tentativas, como a já assinalada e subscrita por ROGALL, de reconduzir a teleologia das proibições de prova à ideia de instrumentos de tutela de direitos individuais contra o interesse da perseguição e realização da justiça penal. Não pode, naturalmente, deixar de acompanhar-se HENKEL quando refere que as proibições de prova radicam na «consideração de outros interesses, que colidem com o interesse da descoberta da verdade, mas a que em concreto se reconhece o primado». Simplesmente, não parece que deva encarar-se o argüido como titular ou portador exclusivo dos direitos, interesses ou bens jurídicos cuja salvaguarda pode ditar, em concreto, balizas à descoberta da verdade. Pelo contrário, só uma arrumação e imputação policêntricas daqueles interesses abrirá a porta a uma adequada compreensão teleológica das proibições de prova. [...]. As proibições de prova podem resultar do primado reconhecido a valores ou interesses de índole supra-individual como os subjacentes ao Segredo de funcionários e Segredo de Estado (...). Ao mesmo plano de fundo hão-de reconduzir-se os valores ou princípios atinentes à ideia de *fair trial*, ao principio da audiência ou ao principio da *cross-examination* a que em boa medida presta homenagem a *rule against hearsay*” (COSTA ANDRADE, Manuel da. *op. cit.*, p. 75).

particulares em geral, dos direitos concedidos pelo próprio Estado. O foco, neste sentido, é o indivíduo, a consideração de seus direitos pessoais.

No âmbito social, comunitário, as proibições de prova funcionam dando guarida ao próprio Estado de Direito, à própria comunidade, enquanto representam manifestação de uma visão da sociedade. A sociedade escolheu, através de suas normas, a forma como deve dar-se a investigação criminal, e uma afronta a tais regras ou princípios significaria uma ofensa aos interesses sociais<sup>145</sup>, ao Estado de Direito em si<sup>146</sup>.

Sobre o assunto, refere Ambos que,

*las prohibiciones probatorias tienen en su resultado un componente individual y un componente colectivo: por un lado, sirven para la garantía de los derechos fundamentales, en tanto protegen al inculgado ante la utilización de pruebas ilegalmente obtenidas en su contra [...]; por otro lado preservan – componente colectivo – la integridad constitucional, en particular a través de la realización de un proceso justo (fair trial)<sup>147</sup>.*

Ainda sobre o tema, posiciona-se Costa Andrade no sentido de que “tanto interesses individuais, como interesses supra-individuais, subjectivados pelo Estado e pela comunidade”, são tutelados por via das proibições de prova<sup>148</sup>.

Por fim, pode-se citar Guariglia, para quem

*las normas que regulan dichas facultades de injerencia no operan solo como reglas de garantía del ciudadano frente al Estado, sino que, simultáneamente, constituyen*

<sup>145</sup> Como exemplo, podem-se citar as restrições testemunhais em relação a determinadas profissões, que envolvem o segredo profissional. “No que especificamente concerne ao direito penal alemão pode considerar-se consensual o entendimento segundo o qual: «A limitação do círculo de agentes reserva à protecção individual um significado secundário, permitindo concluir pelo primado de uma função social do § 203: como bem jurídico tutelado emerge em primeira linha a confiança geral no sigilo dos membros de determinada profissões ou da Administração, etc., sem a qual não poderiam desempenhar, ou só poderiam fazê-lo de forma imperfeita, as tarefas que lhes estão cometidas no interesse da comunidade. Assim, a tutela penal do sigilo profissional do médico está em ultima instancia ao serviço de um interesse geral num sistema de saúde eficaz, que não seria possível sem uma relação de plena confiança entre médico e paciente»” (COSTA ANDRADE, Manuel da. *op. cit.*, p. 53).

<sup>146</sup> Conforme Costa Andrade, “na síntese de AMELUNG: «Estes direitos fundamentais não tutelam apenas a pessoa do cidadão mas também o interesse da comunidade de que o processo penal decorra segundo as regras do Estado de Direito. Daí que o cidadão não possa renunciar à observância de tais máximas já que por essa via não poria apenas em causa os seus interesses, antes atingiria também os interesses do Estado»” (COSTA ANDRADE, Manuel da. *op. cit.* p.71).

<sup>147</sup> AMBOS, Kai. *op. cit.*, p. 3: “proibições de prova tem em seu resultado um componente individual e um componente coletivo: por um lado, servem para garantir dos direitos fundamentais, protegendo os acusados da utilização de provas obtidas ilegalmente contra ele [...]; por outro lado, preservam - componente coletivo - a integridade constitucional, em especial através da realização do devido processo legal (fair trail)” (tradução livre).

<sup>148</sup> COSTA ANDRADE, Manuel da. *op. cit.*, p. 142.

*auto-limitaciones para el Estado y son el producto del proceso de reforma decimonónico en pos de la desaparición del omnipotente sistema inquisitivo*<sup>149</sup>.

No que respeita, ainda, às funções e fundamentos, pode-se dizer que as proibições de prova impedem uma deslegitimação estatal na persecução do crime. Assim, ao utilizar-se de um método, ou meio, ou tema, proibido, o próprio Estado perde a superioridade moral sobre o delinqüente, de forma a não mais poder-lhe impor a pena, que representa, sem dúvida, uma sanção moral ao indivíduo.

Costa Andrade, ao referir-se a tal posicionamento, registra que

com a utilização de meios de prova obtidos ilicitamente, o estado ver-se-ia inescapavelmente desautorizado na tarefa eminentemente ética que, através da perseguição dos crimes, lhe cabe cumprir. O que frustraria o apelo ético ao sentimento de responsabilidade do agente. A quem, na medida em que a acção da justiça criminal carece de legitimação segundo critérios éticos, a pena deixa de aparecer como meio de purificação e expiação. Sobre um ilícito acaba por se edificar um outro<sup>150</sup>.

E aqueles que analisam as proibições probatórias em termos de violações penais substantivas, também apontam que ao cometer um crime para provar outro, o Estado cai em contradição normativa<sup>151</sup>. Neste sentido:

Numa consideração mais genérica das coisas, dificilmente, por seu turno, se compreenderia que, na prossecução das suas tarefas, o Estado passasse de boa consciência por sobre as normas que balizam a ilicitude penal. [...] Como, nesta linha, enfatiza AMELUNG, o Estado cairá em contradição normativa e comprometerá a legitimação da própria pena se, para impor o direito, tiver de recorrer, ele próprio, ao ilícito criminal. Pois, argumenta, «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 mínimo ético para lograr a aplicação de uma pena. Desse modo, ele mostra que pode valer a pena violar qualquer norma fundamental cuja vigência o direito penal se propõe precisamente assegurar»<sup>152</sup>.

Ou, como dito por Hassemer, “trata-se fundamentalmente de evitar que o «Estado se inflija a si próprio a perda de dignidade, distanciação e superioridade [...] que encurta a

<sup>149</sup> GUARIGLIA, *op. cit.*, p. 78: “as regras que regulam as faculdades de ingerência não funcionam apenas como uma garantia do cidadão frente ao Estado, mas, simultaneamente, constituem autolimitações para o Estado e são produto do processo de reforma do século XIX, após a queda do sistema onipotente inquisitivo” (tradução livre).

<sup>150</sup> COSTA ANDRADE, Manuel da. *op. cit.*, p. 43.

<sup>151</sup> Conforme Costa Andrade, “ou ainda quando, como pretende AMELUNG, «o estado apóia a pretensão punitiva num crime que foi cometido precisamente com o fim de submeter a vítima a uma condenação penal». E isto em nome da ideia de perda de legitimação material da pena, um dos referentes da fundamentação axiológica da proibição de prova. Pois, argumenta AMELUNG, «também uma tal pretensão punitiva valeria como demonstração contraditória de que o crime, afinal, compensa»” (COSTA ANDRADE, Manuel da. *op. cit.*, p.46).

<sup>152</sup> COSTA ANDRADE, Manuel da. *op. cit.*, p. 15.

diferença ética entre a perseguição do crime e o próprio crime»”.<sup>153</sup>

Resumidamente, portanto, pode-se lembrar que o regime das *exclusionary rules*, baseado em regras processuais, é fundamentado: (1) na dissuasão de buscas e apreensões desmotivadas; (2) em manter a integridade judicial; (3) em não permitir que o governo beneficie-se de seu comportamento ilegal. Sua função primordial, todavia, é a de contenção, através do desencorajamento, da ação policial abusiva.

No regime das proibições de prova entende-se que as restrições têm por base direitos fundamentais individuais e coletivos e protegê-los da agressão estatal ou privada é a sua função. Salienta-se, ainda, que as proibições de prova, *lato sensu*, previnem que o Estado perca sua legitimação na persecução criminal, por se equiparar à própria ação de um delinqüente.

Não há, entretanto, um modelo melhor, ou mais completo, pois enquanto, teoricamente, o regime das proibições de prova apresentaria uma proteção mais ampla, por representar-se através de direito material, o sistema das *exclusionary rules*, face sua rigidez formal, pode representar um aumento na segurança da aplicação das restrições de prova<sup>154</sup>.

O importante, todavia, é notar que as proibições de prova revelam valores caros ao Estado de Direito, os quais a sociedade protegeu com garantias extras. Expõem, assim, “os valores que verdadeiramente definem a nossa *Rechtskultur* e que, como tais, mesmo na hora da necessidade, devem ser defendidos como indisponíveis”<sup>155</sup>.

Estabelecidas estas premissas, passa-se, a seguir, a analisar com acuidade as proibições de prova e as *exclusionary rules*, bem como as regras que intentam limitá-las.

Nesse intuito, começa-se pela diferenciação entre as proibições de produção e de valoração probatória, essencial para a correta compreensão do fenômeno estudado.

### 1.2.3. Proibições de produção e proibições de valoração

As proibições de prova, como já salientado acima, representam tema complexo e privado de consenso e coerência jurisprudencial, doutrinária e legal.

O mais intrincado dessa dogmática, entretanto, refere-se exatamente à problemática

<sup>153</sup> HASSEMER, Winfried *apud* COSTA ANDRADE, Manuel da. *op. cit.*, p. 12.

<sup>154</sup> Conforme Costa Andrade, “face à rigidez formal da solução americana, a maior plasticidade do direito germânico pode resultar numa maior abertura à valoração de um diário pessoal. Suposta, por exemplo, a obtenção ilícita de um diário, o direito americano tenderá a precluir, sem mais, a valoração. Já no direito alemão tudo acabará por depender da ponderação a fazer entre o renovado sacrifício do bem jurídico e o interesse concreto da perseguição penal” (COSTA ANDRADE, Manuel da. *op. cit.*, p. 147 – 148).

<sup>155</sup> HASSEMER, Winfried *apud* Costa Andrade, *op. cit.*, p. 36.

das proibições de produção e de valoração de prova. Ou, como assinala Rogall, “é aqui que verdadeiramente se situam os problemas nucleares de toda a dogmática das proibições de prova”<sup>156</sup>, não sendo de se estranhar, portanto, o espaço privilegiado que a doutrina estrangeira dispensa ao estudo de tais assuntos.

De fato, quando se fala em proibições de prova, deve-se ter em mente que tal conceito engloba as proibições de produção e as proibições de valoração de prova, duas faces do mesmo sistema, que apresentam, todavia, diferenças importantes.

Cumprido estabelecer, então, a princípio, o que se entende por proibição de produção e proibição de valoração. Sobre o tema, escreve Kai Ambos que,

*la doctrina alemana dominante distingue – bajo el concepto general de ‘prohibiciones probatorias’ – entre prohibiciones de producción de pruebas (Beweiserhebungsverbote) y prohibiciones de utilización de pruebas (Beweisverwertungsverbote). Las primeras regulan o limitan el modo de obtención de las pruebas, las segundas el uso judicial de las pruebas que ya fueron obtenidas*<sup>157</sup>.

Assim, em poucas linhas, enquanto a proibição de produção liga-se à obtenção da prova, a proibição de valoração liga-se à apreciação daquela pelo juiz. Tal distinção é importante porque, atualmente, já não se pode considerar pacífico que uma proibição de produção gere, automaticamente, uma proibição de valoração, ou mesmo que uma não violação à regra de produção gere, automaticamente, uma permissão de valoração.

As proibições de produção encontram-se relativamente mais consolidadas, principalmente devido a mais freqüente estipulação legal. Assim, por exemplo, a Constituição portuguesa, em seu art. 32, n. 8, determina que “são nulas todas as provas obtidas mediante tortura, coação, ofensa da integridade física ou moral da pessoa, abusiva intromissão na vida privada, no domicílio, na correspondência ou nas telecomunicações”<sup>158-159</sup>.

<sup>156</sup> ROGALL, Klaus *apud* Costa Andrade, *op. cit.*, p. 58-59.

<sup>157</sup> AMBOS, Kai. *op. cit.*, p. 5-6: “a doutrina alemã dominante distingue – sobre o conceito geral de ‘proibições de prova’ – entre proibições de produção de prova [...] e proibições de valoração de prova [...]. As primeiras regulam ou limitam o modo de obtenção das provas; as segundas o uso judicial das provas que já foram obtidas” (tradução livre).

<sup>158</sup> Disponível em <http://www.parlamento.pt/Legislacao/Paginas/ConstituicaoRepublicaPortuguesa.aspx>, acesso em 14 de novembro de 2010.

<sup>159</sup> A doutrina, ainda, apresenta especificações para tais proibições, no seguinte sentido: “*Dentro de las prohibiciones de producción probatoria se distingue entre prohibiciones de temas probatorios, prohibiciones de médios probatorios y prohibiciones de métodos probatorios. Las prohibiciones de temas probatorios impiden la obtención de pruebas sobre hechos determinados (“temas”), por ejemplo antecedentes penales ya eliminados del Registro Central Federal [...]. Las prohibiciones de médios probatorios impiden servirse de médios de prueba determinados, como por ejemplo un testigo que ha hecho uso de su derecho a no declarar [...]. Las prohibiciones de métodos probatorios impiden un cierto modo de obtención de prueba, por ejemplo un método de interrogatório prohibido [...]*” (AMBOS, Kai. *op. cit.*, p. 6: “Dentro das proibições de produção de prova

Já as proibições de valoração não são tão facilmente identificadas. Isto porque se trata de matéria que, ausente, muitas vezes, uma mínima determinação legal, revela, ao fim e ao cabo, uma escolha entre a funcionalidade da persecução penal e os direitos fundamentais do réu. Dando azo, destarte, a uma série inesgotável de teorias para superação de uma possível proibição de valoração.

A ideia inicial, desenvolvida por Beling, e que hoje não encontra muitos adeptos, fixava que as proibições de produção de prova implicavam necessariamente em proibições de valoração<sup>160</sup>. Nas palavras de Costa Andrade: “Hoje são poucas as vozes a fazer-se eco da crença, a seu tempo sustentada por BELING e recentemente retomada por HENKEL, segundo a qual a identificação em concreto de uma proibição de produção de prova, teria necessariamente como reverso uma proibição de valoração”<sup>161</sup>.

Modernamente, podem ser consideradas outras hipóteses. Admite-se, hoje, a possibilidade de proibições de produção sem uma conseqüente proibição de valoração, bem como proibições de valoração autônomas, ou seja, independentes de proibições de produção. Neste sentido, importante os apontamentos de Costa Andrade:

O modelo começa a abrir brechas do lado do postulado da prioridade lógica e normativa da proibição de produção de prova, segundo o qual a proibição de valoração pressupõe invariavelmente a prévia identificação de uma proibição de produção. Este postulado é posto abertamente em crise pelas chamadas proibições de valoração independentes, isto é, que ocorrem à margem de qualquer violação das normas de produção da prova<sup>162</sup>.

Atualmente, portanto, podem-se identificar as seguintes situações: (1) proibição de produção com proibição de valoração dependente; (2) proibição de produção sem proibição de valoração; (3) proibição de valoração sem proibição de produção prévia.

Quanto ao primeiro ponto, este representa o caso clássico, o primeiro a ser pensado por Beling. É a situação em que, presente uma proibição de produção, torna-se proibida a valoração da prova, sendo a proibição de valoração um instrumento de correção da violação probatória anterior, que impede que o Estado se beneficie de sua conduta contrária ao direito

---

distinguem-se entre proibições de temas probatórios, proibições de meios probatórios e proibições de métodos probatórios. As proibições de temas probatórios impedem a obtenção de prova sobre fatos determinados ('temas'), por exemplo antecedentes criminais já eliminados do Registro Central Federal [...]. As proibições de meios probatórios impedem a utilização de meios de provas determinados, por exemplo o testemunho de uma pessoa que tenha feito uso de seu direito de ficar calado [...]. As proibições de métodos probatórios impedem um certo modo de obtenção de prova, por exemplo um método de interrogatório proibido [...]" (tradução livre).

<sup>160</sup> Conforme Costa Andrade, “um arquétipo que, como GÖSSEL enfatiza, reduziria drasticamente a complexidade oferecida à dogmática processual penal, que poderia limitar-se à mera «arrumação e categorização formal» das proibições de prova” (COSTA ANDRADE, Manuel da. *op. cit.*, p. 56).

<sup>161</sup> COSTA ANDRADE, Manuel da. *op. cit.*, p. 57-58.

<sup>162</sup> COSTA ANDRADE, Manuel da. *op. cit.*, p. 56.

posto<sup>163</sup>. Neste sentido, a proibição de valoração serve como um reforço da ideia da proibição de produção, não permitindo que esta seja desconsiderada indiretamente, perdendo, assim, a sua proteção teleológica.

Com efeito, de nada adiantaria a imposição de proibições de produção de prova se estas não fossem seguidas de proibições de valoração. Tornar-se-ia absolutamente inútil a primeira categoria, porquanto superada pela segunda. Ou, nas palavras de Costa Andrade, “não pode desatender-se o significado heurístico da proibição de valoração como instancia de «compensação prospectiva de vícios» (SCHLÜCHTER) ou, noutra perspectiva e na expressão de ROGALL, como «imunização do processo penal contra as conseqüências da violação da lei»”<sup>164</sup>.

Como exemplo de proibição de valoração dependente, pode-se citar aquele mencionado por Kai Ambos, referente a métodos proibidos de interrogatório, que lesionam a liberdade de decisão e de ação do réu:

*Es clásica la formulación del § 136a III: ‘Las declaraciones que se hubieran producido trasgrediendo esta prohibición, tampoco podrán ser aprovechadas aunque el inculcado aprobara su utilización.’ La incondicionalidad de la norma se deduce, en todo caso, de las consideraciones de prevención general, pues si la violación de la prohibición quedara sin efectos procesales, existirían muy pocas razones para cumplir con ella. Se trata de una prohibición de utilización de pruebas dependiente, ya que es la consecuencia de la prohibición de la producción probatoria, contemplada en el § 136a I, referente a ciertos métodos prohibidos de interrogatorio que lesionan la ‘libertad de decisión y de acción del inculcado’ (“Freiheit der Willensentschließung und der Willensbetätigung”)<sup>165</sup>.*

Entretanto, a hipótese hoje mais verificada é a de superação da concepção desenvolvida acima. Os tribunais e a doutrina, a fim de melhor responder aos apelos de uma

<sup>163</sup> Sobre o assunto, Fabricio Guariglia: “Fundamento de las prohibiciones de valoración probatoria solo puede ser, entonces, la prohibición de un venire contra factum proprium del Estado. Este se encuentra vinculado por las autolimitaciones descritas, y no puede, en consecuencia, obtener provecho alguno de su actuación irregular. Ello, de algún modo, rescata el carácter imperativo que Beling le había conferido a las prohibiciones probatorias: la prueba irregular es «un fruto prohibido del cual el tribunal no debe comer»” (GUARIGLIA, Fabricio. *op. cit.*, p. 78: Fundamento das proibições de valoração de prova somente podem ser, então, a proibição de um *venire contra factum proprium* do Estado. Este encontra-se vinculado pela autolimitações descritas, e não pode, por conseqüência, obter proveito algum de sua atuação irregular. Ele, de algum modo, resgata o caráter imperativo que Beling havia conferido às proibições probatórias: a prova irregular é «um fruto proibido que o tribunal não deve comer»” (tradução livre)).

<sup>164</sup> COSTA ANDRADE, Manuel da. *op. cit.*, p. 59-60.

<sup>165</sup> AMBOS, Kai. *op. cit.*, p. 9: “É clássica a formulação do § 136a III: ‘As declarações que foram produzidas transgredindo esta proibição, tampouco poderão ser aproveitadas, ainda que o arguido aprove a sua utilização’. A incondicionalidade da norma deduz-se, em todo caso, das considerações de prevenção geral, pois se a violação da proibição ficar sem efeito processual, existiriam muitas poucas razões para cumpri-la. Trata-se de uma proibição de utilização de provas dependentes, já que é a conseqüência da proibição de produção probatória, contemplada no § 136a I, referente a certos métodos de proibidos de interrogatório que lesionam a ‘liberdade de decisão e de ação do arguido’ [...]” (tradução livre).

eficiente justiça criminal, têm desenvolvido uma série de teorias de superação da proibição de valoração dependente. Ou seja, observa-se, atualmente, a possibilidade de valoração de uma prova que incidiu em proibição de produção.

Representando tal visão, assevera Costa Andrade que,

hoje aceita-se generalizadamente a tese de um estatuto diferenciado da proibição de produção no que toca à sua projecção em matéria de proibição de valoração. «A proibição de valoração – enfatiza nesta linha OTTO – representa apenas uma das sanções possíveis de uma proibição de prova». [...]. O que, em síntese, permite concluir com SCHÄFER que, «salvo os casos em que a proibição de valoração de prova é expressamente cominada, há sempre que proceder a uma comprovação individualizada sobre se a violação da proibição de prova acarreta em todos os casos uma proibição de valoração». Um labor que terá de empreender-se tendo como horizonte a «convicção de que não é função das proibições de valoração de prova dependentes compensar ou neutralizar todo e qualquer desvio da realidade processual à ordenação pré-definida pelo direito processual. Elas só operam a correcção quando se receia que um erro já ocorrido na interacção venha – ou, pelo menos, tal possibilidade subsista – a repercutir-se na sentença»<sup>166</sup>.

As razões para tal mudança de concepção são bem claras. Defende-se que uma proibição de valoração dependente da proibição de produção restringiria demasiadamente a investigação criminal, impedindo o conhecimento de, muitas vezes, importantes elementos probatórios. A ideia que predomina, por conseguinte, valoriza de forma destacada os interesses do Estado na persecução criminal, deixando em segundo plano a protecção dos direitos do acusado.

Sobre essa situação, Costa Andrade refere que,

como HASSEMER pertinentemente assinala, a produção normativa tem-se aqui precipitado sobretudo através de «mudanças legislativas menos empenhadas em plasmar em direito positivo os princípios fundamentais do processo penal do que em assegurar reacções eficazes e economicamente racionais à ameaça pública dos desenvolvimentos da criminalidade e às perturbações do processo penal»<sup>167</sup>.

Tal visão, com efeito, é determinada pelo verdadeiro estado de apreensão social, reflexo do fato de que “*la chance de percibir violencia y ejercicio de violencia seguramente nunca fue mejor que hoy*”<sup>168</sup>, sendo que “*los fenómenos de violencia ocupan nuestra capacidad de percepción social y cultural con una intensidad como pocas veces antes*”<sup>169</sup>.

<sup>166</sup> COSTA ANDRADE, Manuel da. *op. cit.*, p. 58.

<sup>167</sup> COSTA ANDRADE, Manuel da. *op. cit.*, p. 66-67.

<sup>168</sup> HASSEMER, Winfried. *Crítica al derecho penal de hoy*. Buenos Aires: Editorial Ad Hoc, 2003, p. 49: “a chance de perceber a violência e o exercício da violência seguramente nunca foi maior que hoje” (tradução livre).

<sup>169</sup> HASSEMER, Winfried. *op. cit.*, p. 50: “os fenômenos de violência ocupam nossa capacidade de percepção social e cultural com uma intensidade como poucas vezes antes visto” (tradução livre).

Fala-se, assim, no clima de *moral panic* (Cohen) ou de estado de necessidade de investigação (Hassemer)<sup>170</sup>, que influenciam sobremaneira a jurisprudência e doutrina quando da análise das proibições de prova. Neste contexto, expressiva a colocação de Costa Andrade, citando Hassemer:

Na impressionante caracterização do autor, assiste-se a uma «dramatização da violência» que «encosta a sociedade à parede», induzindo a colonização da política criminal pelos rastros da irracionalidade. E, por essa via, «convertendo tendencialmente o delinqüente em inimigo e o direito penal em direito penal de inimigos [...]». Tudo isto à vista de pretensas «desordens explosivas» [...] que condicionarão «as experiências amargas dos últimos tempos», de que, por exemplo, SCHÄFER se louva para denegar, por princípio, qualquer efeito-à-distância à proibição de valoração. E a que a generalidade dos autores se acolhem para racionalizar aquela relativização e funcionalização de princípios clássicos, até aqui irrenunciáveis na sua integridade. É o que HASSEMER apostrofa como atentado irreparável à nossa *Rechtskultur*. «Exemplos paradigmáticos disso – prossegue o autor – são hoje sobretudo oferecidos pelas proibições de prova, nomeadamente a aceitação de princípio de que, em caso de criminalidade grave, terão de valorar-se também diários privados ou o encurtamento drástico do efeito-à-distância das proibições de valoração»<sup>171</sup>.

Dentro desta conjuntura, pode-se citar a própria tomada de posição do BGH alemão, que, em julgamento, erigiu como tese que “a realização da justiça penal representa um valor nuclear do Estado de Direito susceptível de ser levado à balança da ponderação com os direitos fundamentais”, observando que “a constituição não 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 actualização da própria justiça”<sup>172-173</sup>.

O que se pode dizer deste segundo posicionamento, de forma geral, é que se parte do pressuposto de que uma proibição de produção não pode gerar automaticamente uma proibição de valoração.

Neste sentido, entre os adeptos desta concepção, há aqueles que entendem que, sendo proibida a produção, realizada esta, a regra não teria mais efeitos, cabendo a reparação do dano por outros meios, que não a proibição de valoração, que seria, ademais, um preço muito alto a pagar pela ilegalidade inicial<sup>174</sup>. Para que se tenha uma proibição de valoração exige-se,

<sup>170</sup> Citados por COSTA ANDRADE, *op. cit.*, p. 68.

<sup>171</sup> COSTA ANDRADE, Manuel da. *op. cit.*, p. 68.

<sup>172</sup> COSTA ANDRADE, Manuel da. *op. cit.*, p. 30-31.

<sup>173</sup> Contundente a crítica de Grünwald a tal posicionamento: “A maior ameaça para os princípios que protegem o argüido advém da tese – que é uma criação do Tribunal Constitucional – de que a eficácia funcional da justiça penal constitui um bem jurídico de dignidade constitucional, tese que terá a sua matriz nos próprios princípios do Estado de Direito” (COSTA ANDRADE, Manuel da. *op. cit.*, p. 31).

<sup>174</sup> Conforme Costa Andrade, “explicitando mais as coisas, considera AMELUNG, em termos que denotam apreensão idêntica à declinada por WIGMORE, que reagir a toda a infracção dos preceitos processuais com uma proibição de valoração seria pagar «um preço exageradamente elevado. Pois, o efeito primário e imediato de

então, para os adeptos desta visão, uma específica determinação legal ou uma construção axiológico-teleológica.

Foram formuladas, com esse intuito, “doutrinas como a teoria da esfera jurídica, a teoria dos três graus, a teoria do fim de protecção da norma, a teoria dos direitos de domínio de informação”, dentre outras, que servem para “identificar em que termos e com que alcance prático-jurídico a violação de uma proibição de produção se converte numa proibição de valoração dependente”<sup>175</sup>. Tais teorias serão analisadas mais especificamente no próximo tópico, sendo de grande interesse o seu estudo porquanto dominantes na jurisprudência atual, mormente a teoria da ponderação.

A terceira hipótese referida inicialmente estabelece as proibições de valoração independentes. Tal concepção surgiu através da percepção de que, em algumas situações, muito embora não haja uma violação de produção, a utilização de uma prova pode, da mesma forma, atingir gravemente um direito do acusado.

Quanto a sua apresentação, refere Kai Ambos que,

*en general hay consenso en el hecho de que la existencia de una prohibición de utilización probatoria no depende – en el sentido formal – de su expresa codificación, sino que más bien ello está determinado en sentido material de acuerdo con la razón de ser de la norma procesal violada y en consideración a aquellos intereses contrapuestos que obstaculizan la averiguación de los hechos*<sup>176</sup>.

A proibição de valoração independente, desta forma, tem por objetivo proteger um direito essencial do réu, que, muito embora não coberto por uma proibição de produção, deve ser abrigado de possível agressão estatal. Para tanto, pode haver menção expressa à proibição de valoração, ou, então, a mesma pode ser deduzida através de valores e normas integrantes do ordenamento, realizando-se uma construção axiológica-teleológica da mesma.

Novamente, assinala Kai Ambos que para “*llegar realmente a una prohibición de utilización de pruebas, es necesaria o bien una disposición legal expresa*”<sup>177</sup> (en caso de

uma proibição de valoração concebida nestes moldes não é a punição do sistema de perseguição penal ou dos seus representantes mas antes um prejuízo infligido ao Estado. Ele veria a sua pretensão punitiva posta em perigo ou mesmo pura e simplesmente precludida sempre que, em nome da proibição de valoração, se lhe pudesse retirar das mãos um meio de prova de que poderia prevalecer-se para condenar um delinqüente. Ao mal já causado pela irregularidade processual acresceria um novo mal, agora pela via da proibição de valoração e que acabaria por atingir a comunidade»” (COSTA ANDRADE, Manuel da. *op. cit.*, p 145).

<sup>175</sup> COSTA ANDRADE, Manuel da. *op. cit.*, p. 59.

<sup>176</sup> AMBOS, Kai. *op. cit.*, p. 9: “em geral, há consenso sobre o fato de que a existência de uma proibição de valoração probatória não depende – no sentido formal – de sua expressa codificação, sendo que ela está determinada no sentido material de acordo com a razão de ser da norma processual violada e em consideração àqueles interesses contrapostos que obstaculizam a averiguação dos fatos” (tradução livre).

<sup>177</sup> Como exemplo, Kai Ambos refere: “El uso de extracciones de sangre o de células del cuerpo humano quedan limitadas al respectivo proceso penal; [...] Los datos personales obtenidos que sean grabados a través de medios

*prohibiciones de utilización de pruebas escritas, [...] o bien una fundamentación teórica (en caso de las prohibiciones de utilización no escritas) con base en la doctrina de las prohibiciones de utilización de pruebas*<sup>178</sup>.

O que é importante, todavia, é ter em mente que está ultrapassado o postulado segundo o qual a proibição de valoração pressupõe invariavelmente a prévia identificação de uma proibição de produção. Nas palavras de Costa Andrade:

Este postulado é posto abertamente em crise pelas chamadas proibições de valoração independentes, isto é, que ocorrem à margem de qualquer violação das normas de produção da prova. Emergindo, por via de regra, a partir da referencia directa à tutela constitucional dos direitos fundamentais, as proibições de valoração independentes podem igualmente suscitar-se no contexto duma produção de prova inteiramente conforme aos pertinentes imperativos legais. A isto se reconduz, no essencial, a problemática dos chamados conhecimentos fortuitos, obtidos, v. g., partir de uma escuta telefônica legal. Como, em sentido convergente, acaba de se pronunciar o BHG germânico: «Há toda uma série de proibições de valoração de prova que não têm atrás de si uma produção legalmente inadmissível da prova [...] Estaremos perante uma proibição de valoração deste tipo sempre que os conhecimentos obtidos a partir duma escuta telefônica legalmente realizada não podem ser valorados»<sup>179</sup>.

Assim, deve-se fixar que é possível proibir a valoração de determinada prova, muito embora a sua produção não esteja diretamente vedada pela Constituição ou pelas leis infraconstitucionais. A utilização do resultado de uma prova pode, portanto, gerar uma violação tão ou mais importante do que aquela resultante do desrespeito a uma proibição de produção.

Tal concepção, segundo Costa Andrade, é reforçada pela doutrina dos direitos de domínio da informação, formulada por Amelung, que reconduz a um conjunto de direitos fundamentais que têm em comum cometerem ao respectivo titular o domínio exclusivo sobre a pertinente área de informação<sup>180</sup>. Tal doutrina (que será estudada com mais ênfase posteriormente), segundo o autor, legitima que seja a pessoa a decidir quem, em que medida e para que fins pode ter acesso, conservar ou utilizar uma informação<sup>181</sup>.

Em suma, esta nova categoria representa uma evolução das anteriores enquanto

---

mecánicos, tienen restricción para su utilización ‘en otros procesos penales’” (AMBOS, Kai. *op. cit.*, p. 21: “O uso do sangue ou células extraídas são limitadas ao respectivo processo penal [...]; Os dados pessoais obtidos que sejam gravados através de meios mecânicos tem restrição em sua utilização para ‘outros processos penais’” (tradução livre).

<sup>178</sup> AMBOS, Kai. *op. cit.*, p. 7: “para chegar realmente a uma proibição de valoração de prova ou uma disposição legal expressa (em caso de proibições de valoração de provas escritas [...]) ou uma fundamentação teórica (em caso de proibição de valoração não escrita) com base na doutrina das proibições de utilização de prova” (tradução livre).

<sup>179</sup> COSTA ANDRADE, Manuel da. *op. cit.*, p. 56-57.

<sup>180</sup> COSTA ANDRADE, Manuel da. *op. cit.*, p. 48.

<sup>181</sup> COSTA ANDRADE, Manuel da. *op. cit.*, p. 48.

demonstra a possibilidade de violações de direitos através da simples valoração de uma prova. A doutrina dos direitos de domínio da informação, descrita de forma geral acima, demonstra uma concretização da ideia exposta, defendendo o domínio de certas informações pelo réu, domínio este que não pode ser restringido pelo Estado.

Tanto a segunda categoria, da possibilidade de valoração de provas proibidas, quanto esta última, de proibições de valoração autônomas, são as de maior interesse para este trabalho. Isto porque a problemática do compartilhamento do resultado das interceptações telefônicas com outros processos penais ou extrapenais, analisada no próximo capítulo do trabalho, pode ser resolvida através da aplicação destas concepções.

Para melhor compreendê-las, entretanto, devem-se perscrutar as teorias que atuam na sua identificação e aplicação prática. As mais importantes serão analisadas a seguir, dando-se ênfase a de maior aceitação pela doutrina, qual seja, a teoria da ponderação.

#### **1.2.4. Teorias para aplicação concreta**

De forma passageira, assinalou-se, acima, a existência de várias teorias que têm por pretensão dar solução prática às questões envolvendo as proibições de produção e valoração de provas, mormente as que se referem às proibições de valoração autônomas e à valoração de provas proibidas.

Com efeito, também ficaram estabelecidos, anteriormente, de forma geral, os fundamentos em que estas concepções estão baseadas. Neste sentido, deve-se relembra, como diz Ambos, que,

*en primer lugar, se deduce de esta diferenciación entre prohibición de producción y prohibición de utilización probatoria, que una violación de la producción no acarrea necesariamente una prohibición de utilización, [...], sino que la transgresión en contra de una prohibición (primaria) de producción probatoria en el mejor de los casos indica – pero no implica automáticamente – la no utilización posterior<sup>182</sup>.*

Deste modo, sendo uma proibição de produção apenas um indicativo de uma proibição de valoração, para chegar realmente a uma proibição de utilização de provas é necessário ou uma disposição legal expressa (no caso de proibições de utilização de provas escritas) ou uma

---

<sup>182</sup> AMBOS, Kai. *op. cit.*, p. 7: “em primeiro lugar, deduz-se desta diferenciação entre proibição de produção e proibição de valoração que uma violação da produção não acarreta necessariamente uma proibição de valoração, [...], sendo que a transgressão de uma proibição (primária) de produção de prova no melhor dos casos indica – mas não implica automaticamente – sua não valoração posterior” (tradução livre).

fundamentação teórica (no caso das proibições de utilização não escritas) com base na doutrina das proibições de utilização de provas<sup>183</sup>.

O verdadeiro problema, como se percebe, revela-se em relação à possibilidade, ou não, de valoração de determinadas provas. Isto porque é através da utilização da prova que se concretiza o verdadeiro prejuízo ao réu, sendo, igualmente, onde se pode identificar com mais clareza os valores presentes no Estado de Direito da sociedade analisada.

No entanto, a determinação de uma proibição de valoração na vida diária dos tribunais apresenta inúmeras dificuldades, principalmente devido à falta de regulamentação legal. De tal forma que, a fim de se criar soluções a tal problemática, desenvolveram-se inúmeras teorias, com visões diferentes sobre a forma de definição de uma proibição de valoração.

Deve-se prevenir, todavia, conforme refere Ambos, que “*distintas teorías disputan la solución correcta de los supuestos que subyacen en los conflictos de ponderación, sin que, evidentemente, se haya podido alcanzar una respuesta satisfactoria a los diferentes niveles del problema*”<sup>184</sup>.

Algumas destas teorias, que refletem tanto na possibilidade de valoração de uma prova proibida quanto no desenvolvimento das proibições de valoração autônomas, serão analisadas, portanto, a seguir.

#### 1.2.4.1. Teoria do fim de proteção da norma

A doutrina do fim de proteção da norma surge, em primeira linha, animada pela intenção de identificar em que termos e com que alcance prático-jurídico a violação de uma proibição de produção se converte numa proibição de valoração dependente<sup>185</sup>.

Baseia-se, fundamentalmente, como o próprio nome diz, em solucionar a problemática das proibições de valoração através da fixação na *ratio* ou fim de proteção da norma de proibição, tendo em Grünwald e Rudolphi os seus principais defensores.

Segundo Grünwald, como explica Costa Andrade,

tudo está em saber se a produção ilegal da prova representa já, de *per si*, a frustração definitiva e irreversível do fim de protecção da norma que proíbe a prova; ou se, inversamente, é só a valoração da prova ilegalmente obtida que consoma ou, pelo

<sup>183</sup> Conforme AMBOS, Kai. *op. cit.*, p. 7.

<sup>184</sup> AMBOS, Kai. *op. cit.*, p. 26: “distintas teorías disputan a solución correcta dos conflitos de ponderación, sem que, evidentemente, se possa ter alcançado uma resposta satisfatória aos diferentes níveis do problema” (tradução livre).

<sup>185</sup> Neste sentido, COSTA ANDRADE, Manuel da. *op. cit.*, p. 59.

menos, aprofunda a lesão do interesse protegido. Na primeira hipótese, não ocorrerá qualquer proibição de valoração; já na segunda a regra tenderá a ser a proibição de valoração<sup>186</sup>.

Cabe salientar, todavia, que, para o autor,

este primeiro momento, que permite identificar em tese geral e abstracta as proibições de valoração, não decide, só por si e em definitivo, da admissibilidade da valoração dos meios de prova ilegalmente produzidos. Importa, num segundo momento, fazer intervir outro princípio geral e igualmente decisivo, segundo o qual: um meio de prova «é, apesar da violação da proibição de prova, de valorar sempre que ele se teria igualmente obtido através de um procedimento conforme à lei»<sup>187</sup>.

Quanto à Rudolphi, este expõe que,

haverá proibição de valoração quando, com a proclamação da norma violada, o legislador «quer impedir a influencia de determinado meio de prova ou de outras circunstancias sobre a sentença a proferir e esta indesejável influencia pode, no caso concreto, vir efectivamente a ocorrer como consequência da violação da norma»<sup>188</sup>.

De forma geral, portanto, como ressalta Ambos, *la doctrina del fin de protección de la norma (Schutzzwecklehre) cuestiona si el sentido y el fin de una disposición procesal infringida demandan explícitamente una prohibición de utilización*<sup>189</sup>. Assim, existente a norma de proteção e a sua violação, “*plantea la pregunta de si su propósito justamente estriba en excluir del acervo probatorio utilizable el resultado probatorio obtenido con la violación de la prohibición, ya que por cuenta de su eventual permanencia la prueba así obtenida entraña una profundización de la violación del derecho*”<sup>190</sup>.

Em termos de aplicação prática, Costa Andrade cita o caso da violação do dever de esclarecimento do argüido quanto ao seu direito ao silêncio, hipótese em que, para os adeptos do fim de proteção da norma, “a lesão só se consumará se e na medida em que as declarações não esclarecidas do argüido vierem efectivamente a servir de suporte à sua condenação”<sup>191</sup>. A mera falta de aviso, portanto, não lesaria o fim de proteção da norma, que só se verificaria atacada com a valoração das declarações na sentença.

No entanto, as críticas a este modo de pensamento são muitas. Primeiramente, para sua

<sup>186</sup> COSTA ANDRADE, Manuel da. *op. cit.*, p. 103.

<sup>187</sup> COSTA ANDRADE, Manuel da. *op. cit.*, p. 103-104.

<sup>188</sup> Conforme COSTA ANDRADE, Manuel da. *op. cit.*, p. 104.

<sup>189</sup> AMBOS, Kai. *op. cit.*, p. 26-27: “a doutrina do fim de proteção da norma [...] questiona se o sentido e o fim de uma disposição processual infringida demanda explicitamente uma proibição de valoração” (tradução livre).

<sup>190</sup> AMBOS, Kai. *op. cit.*, p. 26-27: “surge a pergunta de se seu propósito justamente é de excluir do acervo probatório utilizável o resultado probatório obtido com a violação da proibição, já que por conta de sua eventual permanência a prova assim obtida envolve um aprofundamento da violação do direito” (tradução livre).

<sup>191</sup> COSTA ANDRADE, Manuel da. *op. cit.*, p. 103.

aplicação é necessário que haja efetivamente uma regra de proibição de produção a ser interpretada, norma esta que, muitas vezes, inexistente. Além disso, ainda que existente, seria necessário determinar o seu fim de proteção, que pode não ser único, tendo em vista que pode apresentar diferentes visões sobre a possibilidade de tal norma proteger efetivamente tal fim.

De melhor forma, estas considerações foram feitas por Costa Andrade:

A começar, muitas normas processuais suscitam dificuldades comprometedoras quanto à identificação do fim de proteção, tudo dependendo em última instância da impositação do interprete e aplicador. Não deixam, em segundo lugar, de abundar as normas de intencionalidade teleológica pluridimensional, a suscitar complexos problemas de hierarquização dos vários fins de proteção e, sobretudo, de aplicação dos critérios de consumação e aprofundamento do dano<sup>192</sup>.

O mesmo autor ressalta, todavia, que a “pertinência destas críticas não deve, contudo, fazer perder de vista o irrecusável significado do fim de proteção das normas no discurso das proibições de prova”<sup>193</sup>. Mormente porque “a discussão da doutrina de GRÜNWARD permitiu-nos entrar em contacto com os chamados processos hipotéticos de investigação<sup>194</sup>, réplica dos comportamentos lícitos alternativos da dogmática penal substantiva e em torno dos quais se vai desenhando uma nova doutrina das proibições de prova”<sup>195</sup>.

#### 1.2.4.2. Teoria da Ponderação

De aplicação mais freqüente, a teoria da ponderação é aquela que se propõe a resolver a problemática das proibições de produção e valoração das provas através do balanceamento dos interesses em jogo. Tais interesses, com efeito, normalmente vão se referir à eficiência e efetividade da persecução criminal de um lado, e ao respeito aos direitos do réu do outro. Kai Ambos faz menção a esta dualidade<sup>196</sup> da seguinte forma:

*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*

<sup>192</sup> COSTA ANDRADE, Manuel da. *op. cit.*, p. 104.

<sup>193</sup> COSTA ANDRADE, Manuel da. *op. cit.*, p. 106.

<sup>194</sup> Conforme Costa Andrade, “na sua formulação mais simples: a violação dum proibição de produção da prova não determina a proibição de valoração do meio de prova sempre que se possa afirmar que aquele meio se teria igualmente obtido caso se tivessem respeitado as normas processuais violadas” (COSTA ANDRADE, Manuel. *op. cit.*, p. 107).

<sup>195</sup> COSTA ANDRADE, Manuel da. *op. cit.*, p. 107.

<sup>196</sup> Tal dicotomia, como já salientando anteriormente, está presente em todo o Processo Penal, e tem reflexos claros na doutrina das proibições de prova. Dito de forma mais clara, quanto mais valorizada a eficiência da persecução criminal, menos proibições de produção e valoração de prova irão verificar-se, e vice-versa.

*garantía de los derechos fundamentales del imputado recién citados por otra, lleva a complejas decisiones de ponderación, que pocas veces dejan completamente satisfechas a ambas partes – a la persecución penal y a la defensa –. Esta tensa relación también se puede describir por medio de la antítesis entre justicia material (realización de la pretensión penal), y garantía del debido proceso (aseguramiento de los derechos del imputado). Traducido a la terminología de la moderna teoría de los fines de la pena (en sentido funcionalista), se puede hablar del dilema de una doble función estabilizadora de la norma: el Estado debe estabilizar no solo las normas jurídico penales a través de una persecución penal efectiva, sino también, en el mismo plano, los derechos fundamentales de los imputados por medio del reconocimiento y ante todo la aplicación de prohibiciones de utilización de prueba en caso de violaciones de los derechos del individuo<sup>197</sup>.*

Nos dizeres de Rogall, que apresenta uma visão simplificadora de conflitualidade unidimensional, as proibições de valoração “emergem [...] do conflito entre os interesses individuais e o interesse da perseguição penal”, de forma que “só pode afirmar-se a sua existência quando a consideração da concreta situação de conflito faz aparecer a prevalência do interesse individual, porque o princípio do Estado de Direito reclama a garantia e efectivação do bem jurídico individual face à actividade de perseguição do Estado”<sup>198-199</sup>.

Na Alemanha, inicialmente, verificou-se a fundamentação pela ponderação nos denominados “casos dos diários”, situações em que se obrigava o Tribunal a decidir sobre a possibilidade de valoração de informações retiradas dos diários dos acusados. Segundo Costa Andrade “as decisões sobre os casos do diário levaram o Tribunal Federal a pronunciar-se abertamente por um princípio geral de ponderação que erige a realização efectiva da justiça penal em transcendente interesse do Estado de Direito cuja promoção ou salvaguarda pode sobrepor-se aos direitos fundamentais e legitimar o seu sacrifício”<sup>200</sup>. Para aquela situação específica, então, decidiu o Tribunal, adotando a teoria da ponderação, que “uma proibição de valoração [...] só pode ser reconhecida no contexto de uma ponderação entre o interesse na tutela da esfera de segredo, garantido como direito pessoal e fundamental, e o interesse do Estado na perseguição penal”<sup>201</sup>.

<sup>197</sup> AMBOS, Kai. *op. cit.*, p. 4: “A tensa relação entre o interesse em uma administração da justiça funcional e eficaz, em que se cumpra o fim de esclarecer os fatos delitivos por um lado, e a garantia dos direitos fundamentais do imputado por outro, leva a complexas decisões de ponderação, que poucas vezes deixam completamente satisfeitas a ambas as partes – a persecução penal e a defesa -. Esta tensa relação também se pode descrever por meio da antítese entre a justiça material (realização da pretensão penal), e a garantia do devido processo (aseguramento dos direitos do imputado). Traduzido à terminologia da moderna teoria dos fins da pena (em sentido funcionalista), se pode falar do dilema de uma dupla função estabilizadora da norma: o Estado deve estabilizar não somente as normas jurídicas penais através de uma persecução penal efetiva, mas também, e no mesmo plano, os direitos fundamentais do acusado por meio do reconhecimento e ante toda a aplicação das proibições de valoração de prova em caso de violações dos direitos do indivíduo” (tradução livre).

<sup>198</sup> Conforme COSTA ANDRADE, Manuel da. *op. cit.*, p. 33.

<sup>199</sup> Avalia-se, segundo esta corrente, no caso concreto, o significado do interesse punitivo, a gravidade da violação legal, a dignidade de tutela e a carência de tutela do interesse lesado.

<sup>200</sup> COSTA ANDRADE, Manuel da. *op. cit.*, p. 29.

<sup>201</sup> COSTA ANDRADE, Manuel da. *op. cit.*, p. 29.

O que é defendido pelos adeptos desta teoria, portanto, é que a decisão sobre a proibição de valoração de uma determinada prova seja realizada no caso concreto, através da ponderação entre a gravidade da lesão do direito do réu e a eficiência da persecução criminal, incluindo-se, aí, a gravidade<sup>202</sup> do delito analisado.

Neste sentido, resume a questão as palavras de Kai Ambos:

*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 no debe ser investigada a cualquier precio. Por otra parte, hay que considerar que las prohibiciones de utilización inciden en las posibilidades de averiguación de 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.*<sup>203</sup>

Como se pode perceber através das informações apresentadas, a ideia de ponderação só é possível quando se eleva a “justiça funcionalmente capaz” ou a “luta eficaz contra o crime” à mais alta das categorias, de forma a encontrar-se no mesmo nível dos direitos, arduamente conquistados, de garantia dos cidadãos perante o Estado. Necessário, destarte, compreender que a ponderação parte da concepção de que há “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 da criminalidade”<sup>204</sup>.

Tal teoria, como se vê, está intimamente conectada à questão da criminalidade. Isto porque em sua base encontra-se a ideia de que o Processo Penal deve desempenhar um papel de combate e resposta à crescente onda de delitos, que pode ser realizada através do aumento do número de condenações, por meio do uso de provas anteriormente vedadas legalmente.

<sup>202</sup> Conforme Costa Andrade, “é precisamente na base desta compreensão do princípio da ponderação que o BGH vem sustentando, em matéria de proibições de prova, um regime diferenciado para a criminalidade grave. [...] Ainda nos termos da decisão do primeiro caso do diário: «quando está em jogo a suspeita fundada em 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 persecução penal. À luz do significado do direito fundamental, fazendo para o efeito relevar o ilícito do facto na medida em que possa ser já referenciado»” (COSTA ANDRADE, Manuel da. *op. cit.*, p. 30).

<sup>203</sup> AMBOS, Kai. *op. cit.*, p. 27: “A decisão a favor ou contra uma proibição de valoração tem de ser fundamentada em uma ponderação ampla. Nela se compreende o peso da infração processual bem como sua importância para a esfera legalmente protegida do afetado, o mesmo que o peso da consideração, segundo a qual a verdade não deve ser investigada a qualquer preço. Por outra parte, há que se considerar que as proibições de valoração incidem na possibilidade de averiguação da verdade e que o Estado, em conformidade com a jurisprudência constitucional, há de garantir com a Lei Fundamental uma administração da justiça penal funcional, sem a qual a justiça não pode ser realizada” (tradução livre).

<sup>204</sup> COSTA ANDRADE, Manuel da. *op. cit.*, p. 28.

Por tais motivos, a ponderação, apesar de largamente utilizada, não está imune a duras críticas. Com efeito,

autores como GRÜNWALD, HASSEMER, WOLTER ou AMELUNG, vêm pondo em evidência que a doutrina da ponderação [...] para além de colidir com princípios basilares da organização e funcionamento do Estado de direito, só seria possível em nome duma compreensão do direito extremamente orientado para as conseqüências e, por isso, indiferente à legitimação material e à margem de todo o lastro ético-axiológico<sup>205</sup>.

Assim, argumenta, por exemplo, Wolter que “em todos os casos que contendam com a dignidade humana, não poderão ser chamados à ponderação os interesses por uma justiça penal eficaz”. Isto porque “quem o fizesse não tomaria a sério nem a inviolabilidade da dignidade humana nem um processo penal vocacionado para a protecção dos direitos fundamentais. Pois, nas situações de criminalidade mais grave uma tal ponderação de interesses redundaria sistematicamente na frustração da tutela dos direitos fundamentais”<sup>206</sup>.

Neste mesmo sentido, observa-se a crítica de Schmitt, para quem, no âmbito das gravações ocultas,

o interesse do Estado na perseguição do agente nunca pode valer como interesse prevalecte sobre a tutela do direito de personalidade. Uma vez que aquele interesse existe sempre, admitir a valoração num caso concreto, mesmo que a título puramente excepcional, corresponderia a abrir a porta à valoração generalizada, e contra a vontade do interessado, das gravações ocultas<sup>207</sup>.

Neste diapasão, questiona-se, igualmente, a legitimidade do Poder Judiciário para reduzir a compreensão e extensão dos direitos fundamentais em nome de uma ponderação autónoma de interesses<sup>208</sup>. Amelung, por exemplo, pontua que “o legislador [...] tomou sobre si o ônus da ponderação quanto a saber em que medida há-se outorgar-se o primado ao interesse no domínio da informação [...] ou ao interesse na perseguição penal. Uma decisão a que os demais órgãos do estado estão vinculados”<sup>209</sup>.

Pode-se, também, citar a posição de Hassemer, que, muito embora considere a ponderação um bom princípio da jurisprudência, avalia que “*el proceso penal, [...] parece um ámbito jurídico y un tipo de procedimiento en el cual el método de la ponderación no resulta*

<sup>205</sup> COSTA ANDRADE, Manuel da. *op. cit.*, p. 34.

<sup>206</sup> WOLTER, Jürgen *apud* COSTA ANDRADE, Manuel da. *op. cit.*, p. 38.

<sup>207</sup> SCHMITT, Robert *apud* COSTA ANDRADE, Manuel da. *op. cit.*, p. 34.

<sup>208</sup> AMELUNG, Knut *apud* COSTA ANDRADE, Manuel da. *op. cit.*, p. 40.

<sup>209</sup> AMELUNG, Knut *apud* COSTA ANDRADE, Manuel da. *op. cit.*, p. 40.

*para nada adecuado, y que incluso, con el tiempo, puede tener efectos devastadores*<sup>210</sup>. E explica:

*Las formalidades del procedimiento penal no son meras formalidades, en su núcleo son formas protectoras en interés de la totalidad de los intervinientes en el proceso y, ante todo, del imputado. Si se autoriza en el caso concreto a dejar de lado estas formalidades, de este modo, se tornan dispositivos todos los pilares del derecho procesal penal*<sup>211</sup>.

Em geral, destarte, a mais contundente das críticas refere-se à existência de princípios e valores indisponíveis, e como tais subtraídos à “dogmática da ponderação” no processo penal<sup>212</sup>. De fato, como assinala Hassemer, a ponderação de bens é um “mecanismo que, na hora da necessidade, legitima a violação de direitos e princípios que constituem as colunas sobre que assenta a nossa cultura jurídica”<sup>213</sup>.

Em resumo, através da teoria da ponderação tenta-se resolver a problemática das proibições de valoração mediante um balanceamento dos valores atingidos. Isto tanto para os casos em que se verifica a ocorrência de uma violação de produção, quanto para as hipóteses de proibições de valoração autônoma.

Os críticos, todavia, indagam-se, principalmente, a respeito da possibilidade de ponderação e redução de determinados direitos, que, teoricamente, foram erigidos como garantias básicas ao perseguido criminalmente. Questiona-se, também, a eleição da justiça criminal eficiente como um dos pilares básicos do Processo Penal, a ponto de igualar-se aos direitos fundamentais do réu para fins de balanceamento.

#### 1.2.4.3. Teoria dos direitos de domínio da informação

Formulada por Knut Amelung, a teoria dos direitos de domínio da informação traz nova luz à problemática das proibições de prova, principalmente em termos de interceptações telefônicas.

<sup>210</sup> HASSEMER, Winfried. *op. cit.*, p. 89: “o processo penal parece um âmbito jurídico e um tipo de procedimento no qual o método da ponderação não resultada para nada adequado, e que, inclusive, com o tempo, pode ter efeitos devastadores” (tradução livre).

<sup>211</sup> HASSEMER, Winfried. *op. cit.*, p. 89: “As formalidades do processo penal não são meras formalidades, em seu núcleo são formas protetoras dos interesses de todos os envolvidos no processo, e principalmente, do acusado. Se se autoriza no caso concreto a deixar de lado estas formalidades, destes modo se tornam disponíveis todos os pilares do direito processual penal” (tradução livre).

<sup>212</sup> COSTA ANDRADE, Manuel da. *op. cit.*, p. 36.

<sup>213</sup> Conforme COSTA ANDRADE, Manuel da. *op. cit.*, p. 37.

O referido autor defende, através desta doutrina, um conjunto de direitos fundamentais que têm em comum cometerem ao respectivo titular o domínio exclusivo sobre a pertinente área de informação<sup>214</sup>. Assim, é ao titular destes direitos que compete decidir quem, em que medida e para que fins pode ter acesso, conservar ou utilizar a informação<sup>215</sup>.

Mais especificamente, Amelung ressalta que a teoria segue duas óticas, sendo a primeira referente ao fato de que “há direitos subjetivos que permitem aos seus detentores conservar determinadas informações e por isso impedir que sejam armazenadas, transmitidas ou utilizadas”; e a segunda refere-se a existência de “*direitos de domínio da informação* sobre dados que já estão armazenados juntamente com outros que não o detentor do direito, porém permanecem sujeitos ao seu poder de disposição, na medida em que eles somente podem ser transmitidos ou utilizados para novos fins mediante sua autorização”<sup>216</sup>.

Observados estes aspectos, acredita o autor que “o pensamento da protecção de direitos de domínio da informação [...] é o mais importante princípio de legitimação das proibições de valoração”<sup>217</sup>. E, de fato, tal doutrina permite uma coerente racionalização da justificativa pela proibição de valoração das provas.

Isto porque os direitos de domínio da informação, na esteira do já propalado no âmbito constitucional acerca das características dos direitos fundamentais (como *Abwehrrechte*), são direitos de defesa, direitos de *status negativus*, que conferem ao seu detentor uma *pretensão de defesa* das informações protegidas, que se dirige contra o levantamento de informações. Com isso, se tal pretensão primária é violada, porque os órgãos da persecução penal intervêm sem autorização legal no direito de domínio da informação, então ela se converte em uma *pretensão secundária* das informações, de eliminação de consequências ou omissões que se dirigem contra o armazenamento, o uso ou a transmissão de informações obtidas ilicitamente

218-219

<sup>214</sup> COSTA ANDRADE, Manuel da. *op. cit.*, p. 48.

<sup>215</sup> COSTA ANDRADE, Manuel da. *op. cit.*, p. 48.

<sup>216</sup> AMELUNG, Knut. “*Zum Streit über die Grundlagen der Lehre von den Beweisverwertungsverböten*”, in *Festschrift für Claus Roxin zum 70. Geburtstag*, Berlin: De Gruyter, 2001, p. 1260 (tradução de Pablo Rodrigo Alflen, no prelo).

<sup>217</sup> COSTA ANDRADE, Manuel da. *op. cit.*, p. 49.

<sup>218</sup> AMELUNG, Knut. *op. cit.*, p. 1260-61.

<sup>219</sup> Conforme Amelung, “a teoria dos direitos de domínio da informação na verdade observa a ideia de restituição como o princípio jurídico mais importante, mas não como o único princípio do qual se deduz a proibição de valoração. Um segundo princípio assenta na ideia de que o Estado perde a *legitimação de pena*, quando ele reage a uma violação do direito com uma sentença penal que se baseia em uma violação de direito equivalente para a obtenção da informação. A consequência desta proibição, que se contradiz em si, é a proibição de valoração disposta no § 136a do StPO. Um terceiro princípio é do *proteção da busca da verdade*. Dele extraem-se as proibições de valoração que proíbem ao juiz utilizar informações incompletas ou acessíveis somente em parte e que são introduzidas por meio da violação de regras sobre a possibilidade de ser ouvido em

Estas pretensões secundárias, segundo Amelung, cumprem uma função dogmática formal, material e técnico-procedimental.

Sob o aspecto formal, assinala o autor que “elas lançam a ponte muitas vezes inexistente entre uma lesão do direito processual escrito e a fundamentação de uma proibição de valoração”<sup>220</sup>. Assim, neste âmbito,

pretensões secundárias à não utilização de uma informação surgem quando são violadas normas de direito positivo, que limitam a autorização dos órgãos de persecução penal para afetar os direitos de domínio da informação. Nesse sentido as proibições de valoração, que se baseiam na lesão de direito de domínio da informação, derivam do direito positivo<sup>221</sup>.

Em relação ao carácter dogmático material, “as pretensões secundárias de informações lançam uma ponte entre a lesão de uma proibição de produção de prova e o princípio da justiça”<sup>222</sup>. Deste modo,

no direito probatório elas auxiliam ao princípio geral de implementação, segundo o qual aqueles que violaram o direito subjetivo de outrem têm que colocar o lesado do modo que este gostaria caso não tivesse ocorrido a lesão. As pretensões de omissão e de eliminação de consequências às informações servem, com outras palavras, à realização no direito probatório do *princípio da restituição*<sup>223</sup>.

Por último, quanto ao aspecto técnico-processual, “as pretensões secundárias de informações lançam uma ponte entre a dogmática da proibição de provas e a dogmática da *proteção jurídica* no processo penal”<sup>224</sup>. De tal forma, “se o direito de domínio da informação de um direito fundamental é violado, então estas pretensões podem ser tornadas efetivas com os meios de proteção jurídica contra as intervenções processuais penais nos direitos fundamentais”<sup>225</sup>, representados por requerimentos e recursos.

Amelung ainda salienta a existência de casos especiais, nos quais as informações já estão armazenadas de forma lícita junto a um órgão do poder público, situação em que a proteção dos direitos de domínio da informação dirige-se apenas contra a sua transmissão e uso para fins ilícitos. Em outras palavras, afirma o autor que, além dos direitos de informação sobre aqueles dados obtidos com violação da pretensão primária,

---

juízo (*rechtlichen Gehör*), bem como de uso de documentos no processo” (AMELUNG, Knut. *op. cit.*, p. 1262-63)

<sup>220</sup> AMELUNG, Knut. *op. cit.*, p. 1261.

<sup>221</sup> AMELUNG, Knut. *op. cit.*, p. 1261.

<sup>222</sup> AMELUNG, Knut. *op. cit.*, p. 1261.

<sup>223</sup> AMELUNG, Knut. *op. cit.*, p. 1261.

<sup>224</sup> AMELUNG, Knut. *op. cit.*, p. 1261.

<sup>225</sup> AMELUNG, Knut. *op. cit.*, p. 1261.

há também *direitos de domínio da informação* sobre dados que já estão armazenados juntamente com outros que não o detentor do direito, porém permanecem sujeitos ao seu poder de disposição, na medida em que eles somente podem ser transmitidos ou utilizados para novos fins mediante sua autorização<sup>226</sup>.

Na prática, verifica-se, por exemplo, a situação “em que o Estado detém legitimamente informação que não pode, pura e simplesmente valorar em processo penal. É o que pode acontecer com as informações recolhidas, v. g., no contexto da acção tributária a cuja valoração processual se oponha o respectivo titular”<sup>227</sup>.

Como se pode verificar, portanto, a teoria dos direitos de domínio da informação acaba por abarcar tanto as situações de proibição de produção de prova, dando base para a conseqüente proibição de valoração (pretensão secundária das informações), assim como dá suporte às proibições de valoração autônomas, enquanto garante o domínio sobre informações já armazenadas pelo poder público, que necessitam de autorização expressa do titular para que sejam transmitidos ou utilizados para novos fins.

### **1.2.5. Exclusionary rules**

O sistema norte-americano das *exclusionary rules* já foi brevemente analisado no decorrer do trabalho. A sua origem foi estabelecida no caso *Boyd v. United States* (1886), em que “*the Court held that the forced disclosure of papers amounting to evidence of crime violated the Fourth Amendment and that such items therefore were not admissible in the proceedings against Boyd*”<sup>228</sup>.

Conforme anteriormente salientado, o regime foi estabelecido com o objetivo geral de limitação à atividade probatória. Assim, foram criadas regras que têm por função proteger determinados direitos fundamentais da invasão estatal através da declaração de sua invalidade probatória, desencorajando-se, assim, a utilização de meios de prova obtidos mediante a violação de disposições legais e constitucionais. Ademais, com a existência de uma regra de exclusão também se pretende impedir que o Estado se locuplete de seu próprio comportamento ilegal, bem como que se mantenha a integridade do julgador, que não está obrigado a compactuar com a atividade estatal ilícita.

<sup>226</sup> AMELUNG, Knut. *op. cit.*, p. 1260.

<sup>227</sup> COSTA ANDRADE, Manuel da. *op. cit.*, p. 57.

<sup>228</sup> LAFAVE, Wayne; ISRAEL, Jerold H.; KING, Nancy J. *op. cit.*, p. 106: “a Corte considerou que o descobrimento forçado de papéis relativos à prova do crime viola a 4.<sup>a</sup> Emenda e, portanto, estes itens não são admissíveis no processo contra Boyd” (tradução livre).

Estas normas de proteção criadas têm como característica principal a sua origem processual, diferentemente da origem material daquelas das proibições de prova. Neste sentido, já afirmava Costa Andrade que “em geral, os direitos fundamentais começaram por fazer caminho como garantias contra a intervenção abusiva das instâncias de perseguição criminal, só num segundo momento, e de forma derivada, vindo a ganhar significado material substantivo”<sup>229 230</sup>.

A proteção processual conferida reflete, todavia, na escolha do destinatário da regra. Assim, neste sistema, salientam os autores que “*a majority of the Supreme Court has indicated its willingness to assume “that the immediate effect of exclusion will be to discourage law enforcement officials from violating the Fourth Amendment by removing the incentive to disregard it”*”<sup>231</sup>.

A regra, destarte, é que as *exclusionary rules* tenham como meta limitar a atividade probatória do Estado, através da opressão a comportamentos ilegais dos policiais, sendo tal desígnio realizado através da proibição de qualquer utilização positiva do resultado da violação<sup>232</sup>.

Particularmente em relação ao regime das *exclusionary rules*, ainda pode-se citar a existência de um sistema peculiar em relação às pessoas competentes para alegar a ilegalidade e pedir a exclusão da prova no processo, sendo tal questão normalmente caracterizada “*as one of whether the party has “standing” to raise the contention*”<sup>233</sup>.

Neste âmbito, adverte-se que “*the party seeking relief must have an adversary interest in the outcome*”<sup>234</sup>, sendo que a Suprema Corte, no caso *Baker v. Carr*, explicitou que tal requisição de se estabelecer “*a personal stake in the outcome of the controversy is intended*

<sup>229</sup> COSTA ANDRADE, Manuel da. *op. cit.*, p. 136.

<sup>230</sup> Assim, por exemplo, podem-se citar como dispositivos com um étimo e estrutura marcadamente processuais a proteção do *due process of law* e do *privilege against self-incrimination*, além de todas as garantias referentes às buscas e apreensões.

<sup>231</sup> LAFAVE, Wayne; ISRAEL, Jerold H.; KING, Nancy J. *op. cit.*, p. 109: “a maioria da Suprema Corte indicou sua disposição de assumir ‘que o efeito imediato da exclusão será o de desencorajar os agentes policiais de violar a Quarta Emenda, através da eliminação do incentivo para ignorá-la” (tradução livre).

<sup>232</sup> Conforme Costa Andrade, “a questão «verdadeiramente decisiva em debate na fase do processo americano relativa à admissibilidade dos meios de prova é, assim, determinar se terá ou não ocorrido uma violação da lei por parte da polícia». Isto porquanto, aos olhos do Supreme Court (*Elkins v. United States*, 1960) as proibições de prova configuram «*the only effectively available way*» para garantir a disciplina da actividade policial” (COSTA ANDRADE, Manuel da. *op. cit.*, p. 144).

<sup>233</sup> LAFAVE, Wayne; ISRAEL, Jerold H.; KING, Nancy J. *op. cit.*, p. 496: “como aquela referente a se a parte tem ‘legitimidade’ de propor a alegação” (tradução livre).

<sup>234</sup> LAFAVE, Wayne; ISRAEL, Jerold H.; KING, Nancy J. *op. cit.*, p. 496: “a parte que pretende a declaração de uma *exclusionary rule* deve ter interesse no resultado” (tradução livre)

*‘to assure that concrete adverseness which sharpens the presentation of issues upon which the court so largely depends for illumination of difficult constitutional questions’*<sup>235</sup>.

O que realmente é interessante, entretanto, é que se considera que,

*on this score, any defendant in a criminal case against whom evidence alleged to have been illegally seized is being offered surely qualifies [as having “standing” to raise the contention]. In most areas of constitutional law, however, it is also necessary that the adverse interest be based upon a violation of the individual raising the claim rather than the violation of the rights of some third party*<sup>236</sup>.

Podem ocorrer, assim, situações no sistema norte-americano em que *“if the police beat A until he confesses his role as an accomplice in a murder and says that his gun (used by B) is in his house and the police then retrieve the gun from A’s house, defendant B is not entitled to have the gun suppressed as a fruit of A’s coerced confession”*<sup>237</sup>.

Tal situação acaba gerando reflexões no sentido de que tal determinação *“invites police illegality by telling them that they can direct a search at one person and use the evidence against another”*<sup>238</sup>. Mas rebate-se, entretanto, a tal argumento com a alegação de que a *“total abolition of standing would seem to push the exclusionary rule on occasion to ridiculous results, such as that a criminal must go free because his crime was detected by conduct that only infringed the Fourth Amendment rights of that criminal’s victim”*<sup>239</sup>.

Por fim, outro aspecto importante do sistema das *exclusionary rules* refere-se ao desenvolvimento da doutrina dos frutos da árvore envenenada. LaFave, Israel e King fazem as seguintes observações gerais sobre a teoria:

<sup>235</sup> LAFAVE, Wayne; ISRAEL, Jerold H.; KING, Nancy J. *op. cit.*, p. 497: “o interesse pessoal no resultado da controvérsia tem como objetivo assegurar a concreta adversidade que aguça a apresentação do problema sobre o qual a Corte depende para iluminar uma questão constitucional tão difícil” (tradução livre).

<sup>236</sup> LAFAVE, Wayne; ISRAEL, Jerold H.; KING, Nancy J. *op. cit.*, p. 497: “sobre este assunto, qualquer réu em um processo criminal contra quem as provas ilegalmente obtidas estão sendo oferecidas, certamente se qualifica [como tendo ‘legitimidade’ para propor a questão]. Na maioria das áreas de direito constitucional, no entanto, é igualmente necessário que o interesse adverso se baseie em uma violação dos direitos do indivíduo que está propondo a alegação e não a violação dos direitos de uma terceira parte” (tradução livre).

<sup>237</sup> LAFAVE, Wayne; ISRAEL, Jerold H.; KING, Nancy J. *op. cit.*, p. 498: “se o policial bate em A até ele confessar seu papel como cúmplice em um assassinato e dizer que a sua arma (usada por B) está na sua casa e a polícia encontra esta arma na casa de A, o acusado B não está legitimado para arguir a exclusão da arma como fruto da confissão sob coerção de A” (tradução livre).

<sup>238</sup> LAFAVE, Wayne; ISRAEL, Jerold H.; KING, Nancy J. *op. cit.*, p. 509: “convida à ilegalidade policial por dizer a eles que eles podem direcionar uma busca para uma pessoa e utilizar a prova contra outra” (tradução livre).

<sup>239</sup> LAFAVE, Wayne; ISRAEL, Jerold H.; KING, Nancy J. *op. cit.*, p. 509: “a total abolição dos requisitos iria acabar por causar a aplicação das *exclusionary rules* com resultados ridículos, como aquele em que o criminoso pode ser inocentado porque o crime que ele cometeu foi detectado por uma conduta que somente viola os direitos da 4.ª Emenda da vítima do crime” (tradução livre).

*Not infrequently, however, challenged evidence is 'secondary' or 'derivative' in character. [...] In these situations, it is necessary to determine whether the derivative evidence is 'tainted' by the prior constitutional or other violation. To use the phrase coined by Justice Frankfurter, it must be decided whether that evidence is the 'fruit of the poisonous tree.' [...] The essence of a provision forbidding the acquisition of evidence in a certain way is that not merely evidence so acquired shall not be used before the Court but that it shall not be used at all. Of course this does not mean that the facts thus obtained become sacred and inaccessible. If knowledge of them is gained from an independent source they may be proved like any others, but the knowledge gained by the Government's own wrong cannot be used by it in the way proposed<sup>240</sup>.*

O desenvolvimento destas teorias da ilicitude por derivação, bem como de sua limitação, foram incorporadas, de forma parcial, recentemente, ao Código de Processo Penal brasileiro. O novo § 1.º do art. 157, assim, estabelece que são inadmissíveis as provas derivadas das ilícitas, salvo quando não evidenciado o nexo de causalidade entre umas e outras, ou quando as derivadas puderem ser obtidas por uma fonte independente das primeiras. Considera-se, destarte, segundo estas características, que foram nacionalizadas as exceções da “*independent source*” e da “*inevitable discovery*” do sistema americano. O estudo da teoria dos frutos da árvore envenenada, entretanto, não é objeto deste trabalho, de modo que se faz somente esta breve menção à sua existência.

Vistos estes aspectos gerais do sistema das *exclusionary rules*, torna-se necessário, agora, analisar o sistema brasileiro referente às provas ilícitas para que se possam encontrar pontos de possível aproximação, e separação, com os regimes já analisados.

### **1.2.6. O Brasil e as provas ilícitas**

Após analisados todos estes sistemas, que podem ser observados nos Estados Unidos e na Europa, cabe voltar-se ao estudo do regime pátrio. No Brasil, como não poderia deixar de ser, igualmente observam-se limites à liberdade probatória, sendo as provas que ultrapassam tais barreiras classificadas como ilícitas.

A ideia fundamental presente no sistema brasileiro não difere daquele presente nos outros regimes já estudados. Assim, a qualificação de determinadas provas como ilícitas tem

---

<sup>240</sup> LAFAYE, Wayne; ISRAEL, Jerold H.; KING, Nancy J. *op. cit.*, p. 509-510: “Não raro, porém, a prova questionada é “secundária” ou “derivada” [...] Nessas situações, é necessário determinar se a prova derivada está ‘contaminada’ pela violação constitucional prévia ou por outras violações. Para usar a expressão cunhada pelo Justice Frankfurter, deve ser decidido se essa prova é o “fruto da árvore venenosa”. [...] A essência de uma disposição que proíbe a aquisição de prova de uma certa maneira é que não somente a prova assim adquirida não deve ser usada pela Corte, mas que não deve ser usada por todos. Claro que isso não significa que os fatos assim obtidos se tornam sagrados e inacessíveis. Se o conhecimento deles é adquirido por uma fonte independente que pode ser provada como quaisquer outras, mas o conhecimento adquirido pelo próprio erro do governo não pode ser usado na forma proposta” (tradução livre).

como finalidade barrar o poder estatal na persecução criminal. Almeja, destarte, impor limites à busca da verdade, principalmente quando se utiliza o Estado de métodos contrários à lei e ao Direito.

Nas palavras de Paulo Rangel:

O legislador constituinte, ao estatuir como direito e garantia fundamental a inadmissibilidade das provas obtidas por meios ilícitos, estabelece uma limitação ao princípio da liberdade da prova, ou seja, o juiz é livre na investigação dos fatos imputados na peça exordial pelo titular da ação penal pública – princípio da verdade processual -, porém, esta investigação encontra limites dentro de um processo ético movido por princípios políticos e sociais que visam à manutenção de um Estado Democrático de Direito<sup>241</sup>.

O Supremo Tribunal Federal, em voto do Ministro Celso de Mello, igualmente acentuou a importância da inadmissibilidade das provas ilícitas:

A cláusula constitucional do *due process of law* encontra, no dogma da inadmissibilidade processual das provas ilícitas, uma de suas mais expressivas projeções concretizadoras, pois o réu tem o direito de não ser denunciado, de não ser processado e de não ser condenado com apoio em elementos probatórios obtidos ou produzidos de forma incompatível com os limites ético-jurídicos que restringem a atuação do Estado em sede de persecução penal. A prova ilícita – por qualificar-se como elemento inidôneo de informação – é repelida pelo ordenamento constitucional, apresentando-se destituída de qualquer grau de eficácia jurídica<sup>242</sup>.

No país, quanto ao tema, a própria Constituição Federal, no art. 5.º, LVI, determina que “são inadmissíveis, no processo, as provas obtidas por meios ilícitos”. A reforma do Código de Processo Penal, operada pela Lei n.º 11.690/08, introduziu novo art. 157, que especificou a delimitação da “prova ilícita”, determinando que “são inadmissíveis, devendo ser desentranhadas do processo, as provas ilícitas, assim entendidas as obtidas em violação a normas constitucionais ou legais”. Antes deste assentamento, todavia, muito se discutiu sobre o conceito de prova ilícita.

Assim, por exemplo, Ada Pellegrini Grinover distinguia, utilizando linguagem de Nuvolone, entre as provas ilegais, ilícitas e ilegítimas:

A prova será ilegal toda vez que caracterizar violação de normas legais ou de princípios gerais do ordenamento, de natureza processual ou material. Quando a proibição for colocada por uma lei processual, a prova (*rectius*, o meio de prova) será ilegítima (ou ilegalmente produzida); quando, pelo contrário, a proibição for de

<sup>241</sup> RANGEL, Paulo. *Direito Processual Penal*. 12.ª Ed. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2007, p. 410.

<sup>242</sup> Supremo Tribunal Federal. RE 251445 / GO – GOIÁS, Relator(a): Min. Celso de Mello, Julgamento: 21/06/2000, Publicação DJ Nr. 149 de 03/08/2000 PP-00068.

natureza material, a prova será ilícita (rectius à fonte de prova será ilicitamente colhida)<sup>243</sup>.

Em resumo, indicava a autora que a prova ilícita *stricto sensu* era aquela em que se verificasse infringência a “normas ou princípios colocados pela Constituição e pelas leis, freqüentemente para proteção das liberdades públicas e especialmente dos direitos de personalidade e daquela sua manifestação que é o direito à intimidade”<sup>244</sup>. A prova ilegítima, por outro lado, era indicada pela violação a uma lei processual.

Atualmente, com a delimitação dada pelo art. 157 do CPP, consideram-se provas ilícitas aquelas obtidas com violação às regras legais e constitucionais. Sendo assim, assevera Nereu Giacomolli que “a inadmissibilidade ultrapassa a violação constitucional (direitos fundamentais, garantias constitucionais) para alcançar, também, a violação de regras processuais”<sup>245</sup>.

Neste mesmo sentido, Guilherme de Souza Nucci:

Em primeiro lugar, tomou-se como gênero a expressão provas ilícitas, do qual surgem as espécies: as obtidas em violação a normas constitucionais ou legais. Naturalmente, constituem provas ilegais as que afrontam qualquer norma da legislação ordinária, por isso, envolvem tanto as penais quanto às processuais penais. Uma prova conseguida por infração à norma penal (ex.: confissão obtida por tortura) ou alcançada violando-se norma processual penal (ex.: laudo produzido por um só perito não oficial) constitui prova ilícita e deve ser desentranhada dos autos<sup>246</sup>.

As provas ilícitas não se confundem, entretanto, com as provas irregulares, que são aquelas que, “não obstante admitidas pela norma processual, foram colhidas com infringência das formalidades legais existentes”<sup>247</sup>. O exemplo clássico de produção irregular da prova é aquele em que, determinada a coleta de sangue por um médico, a mesma é realizada por um enfermeiro. Nestes casos, a tendência é de não se considerar nula a prova, caso se apresente simples irregularidade.

Pois bem, no ordenamento jurídico brasileiro, portanto, são provas ilícitas aquelas obtidas em violação a normas constitucionais ou legais. Tal disposição tem caráter amplo e

<sup>243</sup> GRINOVER, Ada Pelegrini. *op. cit.*, p. 98.

<sup>244</sup> GRINOVER, Ada Pelegrini. *op. cit.*, p. 99.

<sup>245</sup> GIACOMOLLI, Nereu José. *Reformas (?) do Processo Penal: Considerações críticas*. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2008, p. 38.

<sup>246</sup> NUCCI, Guilherme de Souza. *Manual de Processo Penal e Execução Penal*. 5.ª Ed. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2008, p. 391.

<sup>247</sup> RANGEL, Paulo. *op. cit.*, 2007, p. 412.

abarca todas as hipóteses de violação ao Direito que podem ocorrer na produção ou na valoração da prova<sup>248</sup>.

Verificada a existência de uma prova violadora daquelas normas, a sua consequência necessária, segundo a Constituição Federal, é a inadmissibilidade no processo. Segundo Gomes Filho,

a inadmissibilidade da prova constitui [...] um conceito de direito processual e consiste numa valoração prévia feita pelo legislador, destinada a evitar que elementos provenientes de fontes espúrias, ou meios de prova reputados inidôneos, tenham ingresso no processo e sejam considerados pelo juiz na reconstrução dos fatos; daí sua habitual formulação em termos negativos: inadmissibilidade, proibição de prova, ‘*exclusionary rules*’<sup>249</sup>.

As manifestações ilegítimas devem, assim, ser barradas já no momento em que se requer a sua admissão no processo ou, caso contrário, devem ser desentranhadas do mesmo. E se, muito embora a determinação legal específica, uma prova ilícita for admitida e permanecer nos autos, o julgador não pode utilizar-se dela para fundamentar sua decisão, sob pena de sua sentença ser considerada nula<sup>250</sup>.

Assim, resume Paulo Rangel, “o que o legislador veda é a admissão. Se admitida, não deve ser valorada pelo juiz, pois é como se não existisse no plano jurídico. Sendo valorada, a sentença é nula de pleno direito e deve ser cassada”<sup>251</sup>.

Nereu Giacomolli é ainda mais incisivo e afirma que “a prova ilícita, direta ou indireta, não é, verdadeiramente, prova válida. Tanto é verdade que, uma vez reconhecida a ilicitude desta, de forma definitiva, haverá o desentranhamento e sua inutilização. Portanto, a prova ilícita não é prova e não se presta para nada; a imprestabilidade é absoluta”<sup>252</sup>.

De forma geral, portanto, analisadas as características centrais do sistema brasileiro, entende-se que o mesmo tem condições legais para a incorporação de elementos observados no âmbito internacional em relação às proibições de prova e as *exclusionary rules*. Isto porque a Constituição e o Código de Processo Penal ao delimitarem como prova ilícita toda aquela obtida em violação a normas constitucionais ou legais possibilitaram a qualificação de uma

<sup>248</sup> Ou, como dito por Nereu Giacomolli, “toda ilicitude probatória é inadmissível no processo penal, independentemente de sua espécie” (GIACOMOLLI, Nereu José. *op. cit.*, p. 38).

<sup>249</sup> GOMES FILHO, Antônio Magalhães. *op. cit.*, p. 95.

<sup>250</sup> Outra situação importante é a referente à ilicitude por derivação. O Código de Processo Penal previu a regra, que é a inadmissibilidade das provas derivadas das ilícitas, e as suas exceções, enquanto descoberta inevitável e fonte independente. Tais construções tiveram como fundamento o sistema das *exclusionary rules* e embora seja tema dos mais relevantes, em razão da delimitação do presente estudo, não serão aqui analisadas.

<sup>251</sup> RANGEL, Paulo. *op. cit.*, 2007, p. 412.

<sup>252</sup> GIACOMOLLI, Nereu José. *op. cit.*, p. 38.

ampla gama de situações como geradoras de provas ilícitas, tudo dependendo somente de construção jurídica especial.

Assim, no próximo capítulo utilizar-se-ão as informações apresentadas até o presente momento para que se possa analisar, sob nova perspectiva, a questão do compartilhamento do resultado probatório das interceptações telefônicas. Tal enfoque levará em consideração a disciplina pátria das provas ilícitas, mas incrementar-se-á com as orientações oriundas dos sistemas das proibições de prova e das *exclusionary rules*.

### **1.2.7. Conclusão parcial**

A análise dos regimes das proibições de prova e das regras de exclusão ofereceu um panorama geral sobre os limites impostos à persecução probatória nos diferentes sistemas mundiais. O sistema brasileiro, neste âmbito, como se viu, é bastante protetivo, pois enquadra como provas ilícitas aquelas obtidas em violação a normas constitucionais ou legais, exigindo-se destas o seu desentranhamento do processo. Por ser tão aberto, o sistema pátrio tem condições de incorporar ao seu ordenamento algumas construções típicas de outros, objetivando a maior proteção do acusado, enquanto detentor do direito de ser julgado tendo por base provas lícitas.

O próximo capítulo deste trabalho, ao analisar a problemática do compartilhamento do resultado probatório das interceptações telefônicas, propõe exatamente esta ideia de diálogo dos sistemas, utilizando-se das construções jurídicas estrangeiras sobre o assunto e transportando-as para a realidade brasileira, com o intuito de melhor analisar a questão, que se encontra frequentemente nos limites da ilicitude.

## **2. O COMPARTILHAMENTO DO RESULTADO PROBATÓRIO DAS INTERCEPTAÇÕES TELEFÔNICAS**

### **2.1. Visão geral**

Ao longo do presente trabalho, realizou-se, em primeiro lugar, um estudo geral sobre as provas no processo penal, fixando-se o seu conceito, finalidade, sistemas processuais e modelos de valoração. Por conseguinte, foram analisadas as restrições à produção e valoração das provas, identificadas em alguns sistemas como proibições de prova, provas ilícitas e *exclusionary rules*.

Em continuidade ao estudo, proceder-se-á, a partir daqui, a uma análise específica dos resultados probatórios das interceptações telefônicas. Neste sentido, afigura-se necessário, primeiramente, um esboço genérico sobre o instituto das interceptações telefônicas, seu conceito e regulação legal (inclusive com a observância do substitutivo ao Projeto de Lei 1.258, de 1995). Em um segundo momento, então, dedicar-se-á espaço à análise do compartilhamento dos resultados daquela medida com outros processos penais e extrapenais.

De início, entretanto, mister estabelecer o que se entende por “interceptações telefônicas”, de modo a estabelecer-se de maneira correta a abrangência da regulação da Lei das Interceptações Telefônicas (Lei n.º 9.296/96). E isto porque existem vários conceitos que se aproximam a este (tais como os de gravação e escuta) e que podem conduzir a uma confusão conceitual com reflexo pragmático.

### **2.2. Conceito de interceptações telefônicas**

A interceptação telefônica, segundo Torquato Avolio, é “a captação da conversa telefônica por um terceiro, sem o conhecimento dos interlocutores”<sup>253</sup>. Deste fenômeno, entretanto, devem-se distinguir outros, que com ele são conectados, quais sejam, a interceptação ambiental, a escuta telefônica e a gravação clandestina.

Quanto à interceptação ambiental, caracteriza-se esta por ser “a captação sub-reptícia da conversa entre presentes, efetuada por terceiro, dentro do ambiente onde se situam os

---

<sup>253</sup> TORQUATO AVOLIO, Luiz Francisco. Provas Ilícitas. 3.ª Ed., São Paulo: Revista dos Tribunais, 2003, p. 94.

interlocutores, com o desconhecimento destes”<sup>254</sup>. Não se diferencia, portanto, “substancialmente, da interceptação *stricto sensu*, pois em ambas as situações ocorre a violação do direito à intimidade”<sup>255</sup>.

A escuta telefônica, por sua vez, é caracterizada como a captação de conversa, realizada por terceiro, com o conhecimento de um ou alguns dos interlocutores<sup>256</sup>.

Por último, a gravação clandestina consiste no registro de conversa telefônica ou da conversa entre presentes por um de seus participantes, com o desconhecimento do outro<sup>257</sup>.

Estas definições foram resumidas de forma sucinta por José Paulo Baltazar Jr., que diferenciou os conceitos de *interceptação*, que é aquela procedida por terceiro, sem o conhecimento dos falantes; *escuta*, procedida por terceiro com o conhecimento de um dos falantes; e *gravação*, feita por um dos comunicadores, sem o conhecimento do outro<sup>258</sup>. Trata-se, destarte, de diferenciação pela definição de quem realizou a captação e se havia conhecimento de algum dos comunicadores.

Todas estas variações, como se vê, denominam meios de gravação da palavra falada. Sendo assim, envolvem provável violação aos direitos de personalidade, intimidade, privacidade, de respeito à honra, ao segredo e à palavra falada.

O que se quer enfatizar, desta forma, é que, muito embora se apresentem vulgarizadas, as interceptações telefônicas, no panorama dos meios de obtenção de prova, sobressaem para além da sua eficácia do ponto de vista da perseguição criminal, pela sua manifesta e drástica danosidade social<sup>259</sup>. Isto devido, principalmente, ao número de direitos ou interesses atingidos, bem como pela gravidade da respectiva lesão<sup>260</sup>.

Com efeito, com a utilização das interceptações telefônicas há alta probabilidade de invasão desproporcional à intimidade e à vida privada do falante, sendo tal violação, inclusive, ínsita a tal meio de prova. Como se não bastasse, as interceptações enfrentam outro problema, qual seja, o da volatilidade das palavras, que não podem ser analisadas fora do contexto em que foram proferidas. Na melhor explicação de Costa Andrade:

Trata-se aqui de impedir que, através da gravação, a palavra – que foi proferida com a intencionalidade e a confiança na sua transitoriedade e

<sup>254</sup> TORQUATO AVOLIO, Luiz Fernando. *op. cit.*, p. 96.

<sup>255</sup> TORQUATO AVOLIO, Luiz Fernando. *op. cit.*, p. 96.

<sup>256</sup> Neste sentido, TORQUATO AVOLIO, Luiz Fernando, *op. cit.*, p. 96 e 99.

<sup>257</sup> TORQUATO AVOLIO, Luiz Fernando. *op. cit.*, p. 99.

<sup>258</sup> BALTAZAR JR., José Paulo. Dez anos da Lei da Interceptação Telefônica (Lei nº 9.296, de 24 de julho de 1996). Interpretação jurisprudencial e anteprojeto de mudança. *In Revista Jurídica*, ano 54, dez. 2006, n.º 350, p. 241.

<sup>259</sup> Neste sentido, COSTA ANDRADE, Manuel da. *op. cit.*, p. 281.

<sup>260</sup> COSTA ANDRADE, Manuel da. *op. cit.*, p. 281.

historicidade, num contexto de espaço, tempo, vivência, gesto, ambiente de simbolizações e outros significantes possa converter-se num «pedaço objectivado da personalidade». E se posteriormente invocada contra o autor, fora do contexto e significado originários, abrindo-se deste modo a porta ao que SUPPERT apoda de «falsificação da imagem da personalidade (...)»<sup>261</sup>.

E complementa:

Para além disso, e agora já numa perspectiva comunitária, trata-se ainda de preservar o que EDUARDO CORREIA define como a confiança nas relações sociais. [...]. Como adverte o Tribunal Constitucional Federal alemão: «a inocência (e a autenticidade) da comunicação humana seria gravemente perturbada se tivéssemos de conviver com a consciência de que todas as nossas palavras – por vezes uma expressão não reflectida nem contida, uma tomada de posição meramente incidental no decurso de uma conversa ou numa formulação apenas compreensível no contexto de uma situação especial – nos pudessem ser oponíveis noutra ocasião e noutro contexto, pudessem vir a ser valorados, com o seu conteúdo, conotação e intensidade, como depoimentos contra nós próprios»<sup>262</sup>.

No mesmo sentido, em relação à perspectiva social das interceptações telefônicas, Ada Pellegrini Grinover assinala que,

a evolução da vida moderna, através da intensificação das relações sociais e do progresso dos meios técnicos, tende a uma limitação cada vez maior da esfera em que se pode viver ao abrigo de interferências alheias. Por isso mesmo, hoje mais do que nunca, coloca-se o problema de tutelar o indivíduo contra a invasão do próximo, bem como das autoridades: como já se escreveu, se cada um de nós tivesse que viver sempre sob as luzes da publicidade, acabaríamos todos perdendo as mais genuínas características de nossa personalidade, para nos dissolver no anônimo e no coletivo, como qualquer produto de massa<sup>263</sup>.

Não se pretende aqui, é claro, defender a completa impossibilidade de utilização das interceptações telefônicas. Isto porque é pacífico que nenhum direito subjetivo é absoluto, podendo ser restringido em determinadas circunstâncias. No Brasil, inclusive, a restrição ao direito de inviolabilidade das comunicações telefônicas advém da própria Constituição Federal que, em seu art. 5.º, inciso XII, estabeleceu a possibilidade de violação do sigilo das comunicações telefônicas, por ordem judicial, nas hipóteses e na forma que a lei estabelecer para fins de investigação criminal ou instrução processual penal.

Ademais, não se desconhece a efetividade e a indispensabilidade deste meio de prova para a comprovação de determinados crimes, que, devido a sua natureza e à profissionalização criminal, dificilmente conseguiriam ser demonstrados por outros meios.

<sup>261</sup> COSTA ANDRADE, Manuel da. *op. cit.*, p. 250.

<sup>262</sup> COSTA ANDRADE, Manuel da. *op. cit.*, p. 250-251.

<sup>263</sup> GRINOVER, Ada Pellegrini. *op. cit.*, p. 69.

Procura-se evitar, todavia, através da demonstração da drástica danosidade social e da dificuldade de avaliação de seu resultado, a vulgarização das interceptações telefônicas, que, atualmente, infelizmente, é a realidade no Brasil e no mundo, com o aumento exponencial do número de interceptações realizadas<sup>264</sup>.

Manuel Guedes Valente aponta as causas da vulgarização e realiza críticas à situação. Assim, assinala o autor que “a sofisticação da criminalidade provoca, conseqüentemente, a natural sofisticação das polícias quer na formação técnica e tática quer na própria aquisição de ‘meios mais fáceis, cômodos, úteis e céleres’. Esta dotação profissionalizante e mecânica da policia conduziu a que esta se socorresse, em todas as investigações que as admitem, das escutas telefônicas”<sup>265</sup>.

Relembra, entretanto, que,

a eufórica e deslumbrante necessidade de apetrechamento dos operadores judiciários de meios de obtenção de prova sem que primeiramente se avalie os resultados objectivados com os meios já existentes – muitas das vezes esquecidos na prateleira dos livros empoeirados – é uma práxis a que nos habituamos. Ou, concretizando melhor, a desmedida e facilitada autorização das escutas telefônicas – de necessidade duvidosa – sem que primeiramente se avaliem os meios menos delatores dos direitos e liberdades pessoais, converteu um meio de obtenção de prova de ultima ratio – de excepção – em prima ratio – em vulgar.

De forma geral, portanto, conceitua-se como interceptação telefônica a captação, por um terceiro, de conversa entre duas pessoas, que não têm conhecimento da gravação. A colheita deste material, por óbvio, atinge diferentes esferas da personalidade do indivíduo, como a privacidade, intimidade e o direito à palavra falada, demonstrando-se ser um meio de prova de alta danosidade pessoal e social.

Este aspecto, entretanto, não impediu a vulgarização da sua produção, mormente numa sociedade que vive “*actualmente una dramatización de la violencia y la amenaza*”<sup>266</sup>. Nesta sociedade, portanto, a interceptação telefônica apresentou-se como um elemento de combate à violência, ao risco e à ameaça, “*fenomenos centrales de la percepción social*”<sup>267</sup>.

Esclarece, assim, Costa Andrade, que, por tais fatores, no regime das escutas telefônicas ecoam, “com particular ressonância, as antinomias político-criminais de fundo,

<sup>264</sup> Segundo dados do CNJ, oficialmente, estão sendo realizadas mais de 16.000 interceptações telefônicas em todo o país. Disponível em: [http://www.cnj.jus.br/index.php?option=com\\_content&view=article&id=11788:mais-de-16-mil-linhas-telefonicas-estao-sendo-monitoradas-no-pais&catid=1:notas&Itemid=675](http://www.cnj.jus.br/index.php?option=com_content&view=article&id=11788:mais-de-16-mil-linhas-telefonicas-estao-sendo-monitoradas-no-pais&catid=1:notas&Itemid=675), Acesso em 22 de outubro de 2010. Foi verificado um aumento de 45% em relação ao ano de 2009.

<sup>265</sup> GUEDES VALENTE, Manuel Monteiro. *op. cit.*, 2008, p. 17.

<sup>266</sup> HASSEMER, Winfried. *op. cit.*, p. 66

<sup>267</sup> HASSEMER, Winfried. *op. cit.*, p. 50.

subjacentes a todo o direito das proibições de prova. E que, mais do que qualquer outro domínio específico deste direito, ele se revele sensível às oscilações da conjuntura”<sup>268</sup>.

Estabelecidas estas premissas, parte-se, agora, para a análise da regulação legal das interceptações telefônicas no direito brasileiro, principalmente no que se refere aos critérios para sua produção, para que, ao final do presente trabalho, possa-se analisar a legalidade do compartilhamento e valoração de seu resultado probatório em outros processos penais e extrapenais.

### **2.3. Regulação legal brasileira das interceptações telefônicas**

#### **2.3.1. Constituição Federal**

A primeira fonte brasileira reguladora das interceptações telefônicas é a própria Constituição Federal<sup>269</sup>. Tamanha a importância e tão variada a gama de implicações em direitos individuais fundamentais, que optou o legislador constitucional por estabelecer as suas bases na Carta Magna nacional.

A citação expressa encontra-se no art. 5.º, inciso XII, muito embora se possam também mencionar como pertinentes à questão os incisos X, XI, LIV, LV, LVI e LXIII da Constituição Federal.

O entendimento correto do referido inciso XII, do art. 5.º, é de suma importância para a compreensão de todo este trabalho, principalmente em relação às conclusões quanto ao compartilhamento do resultado probatório das interceptações telefônicas com processos extrapenais. Sendo assim, muito embora retórico, necessária, para fins de melhor visualização, a sua menção expressa:

Art. 5.º. Todos são iguais perante a lei, sem distinção de qualquer natureza, garantindo-se aos brasileiros e aos estrangeiros residentes no País a inviolabilidade do direito à vida, à liberdade, à igualdade, à segurança e à propriedade, nos termos seguintes:

XII – é inviolável o sigilo da correspondência e das comunicações telegráficas, de dados e das comunicações telefônicas, salvo, no último caso, por ordem judicial, nas hipóteses e na forma que a lei estabelecer para fins de investigação criminal ou instrução processual penal; (grifo nosso)

---

<sup>268</sup> COSTA ANDRADE, Manuel da. *op. cit.*, p. 281.

<sup>269</sup> Conforme Luiz Flávio Gomes e Raúl Cervini, antes da Constituição Federal de 1988, a interceptação telefônica, malgrado sua indiscutível importância, nunca contou no nosso ordenamento jurídico com um estatuto próprio, específico e, sobretudo, “descritivo” (GOMES, Luiz Flávio. CERVINI, Raúl. *Interceptação telefônica*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1997, p. 86).

A primeira discussão que se apresenta em relação ao referido inciso, consiste em saber se somente o sigilo das comunicações telefônicas seria violável, ou se, ao contrário, também os sigilos de correspondência, comunicação telegráfica e de dados estariam sujeitos à relativização.

Da forma como estabelecida a disposição das sentenças, parece claro que somente as comunicações telefônicas não contam com proteção absoluta. Ocorre, entretanto, que, através de uma interpretação que leva em conta o fato de não haver liberdade individual absoluta<sup>270</sup>, tem-se estabelecido como possível, “respeitados certos parâmetros, a interceptação das correspondências e comunicações telegráficas e de dados sempre que as liberdades públicas estiverem sendo utilizadas como instrumento de salvaguarda de práticas ilícitas”<sup>271</sup>.

Inclusive, diz-se que, desta forma, a Constituição terminou por dar maior proteção às comunicações telefônicas, porquanto estabeleceu condições mais severas para a sua violação.

Em relação a estas circunstâncias, elas revelam que a regra, no sistema jurídico brasileiro, é a inviolabilidade das comunicações. A quebra do sigilo, portanto, dá-se como exceção, e depende: (1) de uma lei que preveja as hipóteses e a forma para a sua realização; (2) de decisão judicial; (3) *que a interceptação tenha como finalidade uma investigação criminal ou instrução processual penal*.

Conforme se pode observar, os limites constitucionais apresentam-se na forma de requisitos para a produção e valoração da prova.

Em relação à produção da interceptação telefônica, exige-se uma lei pré-existente, que defina as hipóteses e formas da realização, e uma decisão judicial que a autorize, sendo que esta determinação judicial somente deve dar-se no âmbito de uma investigação criminal ou da instrução processual penal.

Mas não se pode negar, todavia, que a expressão “para fins de investigação criminal ou instrução processual penal” também revela uma proibição de valoração indireta. Ora, não somente a produção da prova deve dar-se na esfera da investigação criminal, mas também a sua valoração somente pode ocorrer neste domínio. O legislador constitucional, portanto, delimitou a finalidade da prova (“para fins de”), sendo a sua utilização para fins diversos uma afronta à determinação constitucional.

---

<sup>270</sup> Neste sentido, manifestam-se Luis Flávio Gomes e Raúl Cervini: “Algumas normas constitucionais prevêm expressamente a possibilidade de limites a direitos fundamentais (caso típico é o inc. XII em pauta). Outras normas não contam com a previsão de restrição. Nem por isso foi restabelecida a doutrina dos direitos absolutos. Não existem direitos absolutos. Nem sequer o direito à vida, que é o mais relevante, é totalmente intangível” (GOMES, Luiz Flávio; CERVINI, Raúl. *op. cit.*, p. 174).

<sup>271</sup> MORAES, Alexandre de. *Direito Constitucional*. 22.<sup>a</sup> Ed., São Paulo: Atlas, 2007, p. 53.

Ademais, não se pode olvidar que este inciso é frequentemente citado como exemplo de reserva legal qualificada, identificada quando “a Constituição não se limita a exigir que eventual restrição ao âmbito de proteção de determinado direito seja prevista em lei, estabelecendo, também, as condições especiais, os fins a serem perseguidos ou os meios a serem utilizados”<sup>272</sup>.

Assim, usando o inciso XII como exemplo, Gilmar Mendes, Inocêncio Mártires e Paulo Gonet pontuam que “é fácil ver [...] que, com fundamento nessa reserva legal qualificada, não pode o legislador autorizar a interceptação telefônica para investigações de caráter administrativo-disciplinar ou, no caso, de investigações relacionadas com eventual propositura de ações de improbidade”<sup>273</sup>.

Em suma, o que se deve enfatizar, neste momento, é a importância da existência de regra constitucional sobre o tema, que delimita os seus contornos, estabelecendo limites de conformação ao legislador e de atuação ao judiciário, os quais não podem desconsiderar a disposição maior.

A seguir, então, analisar-se-á os principais pontos da Lei n.º 9.296/96, que foi promulgada exatamente para fazer frente à reserva legal qualificada, estabelecendo as formas e as hipóteses para a realização da interceptação telefônica.

### **2.3.2. Lei n.º 9.296/96**

A chamada “Lei das Interceptações Telefônicas”, que tem por objeto a regulação do inciso XII, parte final, do art. 5.º da Constituição Federal, surgiu somente oito anos após a edição da Carta Magna. Houve, destarte, um lapso de tempo significativo em que se questionou a possibilidade da realização das interceptações telefônicas devido à inexistência de lei específica.

Analisando esta questão, o Supremo Tribunal Federal, no HC 69.912/RS<sup>274</sup>, pronunciou-se pela impossibilidade da decretação das mesmas com base no Código Brasileiro

---

<sup>272</sup> MENDES, Gilmar; COELHO, Inocêncio Mártires; BRANCO, Paulo Gonet. *Curso de Direito Constitucional*. 5.ª Ed., São Paulo: Saraiva, 2010, p. 388.

<sup>273</sup> MENDES, Gilmar; COELHO, Inocêncio Mártires; BRANCO, Paulo Gonet. *op. cit.*, p. 389-390.

<sup>274</sup> Constitucional. Penal. Prova Ilícita: "Degravação" de Escutas Telefônicas. C.F., Art. 5., XII. Lei N. 4.117, de 1962, art. 57, II, "e", "Habeas Corpus": Exame da Prova. I - O sigilo das comunicações telefônicas poderá ser quebrado, por ordem judicial, nas hipóteses e na forma que a lei estabelecer para fins de investigação criminal ou instrução processual penal (c.f., art. 5., XII). Inexistência da lei que tornara viável a quebra do sigilo, dado que o inciso XII do art. 5. não recepcionou o art. 57, II, "e", da lei 4.117, de 1962, a dizer que não constitui violação de telecomunicação o conhecimento dado ao juiz competente, mediante requisição ou intimação deste. e que a constituição, no inciso XII do art. 5., subordina a ressalva a uma ordem judicial, nas hipóteses e na forma estabelecida em lei. II - No caso, a sentença ou o acórdão impugnado não se baseia apenas na "degravação" das

de Telecomunicações (Lei n.º 4.117/62), que era utilizado para tanto, tendo em vista que o mesmo não estabelecia hipóteses e formas para a realização da interceptação<sup>275</sup>. Sendo assim, todas as decisões que se basearam na referida Lei, até o advento da Lei n.º 9.296/96, foram consideradas inválidas<sup>276</sup>.

Pois bem. Com o surgimento da Lei n.º 9.296/96, finalmente, estabeleceram-se as condições constitucionais para a utilização deste meio probatório. Assim, ficou determinado que as interceptações somente serão decretáveis por ordem judicial, para a prova em investigação criminal e em instrução processual penal, para crimes puníveis com reclusão, e mediante a verificação de determinados requisitos, quais sejam: a) a existência de indícios razoáveis de autoria ou de participação na infração penal; b) a impossibilidade da realização da prova por outros meios disponíveis (leitura conjugada dos artigos 1.º e 2.º da referida Lei).

Os principais artigos, que revelam o espírito e a orientação da Lei das Interceptações Telefônicas, serão tratados a seguir, mas sempre de maneira breve, porquanto não é objeto deste trabalho a análise detida de cada uma das regras estabelecidas.

O primeiro dispositivo importante é exatamente o art. 1.º, que delimita o âmbito da incidência da lei, enquanto reguladora das interceptações telefônicas. Em relação a este ponto, entende a doutrina que “estão fora do regime instituído pela Lei 9.296/96, conseqüentemente, a ‘gravação telefônica’, a gravação ambiental, a interceptação ambiental, assim como a escuta ambiental”<sup>277-278</sup> (conceitos estes analisados no item 2.2.).

---

escutas telefônicas, não sendo possível, em sede de "Habeas Corpus", descer ao exame da prova. III. – H.C. indeferido. (HC 69912, Relator Min. Sepúlveda Pertence, Relator p/ Acórdão: Min. Carlos Velloso, Tribunal Pleno, Julgado em 30/06/1993, DJ 26-11-1993 pp-25532 Ement Vol-01727-02 pp-00321).

<sup>275</sup> Sobre o assunto referem Luis Flávio Gomes e Raúl Cervini que “no Colendo STF [...] sempre prevaleceu o entendimento de que o Código Brasileiro de Telecomunicações (art. 57) não foi recepcionado pela Magna Carta de 1988. Num dos mais expressivos debates ocorridos na Suprema Corte brasileira, a questão foi objeto de várias vezes citado Habeas Corpus 69.912-0-RS. Seu relator foi o Min. Sepúlveda Pertence, que partiu da premissa de que referido Código de Telecomunicações efetivamente não fora recepcionado pela CF de 1988. Não atende às exigências constitucionais, porque não descreve as hipóteses e a forma da interceptação. Em conseqüência, toda autorização judicial será inválida. A prova colhida é ilícita e inadmissível, nos termos do art. 5.º, inc. LVI, da CF. Sendo única no processo, leva à sua nulidade. Enfrentou, por último, a questão das provas derivadas da prova ilícita e concluiu pela sua inadmissibilidade” (GOMES, Luiz Flávio; CERVINI, Raúl. *op. cit.*, p. 90-91)

<sup>276</sup> Houve discussão em relação àquelas interceptações autorizadas sob o manto do Código Brasileiro de Telecomunicações, mas que se adequavam às exigências da posterior Lei 9.296/96.

<sup>277</sup> Ressaltam Luiz Flavio Gomes e Raúl Cervini que “o regime jurídico da interceptação em sentido estrito, portanto, hoje, é o seguinte: se devidamente autorizada, nos termos da Lei 9.296[96, constitui prova lícita e admissível; se não autorizada, configura crime, nos termos do art. 10 da mesma lei, e, ademais, é prova ilícita, sendo inadmissível, salvo em benefício da defesa, como veremos. No que concerne à escuta telefônica, por seu turno, sua disciplina jurídica é exatamente a mesa: prova lícita se realizada conforme a lei nova, prova ilícita se concretizada sem autorização judicial (além de configurar, nesse caso, crime)” (GOMES, Luiz Flávio; CERVINI, Raúl. *op. cit.*, p. 104-105).

<sup>278</sup> Neste sentido, Paulo Rangel: “Destarte, de acordo com as definições acima podemos asseverar que a escuta ambiental [...] não está disciplinada na Lei 9.296/96, bem como, a gravação telefônica clandestina” (RANGEL, Paulo. Breves considerações sobre a Lei 9.296/96. *In Revista Brasileira de Ciências Criminais*. Ano 7, n. 26, abril-junho de 1999, p. 146).

Ademais, neste mesmo artigo, deixou claro o redator legal, seguindo orientação constitucional, que a interceptação de comunicações telefônicas dá-se “para a prova em investigação criminal e em instrução processual penal”, não restando dúvidas, portanto, em relação a sua finalidade de utilização.

O art. 2.º, *caput*, por sua vez, também é de suma relevância para este estudo, porquanto determina as hipóteses para a realização da interceptação telefônica. Assim, como já salientado anteriormente, a determinação desta medida depende da verificação, em conjunto, da persecução de um crime punido com pena de reclusão; da indispensabilidade da sua produção e da existência de indícios razoáveis da autoria ou da participação do interceptado<sup>279</sup> no delito investigado. Observam-se, destarte, os requisitos clássicos de toda medida cautelar, quais sejam, o *fumus boni iuris* e o *periculum in mora*.

O que importa salientar, todavia, é que neste dispositivo transparece o entendimento, já anteriormente mencionado, de que se trata de meio de prova excepcional, que só pode ser autorizado quando presentes elementos de sua real necessidade. Assim, tanto a exigência de indícios razoáveis, quanto, e principalmente, a demonstração de que a prova é inviável por outros meios, só corroboram a ideia de limitação de seu uso no processo penal, em vista da danosidade social perpetrada.

Quanto ao parágrafo único do referido artigo, apresenta-se este em consonância com o seu *caput*, no sentido da imposição de restrições às interceptações telefônicas. Inserido sob um novo ângulo, entretanto, o parágrafo determina que, sendo absolutamente necessária a realização da medida, tanto o requerente, quanto o juiz, deve descrever com clareza a situação objeto da investigação, inclusive com a indicação e qualificação dos investigados, salvo impossibilidade manifesta, devidamente justificada. Ou seja, repete-se, aqui, a noção de cuidado com o meio probatório, só que agora com outro foco.

O cerne da disposição do parágrafo refere-se, destarte, à demarcação do alcance da interceptação telefônica, tanto em seu aspecto objetivo quanto subjetivo, sendo que o primeiro refere-se à descrição com clareza da situação objeto da investigação, e o segundo alude à necessidade de indicação e qualificação precisa dos investigados.

---

<sup>279</sup> Luiz Flávio Gomes e Raúl Cervini conceituam os “indícios razoáveis” de autoria da seguinte forma: “Indícios razoáveis de autoria, bem salientou Ruiz Vadillo, “são indicações ou sinais, ou seja, dados externos que, apreciados judicialmente, conforme as normas da reta razão, permitem descobrir ou vislumbrar, como diz a doutrina científica, sem a segurança da plenitude probatória porém com a firmeza que proporciona uma suspeita fundada, é dizer, razoável, lógica, conforme as regras da experiência, a responsabilidade criminal da pessoa em relação com um fato punível objeto de investigação por meio da interceptação telefônica” (GOMES, Luiz Flávio; CERVINI, Raúl. *op. cit.*, p. 179).

A *voluntas* presente nos artigos citados, portanto, é de restrição, e não de liberdade quanto às interceptações telefônicas. De fato, a lei tenta, de todas as formas, obstar a sua produção e, se impossível a sua não decretação, tenta ela, então, diminuir o seu âmbito objetivo e subjetivo de incidência. Nada disso, todavia, se coaduna com uma interpretação extensiva das possibilidades de produção e valoração do resultado probatório.

É este, portanto, o entendimento que se quer fixar pela análise da Lei das Interceptações Telefônicas: a compreensão de que, seguindo o mesmo caminho da Constituição Federal, o legislador tenta impor a maior quantidade de restrições<sup>280</sup> possíveis à produção e valoração desta prova e, em nenhum momento, manifesta o intento de abrir-se à possibilidade de uma interpretação extensiva contra o réu nesta matéria.

### 2.3.3. Outras leis importantes

Além da Constituição Federal e da Lei n.º 9.296/96, a Lei do Crime Organizado e a antiga Lei de Drogas também são passíveis de citação em relação à regulação legal das interceptações telefônicas.

A Lei n.º 9.034/95, que dispõe sobre a utilização de meios operacionais para a prevenção e repressão de ações praticadas por organizações criminosas, em seu art. 2.º, inciso IV, determina que, em qualquer fase da persecução criminal, são permitidos a captação e a interceptação ambiental de sinais eletromagnéticos, óticos ou acústicos, e o seu registro e análise, mediante circunstanciada autorização judicial.

Trata-se, portanto, de dispositivo anterior a Lei das Interceptações Telefônicas e que é, inclusive, mais abrangente que a mesma, porquanto se refere à captação e à interceptação ambiental de sinais, objeto diferente daquele regulado pela lei “geral” de interceptações.

Já a antiga Lei de Drogas, Lei n.º 10.409/02, no art. 34, IV, dispunha que para a persecução criminal e a adoção dos procedimentos investigatórios, poder-se-ia requerer a interceptação e a gravação das comunicações telefônicas, por período determinado. Tal disposição, entretanto, não foi mantida pela Lei n.º 11.343/06.

---

<sup>280</sup> De forma geral, resumem Luis Flávio Gomes e Raúl Cervini que “além desses requisitos mínimos, considerando que o Juiz terá que fundamentar sua decisão, e isso dar-se-á basicamente com apoio no pedido formulado, é essencial que dele ainda constem: a) quais são os indícios de autoria ou participação (...); b) quais provas existem sobre a existência do delito (materialidade) (...); c) que se trata de infração punida com reclusão (...); d) descrição clara da situação objeto da investigação (base fática do pedido) (...); e) indicação e, se possível, qualificação do sujeito passivo ou sujeitos passivos da medida (...); f) qual linha telefônica será interceptada (...) g) qual seria a duração ideal da captação (não pode exceder 15 dias)” (GOMES, Luiz Flávio; CERVINI, Raúl. *op. cit.*, p. 211).

### **2.3.4. Conclusão Parcial**

Conforme visto, a Constituição Federal, a Lei 9.296/96 e a Lei do Crime Organizado são as fontes formais de regulação das interceptações telefônicas. Sendo assim, é a partir das regras e concepções contidas nestes estatutos normativos que se encontra a base para a resolução de todo e qualquer problema advindo deste instituto probatório.

Parte-se, então, a seguir, para a análise da questão referente ao compartilhamento do resultado probatório das interceptações telefônicas, tema central deste trabalho, que será apreciado, principalmente, segundo a realidade brasileira, mas que também contemplará o estudo da regulação estrangeira da matéria, enquanto presente elementos passíveis de reflexão e aplicação na resolução da discussão nacional sobre o tema.

## **2.4. O compartilhamento do resultado probatório das interceptações telefônicas**

### **2.4.1. Escorço esclarecedor**

Atualmente, observa-se o uso cada vez mais frequente das interceptações telefônicas como o principal, senão como o único, meio de prova dos processos penais. E isto devido a uma série de fatores, dentre os quais se podem identificar: a) a facilidade para a sua realização, devido à banalização, pelo Poder Judiciário<sup>281</sup>, dos critérios legais para sua decretação e duração<sup>282</sup>; b) a eficiência da mesma na aquisição de provas essenciais para a condenação.

É claro, todavia, que, com o aumento do número de decretações e da sua duração, acabariam por surgir novos problemas em relação à valoração dos resultados das interceptações telefônicas, porque implícito que, presente esta situação, a quantidade de informações arrecadadas pode, e facilmente ultrapassa as previsões do planejamento primário de descobertas.

---

<sup>281</sup> Banalização que tem por finalidade dar uma resposta aos apelos de segurança da população, através da garantia da utilização do meio de prova mais eficiente possível, muito embora de danosidade pessoal elevada.

<sup>282</sup> Como exemplo, a seguinte decisão do STF: “[...] 5. PROVA. Criminal. Interceptação telefônica. Prazo legal de autorização. Prorrogações sucessivas. Admissibilidade. Fatos complexos e graves. Necessidade de investigação diferenciada e contínua. Motivações diversas. Ofensa ao art. 5º, caput, da Lei nº 9.296/96. Não ocorrência. Preliminar rejeitada. Voto vencido. É lícita a prorrogação do prazo legal de autorização para interceptação telefônica, ainda que de modo sucessivo, quando o fato seja complexo e, como tal, exija investigação diferenciada e contínua. [...]” (STF, Inq 2424, Relator Min. Cezar Peluso, Tribunal Pleno, julgado em 26/11/2008, DJe-055 Divulg em 25-03-2010, Public 26-03-2010 Ement Vol-02395-02 PP-00341).

Podem ser identificadas, assim, pelo menos, duas dificuldades relacionadas com esta nova conjuntura. Em primeiro lugar, questiona-se acerca da licitude destas novas descobertas, dos conhecimentos fortuitos, cuja aquisição não era prevista pelo decreto jurisdicional. A outra questão, por sua vez, refere-se à utilização, tanto dos conhecimentos esperados, quanto dos inesperados, em outros processos (penais e extrapenais), problema este de compartilhamento de prova<sup>283</sup>.

O legislador pátrio, entretanto, não previu resolução para estas ocorrências processuais, surgindo, assim, nova tarefa para o intérprete do Direito, na identificação da decisão mais adequada para estes casos, que contêm grande relevância prática. É à análise exatamente destas questões, portanto, que se dedicam os próximos, e finais, tópicos deste trabalho.

Com esse intuito, abordar-se-á, então, primeiramente, a definição do conceito de compartilhamento de prova para que, posteriormente, seja possível a análise específica das situações de compartilhamento do resultado probatório das interceptações telefônicas com outros processos, penais e extrapenais.

#### **2.4.2. Compartilhamento de provas**

O compartilhamento de prova não é instituto reservado somente ao Processo Penal. Em toda relação processual é possível identificar certa situação em que, produzida determinada prova, verifica-se que a mesma pode ter relevante função em outro processo, da mesma ou de outra área.

Percebendo as facilidades do traslado, que se dão em termos de economia e agilidade processual, opta-se, em vários processos, pelo transporte de prova já pré-constituída, em detrimento de nova atividade probatória.

O problema, entretanto, ocorre quando se realiza o compartilhamento de prova cuja produção tenha requisitos específicos ou finalidades pré-fixadas, como é o caso das interceptações telefônicas, cujo empréstimo deve passar por verificação aprofundada. Necessário, assim, um estudo específico desta situação, que se inicia, neste tópico, pela análise geral do “estatuto” do compartilhamento de prova.

---

<sup>283</sup> Nas palavras de Manuel Monteiro Guedes Valente: “A temática dos conhecimentos fortuitos em sede de escutas telefônicas está ligada, por um lado, à realização de escutas de forma desmedida e em um número estrondoso – reflexo direto do direito penal moderno – e, por outro e como consequência do primeiro, à obtenção da notícia de determinados crimes se operar por meio das escutas telefônicas” (GUEDES VALENTE, Manuel Monteiro. *Conhecimentos Fortuitos. A busca de um equilíbrio apuleiano*. Coimbra: Almedina, 2006, p. 33).

De início, então, para fins de melhor compreensão, necessário estabelecer que o “compartilhamento” de provas, da forma como aqui utilizado, refere-se ao transporte, de um processo para outro, do resultado de uma prova obtida por meio de restrição de direito fundamental do réu.

Diferencia-se, assim, do conceito de “prova emprestada”, que, muito embora também designe o “transporte de produção probatória de um processo para o outro”<sup>284</sup>, refere-se ao deslocamento de prova realizada sem a violação de qualquer direito fundamental.

Sendo assim, e por ser objeto do presente estudo o reaproveitamento do resultado das interceptações telefônicas, medida que restringe o direito à liberdade de comunicação do acusado, utiliza-se, visando à melhor clareza conceitual, a expressão “compartilhamento”, e não “empréstimo” do referido resultado probatório.

É válido dizer, todavia, que tal distinção é efetuada por precisão conceitual, mas não encontra suporte na legislação ou na jurisprudência, em que as expressões, quando utilizadas, são designadas como sinônimos. Desta forma, faz-se necessário, posteriormente, na análise da doutrina e jurisprudência pátria, realizar a conversão e a adaptação dos significados.

Abstraindo-se, então, esta diferenciação, é importante retomar o estudo do instituto do compartilhamento de prova. Na doutrina, não se verificam grandes discussões a respeito de sua definição, observando-se, de forma geral, explicações como a de Camargo Aranha, que aponta que a prova emprestada “pode ser traduzida como a produzida num processo e para nele gerar seus efeitos e depois transportada por um meio gráfico de reprodução para um outro, visando surtir seus efeitos no feito que lhe era originariamente estranho”<sup>285</sup>.

Neste mesmo sentido, Ada Pelegrini Grinover, Antônio Magalhães Gomes Filho e Antônio Scarance Fernandes denominam de prova emprestada “aquela que é produzida num processo, sendo depois transportada documentalmente para outro, visando a gerar efeitos neste; ou ainda, na definição clássica, aquela que já foi produzida juridicamente, mas em outra causa, da qual se extrai para aplicá-la à causa em questão (Bentham)”<sup>286</sup>.

Não há dificuldade, portanto, na sua definição. A situação, entretanto, se modifica quando da análise dos requisitos para o compartilhamento, porquanto alguns autores

---

<sup>284</sup> TALAMINI, Eduardo. Prova emprestada no Processo Civil e Penal. *In Revista de Processo*. Ano 23, Julho-Setembro de 1998, N. 91, p. 93.

<sup>285</sup> CAMARGO ARANHA, Adalberto José Q. T. *op. cit.*, p. 231.

<sup>286</sup> GRINOVER, Ada; GOMES FILHO, Antônio Magalhães; FERNANDES, Antônio Scarance. *As nulidades no Processo Penal*. 11.º Ed. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2009, fl. 117.

restringem mais a sua possibilidade, enquanto outros tentam facilitá-la, numa visão que se preocupa com a economia e celeridade processual<sup>287</sup>.

Assim, por exemplo, os já citados Ada Pelegrini Grinover, Antônio Magalhães Gomes Filho e Antônio Scarance Fernandes estabelecem que “aplicam-se à prova emprestada os princípios constitucionais que regem a prova em geral”<sup>288</sup>. Em consequência, elencam que, para que o compartilhamento da prova seja lícito, é necessário o preenchimento de determinados requisitos, tais como: a) ter sido produzida em processo em que tenha figurado como parte aquele contra quem se pretenda fazer valer a prova; b) ter sido o contraditório realizado perante o mesmo juiz, que também seja o juiz da segunda causa<sup>289</sup>.

Camargo Aranha, por sua vez, anota que, “no que diz respeito aos efeitos, valor e avaliação, devem ser observados quatro princípios: a) ter sido produzida em processo formado entre as mesmas partes ou, ao menos, naquele em que foi uma das partes quem suportou seus efeitos; b) no feito anterior e no qual era primitivamente destinada terem sido observadas todas as prescrições legais relativas à sua natureza; c) os fatos serem semelhantes; e d) no reproduzido a observância das determinações relativas à prova documental”<sup>290</sup>.

Também Luiz Rodrigues Wambier estabeleceu seus próprios critérios para a legitimidade da prova trasladada, destacando: (a) tenha sido, no processo de origem, validamente produzida; (b) a parte contra a qual ela vai ser usada tenha podido participar, em regime de contraditório, do processo de origem e (c) seja submetida ao crivo do contraditório, no processo para o qual é trazida<sup>291</sup>.

Pode-se perceber, assim, que, muito embora não haja requisitos legalmente estabelecidos, os aspectos essenciais a serem verificados, para validade e eficácia das provas, referem-se à presença das partes e do juiz<sup>292</sup>, bem como à existência do contraditório, tanto na produção inicial da prova quanto posteriormente ao seu compartilhamento. São estas, destarte,

---

<sup>287</sup> Conforme Eduardo Talamini, “a função primeira e imediata do empréstimo da prova é a economia processual. Busca evitar a repetição desnecessária de atos a fim de que, com menor dispêndio de tempo e recursos materiais, o processo seja acessível a todos (é aplicação do célebre ‘princípio econômico’, formativo do processo” (TALAMINI, Eduardo. *op. cit.*, p. 110).

<sup>288</sup> GRINOVER, Ada; GOMES FILHO, Antônio Magalhães; FERNANDES, Antônio Scarance. *op. cit.*, p. 117.

<sup>289</sup> GRINOVER, Ada; GOMES FILHO, Antônio Magalhães; FERNANDES, Antônio Scarance. *op. cit.*, p. 117-118.

<sup>290</sup> CAMARGO ARANHA, Adalberto José Q. T. *op. cit.*, p. 232.

<sup>291</sup> WAMBIER, Luiz Rodrigues *apud* RETAMOSO, Mariana Borges. A (in)eficácia da prova emprestada. *In Revista de Direito Privado*. Ano 11, n. 41, jan-mar/2010, p. 183.

<sup>292</sup> Aspecto salientado por TALAMINI, Eduardo. *op. cit.*, p. 97.

as seguranças mínimas que se devem dar à pessoa cuja prova tende a prejudicar, pois somente desta forma protegem-se as garantias do contraditório, da ampla defesa e da prova lícita<sup>293</sup>.

Mas todos estes requisitos, frise-se, somente são importantes se estabelecido, no primeiro momento, a possibilidade, em abstrato, de compartilhamento da prova.

Com efeito, estas condições (de presença das partes e do contraditório) referem-se a uma análise secundária, que somente é realizada conforme seja positiva a decisão primária, de possibilidade de compartilhamento de determinada prova<sup>294</sup>.

No caso das interceptações telefônicas, devido à sua particularidade<sup>295</sup>, identificada pelo teor da regulação legal e constitucional a seu respeito, torna-se assaz importante a primeira análise, qual seja, a da possibilidade, em abstrato, do compartilhamento de seu resultado probatório. E isto tanto para o caso de transporte das informações arrecadadas para outros processos penais, quanto para processos extrapenais.

São estes, então, os pontos analisados a seguir, que identificarão a viabilidade jurídica, na realidade brasileira atual, do compartilhamento do resultado probatório das interceptações telefônicas com outros processos penais e extrapenais.

O tratamento dos casos, entretanto, dar-se-á em separado, a fim de melhor visualização do problema e de sua resolução, cuja fundamentação é diferenciada segundo a natureza do processo destinatário da prova.

---

<sup>293</sup> O STF vem decidindo, entretanto, no seguinte sentido: “[...] PROVA EMPRESTADA - INOBSERVANCIA DA GARANTIA DO CONTRADITORIO - VALOR PRECARIO - PROCESSO PENAL CONDENATÓRIO. - A PROVA EMPRESTADA, ESPECIALMENTE NO PROCESSO PENAL CONDENATÓRIO, TEM VALOR PRECARIO, QUANDO PRODUZIDA SEM OBSERVANCIA DO PRINCÍPIO CONSTITUCIONAL DO CONTRADITORIO. EMBORA ADMISSIVEL, E QUESTIONAVEL A SUA EFICACIA JURÍDICA. INOCORRE, CONTUDO, CERCEAMENTO DE DEFESA, SE, INOBTANTE A EXISTÊNCIA DE PROVA TESTEMUNHAL EMPRESTADA, NÃO FOI ELA A ÚNICA A FUNDAMENTAR A SENTENÇA DE PRONUNCIA. [...] (HC 67707, Relator(a): Min. CELSO DE MELLO, PRIMEIRA TURMA, julgado em 07/11/1989, DJ 14-08-1992 PP-12225 EMENT VOL-01670-01 PP-00178:: RTJ VOL-00141-03 PP-00816)”. Na mesma linha, mas mais recentemente: HABEAS CORPUS. JÚRI. PROVA EMPRESTADA, PRESENÇA DO RÉU NA AUDIÊNCIA DE INSTRUÇÃO E FUNDAMENTAÇÃO DA SENTENÇA DE PRONÚNCIA: NÃO-CONFIGURAÇÃO DE NULIDADE: PRECEDENTES. ORDEM DENEGADA. 1. Não há nulidade por terem sido juntadas aos autos do processo principal - e eventualmente relevadas na sentença de pronúncia - provas emprestadas de outro processo-crime, pois o que se exige é que não tenha sido a prova emprestada "a única a fundamentar a sentença de pronúncia" (Habeas Corpus n. 67.707, Rel. Min. Celso de Mello, DJ 14.8.1992). [...] (HC 95549, Relator(a): Min. CÁRMEN LÚCIA, Primeira Turma, julgado em 28/04/2009, DJe-099 DIVULG 28-05-2009 PUBLIC 29-05-2009 EMENT VOL-02362-06 PP-01207 LEXSTF v. 31, n. 365, 2009, p. 450-466)

<sup>294</sup> Muito embora prudente a fixação daqueles critérios, deve-se ter-se em mente que se trata de um segundo momento do compartilhamento. Mister, primeiro, identificar, se tal compartilhamento é possível, para somente posteriormente estabelecer-se os seus requisitos. De fato, somente após a identificação de que é possível, em abstrato, o compartilhamento de determinada prova é que se irá verificar se tal prova preenche, em concreto, aqueles requisitos (de contraditório e de igualdade de partes), que também são de extrema relevância, mas que se referem a um segundo momento do estudo do compartilhamento.

<sup>295</sup> Todas estas já identificadas anteriormente: alta danosidade social, alta eficiência condenatória e regulação constitucional e legal com restrições explícitas de produção e valoração.

### **2.4.3. Compartilhamento do resultado probatório das interceptações telefônicas com outros processos penais – A problemática dos conhecimentos fortuitos.**

Em termos de compartilhamento do resultado probatório das interceptações telefônicas com outros processos penais, leia-se, com outro processo penal diferente daquele que deu origem à decretação e produção da gravação, deve-se, de início, distinguir a situação (a) em que o transporte das gravações dá-se no contexto de processos cindidos, por excesso de réus, para garantir a maior possibilidade de defesa; daquela (b) em que o compartilhamento dá-se em relação a informações diversas daquelas esperadas na investigação, ou seja, quando se trata, especificamente, do traslado de conhecimentos fortuitos das interceptações.

Quanto à primeira situação, dúvida não há no sentido de que o compartilhamento é possível, porquanto se supõe um caso sem anomalias, em que a interceptação foi decretada para as mesmas pessoas e em face do mesmo crime, resultando a interceptação telefônica no conhecimento das informações já esperadas no âmbito da decisão judicial de permissão. Imagina-se, assim, este “empréstimo” como decorrência natural, e até mesmo lógica, da cisão, enquanto compartilhamento da prova que seria utilizada contra o acusado mesmo se o processo não tivesse sido dividido.

O verdadeiro problema, então, refere-se ao compartilhamento de informações obtidas fortuitamente no decorrer da interceptação telefônica. Trata-se, destarte, daqueles conhecimentos sobre o acusado, ou sobre terceiro, que não eram esperados, que não estavam implicitamente contidos no mandado judicial de produção da prova, que, como visto, no Brasil, deve observar a maior limitação possível. São os denominados conhecimentos fortuitos ou, conforme a expressão alemã, *Zufallsfunde*.

Os conhecimentos fortuitos, entretanto, não podem ser confundidos com os conhecimentos da investigação, sendo tal distinção de suma importância para a compreensão da solução do problema, porquanto “consoante qualificarmos um facto como conhecimento da investigação ou conhecimento fortuito poderemos estar a determinar a valoração como prova ou a proibição da sua valoração na mesma qualidade, respectivamente”<sup>296</sup>. A seguir, portanto, analisar-se-á os elementos que os diferenciam.

#### 2.4.3.1. Os conhecimentos da investigação e os conhecimentos fortuitos

---

<sup>296</sup> AGUILAR, Francisco. *Dos conhecimentos fortuitos obtidos através de escutas telefônicas*. Coimbra: Almedina, 2004, p. 18.

Como salientado acima, a qualificação da informação obtida como conhecimento da investigação ou como conhecimento fortuito pode refletir na sua possibilidade de valoração pelo Poder Judiciário.

Tal distinção, todavia, não é exclusiva do estudo das interceptações telefônicas, sendo discutida, também, por exemplo, em relação às buscas e apreensões. Não se pode olvidar, todavia, que é neste âmbito que a distinção encontra a sua maior importância, porquanto nas outras situações não se observa um meio de prova gerador de tamanha danosidade social e que, concomitantemente, ofende diversos “direitos fundamentais pessoais – a reserva da intimidade da vida privada, a palavra, a inviolabilidade das comunicações – consagrados constitucionalmente e de tutela jurídico-penal”<sup>297</sup>.

De forma geral, os doutrinadores postulam que o conceito de conhecimento fortuito somente é conceito por exclusão, ou seja, só é possível detectar se se trata de conhecimento fortuito ao descartar-se a possibilidade da informação ser considerada como conhecimento da investigação. Em virtude disso, deve-se analisar esta figura primeiro.

Para Francisco Aguilar,

os conhecimentos da investigação serão os factos, obtidos através de uma escuta telefônica legalmente efectuada, que se reportam ou ao crime cuja investigação legitimou a realização daquela ou a um outro delito (pertencente ou não ao catálogo legal) que esteja baseado na mesma situação histórica de vida (*historischen Lebenssachverhalt*) daquele<sup>298-299</sup>.

E explica:

Entre a acção do catálogo (*Katologtat*) cuja investigação determinou a realização da escuta telefônica e a acção (pertencente ou não ao catálogo) desta forma descoberta terá de haver uma identidade de investigação processual. Até porque a finalidade da decisão de interceptação telefônica envolve ‘o evento [no seu todo] e não apenas os conhecimentos isolados da acção do catálogo’<sup>300</sup>.

<sup>297</sup> GUEDES VALENTE, Manuel Monteiro. *op. cit.*, 2006, p. 39.

<sup>298</sup> AGUILAR, Francisco. *op. cit.*, p. 17.

<sup>299</sup> Há que se salientar que existem algumas peculiaridades nos sistemas português e alemão, bem como em outros Estados europeus, quando comparados com o Brasil. Nestes países, a legislação define com precisão quais são os crimes passíveis de serem investigados com o uso das interceptações telefônicas. No Brasil, diferentemente, tem-se apenas uma determinação geral quanto aos crimes (aqueles punidos com pena de reclusão), sendo exigido do juiz, entretanto, que descreva com clareza a situação objeto da investigação. Há, assim, um *plus* no sistema brasileiro, que além de exigir a indicação do crime, também exige a descrição da situação investigada. No Brasil, portanto, observa-se que o juiz faz, de antemão, a delimitação dos conhecimentos da investigação, ficando assim, de logo, restrita a utilização das informações obtidas.

<sup>300</sup> AGUILAR, Francisco. *op. cit.*, p. 17-18.

Manuel Monteiro Guedes Valente, por sua vez, define os conhecimentos da investigação como

aqueles que, recolhidos por meio de escuta telefônica lícita, se encontram em uma relação de concurso ideal e aparente com o crime catálogo que fundamentou o recurso à escuta telefônica, que compreendem os designados delitos alternativos que comprovam de modo alternativo os factos do crime catálogo, que, no âmbito dos crimes que fundamentam a autorização relativamente ao crime de associação criminosa, que constituem a finalidade ou a actividade daquela, i.e., como afirma RIESS, estes conhecimentos da investigação ‘integram o processo histórico que, a seu tempo, ofereceu o motivo para um ordem legítima de escuta’, e, ainda, em um plano de igualdade com os conhecimentos da investigação, se devem acrescentar a participação (autoria e cumplicidade), as formas de favorecimento pessoal, auxílio material e receptação<sup>301-302</sup>.

O que ambos enfatizam, portanto, é a ideia de identidade de investigação. Tal identidade, entretanto, é conceito aberto, de forma que Francisco Aguilar, a fim de concretizar tal expressão, identificou no n.º 1 do art. 24 do C.P.P. português<sup>303</sup> um “critério suficientemente preciso que permite concretizar aquilo que inicialmente conceptualizámos como ‘unidade de investigação em sentido processual’ e ‘mesma situação histórica de vida’”<sup>304</sup>. Tal dispositivo encontra seu correspondente no Código de Processo Penal brasileiro, no art. 76, que regula a competência por conexão.

Sendo assim, pode-se inferir que, em Portugal, o importante para se identificar um conhecimento da investigação refere-se à verificação de se tratar de crime, ou situação, passível de ser conexo, nos termos da lei processual penal.

Da mesma forma na Alemanha, onde o BGH (*Bundesgerichtshof*), já em 1976, defendeu que só podem ser valorados “os conhecimentos fortuitos pertencentes às acções descritas no § 100a) da StPO ou que estejam ‘em conexão’ (*Zusammenhang*) com a suspeita

<sup>301</sup> GUEDES VALENTE, Manuel Monteiro. *op. cit.*, 2006, p. 80.

<sup>302</sup> E segue: “Da concepção de conhecimentos da investigação, poder-se-á aferir que se orna em torno de uma identidade de investigação no sentido processual, por, como ensina STÖRMER, a opção pela interceptação telefônica compreende o “evento [no seu todo] e não apenas os conhecimentos isolados da acção do catálogo”. Acrescente-se que STÖRMER considera que só podem preencher o quadro dos conhecimentos fortuitos os factos que não façam parte da mesma «unidade de acção no sentido processual», assim como RIESS e WELP, na linha do BGH, defendem que os factos que estejam no plano da mesma unidade processual do crime que motivou a escuta não podem ser considerados como conhecimentos fortuitos” (GUEDES VALENTE, Manuel Monteiro. *op. cit.*, 2006, pp. 80-81).

<sup>303</sup> A redação do referido artigo, referente ao n.º 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 participação; d) Vários agentes tiverem cometido diversos crimes em participação, 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.

<sup>304</sup> AGUILAR, Francisco. *op. cit.*, p. 24.

de um crime do catálogo”<sup>305</sup>. Daí que, segundo a alta instância federal, os conhecimentos fortuitos possam ser utilizados apenas se respeitarem a outra acção do catálogo ou se demonstrarem, pelo menos, uma conexão com a suspeita de um crime catalogar<sup>306</sup>.

Com a alteração da lei de combate ao tráfico ilegal de estupefacientes e outras formas de manifestação da criminalidade organização (OrgKG) de 15.7.1992, o panorama foi alterado, porquanto “pelo novo inciso V do § 100 b) da StPO, admite o legislador a valoração probatória dos conhecimentos fortuitos em outros processos-crime apenas com o propósito do esclarecimento de um delito do catálogo do § 100a) da StPO”<sup>307</sup>.

O BGH, então, em decisão de 1998, “afirmou como regra a valoração probatória exclusiva dos conhecimentos fortuitos relativamente aos delitos do § 100a) da StPO. Pelo que, em princípio, existe relativamente aos conhecimentos fortuitos das acções não catalogares uma proibição de valoração”<sup>308</sup>.

Continuou, entretanto, o Supremo Tribunal Federal alemão a permitir a valoração “dos conhecimentos fortuitos, obtidos por escutas legalmente efectuadas, atinentes a delitos não catalogares apenas quando uma ‘estreita referência’ (*enger Bezug*) exista relativamente à acção do catálogo apresentada na decisão judicial”<sup>309</sup>.

De regra, portanto, na área internacional<sup>310</sup>, tem-se entendido que os conhecimentos da investigação são aqueles que se referem ao crime que tenha dado azo à interceptação telefónica, bem como àqueles delitos que lhe sejam conexos. Podem-se diferenciar os ordenamentos, todavia, pela amplitude da conexão permitida, porquanto alguns permitem a conexão com qualquer crime do ordenamento, enquanto outros restringem a conexão àqueles que autorizam a decretação das interceptações telefónicas<sup>311 312</sup>.

<sup>305</sup> AGUILAR, Francisco. *op. cit.*, p. 31.

<sup>306</sup> AGUILAR, Francisco. *op. cit.*, p. 32.

<sup>307</sup> AGUILAR, Francisco. *op. cit.*, p. 48.

<sup>308</sup> AGUILAR, Francisco. *op. cit.*, p. 49.

<sup>309</sup> AGUILAR, Francisco. *op. cit.*, p. 49.

<sup>310</sup> Interessante a solução dada pelo ordenamento jurídico espanhol, como refere Guedes Valente: “Em Espanha, os Tribunais Superiores, quer o Tribunal Constitucional quer o Tribunal Supremo, têm-se pronunciado sobre os conhecimentos fortuitos – descubrimientos ocasionales – sendo de reter, desde logo, que os operadores judiciários que no âmbito de uma escuta telefónica sobre o crime x descobrem ou tomam ocasionalmente conhecimento de provas do crime y devem imediatamente comunicar ao juiz que autorizou a escuta para que a possível violação de direitos fundamentais cesse e emita um novo despacho, por se considerar que, nesse momento, existe uma ingerência ilegítima” (GUEDES VALENTE, Manuel Monteiro. *op. cit.*, 2006, p. 109).

<sup>311</sup> A doutrina vem exigindo requisitos suplementares, como sinaliza Francisco Aguilar. O autor cita, dentre as demandas, aquela que recomenda que “os conhecimentos fortuitos só poderão ser valorados se, para além de pertencerem ao catálogo legal ultrapassarem com sucesso um ‘juízo de intromissão hipotética’ ou crivo da ‘hipotética repetição de intervenção’ (*hypothetischewiederholungseingriff*) consiste precisamente na verificação, a efectuar no momento da valoração das conversações telefónicas, da necessidade ou desnecessidade para a investigação (“estado de necessidade investigatório”) da valoração dos conhecimentos fortuitos. Deste

Pois bem. Tendo como base este conceito é possível deduzir-se o que se entende por conhecimentos fortuitos. Isso porque, como salientado anteriormente, os conhecimentos fortuitos definem-se negativamente face aos conhecimentos da investigação, tendo, assim, carácter residual<sup>313</sup>.

Explica Francisco Aguilar, então, que,

conhecimentos fortuitos serão aqueles factos (ou conhecimentos) obtidos através de uma escuta telefónica legalmente efectuada e que não se reportem, nem ao crime cuja investigação determinou a realização daquela, nem a qualquer outro delito (pertencente ou não ao catálogo legal) que esteja baseado na mesma situação histórica de vida daquele<sup>314</sup>.

Tal definição, que considera conhecimento fortuito toda informação que não se refira ao crime que originou a interceptação ou um crime conexo a este, tende a ser a majoritariamente aceita pelos doutrinadores e pela jurisprudência.

Com a fixação de tais conceitos, analisar-se-á, em seguida, a situação dos conhecimentos fortuitos no Brasil, mormente no que se refere ao seu compartilhamento com outros processos penais.

#### 2.4.3.2. O compartilhamento dos conhecimentos fortuitos com outros processos penais – Análise da realidade brasileira

No Brasil, a discussão sobre a questão dos conhecimentos fortuitos e do compartilhamento de prova ainda é incipiente, se comparada com os avanços observados principalmente na Europa.

Assim, por exemplo, a maioria dos doutrinadores e da jurisprudência pátria não dedicam espaço a distinção entre conhecimentos da investigação e conhecimentos fortuitos, restringindo-se a uma análise mais voltada à consequência daquela definição, no sentido de ser possível, ou não, a valoração das informações obtidas ocasionalmente.

---

modo se repetiria no momento da valoração o juízo que o legislador impõe no § 100 a) da StPO para a possibilidade excepcional da realização da escuta telefónica” (AGUILAR, Francisco. *op. cit.*, p. 43).

<sup>312</sup> O BGH, na decisão de 1998, “tratou de introduzir uma extensão no regime de valoração dos conhecimentos fortuitos através da expressão “conexão com a suspeita de uma acção do catálogo”. Ou seja, a valoração seria possível não apenas no que se respeita aos conhecimentos fortuitos pertencentes a acções do catálogo, mas também relativamente a conhecimentos casuais que, embora não pertencessem a acções do catálogo, apresentassem uma conexão com a suspeita da prática de um delito catalogar. E essa conexão poderá reportar-se, já o deixamos antecipar como resultante da jurisprudência ulterior do BGH, a qualquer da acções do catálogo e não apenas à que, em concreto, legitimou a escuta” (AGUILAR, Francisco. *op. cit.*, p. 34).

<sup>313</sup> AGUILAR, Francisco. *op. cit.*, p. 18.

<sup>314</sup> AGUILAR, Francisco. *op. cit.*, p. 18.

Não se observa, destarte, a preocupação, na maioria dos casos, com a definição do que se entende, especificamente, por conhecimentos fortuitos. A análise jurisprudencial<sup>315</sup> revela, entretanto, a tendência de permissão de valoração daqueles crimes descobertos que se encontram em conexão com o delito que originou a interceptação, mesmo que aquele seja punido com pena de detenção<sup>316</sup>.

Conectando-se com o que foi referido no tópico acima, pode-se deduzir que, no Brasil, a posição majoritária segue o entendimento já firmado em Portugal e na Alemanha, no sentido de que são conhecimentos da investigação aqueles que se referem ao crime em razão do qual foi decretada a interceptação, bem como os delitos conexos a ele. Ainda, observa-se, aqui, uma interpretação extensiva das possibilidades de conexão, enquanto permite-se a conexão com crimes não puníveis com reclusão, que, em outros países, seriam considerados como “fora do catálogo”.

A imprecisão conceitual gera, com efeito, decisões incongruentes. Assim, ao mesmo tempo em que se refere aos crimes conexos, classifica-os o Supremo Tribunal Federal como conhecimentos fortuitos. Ora, se o crime é conexo ao principal, envolve a mesma “situação de vida”, então, na visão analisada anteriormente, não se trata de conhecimentos fortuitos, mas de conhecimentos da investigação. Para exemplificar, o seguinte julgado:

AGRAVO REGIMENTAL EM AGRAVO DE INSTRUMENTO. INTERCEPTAÇÃO TELEFÔNICA LICITAMENTE CONDUZIDA. ENCONTRO FORTUITO DE PROVA DA PRÁTICA DE CRIME PUNIDO COM DETENÇÃO. LEGITIMIDADE DO USO COMO JUSTA CAUSA PARA OFERECIMENTO DE DENÚNCIA. AGRAVO REGIMENTAL DESPROVIDO. 1. O Supremo Tribunal Federal, como intérprete maior da Constituição da República, considerou compatível com o art. 5º, XII e LVI, o uso de prova obtida fortuitamente através de interceptação telefônica lícitamente conduzida, ainda que o crime descoberto, conexo ao que foi objeto da interceptação, seja punido com detenção. 2. Agravo Regimental desprovido. (AI 626214 AgR, Relator(a): Min. JOAQUIM BARBOSA, Segunda Turma, julgado em 21/09/2010, DJe-190 DIVULG 07-10-2010 PUBLIC 08-10-2010 EMENT VOL-02418-09 PP-01825)

<sup>315</sup> HABEAS CORPUS. INTERCEPTAÇÃO TELEFÔNICA. PRAZO DE VALIDADE. ALEGAÇÃO DE EXISTÊNCIA DE OUTRO MEIO DE INVESTIGAÇÃO. FALTA DE TRANSCRIÇÃO DE CONVERSAS INTERCEPTADAS NOS RELATÓRIOS APRESENTADOS AO JUIZ. AUSÊNCIA DE CIÊNCIA DO MINISTÉRIO PÚBLICO ACERCA DOS PEDIDOS DE PRORROGAÇÃO. APURAÇÃO DE CRIME PUNIDO COM PENA DE DETENÇÃO. [...] 5. 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. Do contrário, a interpretação do art. 2º, III, da L. 9.296/96 levaria ao absurdo de concluir pela impossibilidade de interceptação para investigar crimes apenados com reclusão quando forem estes conexos com crimes punidos com detenção. Habeas corpus indeferido. (HC 83515, Relator(a): Min. NELSON JOBIM, Tribunal Pleno, julgado em 16/09/2004, DJ 04-03-2005 PP-00011 EMENT VOL-02182-03 PP-00401 RTJ VOL-00193-02 PP-00609)

<sup>316</sup> Lembrando que as interceptações telefônicas somente podem ser decretadas em vista de um crime punido com pena de reclusão.

A fixação precisa destes fundamentos reflete-se, como já salientado, na possibilidade de compartilhamento e de valoração das informações obtidas. Cabe analisar agora, então, qual é a posição que predomina no país quanto ao assunto.

Quanto à doutrina, Luis Flávio Gomes, ao analisar a situação em que, no curso da captação da comunicação telefônica, surge outro fato penalmente relevante, distinto da “situação objeto da investigação”<sup>317</sup>, considera que,

se o fato objeto do ‘encontro fortuito’ é conexo ou tem relação de continência (concurso formal) com o fato investigado, é válida a interceptação telefônica como meio probatório, inclusive quanto ao fato extra descoberto, e desde que se trate de infração para a qual se admita interceptação (art. 2.º, inc. III). [...] De outra parte, se se descobre o envolvimento de outra pessoa no crime investigado (de tal forma a caracterizar a continência do art. 77), também é válido tal meio probatório. Nessas duas hipóteses, em suma, a transcrição final da captação feita vale legitimamente como meio probatório e serve para afetar (“enervar”) o princípio da presunção de inocência<sup>318</sup>.

Ressalva, entretanto, que.

não vale a interceptação telefônica como meio probatório: a) seja em relação ao encontro de fato não conexo; b) seja quanto a fatos cometidos por terceiras pessoas, sem nenhuma relação de continência com o investigado. A terceira pessoa pode ser tanto quem se comunicou com o investigado quanto quem utilizou a linha telefônica, embora não fosse o investigado. Esse encontro fortuito vale como uma *notitia criminis*. É inadmissível como meio probatório, por se tratar de prova ilícita<sup>319</sup>.

Ada Pelegrini Grinover, Antônio Magalhães Gomes Filho e Antônio Scarance Fernandes opinam que os arts. 2.º, parágrafo único, e 4.º da Lei de Interceptações apenas insinuam que só possa ser utilizado como prova fatos objeto de investigação determinada. Sugerem, então, que o juiz deva guiar-se pela gravidade da infração penal para o aproveitamento do resultado da interceptação em processo ou investigação diversos daquele para o qual a ordem foi dada, desde que atinente a crime de igual ou maior gravidade<sup>320</sup>.

Lênio Streck, por sua vez, ao enfrentar a situação em que, autorizada interceptação a respeito da prática de tráfico de entorpecentes, descobre-se a ocorrência de um delito de homicídio, assim se manifesta:

Se o homicídio descoberto está dentro de uma cadeia de fatos atribuídos ao(s) autor(es) cujas comunicações telefônicas foram interceptadas, parece não haver problema na utilização da prova. Isto porque, embora o parágrafo único do art. 2.º

<sup>317</sup> GOMES, Luiz Flavio; CERVINI, Raúl. *op. cit.*, p. 192.

<sup>318</sup> GOMES, Luiz Flavio; CERVINI, Raúl. *op. cit.*, p. 194.

<sup>319</sup> GOMES, Luiz Flavio; CERVINI, Raúl. *op. cit.*, p. 194.

<sup>320</sup> GRINOVER, Ada Pelegrini; GOMES FILHO, Antônio Magalhães; FERNANDES, Antônio Scarance. *op. cit.*, p. 175.

exija a descrição com clareza da situação objeto da investigação, é evidente que essa exigência objetiva evitar devassas na intimidade de pessoas sem que haja fatos concretos a investigar<sup>321</sup>.

Resposta diferente, entretanto, é dada quando o homicídio descoberto estiver fora da cadeia de fatos e autores investigados. Neste caso, o autor argumenta que esta prova não pode ser utilizada para processar o autor do homicídio. Observa, entretanto, que, muito embora tal informação não possa ser usada como prova bastante para a instauração de ação penal, ela pode, em tais circunstâncias, servir de indício para a busca da comprovação da existência do crime<sup>322</sup>.

Vicente Greco Filho não possui posição manifestamente diferente das já relacionadas. Assim, entende o autor que é possível a valoração das informações de fatos criminosos diferentes daquele que fundamentou a interceptação “desde que a infração possa ser ensejadora de interceptação, ou seja, não se encontre entre as proibições do art. 2º e desde que seja fato relacionado com o primeiro, ensejando concurso de crimes, continência ou conexão”<sup>323-324</sup>. O que não admite, todavia, é a utilização da interceptação em face de fato desvinculado do fato que originou a providência<sup>325</sup>.

Opinião diversa dos demais possui Damásio de Jesus. Para ele, o resultado da diligência não vale como prova ou material de investigação específica dos crimes diversos do objeto da medida, sendo nulo de pleno direito<sup>326</sup>. Entende, assim, que “a solicitação (arts. 2º, parágrafo único, e 4º) e a autorização (art. 5º), que exigem descrição pormenorizada da situação etc., devem ser interpretadas restritivamente”<sup>327</sup>.

Neste mesmo sentido, também se observa Camargo Aranha, para quem o encontro fortuito não poderá, em nenhuma hipótese, servir como prova, já que diverge do fato investigado e autorizado. E continua:

Se assim fosse, estar-se-ia usando indiscriminadamente de uma autorização judicial, fora de seus limites balizadores e fugindo-se do fundamento apresentado para o uso de um meio de exceção, como é indiscutivelmente a interceptação telefônica. A prova obtida pela interceptação deve corresponder ao fundamento

<sup>321</sup> STRECK, Lênio Luiz. *As interceptações telefônicas e os direitos fundamentais*. 2.ª Ed. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2001, p. 124.

<sup>322</sup> STRECK, Lênio Luiz. *op. cit.*, pp. 125, 126 e 130.

<sup>323</sup> FILHO, Vicente Greco. *Interceptação telefônica*. São Paulo: Saraiva 2005, p. 36.

<sup>324</sup> Considera o autor que “seria uma limitação excessiva não se permitir que, uma vez autorizada legitimamente a interceptação, não pudesse ela abranger toda a atividade criminosa dos interceptados no âmbito da continência ou conexão a partir do fato que a justificou” (FILHO, Vicente Greco. *op. cit.*, p. 38).

<sup>325</sup> FILHO, Vicente Greco. *op. cit.*, p. 37.

<sup>326</sup> JESUS, Damásio E. Interceptação de comunicações telefônicas. Notas à Lei 9.296, de 24.07.1996. *In Revista dos Tribunais*, ano 86, v. 735, p. 467.

<sup>327</sup> JESUS, Damásio E. *op. cit.*, p. 467.

apresentado e que serviu de base para a autorização judicial. Fora de tal hipótese, estar-se-ia usando de uma prova ilícita quanto ao modo em que colhida, porque fugiu dos preceitos legais que exigem um pedido com fundamentação certa, contra pessoa determinada, e que, como tal, serviu de base à autorização judicial concedida. Estar-se-ia burlando a própria fundamentação da autorização judicial<sup>328</sup>.

Luiz Vicente Cernicchiaro igualmente considera que “a prova colhida [...] só pode ser utilizada na hipótese mencionada no requerimento da autorização judicial”<sup>329</sup>. Por conseguinte, entende a mesma como imprestável para outro inquérito, ou outro processo<sup>330</sup>.

Por fim, Torquato Avolio defende o critério da conexão e da continência como o mais razoável para o caso. Entretanto, o autor tem reservas quanto às informações de delitos que não são conexos com aquele que autorizou a interceptação. Neste sentido:

Concordo com a utilização da matéria que envolve hipóteses de conexão e continência, mas tenho forte restrição em relação ao material que destoa do objeto da investigação, pois não é porque foi encontrado no curso de interceptação lícita que a notícia-crime pode ser reputada igualmente lícita, eis que nada justificaria utilizar-se indiscriminadamente da autorização judicial concedida para a investigação com relação a terceiros e situações diversas<sup>331</sup>.

Em relação à jurisprudência, as decisões do Supremo Tribunal Federal e do Superior Tribunal de Justiça determinam a possibilidade de valoração das informações obtidas em relação a crimes conexos com aquele que gerou a autorização de interceptação telefônica, inclusive se for um delito punido com detenção, que não geraria, a princípio, a viabilidade da medida para a sua investigação.

Neste sentido, os seguintes acórdãos:

HABEAS CORPUS. INTERCEPTAÇÃO TELEFÔNICA. PRAZO DE VALIDADE. ALEGAÇÃO DE EXISTÊNCIA DE OUTRO MEIO DE INVESTIGAÇÃO. FALTA DE TRANSCRIÇÃO DE CONVERSAS INTERCEPTADAS NOS RELATÓRIOS APRESENTADOS AO JUIZ. AUSÊNCIA DE CIÊNCIA DO MINISTÉRIO PÚBLICO ACERCA DOS PEDIDOS DE PRORROGAÇÃO. APURAÇÃO DE CRIME PUNIDO COM PENA DE DETENÇÃO. [...] 5. 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. Do contrário, a interpretação do art. 2º, III, da L. 9.296/96 levaria ao absurdo de concluir pela impossibilidade de interceptação para investigar crimes apenados com reclusão quando forem estes conexos com crimes punidos com detenção. Habeas corpus indeferido. (HC 83515, Relator(a): Min. NELSON

<sup>328</sup> CAMARGO ARANHA, Adalberto José Q. T. *op. cit.*, p. 295.

<sup>329</sup> CERNICCHIARO, Luiz Vicente. Interceptação Telefônica. *In Revista Jurídica*, ano XLV, nº 232, p. 47.

<sup>330</sup> CERNICCHIARO, Luiz Vicente. *op. cit.*, p. 47.

<sup>331</sup> TORQUATO AVOLIO, Luiz Francisco. *op. cit.*, p. 179.

JOBIM, Tribunal Pleno, julgado em 16/09/2004, DJ 04-03-2005 PP-00011 EMENT VOL-02182-03 PP-00401 RTJ VOL-00193-02 PP-00609)

AGRAVO REGIMENTAL EM AGRAVO DE INSTRUMENTO. INTERCEPTAÇÃO TELEFÔNICA LICITAMENTE CONDUZIDA. ENCONTRO FORTUITO DE PROVA DA PRÁTICA DE CRIME PUNIDO COM DETENÇÃO. LEGITIMIDADE DO USO COMO JUSTA CAUSA PARA OFERECIMENTO DE DENÚNCIA. AGRAVO REGIMENTAL DESPROVIDO. 1. O Supremo Tribunal Federal, como intérprete maior da Constituição da República, considerou compatível com o art. 5º, XII e LVI, o uso de prova obtida fortuitamente através de interceptação telefônica licitamente conduzida, ainda que o crime descoberto, conexo ao que foi objeto da interceptação, seja punido com detenção. 2. Agravo Regimental desprovido. (AI 626214 AgR, Relator(a): Min. JOAQUIM BARBOSA, Segunda Turma, julgado em 21/09/2010, DJe-190 DIVULG 07-10-2010 PUBLIC 08-10-2010 EMENT VOL-02418-09 PP-01825)

CRIMINAL. RHC. CRIMES CONTRA A ORDEM TRIBUTÁRIA. A SAÚDE PÚBLICA, O SISTEMA FINANCEIRO NACIONAL, AGIOTAGEM, LAVAGEM DE DINHEIRO E FORMAÇÃO DE QUADRILHA. INTERCEPTAÇÃO TELEFÔNICA. [...] DELITOS APENADOS COM DETENÇÃO. LICITUDE DAS INTERCEPTAÇÕES TELEFÔNICAS. RECURSO DESPROVIDO. [...] XII. Se, no curso da escuta telefônica – deferida para a apuração de delitos punidos exclusivamente com reclusão – são descobertos outros crimes conexos com aqueles, punidos com detenção, não há porque excluí-los da denúncia, diante da possibilidade de existirem outras provas hábeis a embasar eventual condenação. XIII. Não se pode aceitar a precipitada exclusão desses crimes, pois cabe ao Juiz da causa, ao prolatar a sentença, avaliar a existência dessas provas e decidir sobre condenação, se for o caso, sob pena de configurar-se uma absolvição sumária do acusado, sem motivação para tanto. [...] (RHC 13274/RS, Rel. Ministro GILSON DIPP, QUINTA TURMA, julgado em 19/08/2003, DJ 29/09/2003, p. 276)

HABEAS CORPUS. PROCESSUAL PENAL. PRISÃO PREVENTIVA. AUSÊNCIA DOS REQUISITOS AUTORIZADORES. REVOGAÇÃO DA PRISÃO CAUTELAR. PERDA DO OBJETO. PROVA. ESCUTA TELEFÔNICA. ILICITUDE. INEXISTÊNCIA. MINISTÉRIO PÚBLICO. LEGITIMIDADE. [...] 2. É lícita a prova de crime diverso, obtida por meio de interceptação de ligações telefônicas de terceiro não mencionado na autorização judicial de escuta, desde que relacionada com o fato criminoso objeto da investigação. [...] (HC 33553/CE, Rel. Ministra LAURITA VAZ, QUINTA TURMA, julgado em 17/03/2005, DJ 11/04/2005, p. 338)

Pois bem. Como se vê, a doutrina e a jurisprudência brasileira não estão em completo desacordo com a orientação internacional sobre o assunto. Isso não obsta, entretanto, uma nova reflexão sobre o tema, observadas as peculiaridades brasileiras.

Sendo assim, realizar-se-á, em seguida, uma análise crítica do posicionamento do STF, com a inserção de observações referentes à proibição de valoração autônoma e ao princípio da legalidade.

#### *2.4.3.2.1. Análise crítica da jurisprudência do Supremo Tribunal Federal*

Todo e qualquer estudo jurídico-processual (sobretudo, penal) seria incompleto sem a análise da jurisprudência do Supremo Tribunal Federal sobre o assunto. Aqui, entretanto, o valor deste exame é ainda mais elevado, pois se trata de matéria com importante déficit de regulação legal, que, por conseguinte, exige do intérprete uma árdua tarefa.

Escolhe-se, aqui, fazer-se referência, principalmente, à decisão do Habeas Corpus 83.515-5, julgado pelo STF em 16.09.2004. A escolha do referido acórdão, cabe explicar, dá-se em função de servir este de fundamento às decisões posteriores da Corte sobre o tema.

A situação fática revela pacientes denunciados por sonegação fiscal, evasão de divisas, venda de substância nociva à saúde, fornecimento de substância medicinal em desacordo com receita médica, formação de quadrilha, usura e lavagem de dinheiro, praticadas por organização criminosa. Decretada a interceptação telefônica, foram descobertos crimes punidos com pena de detenção, sendo que estas informações foram utilizadas para a persecução criminal daqueles delitos. O pedido formulado pela defesa pontua, então, dentre outros argumentos, que a maioria dos crimes apurados pela interceptação telefônica são punidos com pena de detenção, o que não justifica a medida segundo o teor do art. 2º, III, da Lei n.º 9.296/96.

O voto para o acórdão, que denegou a ordem, é da relatoria do Min. Nelson Jobim, sendo dissidente o Min. Marco Aurélio, que concedia a segurança em razão do excesso de prazo da interceptação. A ementa, e resumo, da decisão é a seguinte:

HABEAS CORPUS. INTERCEPTAÇÃO TELEFÔNICA. PRAZO DE VALIDADE. ALEGAÇÃO DE EXISTÊNCIA DE OUTRO MEIO DE INVESTIGAÇÃO. FALTA DE TRANSCRIÇÃO DE CONVERSAS INTERCEPTADAS NOS RELATÓRIOS APRESENTADOS AO JUIZ. AUSÊNCIA DE CIÊNCIA DO MINISTÉRIO PÚBLICO ACERCA DOS PEDIDOS DE PRORROGAÇÃO. APURAÇÃO DE CRIME PUNIDO COM PENA DE DETENÇÃO. [...] 5. 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. Do contrário, a interpretação do art. 2º, III, da L. 9.296/96 levaria ao absurdo de concluir pela impossibilidade de interceptação para investigar crimes apenados com reclusão quando forem estes conexos com crimes punidos com detenção. Habeas corpus indeferido. (HC 83515, Relator(a): Min. NELSON JOBIM, Tribunal Pleno, julgado em 16/09/2004, DJ 04-03-2005 PP-00011 EMENT VOL-02182-03 PP-00401 RTJ VOL-00193-02 PP-00609)

Analisando-se os fundamentos do voto do relator do acórdão verifica-se que o mesmo considera determinante para a possibilidade de valoração das informações obtidas, o fato de ter sido a interceptação telefônica realizada de forma legal e legítima. Considera, assim, que “se a escuta telefônica – repito, executada de forma legal – acabou por trazer novos elementos

probatórios de outros crimes que não geraram o pleito das gravações, especialmente quando são conexos, podem e devem ser levados em consideração”<sup>332</sup>.

De forma geral, então, entende o Min. Nelson Jobim que é possível a utilização de procedimento legal e legítimo de interceptação telefônica já executada para demonstrar a presença de novos crimes conexos aos primeiros.

O argumento, entretanto, é passível de severa crítica, porquanto considera o fato de não haver um defeito de produção da prova como elemento suficiente para permitir a valoração de todas as informações obtidas. Com efeito, como já demonstrado em capítulo dedicado às proibições de prova, há muito tempo superou-se, em âmbito internacional, a concepção de que somente uma proibição de produção probatória poderia gerar uma proibição de valoração das mesmas.

Somente uma análise que considere a possibilidade de violação de direitos fundamentais tanto na produção quanto na valoração da prova pode, realmente, garantir o *due process of law*. Assim, a lógica utilizada pelo julgador é falha, porquanto existem situações em que, mesmo que produzida a interceptação telefônica com a devida legalidade, é possível a não valoração dos conhecimentos apreendidos, como no caso, por exemplo, de conversas entre o acusado e seu defensor.

E mais especificamente, os conhecimentos fortuitos também podem ser considerados como informações que, mesmo obtidas de forma legítima, não podem ser valoradas pelo julgador, porquanto ultrapassam a medida na qual autorizada a violação dos direitos da intimidade, do sigilo das comunicações telefônicas e da palavra falada, por não estarem previstas no decreto que autorizou a interceptação, sendo, conseqüentemente, tais informações, produto da violação daqueles direitos.

Ademais, o fato de não estar prevista legalmente esta proibição de valoração não torna necessariamente possível a sua valoração. Isto porque, primeiramente, em termos de atuação do Estado, deve ele conformar-se com a legalidade estrita (em contraposição à legalidade do inciso II do art. 5.º da CF), só podendo agir conforme expressa determinação legal, o que não ocorre no caso, enquanto inexistente regra afirmando a possibilidade de valoração dos conhecimentos fortuitos.

E mesmo que se supere tal argumento, não se pode esquecer que uma proibição de valoração pode ser construída através da conjugação de uma série de elementos. Assim, em primeiro lugar, deve-se ter-se em mente que a interceptação telefônica tem caráter

---

<sup>332</sup> Supremo Tribunal Federal. HC 83515, Relator(a): Min. NELSON JOBIM, Tribunal Pleno, julgado em 16/09/2004, DJ 04-03-2005, p. 427.

excepcional, sendo possível a sua utilização somente em situações-limite, em que inviável o direito à prova por outros meios. Além disso, trata-se de medida que, em termos qualitativos e quantitativos, é das mais ofensivas aos direitos fundamentais do cidadão acusado. Como se não bastasse, toda a regulação legal da medida, que inicia com a própria Carta Magna, é baseada na ideia de limitação, e não de extensão da medida ou de sua interpretação.

De fato, uma interpretação que leva em consideração a possibilidade de utilização e compartilhamento de provas sobre situações não previstas na decisão judicial que autorizou a interceptação telefônica, só pode ser entendida como extensiva, enquanto pressupõe que tal crime estivesse subentendido no decreto. Todos estes fundamentos estão a sinalizar que, quanto aos conhecimentos fortuitos, a decisão constitucionalmente mais acertada determina a proibição de seu compartilhamento e utilização.

A doutrina internacional, avaliando posicionamento semelhante ao do Min. Nelson Jobim, também não lhe poupa críticas. Quanto ao assunto, por sua clareza, cabe novamente citar Costa Andrade, que faz corretamente a ligação entre as proibições autônomas de valoração de prova e os conhecimentos fortuitos:

Este postulado [de proibição de valoração dependente] é posto abertamente em crise pelas chamadas proibições de valoração independentes, isto é, que ocorrem à margem de qualquer violação das normas de produção da prova. Emergindo, por via de regra, a partir da referencia directa à tutela constitucional dos direitos fundamentais, as proibições de valoração independentes podem igualmente suscitar-se no contexto duma produção de prova inteiramente conforme aos pertinentes imperativos legais. A isto se reconduz, no essencial, a problemática dos chamados conhecimentos fortuitos, obtidos, v. g., partir de uma escuta telefônica legal. Como, em sentido convergente, acaba de se pronunciar o BHG germânico: «Há toda uma série de proibições de valoração de prova que não têm atrás de si uma produção legalmente inadmissível da prova [...] Estaremos perante uma proibição de valoração deste tipo sempre que os conhecimentos obtidos a partir duma escuta telefônica legalmente realizada não podem ser valorados»<sup>333</sup>.

Por sua vez, Manuel Monteiro Guedes Valente também analisa este mesmo posicionamento, representado por Schünemann, que resume da seguinte maneira:

Demasiado controversa, está a posição de SCHÜNEMANN que defende a absoluta valorização sem restrições dos conhecimentos fortuitos desde que não se verifique uma proibição de produção de prova – i.e., desde que a escuta telefônica obedeça aos quesitos legais -, pois se esta é lícita não faz sentido proibir a valoração das provas recolhidas sobre outros factos delituosos sejam ou não do catálogo. Como já referimos para SCHÜNEMANN a questão coloca-se na validade da produção e não na valoração da prova, centrando a sua tese na congruência entre

---

<sup>333</sup> COSTA ANDRADE, Manuel da. *op. cit.*, p. 56-57.

estes dois pólos – se não existe proibição de produção, também não se pode falar em proibição de valoração<sup>334</sup>.

As suas considerações pertinentes a tal posicionamento ressaltam que,

por um lado, o autor não atende ao facto de, por si só, e como relembra RIESS, o uso, em processo penal, de gravações obtidas por escutas telefônicas consigna uma devassa capaz de preencher o quadro de uma proibição de «valoração autónoma ou independente»; e, por outro, esta posição doutrinal coloca em constante perigo a possibilidade de «branqueamento» das investigações que necessitam de recurso a um meio detentor de uma danosidade social elevada e, como agravante, que os crimes que não poderiam, ex lege, ser investigados por meio de escuta telefônica – por os crimes não pertencerem ao catálogo – passassem a sê-lo.

Costa Andrade igualmente critica esta concepção, nos seguintes termos:

A começar, surge aqui particularmente exposta a descontinuidade entre os momentos (e os regimes) da proibição de produção e da proibição de valoração. Daí que não deva acompanhar-se W. SCHÜNEMANN quando, na base do dogma de que os problemas jurídico-processuais das escutas telefônicas se reduzem – podendo como tais e nessa sede ser de forma esgotante e definitiva respondidos – a problemas de proibição de produção de prova, conclui: «Podem valorar-se todos os conhecimentos adquiridos a partir de uma escuta telefônica legalmente admissível. Isto porquanto só há limites legais à valoração de provas quando estas assentam num modo não permitido de produção». Tudo, pelo contrário, sugere que também aqui a admissibilidade da produção de uma dada escuta telefônica não se comunica sem mais à admissibilidade da valoração dos conhecimentos que ela propicia. A questão da valoração induz uma complexidade nova cuja superação só é possível à custa de um autónomo círculo hermenêutico, a apelar para tópicos específicos em matéria de danosidade social e de justificação. Na síntese de RUDOLPHI: «A valoração de uma conversação telefônica legalmente gravada só será admissível quando especialmente justificada. Isto é: quando, nos termos do § 100a) da StPO, teria sido possível ordenar a escuta e proceder à gravação precisamente daquela conversação para efeitos de perseguição penal»<sup>335</sup>.

Encontra-se demonstrado, assim, que a complexidade da questão obsta a que, como fez o julgador brasileiro, se reduza a análise à simples legalidade da produção da prova. De fato, torna-se mais adequada uma “compreensão dinâmica e contínua”<sup>336</sup>, que leve em consideração o fato de que “é só com a valoração que o direito fundamental é realmente sacrificado”<sup>337</sup>, sendo que, no caso de valoração dos conhecimentos fortuitos, existe concreto sacrifício de direitos fundamentais do acusado<sup>338</sup>.

<sup>334</sup> GUEDES VALENTE, Manuel Monteiro. *op. cit.*, 2006, p. 116.

<sup>335</sup> COSTA ANDRADE, Manuel da. *op. cit.*, p. 279-280.

<sup>336</sup> COSTA ANDRADE, Manuel da. *op. cit.*, p. 106.

<sup>337</sup> AMELUNG, Knut *apud* COSTA ANDRADE, Manuel da. *op. cit.*, p. 107.

<sup>338</sup> Este mesmo argumento foi utilizado por Joaquim Barbosa (“Assim, entendo que, embora não decretada para este fim específico, a interceptação serve como prova dos crimes punidos com detenção, em vista da licitude da medida, que terminou por revelar fortuitamente também os crimes cuja pena é a reclusão, conexos àqueles e seu verdadeiro escopo”). Sepúlveda Pertence, por sua vez, considerou que “seria efetivamente voltar ao formalismo,

Quanto ao argumento, utilizado pelo relator como complemento ao acima analisado, no sentido de que “de outra forma, nunca seria possível a interceptação telefônica para a investigação de crimes apenados com reclusão quando forem estes conexos com crimes punidos com detenção”<sup>339</sup>, também fazem-se necessários alguns apontamentos.

Com a devida vênia, não há relação necessária de causa e conseqüência no caso. A impossibilidade de valoração das informações referentes a crimes apenados com detenção de forma alguma impede a persecução dos crimes apenados com reclusão, que autorizam a decretação da medida.

Com efeito, nada impede que as provas adquiridas sobre o crime punido com reclusão, que gerou a interceptação, sejam utilizadas na persecução criminal referente a ele. O simples descobrimento ocasional não invalida toda a prova, mas somente pode tornar inviável a utilização das provas relativas ao crime diverso. Assim, continua livre a valoração das informações referentes ao delito que gerou a medida cautelar, de forma que a impossibilidade de valoração de uma não contamina a outra.

Em suma, portanto, nenhum dos dois argumentos principais do Min. relator, e da Corte em geral, permanecem hígidos face a estas considerações. Há, ainda, entretanto, outros pontos imprescindíveis sobre o assunto a serem analisados, que não foram examinados pelo Tribunal. O próximo tópico, portanto, destina-se à indicação destes argumentos.

#### *2.4.3.2.2. Outros aportes ao estudo do tema*

O primeiro ponto prejudicial e de análise obrigatória para o assunto, que não foi objeto de exame pelo Supremo Tribunal Federal, refere-se ao princípio da legalidade, mormente no que se refere à legalidade estrita, à qual se submete toda a atividade estatal.

Não se posicionou a Corte, portanto, quanto à viabilidade de valoração dos conhecimentos fortuitos, enquanto ausente regulação legal expressa sobre estas informações adquiridas de forma ocasional.

Como já salientado em outros tópicos, toda a matéria referente à violação de sigilo das comunicações telefônicas está atrelada ao princípio da legalidade, cuja fixação inicial dá-se na Constituição Federal, com a instituição de uma reserva legal qualificada. Ou seja, já na Carta

---

superado já em Roma, se disséssemos que os resultados da escuta só autorizariam o processo pela quadrilha”. Por fim, também se manifestou sobre o assunto o Min. Marco Aurélio, que igualmente considerou possível a valoração. Isto porque considera que “não se pode, simplesmente, varrer a prática delituosa para debaixo do tapete, fechar os olhos e desconhecer o que se aflorou, de forma legítima”.

<sup>339</sup> Supremo Tribunal Federal. HC 83515, Relator(a): Min. NELSON JOBIM, Tribunal Pleno, julgado em 16/09/2004, DJ 04-03-2005, p. 427.

Magna estabelecia-se de forma expressa que todas as questões referentes às interceptações telefônicas, devido a sua alta danosidade em termos de direitos fundamentais, estão estritamente vinculadas à lei que a regular.

No caso, a Lei n.º 9.296/96 não fez expressa menção quanto à possibilidade de valoração das informações obtidas de forma fortuita. Isto tanto em relação aos crimes conexos quanto àqueles absolutamente desvinculados do crime que autorizou a interceptação.

O que a lei exige, de fato, é que se descreva com clareza a situação objeto da investigação, inclusive com a indicação e qualificação dos investigados. Assim enquanto o conhecimento obtido restringir-se à situação descrita na decisão judicial, não haverá ilegalidade na sua valoração, porquanto permitida pela lei. O que não se pode, todavia, é, através de interpretação extensiva, considerar-se que a lei tenha previsto, ou, então, que o juiz tenha presumido que o crime conexo estava abarcado pela decisão.

Isto no âmbito, como já dito, da atuação estatal, que, no Estado de Direito, é dominado pelo princípio da legalidade, “fruto da submissão do Estado à lei”<sup>340</sup>, e mais especificamente pela legalidade estrita, que determina ao Estado, aqui Estado-Juiz, a sua atuação somente em vista de autorização legal<sup>341</sup>. Como se não bastasse, conforme já insistentemente apontado, a regulação das interceptações telefônicas passa por uma reserva legal qualificada, porquanto “a Constituição não se limita a exigir que eventual restrição ao âmbito de proteção de determinado direito seja prevista em lei, estabelecendo, também, as condições especiais, os fins a serem perseguidos ou os meios a serem utilizados”<sup>342</sup>.

Tudo isto, então, a indicar que, para que seja possível compartilhar e valorar as informações atinentes à situação diferente daquela descrita pelo juiz na autorização, que pode se referir tanto aos crimes conexos, quanto aos conhecimentos fortuitos *stricto sensu*, é necessário determinação legal expressa, mantendo-se, assim, uma interpretação restritiva das regras já existentes.

Tal posicionamento, ainda que minoritário, encontra respaldo na doutrina, principalmente a estrangeira. Assim, por exemplo, Prittwitz é um dos defensores mais conhecidos desta concepção. Manuel Monteiro Guedes Valente, assim resume a ideia do autor:

---

<sup>340</sup> MELLO, Celso Antônio Bandeira. Curso de direito administrativo. 27.ª Ed., São Paulo: Malheiros, 2010, p. 100.

<sup>341</sup> A importância da observância da legalidade estrita acentua-se por se tratar de restrição à direito individual fundamental. Isto porque, segundo Mendes, Coelho e Branco, “os direitos individuais enquanto direitos de hierarquia constitucional somente podem ser limitados por expressa disposição constitucional (restrição imediata) ou mediante lei ordinária promulgada com fundamento imediato na própria Constituição (restrição mediata)” (MENDES, Gilmar; COELHO, Inocêncio Mártires; BRANCO, Paulo Gonet. *op. cit.*, p. 381).

<sup>342</sup> MENDES, Gilmar; COELHO, Inocêncio Mártires; BRANCO, Paulo Gonet. *op. cit.*, p. 388.

A tese da irrelevância jurídica dos conhecimentos fortuitos – afastando a valoração daqueles que não respeitem a única e exclusivamente ao crime legitimante da escuta telefônica – de PRITTWITZ funda-se na inexistência de norma positiva que estipulasse a valoração. A exigência de norma positivante da valoração dos conhecimentos fortuitos emerge do § 100a) da StPO, pois esse parágrafo é uma norma excepcional que restringe um direito fundamental e, como tal, não se pode transpor para os conhecimentos fortuitos os quesitos dos conhecimentos da investigação, i.e., o intérprete não se pode substituir ao legislador. A tese de PRITTWITZ e KNAUTH tem como base o respeito pelo princípio crucial em um Estado de Direito – princípio da reserva de lei<sup>343</sup>.

Assim, Prittwitz aceita a valoração dos conhecimentos que respeitem ao crime que legitimou a interceptação e gravação das comunicações e conversação, mas afasta, por completo, a valoração dos conhecimentos fortuitos<sup>344</sup>.

Outro autor que também corrobora estas considerações é Francisco Aguilar, que, estudando a realidade portuguesa, assim se manifesta:

A ratio dos artigos 187.º e seguinte do C.P.P. limita-se à autorização de valoração dos conhecimentos da investigação. Na realidade, os artigos 187.º e seguinte estabelecem uma autorização – excepcional, por natureza, como acabamos de verificar – de interceptação e valoração de escutas telefônicas quando imperativos de subsidiariedade e de idoneidade o imponham num caso concreto em face da perseguição criminal de um delito de particular gravidade que conste do numerus clausus do catálogo legal ínsito no n.º 1 do artigo 187.º do C.P.P.. Mas não significa isto que, uma vez efectuada uma escuta telefônica válida, todos os factos, que na sequência da mesma se tornem conhecidos, possam sem mais ser valorados, pois o fim de tal preceito esgota-se na obtenção de conhecimentos relativos à investigação que originou a escuta. É que só em relação à investigação do caso concreto se formula o juízo de idoneidade e subsidiariedade que constitui o crivo da admissibilidade da escuta<sup>345</sup>.

Em razão disto, conclui que,

os conhecimentos fortuitos resultantes de escutas telefônicas não encontram no artigo 187.º do C.P.P. uma base normativa de permissão de valoração. É que a sua valoração ultrapassa, como acabamos de verificar, o fim normativo deste preceito; donde, representa uma intervenção autônoma sobre os direitos fundamentais em causa. Simplesmente, tal intervenção já não se encontra coberta pela autorização de valoração resultante dos artigos 187.º e seguinte do C.P.P.. Assim, não existindo nenhuma base de autorização especial neste domínio, nenhuma valoração de conhecimentos poderá ter lugar. [...] Deste modo, na falta de uma norma especial de permissão de valoração não restará outra alternativa senão a aplicação do princípio que constitui sempre o direito, liberdade e garantia; no caso em apreciação: o direito à palavra falada, o direito à intimidade de vida privada e o direito ao sigilo das comunicações. Donde, os conhecimentos fortuitos terão de ser objecto de uma proibição de valoração de prova nos termos do artigo 32.º, n.º 8, da Constituição, por

<sup>343</sup> GUEDES VALENTE, Manuel Monteiro. *op. cit.*, 2006, p. 115.

<sup>344</sup> Neste sentido, GUEDES VALENTE, Manuel Monteiro. *op. cit.*, 2006, p. 115.

<sup>345</sup> AGUILAR, Francisco. *op. cit.*, pp. 76-77.

representar uma 'intromissão abusiva' a valoração de determinados factos quando efectuada fora dos casos previstos na lei<sup>346</sup>.

Outrossim, especificamente quanto à valoração das informações descobertas sobre crimes punidos com detenção, ocorre dupla violação da legalidade. A um, porque não prevista expressamente a possibilidade de valoração de outros crimes que não aqueles que legitimaram a interceptação; a dois, porque a lei veda expressamente a autorização da medida para estes crimes, de forma que se viola indiretamente a determinação legal, e estabelece-se discriminação odiosa entre aqueles que somente são perseguidos por crime apenado com detenção, daqueles que, conjuntamente, são acusados de crimes punidos com reclusão.

De forma geral, portanto, defende-se que o princípio da legalidade “tem a importante tarefa de transpor ao processo penal a legalidade penal”<sup>347</sup>, “revestindo o Estado e a sua persecução penal de um corpete”<sup>348</sup> que delimita, desconfortavelmente, a margem de atuação do Estado nos casos de lesão ao direito<sup>349</sup>. No caso, por não ter permitido a lei a movimentação do Estado para valorar os conhecimentos fortuitos, deve este restringir-se de tal comportamento, sob pena de se favorecer o arbítrio estatal e a insegurança jurídica.

Seguindo-se tal posicionamento, tem-se como conseqüência necessária a irrelevância das argumentações em relação a momento posterior, referentes à medida da valoração dos conhecimentos fortuitos, visto que proibida qualquer valoração. Não seria pertinente, então, um argumento que deixa a questão para ser decidida em termos de ponderação, ou de análise do bem jurídico ofendido.

Mas quer-se sinalizar, aqui, que, mesmo que desconsiderado tal argumento (de legalidade), no estágio brasileiro atual, igualmente não seria possível a valoração dos conhecimentos fortuitos.

Isto porque, conforme já demonstrado anteriormente, a tese que predomina defende a valoração em função da licitude da medida, posicionamento que desconsidera absolutamente a existência de proibições de valoração autônomas, que são aquelas que se impõe necessárias, mesmo ausente uma proibição de produção anterior.

A construção desta proibição de valoração autônoma pode ser realizada através de interpretação sistemática de todo o ordenamento brasileiro. Com efeito, a ordem nacional assegura como invioláveis a intimidade, a vida privada, a honra e a imagem das pessoas, bem

---

<sup>346</sup> AGUILAR, Francisco. *op. cit.*, pp. 78-79.

<sup>347</sup> ALBRECHT, Peter-Alexis. *Die vergessene Freiheit. Strafrechtsprinzipien in der europäischen Sicherheitsdebatte*. Berlin: BW Verlag, 2003, p. 87 (tradução livre de Pablo R. Alflen).

<sup>348</sup> ALBRECHT, Peter-Alexis. *op. cit.*, p. 88.

<sup>349</sup> ALBRECHT, Peter-Alexis. *op. cit.*, p. 88.

como o sigilo das correspondências e comunicações telefônicas, abrindo-se exceção somente quanto ao último, exceção esta que, pelos seus rígidos limites, demonstra não pretender o constituinte uma ampla utilização e interpretação do instituto das interceptações telefônicas.

No âmbito infraconstitucional, igualmente todos os elementos levam à conclusão de uma proibição de compartilhamento e valoração dos conhecimentos fortuitos. Os arts. 1.º e 2.º da Lei de Interceptações Telefônicas retomam a ideia de subsidiariedade, excepcionalidade e limitação da medida, que leva, conjuntamente com os outros argumentos já delineados, de forma lógica, à conclusão de que não é possível valorar os conhecimentos adquiridos fora do âmbito descrito pelo juiz enquanto “situação objeto da investigação”.

E nem se diga, também, que seria possível a utilização daquelas informações através do emprego da ponderação<sup>350</sup>. A teoria da ponderação representa grande perigo à segurança jurídica e aos direitos fundamentais do réu, uma vez que, enquanto ponderados estes com o direito estatal de perseguição criminal, sempre sairá preponderante o último, que existe sempre.

Ademais, como já salientado por Wolter, “em todos os casos que contendam com a dignidade humana, não poderão ser chamados à ponderação os interesses por uma justiça penal eficaz”. Isto porque

quem o fizesse não tomaria a sério nem a inviolabilidade da dignidade humana nem um processo penal vocacionado para a protecção dos direitos fundamentais. Pois, nas situações de criminalidade mais grave uma tal ponderação de interesses redundaria sistematicamente na frustração da tutela dos direitos fundamentais<sup>351</sup>.

Resumindo, então, entende-se que o Supremo Tribunal Federal e a doutrina, em geral, analisam de forma incorreta a questão. E isto porque não se observa a existência de uma ofensa ao princípio da legalidade, enquanto ausente regra expressamente permitindo a valoração daquelas informações. Assim, considera-se que, hoje, não seria possível o compartilhamento destas descobertas, que estão fora do âmbito da situação objeto da

---

<sup>350</sup> Segundo Guedes Valente, “a teoria da ponderação dos interesses, mesmo tendo concordância maioritária da doutrina, não é pacífica, cujas discordâncias se podem referir GRÜNWARD - , pois, tal tese pode dissolver os princípios jurídico-constitucionais em um “sistema móvel de valores a ponderar entre si” e destituir a idéia central de que o princípio do Estado de Direito é “um baluarte contra o qual esbarram os interesses da perseguição penal”, contrariando-se, assim, a centralização da idéia de que com a ponderação de interesses se prosseguiria uma justiça penal de eficácia funcional, realizando-se o Estado de Direito – HASSEMER E WOLTER – que relembram a indisponibilidade de princípios e valores do processo penal, atinentes às proibições de prova, [...] e como tais subtraídos à «dogmática da ponderação» - ou AMELUNG – para o qual “as proibições de valoração não configuram um acto de graça dispensado aos agentes da pequena e média criminalidade, nem assentam em qualquer cálculo econômico no contexto do caso concreto, como supõe a doutrina da ponderação” (GUEDES VALENTE, Manuel Monteiro. *op. cit.*, 2006, pp. 89-90).

<sup>351</sup> WOLTER, Jürgen *apud* COSTA ANDRADE, Manuel da. *op. cit.*, p. 38.

investigação fixada pelo juiz, com outros processos penais, devido à impossibilidade de sua valoração. Mas quer-se indicar, também, que, mesmo que se desconsidere o princípio da legalidade, haveria uma proibição de valoração autônoma destes conhecimentos, o que impediria, igualmente, o seu compartilhamento.

Terminado, assim, o ponto sobre o compartilhamento do resultado probatório das interceptações telefônicas com outros processos penais, cabe analisar, agora, a situação em que se pretende “emprestar” as informações obtidas, fortuitas ou não, a processos extrapenais. Este, portanto, é o tema do próximo tópico.

#### 2.4.3.3. Compartilhamento do resultado probatório das interceptações telefônicas com processos extrapenais – Análise sob a perspectiva brasileira

Ao longo de uma interceptação telefônica podem ser obtidos conhecimentos (próprios da investigação ou fortuitos) que poderiam ser utilizados, por exemplo, em ações civis, administrativas, tributárias etc. De tal forma, surge a indagação quanto à possibilidade de transporte do resultado probatório das interceptações telefônicas para processos que não tenham índole penal.

No Brasil, a solução da questão gira em torno da interpretação do art. 5.º, inciso XII, da Constituição Federal, que permitiu a violação do sigilo das comunicações telefônicas para fins de investigação criminal ou instrução processual penal. Sobre o tema, as opiniões doutrinárias não são convergentes. Luis Flávio Gomes e Raúl Cervini, por exemplo, posicionam-se pela impossibilidade de utilização em outro processo desta prova obtida dentro de uma investigação criminal ou instrução penal. Isto porque “o legislador constitucional ao delimitar a finalidade da interceptação telefônica (criminal) já estava ponderando valores, sopesando interesses”<sup>352</sup>, de forma que “segundo a imagem do legislador, justifica-se sacrificar o direito à intimidade para uma investigação ou processo criminal, não civil”<sup>353</sup>.

E arrematam:

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. O Min. Luiz V. Cernicchiaro vai mais longe: é uma prova imprestável para qualquer outro inquérito ou processo. Urge o respeito à vontade do constituinte (‘fins criminais’). Ao permitir a interceptação, como quebra que é do sigilo das comunicações, somente para ‘fins criminais’, já fazia uso da ponderação e da proporcionalidade, que agora não pode ser ampliada na prática. Impõe-se, por

<sup>352</sup> GOMES, Luiz Flávio; CERVINI, Raúl. *op. cit.*, p. 118.

<sup>353</sup> GOMES, Luiz Flávio; CERVINI, Raúl. *op. cit.*, p. 118.

último, acrescentar: essa prova criminal deve permanecer em ‘segredo de justiça’. É inconciliável o empréstimo de prova com o segredo de justiça assegurado no art. 1.º.<sup>354</sup>

Vicente Greco Filho compartilha do mesmo pensamento. Assim, argumenta que, em razão de parâmetros constitucionais limitativos, “a finalidade da interceptação, investigação criminal e instrução processual penal é, também, a finalidade da prova, e somente nessa sede pode ser utilizada”<sup>355</sup>. Considera, destarte, que, na prática, não poderá a prova ser utilizada em ação autônoma, por exemplo, relativa a direito de família, mas que não haveria impedimento quanto à “execução civil da sentença penal condenatória fundada naquela prova para a reparação do dano, porque nesse processo não mais será discutida ou examinada”<sup>356</sup>.

Opinião diversa apresenta Nucci, que sustenta ser legalmente possível o compartilhamento. Em suas palavras:

Se a interceptação telefônica realizou-se com autorização judicial, para fins de investigação ou processo criminal, violou-se a intimidade dos interlocutores de maneira lícita. Por isso, tornando-se de conhecimento de terceiros o teor da conversa e podendo produzir efeito concreto na órbita penal, é natural que possa haver o empréstimo da prova para fins civis ou administrativos. Aliás, não teria sentido admitir-se a prova no âmbito criminal, daí advindo uma sentença condenatória, que é pública, aplicando-se qualquer sanção e, como efeito da condenação, por exemplo, a perda de cargo, função ou mandato [...], mas não se poder utilizar a referida gravação de conversa para pleitear uma indenização civil ou no contexto da ação de improbidade administrativa<sup>357</sup>.

Antônio Scarance Fernandes também segue o entendimento que apóia o transporte das informações para processos extrapenais. Sua opinião é no sentido de que,

a prova poderia ser aceita porque a intimidade, valor constitucionalmente protegido pela vedação das interceptações telefônicas, já teria sido violada de forma lícita. Não haveria razão, então, para se impedir a produção da prova, sob o argumento de que, por via oblíqua, seria desrespeitado o texto constitucional<sup>358</sup>.

Ada Pellegrini Grinover e Antonio Magalhães Gomes Filho acompanham a opinião de Antônio Scarance Fernandes. Assim, consideram que “o valor constitucionalmente protegido pela vedação das interceptações telefônicas é a intimidade. Rompida esta, lícitamente, em face

<sup>354</sup> GOMES, Luiz Flávio; CERVINI, Raúl. *op. cit.*, p. 118-119.

<sup>355</sup> FILHO, Vicente Greco. *op. cit.*, p. 39.

<sup>356</sup> FILHO, Vicente Greco. *op. cit.*, p. 40.

<sup>357</sup> NUCCI, Guilherme. *Leis Penais e Processuais Penais Comentadas*. 4.<sup>a</sup> Ed., São Paulo: Revista dos Tribunais, 2009, p. 769.

<sup>358</sup> FERNANDES, Antonio Scarance. *Processo Penal Constitucional*. 6.<sup>a</sup> Ed., São Paulo: Revista dos Tribunais, 2010, p. 102.

do permissivo constitucional, nada mais resta a preservar”<sup>359</sup>. Ademais, pontuam que “seria uma demasia negar-se a recepção da prova assim obtida, sob a alegação de que estaria obliquamente vulnerado o comando constitucional”<sup>360</sup>.

Por fim, outro autor que também analisa o tema é José Carlos Barbosa Moreira, que apresenta valioso, e figurativo, resumo quanto aos argumentos existentes sobre o assunto:

A favor dela [do compartilhamento] pode argumentar-se que, uma vez rompido o sigilo, e por conseguinte sacrificado o direito da parte à preservação da intimidade, não faria sentido que continuássemos a preocupar-nos com o risco de arrombar-se um cofre já aberto. Mas por outro lado talvez se objete que assim se acaba por condescender com autêntica fraude à Constituição. A prova ilícita, expulsa pela porta, voltaria a entrar pela janela...<sup>361</sup>

O seu posicionamento específico quanto ao assunto, entretanto, não é externado de forma clara, indicando somente o autor que considera desarrazoada a diferenciação realizada pela Constituição entre o campo penal e o civil<sup>362</sup>.

A jurisprudência brasileira, mormente dos tribunais superiores, tem se inclinado à possibilidade de compartilhamento das informações obtidas por meio da interceptação telefônica com outros processos extrapenais. Neste sentido, por exemplo, os seguintes julgados:

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. 363 (Pet 3683

<sup>359</sup> GRINOVER, Ada Pellegrini; GOMES FILHO, Antônio Magalhães; FERNANDES, Antônio Scarance. *op. cit.*, p. 183.

<sup>360</sup> GRINOVER, Ada Pellegrini; GOMES FILHO, Antônio Magalhães; FERNANDES, Antônio Scarance. *op. cit.*, p. 183.

<sup>361</sup> MOREIRA, José Carlos Barbosa. *A Constituição e as provas ilicitamente obtidas in URL: <http://www.dantaspimentel.adv.br/jcdp5138.htm>*, p. 1, acesso em 11 de novembro de 2010.

<sup>362</sup> MOREIRA, José Carlos Barbosa. *op. cit.*, p. 1.

<sup>363</sup> Neste mesmo sentido: QUESTÃO DE ORDEM. INQUÉRITO POLICIAL. SUPERVISÃO DO SUPREMO TRIBUNAL FEDERAL. PEDIDO VEICULADO PELO CONSELHO DE ÉTICA E DECORO PARLAMENTAR DA CÂMARA DOS DEPUTADOS: COMPARTILHAMENTO DAS INFORMAÇÕES. FINALIDADE: APURAÇÕES DE CUNHO DISCIPLINAR. PRESENÇA DE DADOS OBTIDOS MEDIANTE INTERCEPTAÇÃO TELEFÔNICA, JUDICIALMENTE AUTORIZADA. PROVA EMPRESTADA. ADMISSIBILIDADE. JUÍZO DE PROPORCIONALIDADE (INCISO XII DO ART. 5º E § 2º DO ART. 55 DA

QO, Relator(a): Min. CEZAR PELUSO, Tribunal Pleno, julgado em 13/08/2008, DJe-035 DIVULG 19-02-2009 PUBLIC 20-02-2009 EMENT VOL-02349-05 PP-01012 RMDPPP v. 5, n. 28, 2009, p. 102-104)

ADMINISTRATIVO. MANDADO DE SEGURANÇA. SERVIDOR PÚBLICO FEDERAL. POLICIAL RODOVIÁRIO. DEMISSÃO. USO DE PROVA EMPRESTADA. INTERCEPTAÇÃO TELEFÔNICA. LEGALIDADE. CERCEAMENTO DE DEFESA. INOCORRÊNCIA. INDEPENDÊNCIA ENTRE AS ESFERAS PENAL E ADMINISTRATIVA. SENTENÇA CRIMINAL TRANSITADA EM JULGADO. DESNECESSIDADE. PRECEDENTES. DIREITO LÍQUIDO E CERTO NÃO DEMONSTRADO. 1. Mandado de segurança contra ato do Sr. Ministro de Estado da Justiça, consubstanciado na Portaria n. 18, de 21.1.2010, que implicou na demissão do impetrante dos quadros de pessoal do Departamento de Polícia Rodoviária Federal, em decorrência de apuração da prática das condutas descritas nos artigos 117, IX e XII e 132, IV e XI da Lei nº 8.112/90, no âmbito de processo administrativo disciplinar. 2. A presente impetração está fundada, basicamente, no argumento de que a referida penalidade é fruto de um procedimento eivado de vícios, porquanto amparado unicamente em escuta telefônica colhida nos autos do processo criminal, em fase de investigação e sem o devido contraditório, a qual, inclusive, está sendo questionada em recurso de apelação criminal. [...] 4. Ademais, é firme o entendimento deste Tribunal de que, respeitado o contraditório e a ampla defesa em ambas as esferas, é admitida a utilização no processo administrativo de "prova emprestada" devidamente autorizada na esfera criminal. Precedentes [...] 5. Na espécie, a referida prova foi produzida em estrita observância aos preceitos legais, cujo traslado para o procedimento disciplinar foi precedido de requerimento formulado pela Comissão Processante do PAD perante o Juízo Criminal Federal (1ª Vara Federal de Campos dos Goytacazes), devidamente deferido e submetido ao contraditório e ampla defesa em ambas as esferas. 6. Tendo sido a interceptação telefônica concretizada nos exatos termos da Lei 9.296/96, haja vista que o impetrante também responde criminalmente por sua conduta, não há que se falar em ilegalidade do uso desta prova para instruir o PAD. 7. Acrescenta-se que a condenação do impetrante não se deu unicamente com base nas gravações produzidas na esfera penal, tendo havido farto material probatório, como análise documental, oitiva de testemunhas, dentre outras provas, capaz de comprovar a autoria e materialidade das infrações disciplinares. [...] 10. Segurança denegada. (MS 15.207/DF, Rel. Ministro BENEDITO GONÇALVES, PRIMEIRA SEÇÃO, julgado em 08/09/2010, DJe 14/09/2010)

A argumentação utilizada pelos Tribunais, como se vê, não destoa de forma significativa daquela empregada para os conhecimentos fortuitos, referente à legalidade da produção da prova.

---

CF/88). PRECEDENTES. 1. A medida pleiteada pelo Conselho de Ética e Decoro Parlamentar da Câmara dos Deputados se mostra adequada, necessária e proporcional ao cumprimento dos objetivos do parágrafo 2º do artigo 55 da Constituição Federal de 1988. 2. Possibilidade de compartilhamento dos dados obtidos mediante interceptação telefônica, judicialmente autorizada, para o fim de subsidiar apurações de cunho disciplinar. Precedente específico: Segunda Questão de Ordem no Inquérito 2.424 (Ministro Cezar Peluso). 3. Questão de Ordem que se resolve no sentido do deferimento da remessa de cópia integral dos autos ao Sr. Presidente do Conselho de Ética e Decoro Parlamentar da Câmara dos Deputados, a quem incumbirá a responsabilidade pela manutenção da cláusula do sigilo de que se revestem as informações fornecidas. (Inq 2725 QO, Relator(a): Min. CARLOS BRITTO, Tribunal Pleno, julgado em 25/06/2008, DJe-182 DIVULG 25-09-2008 PUBLIC 26-09-2008).

Sendo esta a situação verificada, observando os mesmos métodos e motivos, novamente opta-se pela realização, no próximo tópico, como complementação do estudo, de uma análise crítica a uma específica decisão do Supremo Tribunal Federal, que se qualifica como o maior e melhor intérprete da Constituição Federal.

#### *2.4.3.3.1. Análise crítica da jurisprudência do Supremo Tribunal Federal*

A jurisprudência do Supremo Tribunal Federal sobre a questão do compartilhamento do resultado probatório das interceptações telefônicas com processos extrapenais pode ser verificada através do julgamento da Segunda Questão de Ordem no Inquérito 2.424-4, do Rio de Janeiro.

A situação fática em apreço revela pedido de autorização para utilização de elementos de provas, adquiridos inclusive em interceptações telefônicas, para efeito de instauração e instrução de procedimento administrativo disciplinar contra servidores, por conta de ilícitos ligados aos mesmos fatos apurados no inquérito. Tal pleito foi feito ao STF pelo Presidente do Superior Tribunal de Justiça.

Por maioria de votos, vencido o Ministro Marco Aurélio, decidiu a Corte autorizar o uso das cópias do inquérito para tais fins. O resumo da decisão é dado pela ementa:

PROVA EMPRESTADA. Penal. Interceptação telefônica. Escuta ambiental. 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. Precedente. Voto vencido. Dados obtidos em interceptação de comunicações telefônicas e em escutas ambientais, judicialmente autorizadas para produção de prova em investigação criminal ou em instrução processual penal, 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 dessa prova. (Inq 2424 QO-QO, Relator(a): Min. CEZAR PELUSO, Tribunal Pleno, julgado em 20/06/2007, DJe-087 DIVULG 23-08-2007 PUBLIC 24-08-2007 DJ 24-08-2007 PP-00055 EMENT VOL-02286-01 PP-00152 RTJ VOL-00205-02 PP-00656)

O relator, Ministro Cezar Peluso, utiliza pelo menos quatro argumentos para defender a possibilidade de utilização das informações obtidas em interceptações telefônicas em procedimentos administrativos. Em primeiro lugar, assinala que a prova foi legitimamente produzida e que a sua utilização naquele procedimento nada mais é do que a valoração do mesmo fato sob outra qualificação. Nas suas palavras:

Dito de maneira mais direta, não posso conceber como insultuoso à Constituição nem à lei o entendimento de que a prova oriunda de interceptação lícita, autorizada e realizada em procedimento criminal, trate-se de inquérito ou processo-crime, contra certa pessoa, na condição de suspeito, indiciado ou réu, pode ser-lhe oposta, na esfera competente, pelo mesmo Estado, encarnado por órgão administrativo ou judiciário a que esteja o agente submisso, como prova do mesmíssimo ato, visto agora sob a qualificação jurídica de ilícito administrativo ou disciplinar. O raciocínio vale, *mutatis mudantis*, em relação a quem, como servidor do mesmo Estado, despontou como possível autor de crime ou de infração administrativa<sup>364</sup>.

Ademais, afirma que com o compartilhamento não haveria nova ruptura de direitos fundamentais, que já foram violados em momento anterior:

Não há excogitar aí, nem de longe, outra ou nova ruptura da inviolabilidade pessoal das comunicações telefônicas, senão apenas o reconhecimento da igual valia ou repercussão jurídico-probatória da mesma interceptação autorizada por conta da aparência do caráter também criminoso do mesmo ato ou fato histórico. Tal é a razão óbvia por que não teria propósito nem sentido argüir, aqui, vício de inobservância ou alargamento daquela específica limitação constitucional da garantia, pois se trata apenas de tirar da mesma fonte de prova, sem outra ofensa qualquer à intimidade já devassada do agente, a capacidade, que lhe é ínsita, de servir de meio de convencimento da existência do mesmo fato, ou, em palavras mais técnicas, a idoneidade de se prestar, noutro processo ou procedimento, à reconstituição historiográfica do ato já apurado na esfera criminal. Nisso, não se aprofunda, alarga nem agrava a quebra lícita da intimidade que já se operou, mas tão-só se reconhece a necessidade de, com apoio na eficácia da prova resultante, assegurar, em tutela de interesse público de não menor relevo, a aplicação de outras conseqüências jurídicas ao mesmo ato ilícito, considerado noutro plano normativo<sup>365</sup>.

Pode-se observar também a utilização de um argumento de ponderação para fundamentar a decisão. Assim, escreve que,

o mesmo interesse público na repressão de ato criminoso grave que, por sua magnitude, prevalece sobre a garantia da inviolabilidade pessoal, justificando a quebra que a limita, reaparece, com gravidade só reduzida pela natureza não criminal do ilícito administrativo e das respectivas sanções, como legitimante desse uso na esfera não criminal, segundo avaliação e percepção de sua evidente supremacia no confronto com o direito individual à intimidade<sup>366</sup>.

Por último, salienta que o Estado, portador destas informações, não pode abster-se de utilizá-las. Quanto a este fundamento, o Min. manifesta que não consegue compreender

<sup>364</sup> Supremo Tribunal Federal. Inq 2424 QO-QO, Relator(a): Min. CEZAR PELUSO, Tribunal Pleno, julgado em 20/06/2007, DJe-087 DIVULG 23-08-2007 PUBLIC 24-08-2007 DJ 24-08-2007, p. 161.

<sup>365</sup> Supremo Tribunal Federal. Inq 2424 QO-QO, Relator(a): Min. CEZAR PELUSO, Tribunal Pleno, julgado em 20/06/2007, DJe-087 DIVULG 23-08-2007 PUBLIC 24-08-2007 DJ 24-08-2007, p. 162.

<sup>366</sup> Supremo Tribunal Federal. Inq 2424 QO-QO, Relator(a): Min. CEZAR PELUSO, Tribunal Pleno, julgado em 20/06/2007, DJe-087 DIVULG 23-08-2007 PUBLIC 24-08-2007 DJ 24-08-2007, p. 163.

essa como *'fobia della prova'*, que levaria à ficção de se reputarem os fatos, cuja existência é já conhecida do mesmo Estado, *'tamquam non essent'*. Não é lícito fingir que o Estado ignore a prática de ilícitos administrativos, cujos indícios lhe foram revelados na produção legítima da prova, ainda quando orientada a investigar comportamento de outras pessoas<sup>367</sup>.

Analisando estes argumentos<sup>368</sup>, percebe-se que os mesmos devem ser repensados pelo Supremo Tribunal Federal. Isto porque, novamente, desconsidera a Corte a existência de proibições de valoração independentes de proibições de produção anteriores. E, mais especificamente no caso das interceptações telefônicas, tal proibição de valoração é explícita constitucionalmente. Explica-se.

A Constituição Federal, no art. 5.º, XII, como já dito, estabelece restrições para a produção e a valoração da prova referente à interceptação telefônica. A expressão “para fins de investigação criminal ou instrução processual penal” não serve apenas para indicar as condições em que a prova deve ser produzida. Ela também estabelece referenciais de valoração.

Assim, de nada interessa a argumentação que refere que a produção da interceptação foi legalmente e legitimamente realizada, porquanto esta não gera como consequência necessária a legalidade da valoração de todas as informações obtidas. O que realmente deve ser observada é a verificação da legalidade da valoração da prova, até porque é através da valoração da prova que verdadeiramente se consuma a violação dos direitos fundamentais do acusado, referentes a sua intimidade, privacidade e sigilo das comunicações telefônicas.

E, nos casos como este em exame, que se requisita o compartilhamento do resultado probatório das interceptações telefônicas com um processo administrativo, a análise pura da possibilidade de valoração destas informações em processos extrapenais, revela, em caráter definitivo, a inviabilidade da pretensão. Assim, muito embora a produção da prova passe pelo crivo da legalidade, a sua valoração não segue a mesma sorte, em razão da existência constitucional de uma proibição de valoração autônoma indireta.

Tal construção, ademais, pode ser realizada senão através da simples análise gramatical do preceito constitucional, por meio da análise sistemática das disposições legais,

<sup>367</sup> Supremo Tribunal Federal. Inq 2424 QO-QO, Relator(a): Min. CEZAR PELUSO, Tribunal Pleno, julgado em 20/06/2007, DJe-087 DIVULG 23-08-2007 PUBLIC 24-08-2007 DJ 24-08-2007, p. 164.

<sup>368</sup> No plano internacional, tal visão pode ser comparada a de GLOBIG que, para o domínio específico das escutas telefônicas, apostava em subvalorizar o potencial de agressão e devassa da mera utilização da informação já anteriormente recolhida. De acordo com o Costa Andrade: “A intensidade da agressão de uma mudança de fim em relação a informações já ouvidas e armazenadas terá de considerar-se menos grave do que a audição originária, isto é, a primeira intromissão no segredo da correspondência e das telecomunicações. Com a aquisição originária das informações o poder estadual intrometeu-se já na área da esfera privada dos cidadãos, tornando utilizável para fins estaduais uma esfera em princípio subtraída à devassa do Estado” (COSTA ANDRADE, Manuel da. *op. cit.*, p. 107).

que, como já demonstrado em tópico anterior, em sua totalidade, revelam um ideal de restrição, de subsidiariedade e excepcionalidade da medida e, conseqüentemente, de sua valoração.

Poder-se-ia até mesmo argumentar no sentido da existência de um direito de domínio daquela informação, que não pode ser utilizada para fins distintos daqueles para os quais foi obtida. A teoria dos direitos de domínio da informação, como já visto, parte da premissa de que há direitos subjetivos que permitem aos seus detentores conservar determinadas informações e por isso impedir que sejam armazenadas, transmitidas ou utilizadas. Estes direitos podem existir, inclusive, sobre dados já armazenados, que permanecem sujeitos ao poder de disposição do acusado, na medida em que eles somente podem ser transmitidos ou utilizados para novos fins mediante sua autorização<sup>369</sup>. É o que ocorre nestas situações, em que a informação já obtida pela interceptação telefônica, para fins de investigação criminal ou instrução processual penal, tem sua finalidade alterada para a prova em processo administrativo, civil etc, caso em que tal só seria possível com a autorização do detentor destes direitos.

Observando esta mesma linha, pode-se verificar como igualmente descabida a argumentação no sentido de que o compartilhamento é permitido porquanto ausente nova violação ao direito à intimidade. Com efeito, o primeiro problema desta construção assenta na afirmação de que, com a interceptação telefônica, somente é atingido o direito à intimidade.

Ora, como é sinalizado por Raúl Cervini, “el derecho al secreto de las comunicaciones no puede asimilarse o reducirse de modo alguno al derecho a la intimidad”<sup>370</sup>. Assim,

*el secreto de las comunicaciones aparece [...] con una construcción rigurosamente formal. No se dispensa el secreto en virtud del contenido de la comunicación, ni tiene nada que ver su protección con el hecho – a estos efectos jurídicamente indiferente – de que lo comunicado se inscriba o no en el ámbito de la privacidad. Para la Carta Fundamental, toda comunicación es secreta, como expresión trascendente de la libertad, aunque solo algunas de ellas puedan catalogarse de privadas*<sup>371</sup>.

Ademais, tal visão peca por não compreender que a mera valoração, sozinha, pode gerar tantas, ou mais, violações de direitos fundamentais que a simples ilicitude na produção da prova. Desconhece-se, assim, como já inúmeras vezes assinalado, a categoria das proibições de valoração autônomas, que são desenvolvidas exatamente através da

<sup>369</sup> Neste sentido, AMELUNG, Knut. *op. cit.*, p. 1260.

<sup>370</sup> GOMES, Luiz Flávio; CERVINI, Raúl. *op. cit.*, p. 30.

<sup>371</sup> GOMES, Luiz Flávio; CERVINI, Raúl. *op. cit.*, p. 33.

compreensão da valoração como algo autonomamente capaz de causar prejuízos processuais ao réu.

Quanto ao argumento que considera a gravidade do ato criminoso como legitimante do uso das informações na esfera não criminal, em razão da sua supremacia no confronto com o direito individual à intimidade, cabe referir as considerações já feitas em oportunidades anteriores quanto aos problemas com a utilização da ponderação na esfera processual penal.

Assim, como diz Hassemer, “el proceso penal, [...] parece un ámbito jurídico y un tipo de procedimiento en el cual el método de la ponderación no resulta para nada adecuado, y que incluso, con el tiempo, puede tener efectos devastadores”. E explica:

Las formalidades del procedimiento penal no son meras formalidades, en su núcleo son *formas protectoras* en interés de la totalidad de los intervinientes en el proceso y, ante todo, del imputado. Si se autoriza en el caso concreto a dejar de lado estas formalidades, de este modo, se tornan dispositivos todos los pilares del derecho procesal penal<sup>372</sup>.

Por fim, em relação ao argumento que considera não ser lícito ao Estado ignorar indícios que lhe foram revelados na produção legítima da prova, é importante assinalar que tais conhecimentos foram-lhe dados (ao Estado) sob certas condições. E uma destas condições refere-se exatamente ao destino das informações obtidas. Ou seja, devido à delimitação constitucional, já deveria saber de antemão o Estado que tais conhecimentos são impassíveis de compartilhamento com a esfera não penal. Ademais, a não utilização destas informações não impede que o Estado realize outras investigações que possam comprovar o ilícito administrativo.

Em resumo, portanto, todos os argumentos utilizados têm como fundamento a licitude e a legitimidade da interceptação telefônica. Tal como apontado, esta justificação há muito tempo foi superada no âmbito internacional, devido à existência da categoria das proibições de valoração autônomas. E é este especificamente o caso em análise, porquanto a Constituição Federal estabeleceu um limite para a utilização das informações (processo penal), e tudo o que ultrapassar este limite incidirá em uma proibição de valoração autônoma, que independe da licitude da produção da prova.

---

<sup>372</sup> HASSEMER, Winfried. *op. cit.*, p. 89.

#### 2.4.3.3.2. Complementações

A par de tudo o que já foi objeto de análise sobre o compartilhamento do resultado probatório das interceptações telefônicas com processos de índole não penal, existem, ainda, algumas pequenas considerações complementares a serem feitas.

A Constituição Federal, como já sinalizado, estabeleceu restrições para a produção e para a valoração da prova, sendo o limite da valoração das informações a sua utilização como prova em processo penal. Inclusive, tal ideia é corroborada pelo art. 1.º da Lei das Interceptações Telefônicas. Assim, o compartilhamento dos conhecimentos obtidos com processos extrapenais representa uma afronta à Constituição, verdadeira burla constitucional. Isto porque se utiliza de uma prova que, de outra forma, não poderia ser produzida no processo para o qual está sendo transportada.

Arrisca-se, assim, à possibilidade de inversão de finalidades, porquanto imaginável a situação em que se concebe uma investigação de atividade criminosa, que viabiliza a interceptação telefônica, com o único propósito de, posteriormente, repassar as informações colhidas e valorá-las em procedimento extrapenal, em que este procedimento não seria possível.

O mais grave, destarte, é a desconsideração, por via indireta, da garantia constitucional do acusado de que a interceptação telefônica somente será realizada no âmbito criminal. Com efeito, não há como negar que, com o compartilhamento da prova, se está, de modo indireto, permitindo a sua realização em processos extrapenais.

Esta interpretação dada pelo STF tem como consequência, ademais, a criação de uma desigualdade entre aquelas pessoas que foram e que não foram submetidas a uma investigação criminal anterior. Assim, os indivíduos que foram alvo de investigação criminal anterior podem ter contra si um leque de provas mais variadas e incisivas que aqueles que não foram objeto de persecução anterior. Tal diferenciação, todavia, não se justifica, porquanto aos cidadãos devem ser garantidos uma equivalência dos métodos passíveis de utilização, nas mesmas situações, contra os seus interesses.

Em conclusão, portanto, pode-se afirmar que a interpretação que permite o compartilhamento extrapenal do resultado das interceptações telefônicas é simplista, e não observa a danosidade social da medida, a proibição de valoração autônoma indireta estabelecida pela Constituição, bem como os dispositivos infralegais que restringem ao

máximo o seu âmbito subjetivo e objetivo. Estas provas, conseqüentemente, naquele âmbito não criminal, devem ser consideradas ilícitas.

Desta forma, neste ponto, ao contrário do que estabelecido quanto aos conhecimentos fortuitos, nem mesmo a edição de uma lei poderia permitir a valoração de tais elementos na esfera extrapenal, sendo tal regulação, inclusive, inconstitucional, enquanto vedada a valoração pela Constituição Federal.

#### 2.4.3.4. Anteprojeto de Reforma do Código de Processo Penal e Substitutivo ao Projeto de Lei n.º 1.258.

Para finalizar este estudo, faz-se necessário apontar as modificações que poderão ocorrer em relação à regulação da matéria. Quanto ao assunto, o Anteprojeto de Reforma do Código de Processo Penal e o Substitutivo ao Projeto de Lei n.º 1.258 representam o possível futuro da legislação brasileira. Estes dois projetos, entretanto, não trazem preceitos que possam desautorizar o que foi exposto acima sobre o compartilhamento do resultado probatório das interceptações telefônicas com processos extrapenais, até porque, como já salientado, uma alteração neste sentido seria inconstitucional.

Quanto à questão dos conhecimentos fortuitos e o compartilhamento de provas com outros processos penais, o Anteprojeto de Reforma do Código de Processo Penal finalmente traz determinação expressa sobre a questão. Assim, prescreve que:

Art. 250. Na hipótese de a interceptação das comunicações telefônicas revelar indícios de crime diverso daquele para o qual a autorização foi dada e que não lhe seja conexo, a autoridade deverá remeter ao Ministério Público os documentos necessários para as providências cabíveis.

Tal disposição, todavia, não é muito clara. A sua melhor interpretação, então, parece revelar uma permissão legal para a valoração de informações referentes a crimes que sejam conexos àquele que autorizou a medida. Quanto aos crimes não conexos, determina-se que a autoridade remeta ao Ministério Público os documentos necessários para as providências cabíveis. Esqueceu o legislador, entretanto, de designar o que considera como “providências cabíveis”. No melhor esforço interpretativo, pode-se entender, então, que o legislador brasileiro optou por considerar os conhecimentos fortuitos como *notitia criminis*, solução

adotada por alguns autores estrangeiros<sup>373</sup>.

Um pouco mais claro é o dispositivo presente no Substitutivo ao Projeto de Lei n.º 1.258, de 1995, que pretende ser a nova regulamentação do inciso XII do art. 5.º da Constituição Federal. Neste lê-se:

Art. 16. As provas resultantes das operações técnicas realizadas nos termos desta lei não poderão ser utilizadas para a instrução de processos relativos a crimes diversos daqueles para os quais a autorização foi concedida, salvo quando se tratar de crime conexo ou de outro crime constante do art. 2.º.

Parágrafo único. Na hipótese de a quebra de sigilo das comunicações telefônicas revelar indícios de crime que não se inclua nas hipóteses do caput, a autoridade deverá remeter ao Ministério Público os documentos necessários para as providências cabíveis.

Aqui, então, deixa-se evidente que as provas relativas a crimes conexos ao que autorizou a interceptação, ou outros crimes constantes do art. 2.º, poderão ser utilizadas para instrução de processos relativos a crimes diversos. Novamente, todavia, pecou-se pela determinação abstrata em relação ao envio ao Ministério Público dos documentos necessários para as providências cabíveis.

Em resumo, portanto, tais elementos demonstram que o legislador tem cada vez mais preocupação com o destino do resultado probatório das interceptações telefônicas. O intuito de regulação verdadeiramente é louvável, mas esbarra na imprecisão e abstração das determinações.

Importante frisar, entretanto, que esta futura regulação não faz com que as valorações e compartilhamentos de conhecimentos fortuitos ocorridos anteriormente deixem de representar prova ilícita. Com efeito, isto só significa que, a partir da aprovação de tais projetos, deixa de ser ilícita a valoração de tais informações, em razão do cumprimento do princípio da legalidade.

## 2.5. Conclusão parcial

O sigilo das comunicações telefônicas pode ser violado através da decretação de uma interceptação telefônica, meio de prova extremamente efetivo, mas que também representa uma das maiores intromissões do Estado na vida privada do cidadão.

<sup>373</sup> Neste sentido, Francisco Aguilar assevera que “[deve-se] operar, por conseguinte, uma clara destriça entre efeitos probatórios e efeitos investigatórios das escutas telefônicas. [...] Pelo que os conhecimentos fortuitos poderão ter como única consequência jurídica a relevância como “base de investigações” ulteriores. O mesmo é dizer: a sua eficácia limitar-se-á à aquisição de uma *notitia criminis* que dará origem ao surgimento de um novo procedimento criminal [...]” (AGUILAR, Francisco. *op. cit.*, p. 100-101).

Em razão da sua lesividade aos direitos fundamentais individuais do acusado, a sua autorização é precedida da verificação de uma série de condições, estabelecidas em primeiro lugar pela Constituição e, em segundo lugar, pela Lei n.º 9.296/96. Os seus requisitos são rígidos e determinam que a mesma só seja decretada de forma subsidiária e excepcional, devendo-se especificar com clareza a situação e as pessoas afetadas.

Durante a sua realização, todavia, podem ser captadas informações que não eram esperadas, referentes a novos crimes ou participantes. Surge, assim, o questionamento sobre o destino a ser dado aos conhecimentos fortuitos, desta forma classificados por não estarem subsumidos na situação autorizadora da medida.

O Supremo Tribunal Federal, como se viu, permite a valoração das informações referentes a crimes conexos com aquele que serviu de fundamento à medida, sendo seu principal argumento o fato de a interceptação telefônica ter sido realizada de forma legal e legítima.

Considera-se, todavia, incorreta a solução dada pela Suprema Corte. Isto porque o Estado, submetido ao princípio da legalidade, mormente à legalidade estrita, só pode permitir tal valoração se existente expressa determinação legal. Ainda mais na esfera processual penal, em que presente grande carga negativa sobre o resultado final do procedimento.

Assim, enquanto ausente dispositivo legal<sup>374</sup>, entende-se como ilícita toda e qualquer prova que tenha por objeto os conhecimentos fortuitos adquiridos por via da interceptação telefônica, incluindo-se aí o seu compartilhamento e valoração em processos penais diversos daqueles em que realizada a medida cautelar.

Quanto ao compartilhamento das informações colhidas pela interceptação telefônica com processos de índole não penal, conclui-se pela impossibilidade de tal ação, em razão da delimitação constitucionalmente estabelecida, que não só impôs uma restrição à produção, mas também à valoração da prova. Destarte, muito embora, novamente, decida o STF pela viabilidade do compartilhamento destes conhecimentos, entende-se que se encontra estabelecida uma proibição de valoração indireta na Constituição, de forma que toda atividade neste sentido reflète uma burla à Carta Magna brasileira.

---

<sup>374</sup> Disposição que pode passar a existir com a aprovação do Anteprojeto de Reforma do Código de Processo Penal.

## CONCLUSÃO

O presente trabalho teve como objeto o estudo do compartilhamento do resultado probatório das interceptações telefônicas. Para tanto, inicialmente analisou-se, de forma geral, as principais questões referentes à prova e à sua limitação, com o intuito de, no segundo momento, restringir-se à análise da questão específica da licitude do compartilhamento daquelas provas com outros processos penais e extrapenais.

No primeiro capítulo, ficou estabelecido que a prova representa o cerne do Processo Penal, tendo como função a demonstração da veracidade das alegações fáticas feitas pelas partes. Ademais, viu-se, também, que no sistema acusatório e de livre convencimento motivado, as partes têm direito à produção da prova e a sua valoração segundo cânones imparciais e racionais.

É essencial, todavia, que tal prova, para cumprir sua função e para que possa ser valorada pelo julgador, seja lícita, ou seja, que seja produzida e analisada sem violação dos preceitos legais. O direito à produção da prova, destarte, encontra o seu limite nos direitos fundamentais do acusado.

Assim, muito embora seja função do Estado a persecução criminal, este, evidentemente, apresenta interesse maior na preservação de seu sistema constitucional de garantias, de modo que deve impedir qualquer forma de produção e utilização de provas obtidas com violação a determinações legais e constitucionais.

Cada país, entretanto, formula o seu sistema de limitação à produção probatória. Existem alguns, todavia, que se destacam pela cobertura completa que fornecem aos direitos fundamentais do acusado. Destes, foram analisados, na segunda parte do primeiro capítulo, os regimes das proibições de prova e das *exclusionary rules*, finalizando-se com o estudo do sistema pátrio das provas ilícitas.

Foi ao regime das proibições de prova, no entanto, que se prestaram as maiores considerações. Isto porque o desenvolvimento alcançado na Alemanha e em Portugal, por exemplo, permitiram a identificação precisa da separação entre proibições de produção e de valoração de prova, distinção esta considerada essencial para a análise da problemática central deste estudo.

Assim, o desenvolvimento daquela separação fez com que se visualizassem três diferentes situações, destacando-se aquela referente às proibições de valoração independentes, autônomas, que não requerem uma proibição de produção prévia para sejam estabelecidas.

O reconhecimento da existência de proibições de valoração autônomas, com efeito, revela uma evolução do sistema jurídico, que consegue identificar violações a direitos fundamentais sem a necessidade da ocorrência de uma proibição de produção anterior. Ademais, inexistindo, na maior parte das vezes, determinação legal expressa, o ordenamento que as adota revela capacidade de construções jurídicas complexas, com sensibilidade e respeito para com todos os direitos fundamentais assegurados constitucionalmente.

Alguns elementos de tal regime acredita-se possam ser transportados ao sistema pátrio das provas ilícitas, devido a sua amplitude de definição. Assim, a incorporação de determinadas ideias ao regime que protege com desentranhamento as provas obtidas em violação às normas constitucionais ou legais poderia beneficiar uma série de discussões, representando a possibilidade de nova resolução a vários casos.

Com efeito, uma das situações que podem ser beneficiadas com tal análise de direito comparado é exatamente aquela referente ao tema central deste trabalho, desenvolvido no segundo capítulo, que abordou a possibilidade de compartilhamento dos resultados obtidos através de interceptações telefônicas com processos penais e extrapenais.

A interceptação telefônica, enquanto violação do sigilo das comunicações telefônicas, tem sua regulação estabelecida pela Constituição Federal e pela Lei n.º 9.296/96. É medida excepcional e subsidiária, que somente pode ser decretada pelo juiz, para fins de investigação criminal ou de instrução processual penal, após a verificação de uma série de requisitos, contemplados no art. 2.º da Lei das Interceptações.

Dos elementos exigidos, destaca-se aquele que determina ao juiz a descrição com clareza do objeto da investigação, inclusive com a indicação e qualificação dos investigados (art. 2.º, parágrafo único). Entende-se que tal dispositivo resume toda a concepção existente sobre este meio de prova, enquanto intenciona a sua restrição máxima em termos subjetivos e objetivos. E de fato, uma interpretação sistemática dos dispositivos referentes ao assunto revela uma política de imposição de limites a sua produção e valoração.

É neste contexto, e com estas ideias fundamentais, que devem ser analisadas as questões referentes ao compartilhamento do resultado probatório das interceptações telefônicas. Tal problemática surge quando, realizada uma interceptação, revelam-se elementos que não eram esperados e que poderiam ser utilizados em outros processos penais, ou que, então, são de interesse de processos de índole não penal. Sendo, destarte, úteis para outros processos, questiona-se sobre a possibilidade de compartilhamento desta prova.

Em relação ao compartilhamento do resultado probatório das interceptações telefônicas com outros processos penais, o Supremo Tribunal Federal firmou entendimento no

sentido de que é possível a valoração das informações obtidas referentes a crimes conexos àquele que autorizou a interceptação. Permitida a valoração, é claro, permite-se o compartilhamento destes conhecimentos. O principal argumento utilizado pela Suprema Corte para permitir tal ação funda-se na licitude da produção da prova. Ou seja, afirma-se que, produzida a prova de maneira lícita, não haveria barreira para o compartilhamento e a valoração das informações adquiridas.

A decisão, conforme se verificou, é incorreta, porquanto, em primeiro lugar, desconsidera a existência de uma grave violação ao princípio da legalidade, mormente no que se refere à legalidade estrita. Neste sentido, entende-se que o Estado, aqui Estado-Juiz, somente poderia agir se presente expressa liberação legal. Sendo assim, considera-se ilícita a utilização das informações que não se enquadrem na situação objeto da investigação, conforme descrita pelo juiz em sua decisão, porque inexistente no ordenamento brasileiro dispositivo legal que permita a sua valoração pelo juiz. Mas deve-se ressaltar, também, que, mesmo que se desconsiderasse o princípio da legalidade, haveria uma proibição de valoração autônoma destes conhecimentos, o que impediria, igualmente, o seu compartilhamento.

O Supremo Tribunal Federal, utilizando, de forma geral, o mesmo argumento da licitude da produção probatória, igualmente autorizou o compartilhamento do resultado probatório das interceptações telefônicas com processos extrapenais. Novamente, entretanto, em observância às diretrizes teóricas, analisadas ao longo deste estudo, considera-se que a Corte deve repensar seu posicionamento. Isto porque a própria Constituição Federal, ao determinar que a interceptação telefônica tem como finalidade a investigação criminal ou a instrução processual penal, estabeleceu uma proibição de valoração indireta, que restringe, destarte, o âmbito da utilização e compartilhamento da prova. Sendo assim, a autorização para tal compartilhamento constitui verdadeira afronta à Constituição e deve ser considerada ilícita.

Por fim, pode-se afirmar, ainda, que as limitações estabelecidas em relação à prova somente confirmam a sua importância enquanto elemento formador da convicção judicial sobre a culpabilidade do réu. No caso específico do compartilhamento do resultado probatório das interceptações telefônicas, as restrições estabelecidas são de suma importância para o fortalecimento do Estado de Direito, porquanto conformadoras da atividade estatal ao respeito aos direitos e garantias fundamentais estabelecidas pela Constituição, referentes, principalmente, à intimidade, à privacidade e ao sigilo das comunicações telefônicas.

## REFERÊNCIAS BIBLIOGRÁFICAS

AGUILAR, Francisco. Dos conocimientos fortuitos obtidos através de escutas telefónicas. Contributo para o seu estudo nos ordenamentos jurídicos alemão e português. Coimbra, Livraria Almedina,. Abril. 2004.

ALBRECHT, Peter-Alexis. *Die vergessene Freiheit. Strafrechtsprinzipien in der europäischen Sicherheitsdebatte*. Berlin: BW Verlag, 2003.

AMBOS, Kai. “Las prohibiciones de utilización de pruebas en el proceso penal alemán – fundamentación teórica y sistematización”. *Polít. crim.*, N° 7, 2009, A1-7, p. 2.

AMBOS, Kai; LIMA, Marcellus Polastri. O processo acusatório e a vedação probatória: perante as realidades alemã e brasileira. Porto Alegre, Livraria do Advogado Editora, 2009.

AMELUNG, Knut. “*Zum Streit über die Grundlagen der Lehre von den Beweisverwertungsverböten*”, (tradução de Pablo Rodrigo Alflen, no prelo) in *Festschrift für Claus Roxin zum 70. Geburtstag*, Berlin: De Gruyter, 2001, p. 1260-1290..

BADARÓ, Gustavo Henrique Righi Ivahy. *Ônus da prova no processo penal*. São Paulo, Revista dos Tribunais, 2003.

BALTAZAR JR., José Paulo. Dez anos da Lei da Interceptação Telefônica (Lei nº 9.296, de 24 de julho de 1996). Interpretação jurisprudencial e anteprojeto de mudança. In *Revista Jurídica*, ano 54, dez. 2006, n.º 350.

BAPTISTA, Francisco das Neves. *O Mito da Verdade Real na Dogmática do Processo Penal*. Rio de Janeiro, Renovar, 2001.

CAMARGO ARANHA, Adalberto José Q. T. *Da Prova no Processo Penal*. 5.ª edição. São Paulo, Saraiva, 1999.

CARRATA, Antonio. Funzione dimostrativa della prova (verità del fatto nel processo e sistema probatório). In *Rivista di Diritto Processuale*. Anno LVI (Seconda Serie), N. 1, Gennaio-Marzo 2001.

CERNICCHIARO, Luiz Vicente. Interceptação Telefônica. *Revista Jurídica*, ano XLV, nº 232.

COSTA ANDRADE, Manuel da. *Sobre as proibições de prova em processo penal*. Reimpressão. Coimbra Editora, Coimbra, 2006.

FIGUEIREDO DIAS, Jorge. *Direito Processual Penal*. Vol. 1.. 1.ª edição. Coimbra Editora, Coimbra, 1974.

FILHO, Vicente Greco. *Interceptação telefônica*. São Paulo: Saraiva 2005.

GIACOMOLLI, Nereu José. *Reformas (?) do Processo Penal: Considerações críticas*. Lumen Juris. Rio de Janeiro, 2008.

- GILISSEN, John. *Introdução Histórica ao Direito*. 3.<sup>a</sup> edição. Lisboa, Fundação Calouste Gulbenkian, 2001.
- GOMES FILHO, Antonio Magalhaes. *Direito à prova no processo penal*. São Paulo, Editora Revista dos Tribunais, 1997.
- GOMES, Luiz Flavio; CERVINI, Raúl. *Interceptação telefônica*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1997.
- GRINOVER, Ada Pelegrini. *Liberdades Públicas e Processo Penal: as interceptações telefônicas*. 2.<sup>a</sup> edição. São Paulo, Revista dos Tribunais, 1982.
- GRINOVER, Ada; GOMES FILHO, Antônio Magalhães; FERNANDES, Antônio Scarance. *As nulidades no Processo Penal*. 11.<sup>o</sup> Ed. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2009.
- GUARIGLIA, Fabricio. Las prohibiciones de valoración probatória en el procedimiento penal. In *Jueces para la democracia*. n° 26, 1996, p. 76 e ss.
- GUEDES VALENTE, Manuel Monteiro. *Conhecimentos Fortuitos. A busca de um equilíbrio apuleiano*. Coimbra: Almedina, 2006.
- , *Escutas telefônicas: da excepcionalidade à vulgaridade*. 2.<sup>a</sup> Ed. Coimbra: Almedina, 2008.
- HASSEMER, Winfried. *Crítica al derecho penal de hoy*. Buenos Aires: Editorial Ad Hoc, 2003.
- JESUS, Damásio E. Interceptação de comunicações telefônicas. Notas à Lei 9.296, de 24.07.1996. In *Revista dos Tribunais*, ano 86, v. 735.
- KNIJNIK, Danilo. *A prova nos juízos cível, penal e tributário*. Rio de Janeiro: Forense, 2007.
- LAFAVE, Wayne; ISRAEL, Jerold H.; KING, Nancy J. *Criminal Procedure*. Fourth Edition. Thomson West, 2004.
- LOPES JÚNIOR, Aury Celso Lima. *Direito Processual Penal e sua Conformidade Constitucional*. 3.<sup>a</sup> Ed. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2008.
- MALATESTA, Nicola Framarino. *A lógica das provas em matéria criminal*. Vol. I. São Paulo: Saraiva, 1960.
- MELLO, Celso Antônio Bandeira. *Curso de direito administrativo*. 27.<sup>a</sup> Ed. São Paulo: Malheiros, 2010.
- MENDES, Gilmar; COELHO, Incêncio Mártires; BRANCO, Paulo Gonet. *Curso de Direito Constitucional*. 5.<sup>a</sup> Ed. São Paulo: Saraiva, 2010.
- MITTERMAYER, C. J. A. *Tratado da prova em matéria criminal*. 3.<sup>a</sup> Ed. Rio de Janeiro: Jacinto Ribeiro dos Santos, 1917.
- MORAES, Alexandre de. *Direito Constitucional*. 22.<sup>a</sup> Ed. São Paulo: Atlas, 2007..

MORAIS, Paulo Heber; LOPES, João Batista. *Da prova penal*. 1.<sup>a</sup> Ed. Campinas: Julex Livros Ltda., 1978.

MOREIRA, José Carlos Barbosa. *A Constituição e as provas ilicitamente obtidas in* URL: <http://www.dantaspimentel.adv.br/jcdp5138.htm>, p. 1, acesso em 11 de novembro de 2010.

NUCCI, Guilherme. *Leis Penais e Processuais Penais Comentadas*. 4.<sup>a</sup> Ed., São Paulo: Revista dos Tribunais, 2009.

—————, *Manual de Processo Penal e Execução Penal*. 5.<sup>a</sup> Ed. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2008.

RANGEL, Paulo. Breves considerações sobre a Lei 9.296/96. *In Revista Brasileira de Ciências Criminais*. Ano 7, n. 26, abril-junho de 1999.

—————, *Direito Processual Penal*. 12.<sup>a</sup> Ed. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2007.

RETAMOSO, Mariana Borges. A (in)eficácia da prova emprestada. *In Revista de Direito Privado*. Ano 11, n. 41, jan-mar/2010.

SANTOS, Moacyr Amaral. *Primeiras Linhas de direito processual civil*. 25.<sup>a</sup> Ed. São Paulo: Saraiva, 2009.

STRECK, Lênio Luiz. *As interceptações telefônicas e os direitos fundamentais*. 2.<sup>a</sup> Ed. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2001.

TALAMINI, Eduardo. Prova emprestada no Processo Civil e Penal. *In Revista de Processo*. Ano 23, Julho-Setembro de 1998, N. 91.

TARUFFO, Michele. *La prova dei fatti giuridici*. Milano: Giuffrè, 1992.

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

TORQUATO AVOLIO, Luiz Francisco. *Provas Ilícitas*. 3.<sup>a</sup> Ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2003.