

ANDERSON BEZERRA LOPES

OS CONHECIMENTOS FORTUITOS DE PROVA NO DIREITO
PROCESSUAL PENAL

Dissertação de Mestrado apresentada à Faculdade de Direito da Universidade de São Paulo como requisito parcial para obtenção do título de Mestre em Direito Processual, sob a orientação do Professor Associado Gustavo Henrique Righi Ivahy Badaró.

UNIVERSIDADE DE SÃO PAULO
FACULDADE DE DIREITO
SÃO PAULO

2013

*Dedico este trabalho a toda minha família e, em especial,
ao meu avô José, que descansa na companhia do Senhor.*

AGRADECIMENTOS

Em poucas linhas, difícil é a tarefa de retribuir em palavras o apoio que muitas vezes foi oferecido com um breve olhar ou um sincero abraço.

Penso que todo agradecimento deva começar pelo *Criador*, cuja misericórdia não abandona qualquer filho, seja ele o prodígio, seja ele a ovelha desgarrada. O amor que vem do *Pai* tem extensão e profundidade que nossos olhos não conseguem alcançar.

Ao Professor *Gustavo Henrique Righi Ivahy Badaró*, meu mestre orientador, as palavras também não permitem expressar com exatidão o merecido agradecimento. Ao longo de minha breve vida acadêmica, poucas vezes tive a oportunidade de encontrar tamanha sabedoria e humildade caminhando de braços dados. Se foi possível concluir este trabalho, muito se deve à paciência e às lições (jurídicas e de vida) desse grande ser humano.

Ao longo do curso de pós-graduação, tive a honra de aprender o que há de mais avançado em termos de ciência processual penal no Brasil, razão pela qual não posso deixar de mencionar os mestres *Antonio Magalhães Gomes Filho*, *Antonio Scarance Fernandes*, *José Raul Gavião de Almeida*, *Marcos Alexandre Coelho Zilli*, *Maria Thereza Rocha de Assis Moura* e *Maurício Zanoide de Moraes*.

Ainda na pós-graduação, contei com o valioso apoio dos amigos *Daniel Zaclis*, *Marcio Geraldo Britto Arantes Filho*, *Renato Silvestre Marinho* e *Renato Stanziola Vieira*.

A compreensão e o apoio que encontrei dentro do escritório também é motivo de especial lembrança. Aqui vai meu agradecimento aos amigos *Fernando Augusto Fernandes*, *Ricardo Sidi*, *Thiago Andrade*, *Renan Macedo*, *André Hespanhol*, *Nilson Paiva*, *Suzana Martins* e *Adriana de Oliveira*.

Por fim, agradeço com muito carinho a toda minha família. Meus pais e meus irmãos são meus alicerces, sem eles jamais eu teria alcançado a conclusão deste trabalho ou de qualquer outro projeto nessa vida.

A todos vocês, ofereço um forte e sincero abraço.

Arcadas, 21 de janeiro de 2013.

RESUMO

LOPES, Anderson Bezerra. *Os conhecimentos fortuitos de prova no direito processual penal*. Dissertação (Mestrado) – Faculdade de Direito, Universidade de São Paulo, São Paulo, 2013, 231 p.

No curso da investigação criminal, a execução de alguns meios de obtenção de prova pode implicar restrições aos direitos fundamentais do investigado ou de terceiros. As medidas restritivas de direitos fundamentais estão sujeitas a controle de constitucionalidade através da regra da proporcionalidade. Os meios de obtenção de prova são atividades de pesquisa e registro de fontes de provas e elementos de informação úteis para a persecução penal. Durante a regular execução de um meio de obtenção de prova, podem surgir resultados probatórios relativos a indivíduos e/ou crimes excluídos da situação histórica de vida da investigação que legitimou o ato. As fontes de provas e os elementos de informação obtidos durante a execução de um meio de obtenção de prova e que possuem conexão com a situação histórica de vida da investigação são *conhecimentos da investigação*, enquanto os que não possuem esse vínculo são *conhecimentos fortuitos*. De acordo com a regra da proporcionalidade, as medidas restritivas de direitos fundamentais devem estar previstas em lei e sua execução exige prévia autorização judicial. A admissibilidade dos *conhecimentos fortuitos* para fins probatórios depende do cumprimento desses requisitos, sob pena de haver violação ilegítima de direitos fundamentais, tornando a prova ilícita.

Palavras-chave: Medidas restritivas de direitos fundamentais. Meios de obtenção de prova. Conhecimentos fortuitos. Conhecimentos da investigação.

SUMMARY

LOPES, Anderson Bezerra. *Fortuitous discovery of evidence at criminal procedure law*. Dissertation (Master) – Law University at the University of São Paulo, São Paulo, 2013, 231 p.

In the course of a criminal investigation, the research of evidence may cause restriction to the investigated person's fundamental rights or to a third person's rights. Any fundamental right restriction shall be preceded by constitutionality control, which must be done in the light of the proportionality rule. The evidence discovery is an activity of research and recording of evidentiary source and other useful data for the criminal investigation and prosecution. During the ordinary execution of a research of evidence, it could emerge evidentiary result related to individuals and/or crimes that are not related to the historical situation of life that caused the issuing of judicial authorization for such a research. The evidentiary sources and other information obtained during the execution of a research of evidence that are connected to the historical situation of life that caused the issuing of its judicial authorization are called *knowledge of the investigation*. The ones which are not connected to it are called *fortuitous knowledge*. According to the proportionality rule, any investigative measure which causes a fundamental right restriction must be enshrined in a statutory provision and its execution requires prior judicial authorization. The evidentiary admissibility of fortuitous knowledge depends on the accomplishment of such requirements. Otherwise, there would be unlawful violation of fundamental rights, which would cause the evidence to be illegal.

Key terms: fundamental rights restriction measure. Research of evidence. Fortuitous knowledge. Knowledge of the investigation.

SUMÁRIO

INTRODUÇÃO	11
1. A METÓDICA DOS DIREITOS FUNDAMENTAIS, SUA ESTRUTURA E HIPÓTESES DE RESTRIÇÃO: PREMISSAS PARA O EXAME DE ADMISSIBILIDADE DOS CONHECIMENTOS FORTUITOS DE PROVA NO PROCESSO PENAL	
1.1. Considerações preliminares	17
1.2. Aspectos gerais das normas de direitos fundamentais	20
1.2.1. O processo de positivação dos direitos humanos: <i>fundamentalização</i> e <i>constitucionalização</i>	20
1.2.2. Normas com fundamentalidade direta e normas com fundamentalidade atribuída: para além de um conceito formal de direitos fundamentais	23
1.3. As dimensões objetiva e subjetiva dos direitos fundamentais	25
1.4. As normas de direitos fundamentais quanto a sua estrutura: a teoria dos princípios de Robert Alexy	27
1.4.1. O conceito de regra e de princípio	27
1.4.2. O conflito entre regras	28
1.4.3. A colisão entre princípios e a lei de colisão	29
1.4.4. A colisão entre princípios e regras	33
1.5. Suporte fático	36
1.5.1. Os conceitos de suporte fático e sua relevância para a teoria jurídica dos direitos fundamentais	36
1.5.2. Os elementos componentes do suporte fático	39
1.5.2.1. Âmbito de proteção	39
1.5.2.2. Intervenção estatal (e ausência de fundamentação constitucional)	43
1.5.3. A amplitude do suporte fático	44
1.6. O regime das restrições aos direitos fundamentais	48
1.6.1. Considerações iniciais: a teoria interna e a teoria externa	48

1.6.2. O conceito de restrição	50
1.6.3. As categorias de restrições	51
1.7. A regra da proporcionalidade: os limites dos limites	52
1.7.1. Fundamento e função da proporcionalidade	53
1.7.2. Pressuposto formal: legalidade	55
1.7.3. Pressuposto material: justificação teleológica	60
1.7.4. Requisito extrínseco subjetivo: judicialidade	61
1.7.5. Requisito extrínseco formal: motivação da decisão	63
1.7.6. Requisitos intrínsecos	66
1.7.6.1. Idoneidade ou adequação	67
1.7.6.2. Necessidade ou exigibilidade	71
1.7.6.3. Proporcionalidade em sentido estrito	73
1.8. A garantia do conteúdo essencial	76
1.9. Conclusão parcial	79
2. OS CONHECIMENTOS FORTUITOS NO CONTEXTO DOS MEIOS DE OBTENÇÃO DE PROVA	
2.1. Aspectos gerais do inquérito policial como espécie de investigação preliminar: finalidade, natureza jurídica, atribuição e grau de cognição	82
2.2. Processo penal, prova e verdade	87
2.3. Polissemia do termo prova: conceitos e significados	90
2.4. O direito à prova e os momentos probatórios	96
2.5. Objeto da prova	99
2.6. Classificações da prova	100
2.6.1. Prova ilegítima e prova ilícita	100
2.6.2. Prova típica, prova atípica e conceitos afins (prova anômala, prova irritual e prova nominada)	103
2.6.3. Prova emprestada	108
2.6.4. Prova cautelar, prova antecipada e prova irrepetível	111
2.7. A natureza cautelar dos meios de obtenção de prova	113
2.8. Classificação dos meios de obtenção de prova	117
2.8.1. Meios de obtenção de prova típicos e atípicos	117
2.8.2. Meios de obtenção de prova preventivos e repressivos	121
2.9. A eficácia probatória dos meios de obtenção de prova	123

2.10. Inadmissibilidade das provas obtidas por meios ilícitos	127
3. ANÁLISE HISTÓRICA, DOGMÁTICA E COMPARADA DOS CONHECIMENTOS FORTUITOS DE PROVA NO DIREITO PROCESSUAL PENAL	
3.1. Notícia histórica	131
3.2 Conceito	140
3.3. Objeto	150
3.4. Natureza jurídica	151
3.5. Admissibilidade dos conhecimentos fortuitos de prova no direito processual penal	152
3.5.1. Nos meios de obtenção de prova atípicos	152
3.5.2. Nos meios de obtenção de prova típicos	153
3.5.2.1. Com um catálogo de crimes	153
3.5.2.2 Sem um catálogo de crimes	162
3.5.3. Aproveitamento do conhecimento fortuito como notícia-crime	165
3.6. O tratamento dos conhecimentos fortuitos de prova no direito processual penal comparado	167
3.6.1. Alemanha	169
3.6.2 Espanha	172
3.6.3. Itália	177
3.6.4. Portugal	180
4. OS CONHECIMENTOS FORTUITOS DE PROVA NO DIREITO PROCESSUAL PENAL BRASILEIRO	
4.1. O caráter multidimensional dos conhecimentos fortuitos na perspectiva constitucional	186
4.2. Os conhecimentos fortuitos no contexto do processo penal	192
4.3. A admissibilidade dos conhecimentos fortuitos nos meios de obtenção de prova	194
4.3.1. Nos meios de obtenção de prova atípicos.....	194
4.3.2. Nos meios de obtenção de prova típicos.....	197
4.3.2.1. Com um catálogo de crimes: a interceptação das comunicações telefônicas prevista na Lei nº. 9.296/96	197
4.3.2.2. Sem um catálogo de crimes: a busca domiciliar	209
4.4. Repercussão processual dos conhecimentos fortuitos	211

4.5. O tratamento do tema no PLS nº. 156/2008 do Senado Federal	212
4.6. Sugestões de <i>lege ferenda</i>	215
CONCLUSÃO	218
BIBLIOGRAFIA	220

INTRODUÇÃO

1. A importância do tema

O reconhecimento e positivação dos direitos humanos pelas cartas políticas das principais sociedades democráticas após a 2ª Guerra Mundial é uma prova de sua relevância para a vida social e para a própria noção de Estado Democrático de Direito.

Se as duas grandes Guerras Mundiais envergonharam a *humanidade* em muitos aspectos, é certo que elas deixaram um legado positivo para a sociedade internacional, consistente na necessidade de preservar certos direitos e garantias essenciais para que o indivíduo possa se desenvolver em sociedade, sem os quais a noção moderna de democracia é esvaziada.

Ainda que o fenômeno dos direitos fundamentais (direitos humanos positivados) seja relativamente recente na experiência democrática, eles são fruto de um longo e árduo processo de sedimentação, nem sempre contínuo, sofrendo avanços e retrocessos. Daí se falar em gerações de direitos fundamentais.¹

Por outro lado, o avanço tecnológico, dos meios de comunicação social e da circulação do capital no mundo pós-globalização, permitiu o desenvolvimento de novas formas de criminalidade, especialmente a *organizada*, a qual dispõe de instrumentos de comunicação, estrutura hierarquizada e recursos econômicos, com potencial para colocar em risco a paz e a ordem social.

Para fazer frente ao avanço desse novo tipo de criminalidade, as mesmas sociedades que reconhecem a importância em preservar certos direitos fundamentais dos indivíduos têm admitido sua restrição a fim de investigar e punir o cometimento de delitos graves.

¹ Cf. MENDES, Gilmar Ferreira; COELHO, Inocêncio Mártires; BRANCO, Paulo Gustavo Gonet, *Curso de direito constitucional*, 2ª ed., São Paulo: Saraiva, 2008, pp. 233-4.

Nesse contexto, tanto a afirmação dos direitos fundamentais quanto a repressão às condutas delitivas são interesses perseguido pelo Estado, sendo difícil determinar qual o exato equilíbrio entre garantir aqueles direitos e assegurar a eficiência dessa atividade repressiva.

O tema proposto para a presente pesquisa se insere nessa difícil tarefa de estabelecer a linha que separa a legítima restrição aos direitos fundamentais da ilegítima e abusiva violação desses direitos em persecução penal.

As modernas técnicas de investigação criminal têm se mostrado úteis para a elucidação de crimes cuja forma de execução é diferenciada. No entanto, também é possível enxergar abusos na frequência e na extensão com que tais métodos de investigação têm sido utilizados.

Com a presente pesquisa, pretendemos analisar um fenômeno recorrente na execução desses modernos métodos de investigação que implicam restrições aos direitos fundamentais do investigado, qual seja: se durante ou após a realização de um meio de obtenção de prova forem identificados resultados probatórios sem conexão subjetiva ou objetiva com a investigação que legitimou o ato, será válida a utilização dessa descoberta fortuita para fins probatórios? Em caso positivo, é possível sua utilização em processo ou investigação diverso daquele no qual foi produzido? E quando a realização do meio de obtenção de prova for admitida para um rol taxativo de crimes e o resultado probatório descoberto fortuitamente se reportar a um crime não inserido nesse rol, ainda nesse caso será possível sua utilização na mesma investigação ou em processo/investigação diversos?

No ordenamento jurídico brasileiro inexistente previsão legal sobre a admissibilidade na utilização para fins probatórios desses elementos descobertos fortuitamente, fenômeno que parte da doutrina estrangeira tem denominado *conhecimento fortuito* de prova e já vem estudando há algum tempo. E como consequência desse interesse doutrinário, alguns ordenamentos jurídicos estrangeiros já disciplinaram a matéria.

Diante dessa lacuna normativa, a jurisprudência ora tem admitido irrestritamente tais *conhecimentos fortuitos* para fins probatórios, ora tem estabelecidos alguns critérios

para sua admissibilidade, mas sem qualquer sistematização e aprofundamento sobre os contornos constitucionais do problema.

Por esses motivos, cremos ser o momento de realizar um estudo mais denso sobre o tema, possibilitando a identificação dos aspectos dogmáticos dos *conhecimentos fortuitos* nos meios de obtenção de prova, a saber: seu conceito, sua natureza jurídica e sua admissibilidade para fins probatórios.

2. Limites do tema

A presente pesquisa tem como propósito verificar as situações em que fontes de provas ou elementos de informação obtidos com a execução de meios de obtenção de prova podem ser considerados descoberta fortuita, quer dizer, sem conexão com o objeto da investigação.

Pretendemos verificar as peculiaridades de tal descoberta ter caráter *subjetivo*, isto é, quando ela indicar a descoberta de fontes de provas relativas a indivíduos sem conexão com o objeto da investigação, ou *objetivo*, quando ela indicar a descoberta de fontes de provas relativas a delitos sem conexão com o objeto da investigação.

Ademais, pretendemos analisar qual a relevância de o meio de obtenção de prova – no qual surge o *conhecimento fortuito* – ser admitido para qualquer crime ou restrito para um rol taxativo de crimes. Em outras palavras, no primeiro caso trata-se de um meio de obtenção de prova *sem um catálogo de crimes* e no segundo caso trata-se de um meio de obtenção de prova *com um catálogo de crimes*.

Em seguida, buscaremos verificar a admissibilidade desses *conhecimentos fortuitos* para fins probatórios no direito processo penal, seja para fins de instrução do processo no qual eles foram produzidos, seja a título de prova emprestada para outros processos, seja a título de notícia-crime deflagrada de nova investigação.

Considerando que tais resultados probatórios surgem durante execução de meios de obtenção de prova que representam restrições a direitos fundamentais, utilizaremos a *regra*

da proporcionalidade como instrumento de verificação da constitucionalidade da admissão dos *conhecimentos fortuitos* para fins probatórios.

O estudo das questões acima permitirá verificarmos a admissibilidade dos *conhecimentos fortuitos* no direito processual penal brasileiro, especialmente sob a égide da Constituição Federal de 1988.

Por último, uma ressalva: não se desconhece a possibilidade de descoberta fortuita de fontes de provas ou elementos de prova no curso do processo judicial – nesse caso, sem conexão com o objeto da prova –, mas tal fenômeno foge dos limites desta pesquisa. Sucintamente, essa hipótese difere do tema dos *conhecimentos fortuitos* pelo fato de a descoberta ocorrer no curso do processo judicial, onde há contraditório de partes, ampla defesa e imediação judicial no ato de formação da prova, enquanto os *conhecimentos fortuitos* surgem no curso de meios de obtenção que, no mais das vezes, são realizados fora do contraditório, sem imediação judicial durante sua execução e, o mais importante, implicam restrições aos direitos fundamentais do investigado.

3. Plano de trabalho

Dentro dos limites do tema, iniciaremos nossa exposição com um capítulo sobre a metódica dos direitos fundamentais, aí incluídos os aspectos gerais das normas que consagram tais direitos, suas dimensões, sua estrutura de regra ou de princípio, e o suporte fático de tais normas. Ademais, dispensaremos especial atenção ao regime das restrições aos direitos fundamentais, tanto os aspectos gerais quanto o específico papel desempenhado pela regra da proporcionalidade, a qual funciona como instrumento de controle daquelas restrições.

No segundo capítulo, dedicaremos atenção para os aspectos gerais dos meios de obtenção de provas executados no curso da investigação criminal. Isto exigirá um estudo prévio de institutos da teoria geral da prova, tais como: a relação entre processo penal, prova e verdade; os significados e sentidos do termo prova; a existência do direito à prova e os momentos probatórios; o objeto da prova e suas classificações. Findaremos tal capítulo abordando a eficácia probatória dos meios de obtenção de prova e a garantia de

inadmissibilidade das provas obtidas por meios ilícitos. Cumpre alertar que não se trata de uma análise exaustiva, mas tão-somente conceitual, a fim de pontuar os contornos dos meios de obtenção de prova que possuem relevância para o tema dos *conhecimentos fortuitos* de prova.

No terceiro capítulo, apresentaremos um breve histórico sobre o estudo dos *conhecimentos fortuitos* na doutrina estrangeira, especialmente a alemã, que se interessou pelo tema de modo pioneiro. Em seguida, traçaremos os principais aspectos dogmáticos dos *conhecimentos fortuitos* de prova e, por reflexo, dos *conhecimentos da investigação*, a saber: conceito, objeto, natureza jurídica e admissibilidade para fins probatórios. Por fim, pontuaremos o tratamento recebido pelo tema em alguns ordenamentos jurídicos estrangeiros.

No quarto capítulo, encerraremos a dissertação com uma análise sobre a admissibilidade (para fins probatórios) dos *conhecimentos fortuitos* de prova no direito processual penal brasileiro, o que será feito a partir de um recorte entre dois meios de obtenção de prova previstos na legislação: a interceptação das comunicações telefônicas e a busca domiciliar. Além disso, faremos uma breve análise do regime jurídico proposto para os *conhecimentos fortuitos* pelo Projeto de Lei do Senado nº. 156/2008 (Novo Código de Processo Penal) e, em seguida, apresentaremos algumas sugestões para uma disciplina da matéria no direito processual penal brasileiro. Findaremos com uma síntese das conclusões alcançadas ao longo da pesquisa.

CAPÍTULO 1º

A METÓDICA DOS DIREITOS FUNDAMENTAIS, SUA ESTRUTURA E HIPÓTESES DE RESTRIÇÃO: PREMISSAS PARA O EXAME DE ADMISSIBILIDADE DOS CONHECIMENTOS FORTUITOS DE PROVA NO PROCESSO PENAL

Sumário: 1.1. Considerações preliminares - 1.2. Aspectos gerais das normas de direitos fundamentais: 1.2.1. O processo de positivação dos direitos humanos: *fundamentalização* e *constitucionalização*; 1.2.2. Normas com fundamentalidade direta e normas com fundamentalidade atribuída: para além de um conceito formal de direitos fundamentais - 1.3. As dimensões objetiva e subjetiva dos direitos fundamentais - 1.4. As normas de direitos fundamentais quanto a sua estrutura: a teoria dos princípios de Robert Alexy: 1.4.1. O conceito de regra e de princípio; 1.4.2. O conflito entre regras; 1.4.3. A colisão entre princípios e a lei de colisão; 1.4.4. A colisão entre princípios e regras - 1.5. Suporte fático: 1.5.1. Os conceitos de suporte fático e sua relevância para a teoria jurídica dos direitos fundamentais; 1.5.2. Os elementos componentes do suporte fático: 1.5.2.1. Âmbito de proteção; 1.5.2.2. Intervenção estatal (e ausência de fundamentação constitucional); 1.5.3. A amplitude do suporte fático - 1.6. O regime das restrições aos direitos fundamentais: 1.6.1. Considerações iniciais: a teoria interna e a teoria externa; 1.6.2. O conceito de restrição; 1.6.3. As categorias de restrições - 1.7. A regra da proporcionalidade: os limites dos limites: 1.7.1. Fundamento e função da proporcionalidade 1.7.2. Pressuposto formal: legalidade; 1.7.3. Pressuposto material: justificação teleológica; 1.7.4. Requisito extrínseco subjetivo: judicialidade; 1.7.5. Requisito extrínseco formal: motivação da decisão; 1.7.6. Requisitos intrínsecos: 1.7.6.1. Idoneidade ou adequação; 1.7.6.2. Necessidade ou exigibilidade; 1.7.6.3. Proporcionalidade em sentido estrito -1.8. A garantia do conteúdo essencial - 1.9. Conclusão parcial

1.1. Considerações preliminares

Não há dúvida de que o âmbito do direito no qual são conferidos os maiores poderes para que o Estado restrinja os direitos dos cidadãos é o processo penal.

Sob a justificativa de que a persecução penal tende à proteção dos bens jurídicos de maior relevo para a sociedade, autoriza-se que os poderes públicos interfiram nas mais relevantes esferas de liberdade do indivíduo.

Ao mesmo tempo, as cartas políticas de diversas sociedades modernas também positivaram direitos humanos que configuram manifestas limitações ao exercício desse *ius puniendi* estatal. Ou seja, se a elucidação de fatos criminosos e a punição de seus autores é um fim almejado pelo Estado, indubitável que tal fim não é absoluto, devendo ser exercido com respeito aos direitos fundamentais daqueles que sofrem as intervenções estatais no curso dessa persecução.

Assim, o caráter conflituoso do processo penal é representado pelo embate entre o interesse estatal em exercer seu *ius puniendi* e o interesse do imputado em defender seu *ius libertatis*.

O tema deste trabalho está inserido exatamente nesta zona de conflito, pois, com razoável frequência, a doutrina e a jurisprudência reconhecem a ocorrência do chamado *conhecimento fortuito* de prova durante a realização de meios de obtenção de prova (p. ex.: interceptação telefônica; interceptação telemática; busca e apreensão etc.) e, com a mesma frequência, admite-se a validade (para fins processuais) de tais elementos de informação e fontes de prova,¹ desde que a medida tenha sido realizada cumprindo os requisitos legais.²

¹ Em geral, inadvertidamente, parte da doutrina e da jurisprudência não emprega precisão terminológica na definição da natureza jurídica dos elementos colhidos durante o cumprimento de tais medidas, classificando-os como *elementos de prova*. Ocorre que, em geral, os *meios de obtenção de prova* são medidas implementadas no curso da investigação preliminar e servem apenas para a obtenção de *fontes de prova* e (reais e pessoais) e *elementos de informação*. Por outro lado, os *elementos de prova* são confeccionados no curso do processo judicial e se referem “(...) aos *dados objetivos* que confirmam ou negam uma asserção a respeito de um fato que interessa à decisão da causa. É o que se denomina *elemento de prova* (*evidence*, em inglês). Constituem elementos de prova, por exemplo, a declaração de uma testemunha sobre determinado fato, a opinião de um perito sobre a matéria de sua especialidade, o conteúdo de um documento” (Cf. Antonio Magalhães Gomes Filho, *Notas sobre a terminologia da prova: reflexos no processo penal brasileiro*, In *Estudos em homenagem à professora Ada Pellegrini Grinover*, coord. Flavio Luiz Yarshell e Maurício Zanoide de Moraes, São Paulo: DPJ Editora, 2005, p. 307).

Nesse caso, o *topos* argumentativo regularmente empregado para justificar tal decisão é a prevalência do interesse público sobre o interesse privado na persecução penal.³

Não parece suficiente e adequado a uma argumentação jurídica envolvendo medidas restritivas de direitos fundamentais que o tema da validade dos *conhecimentos fortuitos* de prova seja resumido à licitude ou ilicitude do meio de obtenção de prova. A questão acerca da legalidade da medida que restrinja direitos fundamentais é pressuposto inicial de licitude não apenas do *conhecimento fortuito*, mas, sobretudo, do *conhecimento da investigação*,⁴ isto é, daquilo que se pretendia alcançar com a medida: caso seja ilícito o meio de obtenção de prova, eventual *conhecimento da investigação* que dele resulte será marcado pela pecha de ilicitude e, por derivação, também o *conhecimento fortuito*.

O ponto central da celeuma envolvendo o *conhecimento fortuito* reside justamente na sua admissibilidade (ou não) quando o meio de obtenção de prova for realizado para obter prova (*rectius*: fonte e prova) de uma determinada infração penal imputada a um dado indivíduo, porém, por exemplo, resultar em i) prova de outra infração penal, sem vinculação objetiva ou subjetiva com aquela que deu origem ao meio de obtenção, ii) prova da infração penal que deu origem ao meio de obtenção, mas relacionada a um terceiro, ignorado no momento de autorização da medida.⁵ Assim, vê-se que o tema está relacionado à *vinculação* do resultado da medida restritiva de direito fundamental com o ato que a autorizou (p. ex.: decisão judicial afastando o sigilo das comunicações telefônicas), ou seja, aos *limites materiais* impostos às medidas restritivas de direitos fundamentais, logo, ao princípio da proporcionalidade (em sentido amplo).

No mais, grande parte dessa argumentação passa ao largo da consideração de que tais *meios de obtenção de prova* implicam intervenções no âmbito de proteção de diversos direitos fundamentais, e que daí decorre a necessidade de um exame detalhado das hipóteses em que tais intervenções são legítimas (restrições) e os casos em que se afiguram ilegítimas (violações).

² Na jurisprudência, por todos: STJ, 5ª T., HC 69.552/PR, j. 06.02.2007, DJ 14.05.2007, p. 347.

³ Esse raciocínio comete o grave equívoco de não considerar que uma correta produção da prova penal integra o conceito de *interesse público*.

⁴ Acerca da distinção entre *conhecimento da investigação* e *conhecimento fortuito*, vide Capítulo 3.2 *infra*.

⁵ Em alguns casos, conforme será visto (Capítulo 3.2), aquilo que a doutrina e a jurisprudência classificam como *conhecimento fortuito* é verdadeiro *conhecimento da investigação*.

É certo que o tema dos *conhecimentos fortuitos* de prova não tende a surgir no âmbito dos *meios de prova*,⁶ mas sim nos *meios de obtenção de prova* que, embora por vezes sejam medidas jurisdicionalizadas, não são realizadas com a participação dos sujeitos processuais (possibilitando o exercício do contraditório), não possibilitam o controle judicial no ato de formação da prova (imediação) e pressupõem a intervenção estatal no âmbito de diversos direitos fundamentais.

Assim, o estudo dos *conhecimentos fortuitos* de prova não pode ser desenvolvido sem uma consistente base teórica sobre o conceito, a estrutura e o método de restrição das normas de direitos fundamentais. Somente a partir desse referencial teórico é que será possível compreender tal fenômeno sem menosprezar o rígido sistema de proteção dos direitos fundamentais estabelecido pela Constituição brasileira.

Para tanto, de início, pretende-se realizar um estudo dogmático das categorias básicas dos direitos fundamentais sob uma dimensão analítica, a qual tem a difícil tarefa de dar respostas racionalmente fundamentadas para diversas questões axiológicas deixadas em aberto pelo material normativo.⁷ A opção por tal método tem como ganho científico a possibilidade de conferir maior clareza aos conceitos envolvendo os direitos fundamentais,⁸ permitindo o posterior manuseio do direito positivo com maior segurança, evitando-se a contaminação excessiva da argumentação jurídica por influências ideológicas, que pouco contribuem para o avanço na atividade de proteção dos direitos fundamentais.⁹

⁶ Não se nega a possibilidade de conhecimento de fatos diversos do *objeto da prova* no curso dos *meios de prova* (p. ex.: a denúncia imputa ao acusado um crime de roubo e, durante a produção de uma prova testemunhal, descobre-se que um terceiro, até então desconhecido, cometeu o crime de receptação do produto do roubo), mas trata-se de atividade endoprocessual onde se pressupõe a plena vigência de diversos direitos fundamentais no ato de formação da prova (controle judicial, contraditório, ampla defesa, publicidade etc.).

⁷ Cf. Robert Alexy, *Teoria dos direitos fundamentais*, tradução da 5ª ed. alemã por Virgílio Afonso da Silva, São Paulo: Malheiros, 2008, p. 36.

⁸ Cf. Robert Alexy, *Teoria dos direitos...*, p. 43.

⁹ Após reconhecer a procedência de algumas críticas que são feitas à redução da Ciência do Direito apenas à dimensão analítica, o que ocorre por conta de uma “superestimação das possibilidades da Lógica”, a qual, embora de suma relevância para assegurar um mínimo de racionalidade à argumentação jurídica, não pode ser tomada como único instrumento na construção da decisão, Robert Alexy (*Teoria dos direitos...*, p. 49) reafirma a indispensabilidade dessa dimensão da dogmática ao dizer que “Sem uma compreensão sistemático-conceitual, a Ciência do Direito não é viável como uma disciplina racional. A medida de racionalidade do direito depende em grande parte do nível alcançado pela dimensão analítica. (...) Seria impossível falar de um controle racional das valorações indispensáveis à Ciência do Direito e de uma aplicação metodologicamente controlada do saber empírico. Se há algo que pode livrar ao menos um pouco a ciência dos direitos fundamentais da retórica política e das idas e vindas das lutas ideológicas é o trabalho na dimensão analítica”.

Todavia, não se pretende um estudo analítico hermético, cujo resultado seja a pouca aplicabilidade das categorias dogmáticas que dele resultem, muito ao contrário, parte-se de um referencial teórico cuja preocupação primordial é a eficácia dos direitos fundamentais, mas sem prescindir de um mínimo de coerência e racionalidade na argumentação desempenhada pelo operador do direito em face das normas de direitos fundamentais, ainda que, invariavelmente, tais normas estejam profundamente carregadas de conteúdo axiológico.

1.2. Aspectos gerais das normas de direitos fundamentais

1.2.1. O processo de positivação dos direitos humanos: *fundamentalização* e *constitucionalização*

No direito constitucional moderno, poucos institutos assumiram tanta relevância e influência para a vida social quanto os *direitos fundamentais*. Não à toa, aduz-se que o próprio desenvolvimento do direito constitucional deve muitos créditos ao processo de afirmação histórica dos direitos fundamentais, pois, se as Constituições adquiriram o *status* de lei suprema da maioria dos ordenamentos jurídicos, em grande parte isto ocorreu pelo fato de que a proteção dos direitos humanos exigiu que sua positivação surgisse justamente no âmbito desse diploma,¹⁰ cuja força vinculativa irradia para todo o sistema jurídico.

A expressão *direitos fundamentais*, por si só, revela que tais direitos possuem um caráter elementar para o ordenamento jurídico em que estiverem inseridos e, em especial, para a Constituição.

Se, historicamente, da simples afirmação da existência de diversos *direitos humanos* não decorria qualquer consequência jurídica prática, a partir do seu reconhecimento e positivação nas Constituições, tais direitos passaram a ser designados como *fundamentais* e daí decorreram diversas consequências jurídicas.

¹⁰ Cf. Gilmar Ferreira Mendes, Inocêncio Mártires Coelho, Paulo Gustavo Gonet Branco, *Curso de direito constitucional*, 2ª ed., São Paulo: Saraiva, 2008, p. 231.

Sendo assim, afirma-se que os direitos fundamentais são os direitos “naturais” e “inalienáveis” incorporados pela ordem jurídica positiva,¹¹ especialmente pela Constituição.¹²

E não se trata de qualquer positivação, mas sim de uma positivação especial, pois tais direitos são incorporados ao ordenamento jurídico positivo através da “constitucionalização” e da “fundamentalização”.

A categoria da “constitucionalização” representa o processo de incorporação de direitos subjetivos do homem em normas formalmente básicas, o que tem consequências extremamente relevantes, tais como (i) retirar o reconhecimento e garantia de tais direitos do âmbito de disponibilidade do legislador ordinário, (ii) possibilitar a proteção de tais direitos em face de atos normativos que pretendam regulá-los, o que se dá através do controle jurisdicional de constitucionalidade, e (iii) conferir-lhes o caráter de normas vinculantes, e não apenas o aspecto de normas programáticas, característica própria das declarações de direitos.¹³

Sob outro ângulo, vê-se que o processo de “constitucionalização” revela uma especial preocupação com a posição topográfica dos direitos fundamentais, pois, sendo a Constituição a fonte primária do ordenamento jurídico, está ela “indene às maiorias ocasionais formadas na efervescência de momentos adversos ao respeito devido ao homem”.¹⁴

¹¹ Cf. José Joaquim Gomes Canotilho, *Direito constitucional e teoria da constituição*, 7ª ed., Coimbra: Almedina, 2003, pp. 377 e 393.

¹² É certo que tais direitos também podem constar no corpo de normas infraconstitucionais, mas seu “habitat natural” é a Constituição. Nesse sentido, Denilson Feitoza Pacheco assevera que “(...) a previsão em um texto constitucional é só uma garantia de sua observância por parte do legislador ordinário. Nessa linha, também seriam fundamentais os direitos atribuídos ao acusado por um conjunto de garantias processuais estabelecido por um código de processo penal, que é uma lei ordinária” (*O princípio da proporcionalidade no direito processual penal brasileiro*. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2007, p. 10). Conforme será visto adiante (Capítulo 1.2.2), tais normas podem ser classificadas como *normas de direitos fundamentais atribuídas*, quer dizer, normas não expressamente previstas num catálogo de direitos fundamentais, mas cuja fundamentalidade decorre de uma *correta fundamentação referida a direitos fundamentais*.

¹³ Do contrário, os direitos humanos não passariam de “esperanças, aspirações, ideias, impulsos, ou, até, por vezes, mera retórica política” (Cf. J.J. Gomes Canotilho, *Direito constitucional...*, 2003, pp. 377-8). No que se refere às declarações de direitos, é certo que, no curso da história, a falta de eficácia de tais documentos sempre foi considerada um obstáculo à realização dos direitos humanos, no entanto, hoje, com a criação dos tribunais internacionais de direitos humanos e a submissão dos Estados signatários a sua jurisdição, esse quadro tem se alterado bastante.

¹⁴ Cf. Gilmar Ferreira Mendes, Inocêncio Mártires Coelho, Paulo Gustavo Gonet Branco, *Curso de direito...*, p. 231.

Já a categoria da “fundamentalização” diz respeito ao distinto modo de proteção desses direitos sob um sentido formal e um sentido material.

No que se refere à fundamentalidade formal, comumente identificada com a “constitucionalização”, quatro são os desdobramentos desse processo de positivação: (i) dado seu caráter de fundamentalidade, as normas de direitos fundamentais estão posicionadas no grau mais elevado da ordem jurídica; (ii) por ostentarem a qualidade de normas constitucionais, o processo de revisão de tais direitos é mais rigoroso;¹⁵ (iii) pelo fato de serem normas de direitos fundamentais, poderão representar limites materiais para os processos de revisão;¹⁶ e (iv) considerando seu caráter de vinculatividade imediata para todos os entes públicos, tais direitos devem nortear as escolhas, decisões e ações, dos órgãos dos poderes judiciário, legislativo e executivo.¹⁷

Quanto à fundamentalidade material, observa-se que tais direitos merecem uma proteção diferenciada pelo fato de constituírem a base do próprio Estado e da sociedade. Este sentido tem especial relevo por reconhecer que a fundamentalização de tais direitos nem sempre está vinculada a uma Constituição escrita¹⁸ ou, ainda que se trate de direito positivo, explica a existência de direitos fundamentais não incorporados formalmente na Constituição¹⁹ ou a sua abertura a novos direitos fundamentais.

Há quem sustente que a fundamentalidade material está conectada ao princípio da dignidade da pessoa humana, de modo que os direitos constitucionais materiais são todos aqueles que representam concretizações do referido princípio, ou seja, que o tenham como um “radical subjetivo”.²⁰ Em sentido contrário, argumenta-se que tal concepção não é

¹⁵ Em alguns casos, sequer é possível que tais direitos sejam objeto dos processos de revisão, como ocorre com a Constituição brasileira, cujo art. 60, § 4º, inc. IV, proíbe a proposta de emenda tendente a abolir os direitos e garantias individuais.

¹⁶ É o caso do art. 288, “d”, da Constituição de Portugal, o qual prevê: “As leis de revisão constitucional terão de respeitar: (...) d) Os direitos, liberdades e garantias dos cidadãos”.

¹⁷ Cf. J.J. Gomes Canotilho, *Direito constitucional...*, p. 379.

¹⁸ É o caso das *Common-Law Liberties* (cf. J.J. Gomes Canotilho, *Direito constitucional...*, p. 379).

¹⁹ Trata-se daquilo que parte da doutrina classifica como *cláusula aberta* ou *princípio da não tipicidade* dos direitos fundamentais. No caso da Constituição brasileira, é justamente a ideia de *fundamentalidade material* que explica o conteúdo do art. 5º, § 2º, o qual abre margem para a existência de direitos apenas materialmente constitucionais.

²⁰ Cf. José Carlos Vieira de Andrade, *Os direitos fundamentais na Constituição Portuguesa de 1976*, 3ª ed., Coimbra: Almedina, 2006, pp. 54 e ss. Nesse mesmo sentido: Ingo Sarlet, *A eficácia dos direitos*

adequada a uma teoria dos direitos fundamentais, visto que há direitos que não partem do “radical subjetivo” da dignidade da pessoa humana e nem por isso deixam de ser considerados fundamentais; um exemplo claro é a existência de direitos fundamentais das pessoas coletivas.

E isto não se trata de uma filigrana acadêmica, sem qualquer importância para o tema dos *conhecimentos fortuitos* de prova, pois a possibilidade da pessoa coletiva ser alvo de medidas restritivas de direitos fundamentais para a obtenção da prova penal (p. ex.: busca e apreensão)²¹ implica verificar se tais entes são titulares desses direitos ou se estamos diante de “direitos individuais ainda que coletivizados”.²² Ora, considerando a existência de direitos fundamentais não incorporados formalmente pelas Constituições e cujo “radical subjetivo” não reside no princípio da dignidade da pessoa humana, cremos impróprio falar em “direitos individuais ainda que coletivizados”, pois tal concepção deixa subjacente a ideia de que a pessoa coletiva não é titular de tais direitos de forma autônoma, senão através dos indivíduos que a compõem. Ou seja, há um condicionamento do exercício dos direitos fundamentais da pessoa coletiva à existência de “diversos direitos individuais”. Contudo, isso pode gerar celeumas caso haja conflito entre os direitos fundamentais da pessoa coletiva e os direitos individuais daqueles que a compõem. Ademais, isto implica conferir aos direitos individuais mais dignidade do que aos direitos das pessoas coletivas.

Estabelecidas essas noções básicas acerca dos diversos sentidos dos direitos fundamentais, já é possível notar sua relevância para o tema dos *conhecimentos fortuitos* de prova em sede penal, porquanto o elevado rigor na proteção de tais direitos terá importantes reflexos na determinação da admissibilidade (ou não) desses elementos fortuitamente colhidos no curso de meios de obtenção de prova que representem restrições aos direitos fundamentais (v.g.: busca domiciliar e interceptação telefônica).

1.2.2. Normas com fundamentalidade direta e normas com fundamentalidade atribuída: para além de um conceito formal de direitos fundamentais

fundamentais, 10ª ed., Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2009, p. 109; Gilmar Ferreira Mendes, Inocêncio Mártires Coelho, Paulo Gustavo Gonet Branco, *Curso de direito...*, p. 237.

²¹ No Brasil, a responsabilização penal da pessoa coletiva é expressamente prevista em lei (cf. art. 3º, *caput*, da Lei nº. 9.605/98).

²² Cf. José Carlos Vieira de Andrade, *Os direitos fundamentais...*, p. 179.

Quando se tratou do processo de *fundamentalização*,²³ restou observada a possibilidade de haver algumas normas de direitos fundamentais não expressamente previstas em um catálogo de direitos dessa natureza. Sendo assim, importa saber qual o critério para adjetivar uma determinada norma com esse *status*.

Em um primeiro momento, é possível identificar as normas de direitos fundamentais a partir de um *critério formal*, ligado à forma de sua positivação. Assim, no caso da Constituição brasileira, as normas de direitos fundamentais são aquelas extraídas dos enunciados normativos de direitos fundamentais²⁴ previstos nos Capítulos I a V, do Título II, da Constituição.

Contudo, diante da *cláusula aberta*,²⁵ é preciso lançar mão de outro critério que permita identificar as normas de direitos fundamentais que, embora formalmente constitucionais, não estejam expressamente inseridas no catálogo de direitos fundamentais da Constituição, bem como aquelas apenas materialmente constitucionais.

Para tanto, ROBERT ALEXY propõe uma adequada distinção entre *normas de direitos fundamentais* e *normas de direitos fundamentais atribuídas*.²⁶

Na primeira categoria, encontram-se as já mencionadas normas que podem ser expressamente identificadas no catálogo de direitos fundamentais. Aqui não há maiores dificuldades, bastando a referência a sua positivação, através do critério jurídico de validade.

Já na segunda categoria, cuja visualização é mais difícil, não é viável a utilização isolada dos critérios empírico ou normativo, ao menos no âmbito de uma teoria jurídica dos direitos fundamentais, a qual se preocupa com questões constitutivas.²⁷

²³ Capítulo 1.2.1 retro.

²⁴ Robert Alexy (*Teoria dos direitos...*, p. 66) prefere utilizar a expressão *disposições de direitos fundamentais* em lugar de enunciados normativos de direitos fundamentais, por considerar esta última “tosca”.

²⁵ No caso da Constituição brasileira, o art. 5º, § 2º.

²⁶ Cf. Robert Alexy, *Teoria dos direitos...*, pp. 66-76.

²⁷ Acerca da inadequação dos critérios empírico e normativo, Robert Alexy assevera (*Teoria dos direitos...*, pp. 73-4): “Escolhe um critério empírico aquele que afirma que normas de direitos fundamentais atribuídas são aquelas que são de fato atribuídas pela jurisprudência e pela Ciência do Direito às normas diretamente

Como solução, deve-se utilizar como critério de validade (de direito fundamental) a uma norma atribuída, a existência de uma *correta fundamentação referida a direitos fundamentais*, quer dizer, se houver uma argumentação que relacione a norma atribuída a uma norma de direito fundamental diretamente estabelecida, conferindo-lhe sustentação.²⁸

Em conclusão, existem dois grupos de normas de direito fundamental: as normas de direito fundamental estabelecidas diretamente pelo texto constitucional e as normas de direito fundamental atribuídas.²⁹

1.3. As dimensões objetiva e subjetiva dos direitos fundamentais

De acordo com as expectativas que geram para os indivíduos ou para a sociedade como um todo, os direitos fundamentais relevam uma dupla dimensão: objetiva ou subjetiva.

A dimensão objetiva dos direitos fundamentais exprime o significado desses direitos para toda a ordem constitucional e, simultaneamente, para o Estado de Direito Democrático, na medida em que são instrumentos de limitação e de direcionamento dos poderes constituídos.³⁰ Essa perspectiva transcende a tradicional visão individualista dos direitos fundamentais, a qual os enxerga apenas como instrumentos de proteção de posições individuais. A partir da dimensão objetiva, o bem tutelado pelo direito fundamental é visto como um valor em si, a demandar preservação e fomento.

estabelecidas pelo texto constitucional. Mas, a partir da perspectiva de um teoria jurídica dos direitos fundamentais, um tal critério empírico não se mostra adequado. Para esta teoria a questão sobre quais atribuições podem ser corretamente levadas a cabo é uma questão constitutiva. Para responder a essa pergunta, ainda que precedentes judiciais e consensos dogmáticos desempenhem um papel relevante, simples referências àquilo que já foi decidido ou afirmado não são suficientes. Uma atribuição correta ocorre quando a norma atribuída pode ser classificada como válida. Para classificar as normas diretamente estabelecidas pelo texto constitucional basta a referência à sua posituação. No caso das normas atribuídas isso é, por definição, excluído. Logo, sua identificação por meio do critério jurídico de validade não é possível. O mesmo vale para os critérios sociológico e ético. Que uma norma seja válida social ou eticamente não significa que ela possa ser corretamente atribuída a uma norma de direito fundamental diretamente estabelecida. Portanto, nenhum dos três critérios de validade é adequado para identificar normas de direito fundamental atribuídas”.

²⁸Cf. Robert Alexy, *Teoria dos direitos...*, p. 74.

²⁹ Cf. Robert Alexy, *Teoria dos direitos...*, p. 73.

³⁰ Cf. Gilmar Ferreira Mendes, Inocêncio Mártires Coelho, Paulo Gustavo Gonet Branco, *Curso de direito...*, p. 266.

Ademais, pode-se afalar em dimensão objetiva de uma norma consagrada de direito fundamental quando se tem em mente o seu significado para a coletividade, para o interesse público, para a vida comunitária. É possível enxergar tal dimensão objetiva, por exemplo, quando se diz que a *liberdade de expressão* possui uma “função objetiva”, um “valor geral” para a vida comunitária.³¹

Diversas são as consequências produzidas pela dimensão objetiva no âmbito de uma teoria jurídica dos direitos fundamentais, duas das mais relevantes são: i) a legitimação de restrições aos direitos subjetivos individuais, de modo a limitar seu conteúdo e alcance em favor de seus próprios titulares ou em face de outros bens que também gozem de proteção constitucional; ii) a imposição, ao Estado, de um dever de proteção dos direitos fundamentais em face de agressões perpetradas pelos poderes públicos, por particulares e por outros Estados.³²

A dimensão subjetiva, por seu turno, exprime o significado e a relevância dos direitos fundamentais para o indivíduo isoladamente considerado, para os seus interesses, para a sua situação da vida, para a sua liberdade.

Em que pese a observação feita linhas acima sobre a dimensão objetiva servir de fundamento para as restrições aos direitos fundamentais, isto não significa que haja uma preponderância abstrata de tal dimensão sobre a dimensão subjetiva, muito ao contrário, sustenta-se uma *presunção a favor da dimensão subjetiva* dos direitos fundamentais;³³ isto

³¹ Cf. J.J. Gomes Canotilho, *Direito constitucional...*, pp. 1256-7.

³² Cf. Gilmar Ferreira Mendes, Inocêncio Mártires Coelho, Paulo Gustavo Gonet Branco, *Curso de direito...*, pp. 266-7.

³³ Tomando como exemplo os dispositivos da Constituição Portuguesa que reconhecem direitos fundamentais às formações sociais (partidos, comissões de trabalhadores, sindicatos), cujo objetivo *prima facie* é a defesa dos interesses dos trabalhadores e não a proteção de um valor fundamental para a coletividade, J. J. Gomes Canotilho (*Direito constitucional...*, pp. 1257-8) esclarece com precisão a razão pela qual deve existir uma *presunção a favor da dimensão subjetiva* dos direitos fundamentais, em face de uma dimensão objetiva: “A ‘tese do individualismo’, ao exigir que os direitos fundamentais sejam, *prima facie*, garantidos como direitos subjetivos, tem a vantagem de apontar para o dever objectivo de o Estado conformar a organização, procedimento e processo de efectivação dos direitos fundamentais, de modo a que o indivíduo possa exigir algo de outrem e este tenha o dever jurídico de satisfazer esse algo. Todavia, os direitos fundamentais são também reconhecidos como direitos do homem, seja como indivíduo seja como membro de formações sociais onde desenvolve a sua personalidade. O fundamento para esta valorização das formações sociais não radica tanto na existência de uma ‘dimensão objectiva’ de direitos fundamentais como na ideia de não coincidência entre *pessoa* e *indivíduo*. A pessoa é uma ‘unidade interactiva’, centro de referência de relações sociais, emancipada do domínio (Baldassare), e daí que a ‘sua autodeterminação e desenvolvimento’ se obtenha também através do reconhecimento de direitos fundamentais a certas formações sociais onde ela se insere. Por vezes, poderá existir uma relação de tensão entre estas duas dimensões (...)

porque os direitos fundamentais são, em linha de princípio, direitos individuais. Quando a proteção de um direito fundamental é feita sob a forma de direito individual, isto significa que a proteção concretiza um direito subjetivo.

1.4. As normas de direitos fundamentais quanto a sua estrutura: a teoria dos princípios de Robert Alexy

1.4.1. O conceito de regra e de princípio

A determinação dos marcos teóricos das normas³⁴ de direitos fundamentais no que se refere a sua estrutura tem elevada importância para a presente pesquisa. Não raro, as normas de direitos fundamentais se apresentam sob a roupagem de princípios. Outras vezes, elas tomam a forma de regras. Logo, de suma importância é a distinção de tais categorias normativas.

Segundo ROBERT ALEXY,³⁵ princípios e regras são normas, pois ambos dizem aquilo que deve ser. Tanto um quanto outro podem se manifestar por meio das expressões deônticas básicas do dever, da proibição e da permissão. Ainda que sejam espécies diferentes, os princípios são razões para juízos concretos de dever-ser tal como as regras.

A nota distintiva entre os princípios e as regras é que os primeiros “são normas que ordenam que algo seja realizado na maior medida possível dentro das possibilidades

Esta relação de tensão é, de resto, compatível com a *natureza principal* dos direitos fundamentais, o que permitirá ‘juízos de ponderação’ (i) entre os direitos em conflito, a aplicação dos princípios da proporcionalidade, necessidade e adequação, e, em casos extremos, uma ponderação conducente a soluções diferentes das que resultariam da simples aplicação do princípio da concordância prática (cf. *supra*), tendo em conta as condições fácticas e jurídicas existentes no caso concreto (*ad hoc balancing*)”.

³⁴ Importa registrar que o conceito de *norma* não é unívoco, muito ao contrário, é fonte de inesgotável debate pela Ciência do Direito. Robert Alexy (*Teoria dos direitos...*, pp. 52 e ss.) observa que a definição desse conceito está imbricada com “decisões sobre o método e o objeto da disciplina, ou seja, sobre seu próprio caráter” e que “(...) a fundamentação daquilo que se sustenta variará conforme se entenda norma como o ‘sentido (objetivo) de um ato pelo qual se ordena ou permite e, especialmente, se autoriza uma conduta’ ou uma ‘expectativa de comportamento contrafaticamente estabilizada’, como um imperativo ou um modelo de conduta que ou é respeitado ou, quando não, tem como consequência uma reação social, como uma expressão com uma forma determinada ou uma regra social”. No presente trabalho, será tomado como base teórica o conceito semântico de norma proposto pelo referido autor (cf. *Teoria dos direitos...*, pp. 53-4), o qual parte da distinção entre *norma* e *enunciado normativo*. Assim, *norma* é o significado de um *enunciado normativo*, é aquilo que o enunciado expressa, e uma mesma *norma* pode ser expressa por diversos enunciados normativos. Como consequência lógica fundamental dessa distinção “É recomendável, portanto, que os critérios para a identificação de normas sejam buscados no nível da norma, e não no nível do enunciado normativo.” (*Teoria dos direitos...*, p. 54).

³⁵ Cf. Robert Alexy, *Teoria dos direitos...*, p. 87.

jurídicas e fáticas existentes”.³⁶ Disso decorre que a realização dos princípios é de grau variável, a depender tanto das possibilidades fáticas quanto jurídicas, sendo que estas últimas serão determinadas pelos princípios e regras colidentes na situação concreta. Em virtude disto, os princípios são considerados *mandamentos de otimização*.

As regras, por seu turno, não são realizadas em graus variáveis como os princípios, pois são normas que obedecem ao esquema do “tudo-ou-nada”, quer dizer, elas são sempre satisfeitas ou não satisfeitas. Se a regra for válida, então deverá ser realizado exatamente aquilo que ela exige; logo, regras são determinações “no âmbito daquilo que é fática e juridicamente possível”.³⁷

Tendo em conta que os princípios são *mandamentos de otimização* e as regras são *determinações*, nota-se que a distinção entre as duas espécies de normas não é gradativa, mas sim qualitativa.

A distinção fica ainda mais evidente quando se analisa os processos de solução dos conflitos normativos aplicável às regras e aos princípios.

Tanto os conflitos entre regras quanto as colisões entre princípios representam a situação em que duas normas conduzem a resultados completamente distintos, caso ambas sejam isoladamente aplicadas ao mesmo caso. Ou seja, trata-se da ocorrência de “juízos concretos de dever-ser jurídicos contraditórios” para uma mesma hipótese. Contudo, o modo de dissolução das antinomias difere para cada uma dessas espécies de normas, conforme será visto adiante.

1.4.2. Os conflitos entre regras

Partindo-se da já registrada premissa de que um conflito entre regras é caracterizado por “juízos concretos de dever-ser jurídicos contraditórios”, um modo preliminar de solução de tal antinomia é a existência de alguma *cláusula de exceção*, cujo conteúdo excepcione a aplicabilidade de uma das regras em conflito. Assim, as regras

³⁶ Cf. Robert Alexy, *Teoria dos direitos...*, p. 90.

³⁷ Cf. Robert Alexy, *Teoria dos direitos...*, p. 91. Como consequência, o autor alemão conclui que “toda norma é ou uma regra ou um princípio”.

conflitantes podem existir no mesmo ordenamento jurídico, ainda que alguma delas tenha sua aplicabilidade condicionada a não ocorrência da *cláusula de exceção*.

Caso uma das regras conflitantes não ostente a característica de excepcionar a aplicação da regra que com ela guarde contradição, então o conflito deve ser solucionado no âmbito da validade normativa, e isto significa que uma das regras deverá ser excluída do ordenamento jurídico.

Da existência de uma regra válida no ordenamento jurídico decorre a validade da consequência jurídica por ela prescrita. Assim, não são admissíveis no mesmo ordenamento jurídico duas regras cujas consequências jurídicas sejam contraditórias entre si, quer dizer, ambas não podem ser válidas.³⁸

Inexistente uma *cláusula de exceção*, o conflito entre normas com a qualidade de regras deve ser solucionado através das regras hermenêuticas seguintes: *lex posterior derogat legi priori*, *lex superior derogat legi inferiori* e *lex specialis derogat legi generali*.

1.4.3. As colisões entre princípios e a lei de colisão

Já as colisões surgidas entre princípios, por seu turno, indicam método de solução essencialmente diverso.

Conforme estabelecido acima,³⁹ a realização dos princípios sempre dependerá das possibilidades fáticas e jurídicas existentes, ainda que, em geral, devam ser concretizados na maior medida possível. Em sentido contrário, regras não são realizadas em grau variável, elas são sempre satisfeitas ou não satisfeitas, obedecendo à lógica do “tudo-ou-nada”. Daí estas serem caracterizadas como *determinações* e aqueles como *mandamentos de otimização*.

³⁸ Cf. Robert Alexy (*Teoria dos direitos...*, p. 92) ao asseverar que: “Em um determinado caso, se se constata a aplicabilidade de duas regras com consequências jurídicas concretas contraditórias entre si, e essa contradição não pode ser eliminada por meio da introdução de uma cláusula de exceção, então, pelo menos uma das regras deve ser declarada inválida”.

³⁹ Capítulo 1.4.1.

Parece intuitivo que, da distinção acima, haja a possibilidade de uma convivência mais pacífica entre os princípios do que entre as regras, porquanto a ideia de variabilidade do grau de satisfação permite que um princípio seja realizado em menor medida quando em colisão com outro princípio, sem a necessidade de que um dos princípios seja excluído do ordenamento jurídico. Daí decorre que, em caso de atrito, regras se excluem mutuamente (caso inexistir alguma cláusula de exceção) enquanto princípios se harmonizam.

A colisão entre princípios surge quando, por exemplo, um princípio P¹ estabelece que algo é permitido e, diversamente, um princípio P² o proíbe. Da impossibilidade de coexistência das consequências jurídicas de P¹ ou de P² no âmbito do mesmo ordenamento jurídico não resulta que um ou outro seja inválido. Diferentemente do que ocorre com as regras, ainda que um princípio ceda diante de outro princípio, isto não o torna uma norma jurídica inválida.

Quando a aplicação isolada de dois princípios resultar em consequências jurídicas diversas para a mesma situação fática, a solução da colisão é o reconhecimento de que, naquelas condições específicas, um princípio P¹ terá precedência sobre P². Isto não significa que P¹ sempre terá precedência sobre P², muito ao contrário, em outras condições a solução poderá ser diametralmente oposta.

Daí falar-se que os casos de colisões entre princípios são solucionados na dimensão dos pesos, enquanto os conflitos entre regras são sanados na dimensão da validade.⁴⁰

Já foi dito que a realização dos princípios é de grau variável, a depender das possibilidades fáticas e jurídicas existentes no caso concreto.⁴¹ No que diz respeito às possibilidades jurídicas, esse grau de realização não é determinado a partir de “pesos abstratos” que cada princípio possa ter no ordenamento jurídico. Em um sistema onde não há hierarquia entre as normas de direitos fundamentais e não há direitos absolutos, a solução para um caso de colisão entre princípios dependerá de um sopesamento entre as normas em atrito nas condições específicas analisadas. Isso não significa que o resultado de tal sopesamento sempre valerá para os casos em que se repetir a colisão de dois

⁴⁰ Cf. Robert Alexy, *Teoria dos direitos...*, pp. 93-4.

⁴¹ Cf. Capítulo 1.4.1 retro.

princípios determinados, pois, conforme já observado, a realização de um princípio não depende apenas das possibilidades jurídicas existentes, mas também das possibilidades fáticas.

Vê-se que do sopesamento resulta uma relação de precedência de um princípio sobre outro, mas que tal precedência não é eterna, podendo ser diametralmente oposta sob outras condições. No entanto, não se pode dizer que o resultado de um sopesamento sob determinadas condições não tenha qualquer resultado útil para a solução de casos futuros, muito ao contrário, é possível que uma relação de precedência de um princípio sobre outro indique o “peso” maior de um princípio sob circunstâncias específicas.

Esse fenômeno é chamado de *relação de precedência condicionada*, a qual, nas palavras de ROBERT ALEXY, “(...) consiste na fixação de condições sob as quais um princípio tem precedência em face do outro. Sob outras condições, é possível que a questão da precedência seja resolvida de forma contrária”.⁴²

Nesse ponto, é inevitável imaginar se haveria situações em que o sopesamento resultaria em uma *relação de precedência incondicionada*. Isto só seria possível se, por exemplo, um princípio P¹ ostentasse peso maior sobre o princípio P² em abstrato, de modo que eventual colisão entre ambos sempre resultaria na precedência de P¹ sobre P², independentemente das circunstâncias fáticas.

Segundo ROBERT ALEXY,⁴³ as possíveis relações de precedência condicionada e incondicionada entre dois princípios podem ser expressas através dos enunciados seguintes, onde **P** indica a precedência: (1) P¹ **P** P²; (2) P² **P** P¹; (3) (P¹ **P** P²) C; (4) (P² **P** P¹) C.

Nos enunciados (1) e (2), as relações de precedência entre P¹ e P² são incondicionadas, isto é, um princípio tem precedência sobre o outro seja lá qual for a circunstância fática em que ocorrer a colisão. Pode-se também dizer que são relações de precedência absolutas. Já nos enunciados (3) e (4), a precedência de P¹ e P² está condicionada à C, que expressa as condições concretas nas quais um princípio terá

⁴² Cf. *Teoria dos direitos...*, p. 96.

⁴³ Cf. *Teoria dos direitos...*, p. 97.

precedência sobre o outro; havendo alteração nas circunstâncias de C , poderá haver alteração na relação de precedência entre os princípios, logo, (3) e (4) indicam relações de precedência relativas.

Quando foi dito que C expressa as condições concretas nas quais um princípio terá precedência sobre o outro, utilizou-se uma linguagem corrente, mas, no âmbito da teoria jurídica dos direitos fundamentais, C expressa também o *suporte fático* de uma regra.

Tomando como exemplo o enunciado $(P^1 \mathbf{P} P^2) C$, tem-se que C é a condição fática necessária para que P^1 tenha precedência sobre P^2 . Assim, caso uma determinada ação h , realizada no intuito de satisfazer o princípio P^1 , preencha as condições fáticas C , ter-se-á como consequência jurídica aquilo que prevê o princípio P^1 , o qual tem precedência nessas circunstâncias. Ou seja, presentes as condições C ,⁴⁴ a consequência jurídica será aquilo que estabelece P^1 . Assim, é possível estabelecer uma regra que sintetize essas relações de precedência e as consequências jurídicas daí derivadas, conforme propõe Robert Alexy:

“(K) Se o princípio P^1 tem precedência em face do princípio P^2 sob as condições C : $(P^1 \mathbf{P} P^2) C$, e se do princípio P^1 , sob as condições C , decorre a consequência jurídica R , então, vale uma regra que tem C com suporte fático e R como consequência jurídica: $C \rightarrow R$.

“Uma formulação menos técnica seria:

“(K’) As condições sob as quais um princípio tem precedência em face de outro constituem o suporte fático de uma regra que expressa a consequência jurídica do princípio que tem precedência”.⁴⁵

Denominada *lei de colisão*, essa estrutura das relações de precedência e das consequências jurídicas daí resultantes – possibilitando a formulação de regras que orientem a argumentação jurídica no âmbito das colisões de princípios – tem papel fundamental na teoria dos princípios, reafirmando as noções de que (i) inexistem princípios

⁴⁴ Não se pode deixar de mencionar que as condições de precedência C podem ser formadas (e normalmente são) por diversos atributos fáticos, os quais, no conjunto, compõem o suporte fático da regra que será formada a partir do sopesamento.

⁴⁵ Cf. Robert Alexy, *Teoria dos direitos...*, p. 99.

absolutos e (ii) não há possibilidade de quantificar as ações e situações albergadas por tais princípios.

Ao possibilitar o estabelecimento de regras a partir do resultado das relações de precedência, a *lei de colisão* não serve somente de norte para a argumentação jurídica, ela também acaba por criar *normas de direito fundamental atribuídas*. Isto porque, tal como visto acima,⁴⁶ ao lado das normas de direitos fundamentais, há também aquelas normas cuja fundamentalidade é apenas material, ou seja, não contam com expressa positivação no catálogo de direitos fundamentais, e que a fundamentalidade de tais normas surge quando é possível uma correta fundamentação referida a direitos fundamentais. Sendo assim, não há como negar que o resultado de um sopesamento entre princípios de direito fundamental acaba por gerar uma regra com fundamentação referida a direitos fundamentais, logo, uma norma de *direito fundamental atribuída*.⁴⁷

O que acabou de se afirmar tem uma interessante consequência prática: ainda que um determinado ordenamento jurídico só possuísse normas de direito fundamental com a estrutura de princípios, seria inevitável o surgimento de normas de direito fundamental (atribuídas) com a estrutura de regras, decorrente do processo de sopesamento entre os princípios.

1.4.4. A colisão entre princípios e regras

As considerações já feitas acerca do conceito de regras e de princípios, bem como o método de solução dos conflitos entre regras e das colisões entre princípios, permitem

⁴⁶ Cf. Capítulo 1.2.2 retro.

⁴⁷ Ao analisar o julgamento do famoso caso *Lebach*, no qual o Tribunal Constitucional Federal alemão considerou a precedência da proteção da personalidade em face da liberdade de informar, nas condições específicas de um condenado que estava prestes a ser solto, após o cumprimento de pena privativa de liberdade pela participação em um crime de roubo e assassinato de quatro soldados do exército, e que teria seu processo de ressocialização prejudicado pela exibição de um documentário sobre o delito, Robert Alexy (*Teoria dos direitos...*, p. 100) esclarece esse resultado do sopesamento: “Se é possível uma correta fundamentação referida a direitos fundamentais para a norma que se acaba de apresentar – algo que aqui se pressupõe –, então, ela é uma norma de direito fundamental. Ao mesmo tempo ela é uma regra, à qual se podem subsumir os elementos do caso concreto, como se fosse uma norma positiva. Foi o que aconteceu no caso *Lebach*. Diante disso, pode-se afirmar: como resultado de todo sopesamento que seja correto do ponto de vista dos direitos fundamentais pode ser formulada uma norma de direito fundamental atribuída, que tem estrutura de uma regra e à qual o caso pode ser subsumido”.

concluir que os princípios possuem um caráter *prima facie*, não um mandamento definitivo, enquanto as regras ostentam um juízo concreto de dever-ser *definitivo*.⁴⁸

Se a solução de conflitos e colisões entre normas de estrutura idêntica (regras vs. regras e princípios vs. princípios) não se mostrou de elevada complexidade, o mesmo não pode ser dito quanto aos conflitos normativos entre normas cuja estrutura é diferente (regras vs. princípios).⁴⁹

À primeira vista, tais antinomias não podem ser solucionadas através do critério da validade, aplicável às regras, pois os princípios não deixam de ser válidos apenas porque sua incidência resta afastada em um caso específico. Conforme já foi salientado, é próprio da estrutura dos princípios que sua aplicação dependa das possibilidades fáticas e jurídicas existentes, sendo que uma eventual precedência de outro princípio em uma situação de colisão não implica sua invalidade, muito ao contrário, significa apenas que foi atribuído mais “peso” ao princípio colidente sob determinadas circunstâncias. Por outro lado, também não seria o caso de aplicar o método do sopesamento para solucionar tal antinomia, porquanto é próprio da estrutura das regras que sua aplicação esteja

⁴⁸ Tal concepção não é absoluta, pois, conforme esclarece Robert Alexy, as regras também possuem um caráter *prima facie*, ainda que diferente daquele empregado para os princípios. Isto não invalida tudo que já foi dito acerca do conceito de regras e as possibilidades de restringi-las (Capítulos 1.4.1 e 1.4.2). Segundo o autor germânico, a flexibilização do caráter definitivo de uma regra pode ocorrer mediante a existência de alguma cláusula de exceção, decorrente de algum princípio, e aplicável na decisão de um caso. Ocorre que, para a relativização da regra não é necessário apenas que o princípio colidente tenha precedência sobre o princípio que sustenta a regra, mas que também sejam superados os *princípios formais* que determinam obediência às regras legitimamente estabelecidas pelas autoridades. Eis as palavras do autor sobre o modelo diferenciado do caráter *prima facie* das regras: “(...) o caráter *prima facie* que elas adquirem em razão da perda desse caráter definitivo estrito é muito diferente daquele dos princípios. Um princípio cede lugar quando, em um determinado caso, é conferido um peso maior a outro princípio antagônico. Já uma regra não é superada pura e simplesmente quando se atribui, no caso concreto, um peso maior ao princípio contrário ao princípio que sustenta a regra. É necessário que sejam superados também aqueles princípios que estabelecem que as regras que tenham sido criadas pelas autoridades legitimadas para tanto devem ser seguidas e que não se deve relativizar sem motivos uma prática estabelecida. Tais princípios devem ser denominados ‘princípios formais’” (*Teoria dos direitos...*, p. 105).

⁴⁹ A respeito da relevância do tema para o processo penal, Maurício Zanoide de Moraes tece importantes comentários: “Necessário ressaltar que, na área criminal, tanto em seu âmbito penal quanto processual penal, por força das normas constitucionais que determinam a necessidade de previsão legal anterior à autorização/execução de qualquer restrição a direito fundamental, as hipóteses de colisão entre princípio e regra é o que de ordinário ocorre. Espécie de colisão que se dá das duas formas antes especificadas: a primeira, na verificação pelo Judiciário da constitucionalidade de uma regra infraconstitucional, elaborada em decorrência de reserva legal (simples ou qualificada) ou para necessidade de conformação ou de regulamentação, pelo método do sopesamento (ponderação); a segunda, por força da verificação da proporcionalidade *lato sensu* de uma regra infraconstitucional que, embora em tese seja constitucional, não pode ser aplicada de modo abusivo, no caso concreto” (*Presunção de inocência no processo penal brasileiro: análise de sua estrutura normativa para a elaboração legislativa e para a decisão judicial*, Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2010, p. 309).

condicionada apenas ao âmbito de validade, ou seja, sendo válidas devem ser satisfeitas, sendo inválidas devem ser excluídas do ordenamento.

Em verdade, a solução para tal problema exige a utilização do método do sopesamento, mas não exatamente entre a regra e o princípio em colisão. Nesse caso, o sopesamento se dá entre o princípio em colisão e o princípio que fundamenta a regra.⁵⁰ Ou seja, em lugar de sopesar um princípio *P* com uma regra *R*, deve-se buscar o princípio *PR* que sustenta tal regra, realizando o sopesamento entre *P* e *PR*.

Ocorre que essa solução pode gerar um grave problema. Trata-se da admissão irrestrita do sopesamento pelo operador do direito, conferindo-lhe ampla liberdade para relativizar as regras através do argumento de incidir um princípio mais relevante no caso, gerando grande insegurança jurídica. Por óbvio, isto também viola a competência do legislador para definir as opções de política legislativa do Estado.

Diante de tal problema, VIRGÍLIO AFONSO DA SILVA observa que “(...) não se pode falar em uma colisão propriamente dita. O que há é simplesmente o produto de um sopesamento, *feito pelo legislador*, entre dois princípios que garantem direitos fundamentais, e cujo resultado é uma regra de direito ordinário. A relação entre a regra e um dos princípios não é, portanto, uma relação de colisão, mas uma relação de restrição. A regra é a expressão dessa restrição. Essa regra deve, portanto, ser simplesmente aplicada por subsunção”.⁵¹ De fato, a regra que explicita um juízo concreto de dever-ser contrário a um princípio de direito fundamental, por si só, é uma restrição já deliberada pelo legislador através do sopesamento.⁵²

⁵⁰ Cf. Robert Alexy, *Teoria dos direitos...*, p. 86, nota 24; Virgílio Afonso da Silva, *Direitos fundamentais: conteúdo essencial, restrições e eficácia*, São Paulo: Malheiros, 2011, p. 52; Maurício Zanoide de Moraes, *Presunção de inocência...*, p. 305.

⁵¹ Cf. Virgílio Afonso da Silva, *Direitos fundamentais...*, p. 52.

⁵² É justamente essa construção teórica que explica a existência de leis ordinárias que impõem restrições a direitos fundamentais, pois um direito fundamental só pode ser objeto de restrição para fins de satisfação de outro direito de estatura fundamental. Assim, uma regra legal que impõe restrição a um direito fundamental sempre deverá estar amparada em um princípio de direito fundamental. Nesse mesmo sentido é o entendimento de Martin Borowski: “Em todo caso de restrição de um direito fundamental por via de uma regra legal, esta tem que estar sustentada por princípios constitucionais. Isto explica igualmente como é possível a restrição de direitos fundamentais através das leis. Se a restrição de um direito fundamental proviesse unicamente da lei, dita restrição não poderia ser nunca legítima. As liberdades fundamentais estão garantidas por normas constitucionais. Uma restrição que se realizasse através de normas legais de inferior hierarquia na pirâmide do ordenamento jurídico, vulneraria o princípio da supremacia da Constituição. Mas se a restrição se funda materialmente nos princípios constitucionais que as sustentam, apresenta-se formalmente uma colisão entre normas de igual hierarquia que pode ser resolvida através de uma

Não se pode negar que há a possibilidade de afastamento da regra nos casos em que ela se apresente inconstitucional, situação em que deverá ser declarada sua inconstitucionalidade e, por conseguinte, aplicado o princípio de direito fundamental que com ela colidia. No entanto, não havendo tal mácula, ela deve ser aplicada por subsunção.

O que deve restar muito claro é que as hipóteses de precedência de um princípio em face de uma regra – a qual é expressão de um sopesamento, já feito pelo legislador, entre o princípio que sustenta tal regra e os demais princípios do ordenamento –, exigem um ônus argumentativo muito maior do que nas colisões *puras* entre princípios, seja por questões de segurança jurídica, seja por respeito à competência do legislador para definir as políticas legislativas do Estado. Portanto, em hipótese de “colisão” entre regras e princípios, não basta a simples precedência do princípio *P* sobre o princípio *PR*, que sustenta a regra *R* em colisão, é também necessário que *P* supere os *princípios formais*⁵³ que determinam a obediência à *R*.

1.5. Suporte fático

1.5.1. Os conceitos de suporte fático e sua relevância para a teoria jurídica dos direitos fundamentais

O tema do *suporte fático* não conta com estudos densos no direito constitucional brasileiro, sendo mais comum seu emprego no âmbito das ciências penal, tributária e civil, onde são empregados os termos e expressões *tipo*, *fato gerador* e *hipótese de incidência*, para designá-lo.⁵⁴ A pouca atenção dispensada pela ciência constitucional para o tema não reflete sua importância para a teoria dos direitos fundamentais.

Para o presente estudo, assume grande relevância o delineamento daquilo que se entende por *suporte fático*, pois, a partir da definição de seu conceito e estrutura, é possível determinar se um ato, fato ou estado, goza ou não da proteção conferida por uma norma de

ponderação” (tradução livre) (*La estructura de los derechos fundamentales*, trad. de Carlos Bernal Pulido, Bogotá: Universidade Externado de Colombia, 2003, pp. 81-2).

⁵³ Cf. Robert Alexy, *Teoria dos direitos...*, p. 105.

⁵⁴ Cf. Virgílio Afonso da Silva, *Direitos fundamentais...*, pp. 65-6.

direito fundamental, bem como se uma determinada ação estatal representa ou não uma intervenção em seu âmbito de proteção.

Para além da mera verificação da inclusão ou exclusão de determinada conduta no *suporte fático* de um direito fundamental, a precisa definição desse instituto tem vários e profundos desdobramentos para a teoria dos direitos fundamentais, pois “a forma de aplicação dos direitos fundamentais – subsunção, sopesamento, concretização ou outras – depende da extensão do suporte fático; as exigências de fundamentação nos casos de restrição a direitos fundamentais dependem da configuração do suporte fático; a própria possibilidade de restrição a direitos fundamentais pode depender do que se entende por suporte fático; a existência de colisões entre direitos fundamentais, às vezes tida como pacífica em muitos trabalhos e decisões judiciais, depende também de uma precisa determinação do conceito de suporte fático”.⁵⁵ Basta observar que o preenchimento do *suporte fático* de uma norma de direito fundamental é condição necessária para que ocorra a consequência jurídica prevista por tal norma.

Desde logo, vê-se que o tema não se trata de mera questão teórica, muito ao contrário, tem extremo relevo para o trabalho de interpretação, aplicação e efetivação dos direitos fundamentais, podendo-se dizer que a própria segurança jurídica é colocada em risco ao prescindir-se da exata compreensão e distinção dos elementos formadores do *suporte fático*, ou seja, daquilo que se entende por *âmbito de proteção* e por *intervenção* em tal âmbito, assim como os desdobramentos dessas categorias teóricas (p. ex.: o conteúdo dos direitos fundamentais; o alcance das intervenções estatais e os limites que lhes são impostos).

Inicialmente, deve-se distinguir os conceitos de *suporte fático abstrato* e *suporte fático concreto*. O primeiro consiste naqueles “(...) fatos ou atos do mundo descritos por determinada norma e para cuja realização ou ocorrência se prevê determinada consequência jurídica: preenchido o suporte fático, ativa-se a consequência jurídica”.⁵⁶ O segundo diz respeito aos fatos ou atos em concreto que a norma jurídica previu em abstrato, ou seja, são os fatos da vida previstos na hipótese abstrata da norma.

⁵⁵ Cf. Virgílio Afonso da Silva, *Direitos fundamentais...*, p. 68.

⁵⁶ *Ibidem*, pp. 67-8.

À primeira vista, tais conceitos parecem não demandar muito esforço do intérprete para identificar se um ato, fato ou estado (*suporte fático concreto*), está inserido na fórmula abstrata prevista pela norma jurídica (*suporte fático abstrato*). Contudo, o trabalho do hermeneuta não se mostra tão simples assim, visto que as normas de direitos fundamentais são expressas por enunciados normativos extremamente abertos e imprecisos, com aplicação a vastos âmbitos da realidade (fatos da vida), não sendo suficiente para a solução dos casos complexos a mera consulta ao texto normativo.⁵⁷

Se, devido a tal abertura e imprecisão, a simples definição daquilo que é protegido pela norma de direito fundamental já se revela uma árdua tarefa, a dificuldade sobe de tom em razão do *suporte fático* não ser formado apenas pela identificação do bem jurídico protegido pela norma, mas também pela *intervenção estatal* que pode afetá-lo. Em outros termos, o *suporte fático* é o resultado da combinação do bem jurídico protegido pela norma (âmbito de proteção) com aquilo que pode restringi-lo (a intervenção, no mais das vezes estatal).⁵⁸

Uma construção analítica do *suporte fático* que integre esses dois elementos pode ser facilitada pelas respostas dadas aos quatro questionamentos seguintes: “(1) o que é protegido? (2) contra o quê? (3) qual é a consequência jurídica que poderá ocorrer? (4) o que é necessário ocorrer para que a consequência possa também ocorrer?”.⁵⁹

Se, intuitivamente, pode soar suficiente a resposta à primeira pergunta para definir se um ato, fato ou estado, preenche a hipótese abstrata da norma de direito fundamental e, logo, possibilita ativar sua consequência jurídica, um simples exemplo extraído do direito positivo demonstra o contrário.

O art. 5º, inciso X, da Constituição brasileira, prevê que “são invioláveis a intimidade, a vida privada, a honra e a imagem das pessoas”. Em resposta à primeira

⁵⁷ Nesse sentido é a observação feita por Maurício Zanoide de Moraes (*Presunção de inocência...*, p. 275): “(...) por sua redação, as normas de direitos fundamentais são abertas e imprecisas, aplicáveis a extensas porções das realidades fáticas e jurídicas e, ainda, que são muitas as normas que as conformam, as restringem e as violam (notadamente para a presunção de inocência), percebe-se que a mera constatação do texto normativo quanto ao ‘algo’ que é protegido e a consequência jurídica dele decorrente não ajuda muito nos casos mais complexos”.

⁵⁸ Cf. Virgílio Afonso da Silva, *Direitos fundamentais...*, p. 71.

⁵⁹ *Ibidem*, p. 71.

pergunta formulada acima (o que é protegido?), pode-se dizer que a *intimidade*, por exemplo, é protegida pela norma de direito fundamental, constituindo seu *âmbito de proteção*. No entanto, isto não é suficiente. É necessário que também seja identificado aquilo contra o qual o *âmbito de proteção* é protegido, a saber, a *intervenção*. A justificativa para a existência desse segundo elemento do suporte fático é que “a consequência jurídica – em geral, a exigência de cessação de uma intervenção – somente pode ocorrer se houver uma *intervenção* nesse *âmbito*”.⁶⁰

Portanto, vê-se que a definição de um conceito analítico de *suporte fático* demanda o prévio esclarecimento dos elementos que o compõem, o que faremos a seguir.

1.5.2. Os elementos componentes do suporte fático

1.5.2.1. Âmbito de proteção

Em termos sintéticos, pode-se dizer que o âmbito de proteção de determinado direito fundamental se refere ao espectro da realidade social (o “âmbito da vida” ou o “domínio da realidade”) que a ele pode ser relacionado. Trata-se da configuração do direito fundamental em termos materiais.

Nesse sentido, a vida humana é o referencial do direito à vida, o domicílio (habitação, casa) é o aspecto material do direito à inviolabilidade do domicílio, a comunicação é o referencial do direito à inviolabilidade da correspondência (escrita, oral, telefônica), e assim por diante.

Vê-se que, em alguns casos, a identificação desse aspecto material do direito fundamental não apresenta grandes problemas, mas tal tranquilidade tende a sumir no momento de definição da extensão em que tais “âmbitos da vida” são protegidos pela ordem constitucional. Se não há dúvida sobre a vida humana ser o bem protegido pelo direito à vida, isto não implica, necessariamente, que tal aspecto seja suficiente para definir a completa circunscrição do direito fundamental; quer dizer, não é possível estabelecer

⁶⁰ Cf. Virgílio Afonso da Silva, *Direitos fundamentais...*, p. 71.

uma relação espacial idêntica entre o *âmbito de proteção* e o *conteúdo juridicamente protegido* pelo direito fundamental.

O *conteúdo juridicamente protegido* nasce a partir de um “recorte” feito no *âmbito de proteção*, limitando-o. Assim, utiliza-se a distinção entre “momento descritivo” e “momento normativo” do *âmbito de proteção*, caracterizando-se o primeiro como o comportamento, situação ou coisa da realidade social que, *prima facie*, pode integrar o *âmbito de proteção*, enquanto que o segundo é o resultado do “recorte” feito naquele comportamento, situação ou coisa, de modo a definir o *conteúdo juridicamente protegido pelo direito fundamental*.⁶¹

Aduz-se que cada direito fundamental necessita de um trabalho específico de *mediação jurídica*,⁶² o qual indicará a parcela da realidade social que está, de fato, *jurídico-constitucionalmente protegida*, tendo em vista ser impossível a definição geral e abstrata de cada direito.

Conforme será visto adiante, a questão envolvendo a definição do conteúdo do *âmbito de proteção* comporta duas respostas. A primeira indica que estão incluídos no *âmbito de proteção* de um direito fundamental todos os atos, fatos, estados e posições jurídicas, que possuam alguma característica relacionada ao seu âmbito temático (ou âmbito da vida). A segunda, diversamente, exclui *a priori* e mediante triagem as condutas que, sabidamente, não estão incluídas no *âmbito de proteção*.⁶³ Essa divergência acerca da amplitude do âmbito de proteção⁶⁴ (amplo ou restrito) está relacionada a duas concepções sobre o conceito de suporte fático, se este deve ser amplo ou restrito.

⁶¹ J.J. Gomes Canotilho (*Direito constitucional...*, p. 449) ilustra a distinção a partir do art. 45 da Constituição da República Portuguesa, o qual garante a liberdade de reunião (âmbito de proteção material: a reunião de pessoas no seio da vida coletiva), porém, logo em seguida, restringe seu exercício às reuniões “pacíficas e sem armas” (conteúdo juridicamente protegido: apenas as reuniões pacíficas e sem armas). A mesma ilustração vale para a Constituição brasileira, a qual também restringe o âmbito de proteção do direito de reunião aos encontros para fins pacíficos e sem armas (art. 5º, XVI).

⁶² Cf. J.J. Gomes Canotilho, *Direito constitucional...*, p. 449.

⁶³ Cf. Virgílio Afonso da Silva, *Direitos fundamentais...*, pp. 72-3.

⁶⁴ Nota-se que a concepção ampla do *âmbito de proteção* é a mais adequada ao modelo proposto pela teoria dos princípios – adotada como referencial teórico neste trabalho –, pois a definição dos atos, fatos, estados e posições jurídicas, que, em definitivo, estão protegidos pela norma de direito fundamental nunca será possível *a priori*, sempre dependerá de um trabalho de harmonização dos diversos direitos fundamentais incidentes em um caso concreto. Em todo caso, conforme será visto no Capítulo 1.5.3, a teoria dos princípios tem como pressuposto teórico a adoção de um *suporte fático amplo*, onde não assume tanta relevância definir aquilo que está ou não inserido no *âmbito de proteção* da norma, pois parte da ideia de que “toda ação, estado ou posição jurídica que tenha alguma característica que, isoladamente considerada, faça parte do ‘âmbito

Em uma primeira aproximação com a celeuma envolvendo os *conhecimentos fortuitos* de prova, pode-se verificar que o *âmbito de proteção* de diversos direitos fundamentais está sujeito a “recortes” feitos pelo próprio legislador constituinte (ou por este previamente autorizado), o qual estabelece de antemão um conteúdo juridicamente protegido mais restrito do que aquelas parcelas da realidade social que, *prima facie*, poderiam ser consideradas objeto de proteção.

Tomando um exemplo do direito positivo, colhe-se do art. 5º, XII, da Constituição brasileira, o direito fundamental à inviolabilidade do sigilo das comunicações telefônicas, o que, *prima facie*, nos conduz à ideia de que toda comunicação estabelecida por meio telefônico está protegida pela cláusula da inviolabilidade do sigilo. Como visto acima, trata-se do “momento descritivo” do *âmbito de proteção*. No entanto, no mesmo dispositivo, afasta-se a cláusula geral da inviolabilidade nas hipóteses em que a lei prever sua restrição para fins de investigação criminal ou instrução processual penal, desde que haja prévia autorização judicial.

Vê-se que há um “momento normativo” no qual o *âmbito de proteção* é restringido, de maneira que o resultado do recorte é o *conteúdo juridicamente protegido*. Como consequência, pode-se afirmar que a intervenção no sigilo das comunicações telefônicas (i) sem prévia ordem judicial, (ii) fora das hipóteses expressamente previstas em lei e (iii) para fins diversos da investigação criminal ou da instrução processual penal, implica *violação* ao *âmbito de proteção* do direito fundamental. Por outro lado, a intervenção no sigilo das comunicações telefônicas feita com (i) prévia ordem judicial, (ii) nas hipóteses e na forma previstas em lei e (iii) para fins de investigação criminal ou instrução processual penal, em tese,⁶⁵ é uma *restrição* legítima no *âmbito de proteção* do direito fundamental.

temático’ de um determinado direito fundamental deve ser considerada como abrangida por seu âmbito de proteção” (Virgílio Afonso da Silva, *Direitos fundamentais...*, p. 109). Nesse caso, a preocupação do operador do direito deixa de residir na definição do conteúdo do *âmbito de proteção* e passa a se centrar na argumentação utilizada para as *intervenções* ocorridas no suporte fático, quer dizer, se elas possuem ou não fundamentação constitucional.

⁶⁵ Diz-se “em tese”, pois, conforme será visto adiante, mesmo as restrições legítimas aos direitos fundamentais estão sujeitas a um controle através da regra da proporcionalidade. Daí que, conforme será visto (Capítulo 3.5.2.2), não se pode aceitar pacificamente a tese de que são admissíveis todos os *conhecimentos fortuitos* surgidos no curso de meios de obtenção de prova lícitos e sem um catálogo de crimes (v. g.: ocorridos em uma busca domiciliar, a qual pode ser decretada para qualquer crime), pois a classificação de uma intervenção no *âmbito de proteção* de um direito fundamental como legítima (restrição) ou ilegítima (violação) também está dependente do “filtro” da *regra da proporcionalidade*.

Assim, de plano deve ser descartada a intervenção feita no *âmbito de proteção* do referido direito fundamental para fins de investigação ou instrução de natureza não penal (p. ex.: inquéritos civis públicos e processos judiciais de natureza não penal), assim como, por óbvio, as intervenções não precedidas do indispensável controle judicial.

A dúvida sobre a constitucionalidade da medida – e, por conseguinte, do material que ela originar para fins de prova penal – surge nos casos em que a intervenção ocorre nas hipóteses e na forma previstas em lei, com prévia ordem judicial e para fins de investigação criminal, mas cujo resultado é a descoberta de infrações penais (i) que não eram cogitadas no momento em que fora autorizada a medida e não estão previstas nas hipóteses legais de admissão da interceptação (por exemplo, no caso da legislação brasileira, os crimes apenados com detenção ou mesmo as contravenções penais),⁶⁶ ou (ii) cometidas por terceiros que não estavam sendo formalmente investigados, ou (iii) que se refiram aos formalmente investigados, mas sem qualquer vinculação com o objeto da investigação que motivou a medida restritiva de direito fundamental.

O problema sobe de tom nos casos em que a restrição ao direito fundamental (para fins de produção da prova penal) não conta com expressa previsão constitucional (simples ou qualificada), deixando a tarefa de “conformação” do direito fundamental para o legislador ordinário. Em tais circunstâncias, a atenção do operador do direito deve ser redobrada, porquanto a atividade legislativa resultará na definição “prática” do *âmbito de proteção* do direito fundamental; em que pese a possibilidade de controle dessa conformação através dos ‘limites dos limites’, quer dizer, dos limites impostos à própria atividade de limitação dos direitos fundamentais, que ocorre através da regra da proporcionalidade.

Portanto, no âmbito da teoria dos princípios, a qual toma como ponto de partida um suporte fático amplo, onde a definição do *âmbito de proteção* de um direito fundamental sempre estará condicionada à existência ou não de restrições a esse direito por outras

⁶⁶ Isto porque a Lei 9.296/96, que regulamenta o inciso XII, parte final, do art. 5º, da Constituição da República, em seu art. 2º, III, veda a violação do sigilo das comunicações telefônicas quando o fato investigado constituir infração penal punida, no máximo, com pena de detenção.

normas de direito fundamental, também é de suma importância analisar o outro elemento componente do suporte fático, a *intervenção* (estatal).

1.5.2.2. Intervenção estatal (e ausência de fundamentação constitucional)

Ao lado do *âmbito de proteção*, outro elemento que compõe o *suporte fático* de uma norma de direito fundamental é a *intervenção estatal*, mais especificamente a intervenção do Estado na esfera de liberdade protegida de um indivíduo.⁶⁷

Há quem defenda a existência de um terceiro elemento na composição do suporte fático, a *justificação constitucional*,⁶⁸ que deve ser contraposto aos outros dois elementos para se alcançar o *suporte fático* da norma de direito fundamental. Na formulação proposta por MARTIN BOROWSKI, se (*APx* e *IEx*) e não-*FCx*, então *CJx*, quer dizer, se a ação, estado ou posição jurídica *x* está inserida no âmbito de proteção de um direito fundamental (*APx*) e se uma determinada ação estatal consiste em intervenção em *x* (*IEx*), contrapondo-se a não existência de justificação constitucional para tal restrição (não-*FCx*), surge a consequência jurídica estabelecida pela norma de direito fundamental protetora de *x* (*CJx*), normalmente a exigência de que cesse a intervenção estatal.⁶⁹

No entanto, adotaremos o modelo alternativo proposto por VIRGÍLIO AFONSO DA SILVA,⁷⁰ o qual tem uma tênue diferença em relação ao modelo de *suporte fático* que acaba de ser exposto, e que lhe confere maior refinamento lógico-formal.

Na formulação proposta por VIRGÍLIO AFONSO DA SILVA, a *fundamentação constitucional* para a intervenção estatal não é tomada como um terceiro elemento autônomo que deve ser contraposto à soma do *âmbito de proteção* com a *intervenção estatal*, mas sim um elemento integrante desta última, ainda que sob um ângulo negativo (a ausência de *fundamentação constitucional*).

O fundamento desse modelo alternativo reside na seguinte percepção: se o preenchimento do *suporte fático* tem como resultado a realização da consequência jurídica

⁶⁷ Cf. Virgílio Afonso da Silva, *Direitos fundamentais...*, p. 73.

⁶⁸ Cf. Martin Borowski, *La estructura de los...*, pp. 123-4.

⁶⁹ *Ibidem*, pp. 124-5.

⁷⁰ Cf. Virgílio Afonso da Silva, *Direitos fundamentais...*, pp. 75-6.

estabelecida pela norma de direito fundamental, e se também depende da inexistência de *fundamentação constitucional* para a intervenção, então parece claro que a ausência de *fundamentação constitucional* deve integrá-lo.⁷¹

E mais. Considerando que a presença ou ausência de *fundamentação constitucional* está relacionada apenas com a *intervenção estatal*, então não faz sentido contrapor-la à soma do *âmbito de proteção* mais a *intervenção estatal*. Isto implica em uma adequação da formulação exposta acima, de modo que “ao invés de se falar, como faz BOROWSKI, em *se (APx e IEx) e não -FCx então CJx*, faz mais sentido que se fale *se APx e não-FC(IEx), então CJx*. Ou seja: se *x* é algo garantido pelo âmbito de proteção de algum direito fundamental (APx) e se não há fundamentação constitucional para um ação estatal que intervém em *x* (não-FC(IEx)), então, deverá ocorrer a consequência jurídica prevista pela norma de direito fundamental para o caso de *x* (CJx)”.⁷²

1.5.3. A amplitude do suporte fático

Todas as considerações já feitas acerca do conceito de *suporte fático* e dos elementos que compõem sua estrutura estão intimamente ligadas à concepção que se faz sobre sua amplitude, se esta deve ser *restrita* ou *ampla*. Igualmente, tal decisão é de fundamental importância para outros institutos da teoria jurídica dos direitos fundamentais, tais como o controle das restrições aos direitos fundamentais e a fundamentação do conteúdo essencial.

Diante de tudo que já foi exposto acerca do conceito e estrutura tanto das normas de direitos fundamentais quanto de seu *suporte fático*, torna-se inviável a adoção de uma concepção *restrita* deste último, por manifesta incompatibilidade lógica com a teoria dos princípios. E isto decorre não apenas da demonstração das características e consequências da adoção de um *suporte fático amplo*, mas também da exposição dos problemas intrínsecos a uma concepção *restrita* de suporte fático, conforme será visto adiante.

Para os adeptos de um modelo *restrito*, o *suporte fático* de um direito fundamental não comporta a consideração de todas as ações, estados ou posições jurídicas, que possuam

⁷¹ Cf. Virgílio Afonso da Silva, *Direitos fundamentais...*, p. 75.

⁷² *Ibidem*, p. 75.

alguma característica relacionada ao seu âmbito temático, mas apenas aquelas que, sabidamente, estão inseridas em seu *âmbito de proteção*. Ou seja, realiza-se uma exclusão *a priori* da proteção que a norma de direito fundamental poderia conferir a uma conduta, a qual está inserida no âmbito temático daquela.

Dentre os defensores desse modelo, destaca-se JOSÉ CARLOS VIEIRA DE ANDRADE, o qual exemplifica diversas situações que justificariam uma concepção restrita de suporte fático: “terá sentido invocar a liberdade religiosa para efectuar sacrifícios humanos ou, associada ao direito de contrair casamento, para justificar a poligamia ou a poliandria? Ou invocar a liberdade artística para legitimar a morte de um actor no palco, para pintar no meio da rua, ou para furtar o material necessário à execução de uma obra de arte? (...) Ou invocar a liberdade de circulação para atravessar a via pública sem vestuário (...)?”.⁷³ Segundo tal corrente, não há conflito entre direitos fundamentais nessas diversas situações, eis que a própria norma de direito fundamental não confere proteção a tais condutas, excluindo a possibilidade de que preencham o *suporte fático*.

Os instrumentos utilizados para a definição do conteúdo do suporte fático restrito são vários,⁷⁴ porém, há duas características comuns a tais teorias: (i) a identificação da *essência* do direito fundamental e (ii) a negação de que existam colisões entre direitos fundamentais.

No que se refere à primeira estratégia, em lugar de aceitar um conceito elástico de suporte fático, o qual comporte tudo aquilo que está no âmbito temático da norma de direito fundamental (teoria dos princípios), utiliza-se, por exemplo, a noção de *especificidade* para delimitar o conteúdo de um direito fundamental e seus limites; considerada em seu aspecto negativo, a “*não-especificidade* está ligada ao conceito de

⁷³ José Carlos Vieira de Andrade, *Os direitos fundamentais...*, p. 294. Virgílio Afonso da Silva (*Direitos fundamentais...*, pp. 89-9) noticia que Friedrich Müller é um dos maiores expoentes da corrente defensora de um suporte fático restrito. Em termos sintéticos, o autor alemão substitui a noção de *restrição* aos direitos fundamentais, própria de um conceito amplo de suporte fático e da teoria dos princípios, pela ideia de *delimitação*. Assim, a principal tarefa da dogmática dos direitos fundamentais seria a de determinar os *limites* de cada direito fundamental, distinguindo aquilo que é protegido daquilo que está fora da esfera de proteção do direito fundamental; por conseguinte, nega-se a possibilidade de *colisão* entre direitos, substituindo-a pela noção de *colisão aparente*.

⁷⁴ As principais estratégias utilizadas para definir o conteúdo de um suporte fático restrito são bem apresentadas por Virgílio Afonso da Silva (*Direitos fundamentais...*, pp. 83-94), cabendo aqui apenas apontá-las para fins de registro: a interpretação histórico-sistemática; a definição do âmbito da norma de direito fundamental a partir da especificidade (Friedrich Müller); a distinção entre regulamentação e restrição (John Rawls).

*intercambialidade. Não-específica – ou não-típica – é a ação que pode ser, sem perdas para o exercício típico de um direito fundamental, substituída por outra, que, nesse caso, seria típica (ou específica). Apesar da circularidade da definição, é possível extrair dela algumas conclusões. Toda e qualquer ação que não seja estruturalmente necessária para o exercício do direito fundamental e que, nesse sentido, possa ser substituída por outra é uma ação não-específica, e, portanto, não protegida pelo direito fundamental. Assim, proibir uma tal ação não é restringir o exercício do direito”.*⁷⁵

No que se refere à segunda estratégia, intimamente ligada à primeira, a possibilidade de que existam restrições aos direitos fundamentais é refutada, pois isto implicaria aceitar algo externo ao direito fundamental para defini-lo, algo que não faz parte de seu conteúdo. Para aqueles que adotam uma concepção restrita de suporte fático, basta a interpretação do *programa da norma* e a definição do *âmbito da norma* para apreender o *conteúdo* e os *limites* do direito fundamental.⁷⁶

Contudo, ainda que haja um esforço argumentativo para decidir sobre a inclusão ou exclusão de uma conduta no suporte fático de um direito fundamental a partir da “interpretação do programa da norma” e da “definição do âmbito da norma”, é impossível que isto seja feito de antemão e de modo abstrato, com a completa desconsideração das possibilidades fáticas do caso concreto. No mais das vezes, essa definição do conteúdo do suporte fático é feita com base em mera intuição.⁷⁷

Outra variante dessa estratégia é a distinção entre a restrição ao direito fundamental da mera regulamentação de seu exercício. Assim, a primeira seria caracterizada pela intervenção no *conteúdo* das liberdades fundamentais, enquanto a segunda seria caracterizada pela intervenção apenas na *forma de exercício* das liberdades fundamentais. Como consequência, a restrição não seria autorizada e a regulamentação seria aceita.

Em linha de princípio, tal distinção parece ser útil para uma teoria jurídica dos direitos fundamentais e adequada para definir o conteúdo de um suporte fático restrito. Contudo, o problema reside na tênue linha que separa uma restrição de uma

⁷⁵ Virgílio Afonso da Silva, *Direitos fundamentais...*, p. 88.

⁷⁶ *Ibidem*, p. 87.

⁷⁷ *Ibidem*, pp. 97 e 99.

regulamentação, pois, em diversas situações, aquilo que é tomado como mera regulamentação de um direito fundamental pode esconder uma intervenção no conteúdo desse direito, conforme alerta VIRGÍLIO AFONSO DA SILVA ao dizer que “nem tudo aquilo que se refira à forma de exercício de uma liberdade é mera regulamentação. Como se viu, é perfeitamente possível que com base em medidas aparentemente inofensivas e meramente regulamentadoras o exercício de um direito fundamental possa ser restringido de forma contundente. O que aparenta ser mera regulamentação é, na verdade, restrição”.⁷⁸

Já uma concepção ampla de suporte fático não tem a preocupação de definir *a priori* quais as condutas que são protegidas pelas normas de direitos fundamentais, pois tal definição é apenas um primeiro estágio no processo de identificação do *conteúdo juridicamente protegido*. Aquilo que, *a priori*, figura no âmbito de proteção de um direito fundamental ainda dependerá do sopesamento entre princípios em situações concretas para que seja definida sua proteção definitiva.

A noção de suporte fático amplo é a base de um modelo teórico que distingue aquilo que é protegido *prima facie* daquilo que é protegido definitivamente. Portanto, como bem observa VIRGÍLIO AFONSO DA SILVA, a pergunta “o que faz parte do âmbito de proteção de um determinado direito fundamental?” não é tão relevante, podendo ser substituída pela pergunta “o que é protegido *prima facie* por esse direito?”.⁷⁹ Como resposta, tem-se que “tudo aquilo que apresentar uma característica que – considerada isoladamente – seja suficiente para a subsunção ao suporte fático é considerado como típico, não importa que outras características estiverem presentes”.⁸⁰

Em linha de princípio, essa concepção abrangente pode sugerir a ideia de que existem direitos absolutos, mas não é isto que ocorre de fato. A definição do âmbito de proteção é apenas um primeiro passo, que resultará em uma resposta sobre aquilo que é protegido *prima facie*, mas que poderá sofrer restrições *a posteriori*. Conforme já observado anteriormente,⁸¹ a definição do *conteúdo juridicamente protegido* depende da existência (ou não) de uma intervenção estatal no âmbito de proteção e, ademais, se tal intervenção está amparada por uma *fundamentação constitucional*. Se houver amparo

⁷⁸ Virgílio Afonso da Silva, *Direitos fundamentais...*, p. 102.

⁷⁹ *Ibidem*, p. 109.

⁸⁰ Robert Alexy, *Teoria dos direitos...*, p. 322.

⁸¹ Cf. Capítulo 1.5.2.2 *supra*.

constitucional para a intervenção estatal, estar-se-á diante de uma *restrição permitida*, mas, ao contrário, se não houver *fundamentação constitucional* suficiente, a intervenção será caracterizada como *violação* ao direito fundamental. Portanto, a admissão de um suporte fático amplo não implica aceitar direitos fundamentais absolutos, apenas altera o momento em que o operador do direito identificará aquilo que é, efetivamente, protegido pelas normas de direitos fundamentais.

Essa mudança de paradigma, aparentemente desprovida de maiores consequências, tem muito efeito prático.

Quando se parte de um suporte fático amplo dos direitos fundamentais, admitindo como protegida toda ação, estado ou posição jurídica que seja abarcada pelo âmbito de proteção de um direito fundamental, impõe-se um ônus maior à argumentação para justificar eventuais restrições a tal direito, logo, confere-se *maior grau de proteção aos direitos fundamentais*.⁸²

1.6. O regime das restrições aos direitos fundamentais

Conforme já adiantado neste trabalho, a celeuma envolvendo os *conhecimentos fortuitos* de prova (em sede penal) tem relação direta com o regime das restrições de direitos fundamentais, porquanto esse conhecimento acidental de provas (*rectius*: fontes de provas) surge na realização de meios de obtenção de provas que implicam restrições a esses direitos. Para tanto, mostra-se necessário investigar as hipóteses em que tais restrições são possíveis e, em caso positivo, o conteúdo e a extensão dessas restrições.

1.6.1. Considerações iniciais: a teoria interna e a teoria externa

No campo da teoria dos direitos fundamentais, a simples ideia de que um direito pode ser objeto de restrição já carrega consigo uma grande implicação lógica.

⁸² Nesse sentido é a observação feita por Virgílio Afonso da Silva (*Direitos fundamentais...*, p. 125): “É fácil perceber, portanto, que um modelo que se baseia na redução *a priori* do âmbito de proteção de direitos fundamentais – um conceito que aparentava ser exclusivamente teórico-analítico – tende a significar também *uma garantia menos eficaz desses direitos nas atividades legislativa e jurisdicional*, por excluir da exigência de fundamentação uma série de atos que inegavelmente restringem direitos.”.

Sustentar a possibilidade de restrição a um direito fundamental tem como consequência lógica a admissão de que existem duas coisas distintas: o direito e sua restrição. Isto significa que existe o *direito em si*, desprovido de restrição, e o resultado desse mesmo direito após incidir uma restrição, o *direito restringido*. Tal concepção teórica é classificada pela doutrina como *teoria externa*, a qual não sugere a existência de uma relação necessária entre o conceito de *direito* e o conceito de *restrição*, quer dizer, existem os direitos em um determinado ordenamento jurídico independentemente das intervenções que podem restringi-lo. A relação entre o *direito* e a *restrição* surge da necessidade de conciliar os direitos de diversos indivíduos, assim como esses direitos individuais e os interesses coletivos.⁸³

A *teoria interna*, por seu turno, não parte da separação entre *direito* e *restrição*. O seu referencial é de limite (interno), de modo que não existiriam restrições (externas) aos direitos fundamentais, mas apenas o direito com um determinado conteúdo. Ainda que, eventualmente, tal teoria utilize o vocábulo *restrição* em lugar de *limite*, ela o faz com um conceito diverso daquele empregado pela teoria externa, pois fala em restrições (ou limites) imanentes.⁸⁴ Portanto, para tal teoria, a definição de um direito fundamental não depende de circunstâncias alheias a esse direito, mas apenas do esclarecimento de seus limites, ou seja, os *limites imanentes*.⁸⁵

Partindo-se do enfoque dado pela teoria interna para a definição dos direitos e seus “limites”, é inexorável que tais direitos sempre terão a estrutura normativa de *regras*; pois, se a configuração de um determinado direito não depende de fatores externos a esse direito e tampouco das eventuais colisões posteriores com outros direitos, conclui-se que tais normas serão aplicáveis e produzirão todos seus efeitos sempre que uma situação se subsuma na hipótese abstrata por ela descrita.⁸⁶

⁸³ Cf. Robert Alexy, *Teoria dos direitos...*, p. 277.

⁸⁴ Ibidem, pp. 277-8. Virgílio Afonso da Silva (*Direitos fundamentais...*, p. 128) bem ilustra a natureza da teoria interna a partir de uma máxima do direito civil francês: “o direito cessa onde o abuso começa”.

⁸⁵ A teoria dos limites imanentes não é a única que pode ser enquadrada como uma teoria interna. Virgílio Afonso da Silva (*Direitos fundamentais...*, pp. 133-8) noticia, por exemplo, a *teoria institucional dos direitos fundamentais*, de Peter Häberle.

⁸⁶ Cf. Virgílio Afonso da Silva, *Direitos fundamentais...*, p. 129.

Isto significa que, no âmbito da teoria interna, a norma sempre obedecerá ao raciocínio do “tudo-ou-nada”,⁸⁷ incompatível com as noções de direitos *prima facie* e de sopesamento de direitos, próprias da teoria dos princípios e, por conseguinte, mais adequadas à teoria externa.

Vê-se que a adoção da teoria interna ou da teoria externa como pressuposto teórico na metódica dos direitos fundamentais não é uma mera opção de conceitos. Trata-se de uma decorrência lógica daquilo que se entende por posições de direitos fundamentais, se definitivas ou apenas *prima facie*.

Considerando que o pressuposto teórico deste trabalho (quanto à estrutura das normas de direitos fundamentais) é a teoria dos princípios de ROBERT ALEXY, então mostra-se inevitável a adoção da teoria externa, visto que os direitos fundamentais sempre devem ser enxergados como posições *prima facie*, ou seja, são direitos que não asseguram posições definitivas, mas sim posições provisórias que poderão ser objeto de restrições por outras normas de direitos fundamentais. E mais, é o reconhecimento dessa separação entre os direitos e suas restrições que conduz ao recurso do sopesamento como forma de solução das colisões de direitos fundamentais ou à própria regra da proporcionalidade (subdivida nas regras da adequação, da necessidade e da proporcionalidade sem sentido estrito).

1.6.2. O conceito de restrição

Partindo-se da noção de que são passíveis de restrição tanto os bens protegidos por direitos fundamentais quanto as posições *prima facie* protegidas por princípios de direitos fundamentais, e que tais princípios preveem a mais ampla proteção daqueles bens, chega-se à conclusão inicial de que “uma restrição a um bem protegido é sempre também uma restrição a uma posição *prima facie* de direito fundamental”.⁸⁸

⁸⁷ O fato de a teoria interna partir do pressuposto de que a definição dos direitos não depende de fatores externos a eles não significa que ela adote uma concepção absoluta de tais direitos. Muito pelo contrário, tal ideia é repelida pelos seus adeptos através do conceito de *limites imanes*, quer dizer, enquanto no âmbito da teoria externa são *constituídas* as restrições a partir das colisões de direitos, para a teoria interna não é necessário considerar tais fatores externos, pois os direitos são apenas *declarados* pela interpretação constitucional, ou seja, os limites já existem previamente e basta que o intérprete os declare. O grande problema é justamente definir aquilo que é protegido (que está dentro dos limites imanes) e o que não é protegido pela norma de direito fundamental.

⁸⁸ Cf. Robert Alexy, *Teoria dos direitos...*, p. 281.

Outra noção elementar do conceito de restrição é que esta somente ocorrerá caso a norma que a preveja seja compatível com a Constituição. Do contrário, a intervenção sobre o direito fundamental não terá o caráter de restrição, mas sim de violação. Portanto, “normas são restrições a direitos fundamentais somente se forem *compatíveis com a Constituição*”.⁸⁹

1.6.3. As categorias de restrições

As restrições de direitos fundamentais podem ter origem em três modalidades de atos normativos legais, a saber: (1) as restrições constitucionais diretas; (2) as restrições legais com expressa autorização constitucional; (3) as restrições legais sem expressa autorização constitucional.⁹⁰

Na primeira hipótese, opera-se uma restrição ao direito fundamental no âmbito da própria norma constitucional que o consagra, ou seja, a própria norma que positiva o direito humano, transformando-o em direito fundamental, acaba por restringir o seu âmbito de proteção, definindo o conteúdo juridicamente protegido (por exemplo: a restrição ao direito de reunião, proibindo as manifestações violentas e armadas, prevista no art. 5º, XVI).

Na segunda hipótese, a restrição advém de lei infraconstitucional, mas o legislador dispõe de mandato outorgado pela própria Constituição para que defina o conteúdo juridicamente protegido de um direito fundamental (por exemplo: a definição das hipóteses de restrição do sigilo das comunicações telefônicas, prevista no art. 5º, XII). Aqui, trata-se de *reserva de lei restritiva*.

Na terceira hipótese, a compressão do direito fundamental tem origem em lei, porém não há expressa autorização do legislador constituinte para que assim se proceda.⁹¹ Isto não significa que o legislador esteja proibido de atuar nos campos em que a Constituição deixou de outorgá-lo um mandato expresso para a restrição do direito, muito

⁸⁹ Cf. Robert Alexy, *Teoria dos direitos...*, p. 281.

⁹⁰ Cf. J.J. Gomes Canotilho. *Direito Constitucional...*, p. 450.

⁹¹ J.J. Gomes Canotilho (*Direito Constitucional...*, p. 450) registra ser este um dos pontos mais críticos a envolver as restrições de direitos fundamentais, em virtude do déficit de legitimidade constitucional (justificação) e por conta das dificuldades na delimitação do âmbito de proteção e do conteúdo juridicamente garantido.

ao contrário, pode sim haver atividade legiferante nesses espaços, todavia, por óbvio, aqui a cautela há de ser redobrada.⁹² Tome-se como exemplo o enunciado normativo do art. 5º, inc. X, da Constituição brasileira, o qual contém norma estabelecendo a inviolabilidade da *intimidade* das pessoas, mas sem prever qualquer hipótese expressa de restrição a esse direito fundamental. Por óbvio que não se trata de um direito absoluto, impassível de restrição por parte do legislador ordinário, porém é certo que as leis que restrinjam esse direito fundamental devem contar com amparo em outras normas de direito fundamental; ademais, tais leis restritivas sempre estarão sujeitas ao posterior controle operado pela regra da proporcionalidade. Portanto, medidas que impliquem restrições ao referido direito fundamental (p. ex.: meios de obtenção de prova) sempre estarão sujeitas a controle pela regra da proporcionalidade, que, em sede processual, poderá significar a inadmissibilidade do resultado de sua execução.

Por último, alude-se também aos atos estatais diversos da norma legal que, do mesmo modo, implicam recortes no âmbito de proteção dos direitos fundamentais, conformando-os e estabelecendo seu conteúdo juridicamente protegido. Aqui estamos a tratar das *medidas ou intervenções restritivas*, as quais consistem em atos ou atuações das autoridades públicas que restringem de maneira concreta e imediata um direito (por exemplo: decisão judicial que determina a violação do domicílio para fins de busca; decisão administrativa de proibição de manifestação em prol da descriminalização das drogas).

Tal como sucede com a atuação do legislador infraconstitucional, as *medidas ou intervenções restritivas* (no mais das vezes próprias dos poderes executivo e judiciário) também podem sofrer um déficit de legitimidade constitucional ao definirem, em concreto, a modelação do âmbito de proteção e do conteúdo juridicamente protegido.

1.7. A regra da proporcionalidade: os limites dos limites

⁹² J.J. Gomes Canotilho (*Direito Constitucional...*, p. 450) faz três importantes observações acerca desses limites: (1) os direitos sem expressa restrição constitucional ou sem reserva de lei restritiva não podem ser considerados irrestritos ou irrestringíveis; (2) tais direitos estão sujeitos ao regime geral de limitação da ordem jurídico-constitucional (quer dizer, possuem limites advindos da necessidade de proteção do conteúdo juridicamente protegido de outros direitos igualmente consagrados pela constituição); (3) a conformação desses limites pode ser realizada pelo legislador, mas depende de obediência aos princípios e procedimento metódico das leis restritivas.

Do mesmo modo que as leis restritivas de direitos fundamentais impõem limites a tais direitos, não se pode dizer que tais intervenções estejam isentas de qualquer controle, muito ao contrário, estão elas também sujeitas a limites, daí se falar em *limites dos limites*, ou em restrições das restrições.

Alude-se que, nessa circunstância, surge a 3ª instância do procedimento de controle de direitos; isto porque após verificar o âmbito de proteção do direito e a existência de alguma restrição legalmente prevista (definindo o conteúdo juridicamente protegido), resta verificar se a lei restritiva é compatível com o programa normativo constitucional.

O processo de verificação de coerência entre as leis restritivas de direitos fundamentais e a Constituição é composto por pressupostos formais e materiais, requisitos intrínsecos e extrínsecos, os quais estruturam a regra da proporcionalidade.⁹³

Passemos, então, a um estudo mais detalhado dessa regra.

1.7.1. Fundamento e função da proporcionalidade

A origem da regra da proporcionalidade (ou da proibição de excesso) remonta ao século XVIII, quando era utilizada como medida para controlar as ingerências do poder executivo no plano das liberdades individuais. Nesse período embrionário, sua posição topográfica era de máxima suprapositiva. Mais tarde, foi alçada à categoria de princípio geral do direito de polícia no campo do direito administrativo.⁹⁴

Paralelamente, na esfera dos países com tradição de direito não escrito (*common law*), o postulado da proibição do excesso foi desenvolvido sob a forma de regra de razoabilidade (*rule of reasonableness*), servindo de instrumento para que o juiz avalie caso

⁹³ Buscando manter coerência com a teoria dos princípios (de Robert Alexy), adotada como referencial neste trabalho, utilizaremos a expressão *regra da proporcionalidade* em lugar da corrente expressão *princípio da proporcionalidade*; isto porque o conceito de *princípio* orienta a realização de algo na maior medida possível diante das possibilidades fáticas e jurídicas do caso concreto, mas a proporcionalidade não segue esse raciocínio, ela tem a estrutura de uma *regra*, isto é, impõe um dever definitivo. Se for o caso de aplicar a *proporcionalidade*, ela não estará sujeita a condicionantes, deverá ser aplicada no todo, por se uma “regra acerca da aplicação de outras regras” (Cf. Virgílio Afonso da Silva, *Direitos fundamentais...*, pp. 168-9).

⁹⁴ Cf. J.J. Gomes Canotilho, *Direito Constitucional...*, pp. 266-7.

a caso quais as balizas do comportamento razoável diante da situação fática e a regra do precedente.

Hoje, não há dúvida de que a proporcionalidade está adjetivada como direito fundamental, embora haja certa discussão doutrinária acerca da exata localização de seu assento constitucional. Se, em um primeiro momento, ela foi tida como derivada da noção de Estado de Direito, servindo para impedir restrições abusivas aos direitos fundamentais, em um segundo momento, a partir da construção feita pela jurisprudência estadunidense sobre o princípio da razoabilidade, ela passou a ser encarada como derivada da cláusula do devido processo legal, em sua feição substantiva.⁹⁵

A plêiade de situações nas quais tem sido invocado o instituto como forma de controle da idoneidade, necessidade e proporcionalidade (em sentido estrito), dos meios empregados pelos poderes públicos para restringir direitos fundamentais, é infinita.

No que se refere ao tema dos *conhecimentos fortuitos* de prova no processo penal não é diferente.

Se, invariavelmente, a ocorrência dos *conhecimentos fortuitos* se dá no âmbito de meios de obtenção de prova (medidas restritivas de direitos fundamentais), os quais incidem sobre direitos com níveis de proteção constitucional diversos (âmbito de proteção e conteúdo juridicamente protegido variáveis), e partindo-se da premissa de que tais restrições não podem desbordar do mínimo sacrifício (do direito violado) necessário para a satisfação do direito protegido com a medida, então torna-se indispensável a utilização do princípio da proporcionalidade como ferramenta útil para a solução do problema, especialmente o critério da proporcionalidade sem sentido estrito.

No direito contemporâneo, a regra da proporcionalidade surge como novo freio aos atos dos poderes públicos, de modo que já não basta a mera existência de lei amparando a atividade estatal (princípio da legalidade), é necessário também que esta seja realizada dentro de parâmetros razoáveis (princípio da proporcionalidade). Para tanto, a regra da proporcionalidade como instrumento de controle das restrições aos direitos fundamentais

⁹⁵ Cf. Gilmar Ferreira Mendes, Inocêncio Mártires Coelho, Paulo Gustavo Gonet Branco, *Curso de direito...*, pp. 356-7.

opera em dois momentos: primeiro, ela se dirige ao ato normativo abstrato, para fins de controle da lei em tese e sua justificacão constitucional; segundo, ela se volta para a esfera judicial ou executiva, orientando a interpretao e a aplicao da lei pelo julgador e pelo administrador. Daí falar-se em duplo controle de constitucionalidade.⁹⁶

Assim, mostra-se pouco científica e destituída de densidade normativa (constitucional) a recorrente afirmao jurisprudencial de que basta a existência de prévia ordem judicial autorizando uma medida restritiva de direitos fundamentais (p. ex.: interceptao telefnica, busca domiciliar ou interceptao de e-mails) para que sejam válidos os *conhecimentos fortuitos* para fins de prova penal.

Se, conforme registrado, a dogmática constitucional exige a estrita observância de uma série de requisitos para que seja constitucionalmente viável a edio de leis restritivas de direitos, liberdades e garantias, assim como sua aplicao pelos poderes executivo e judiciário, soa científicamente ingnuo (para não dizer irresponsável) que o intérprete do direito afirme, sem maiores reflexões, que a simples existência de ordem judicial autorizando uma medida restritiva de direitos seja suficiente para conferir validade probatória aos *conhecimentos fortuitos*.

Conforme já observado, não  possível dispensar o auxílio oferecido pela regra da proporcionalidade no caminho a ser trilhado em busca de uma soluço para o problema. E, para tanto,  necessário um estudo pormenorizado dos três requisitos que a integram, quais sejam: a) idoneidade ou adequao; b) necessidade ou exigibilidade; c) proporcionalidade em sentido estrito. Antes, porém,  preciso analisar os pressupostos e os requisitos extrínsecos da regra da proporcionalidade.

1.7.2. Pressuposto formal: legalidade

Como advertência prévia, e ainda que soe paradoxal, note-se que a violao do princípio da legalidade  um dos principais argumentos suscitados por aqueles que criticam a utilizao generalizada da regra da proporcionalidade, visto que a aplicao desta última teria o condão de excepcionar a aplicao da lei ao caso concreto sempre que haja o

⁹⁶ Cf. Gilmar Ferreira Mendes, Inocêncio Mártires Coelho, Paulo Gustavo Gonet Branco, *Curso de direito...*, p. 370.

envolvimento de interesses individuais⁹⁷ dotados de proteção constitucional.⁹⁸ Como será visto, a regra da proporcionalidade não menospreza o princípio da legalidade, muito ao contrário, ela o consagra, mas exige que isto seja feito mediante a observância de certos requisitos.

No Estado de Direito Democrático, a regra da proporcionalidade expressa o princípio da supremacia das leis, sendo que um de seus corolários é a *reserva legal* para a regulação de certas matérias, notadamente aquelas que impliquem limitação de direitos e liberdades dos cidadãos.⁹⁹

Contudo, é importante observar que o *pressuposto da legalidade* na regra da proporcionalidade não guarda exata coincidência de conteúdo com o enfoque tradicionalmente conferido ao princípio da legalidade em matéria penal;¹⁰⁰ isto porque tal princípio é comumente entendido apenas como uma exigência de que o *ius puniendi* estatal seja exercido através do processo legalmente previsto, enquanto que sua dimensão na esfera da *proporcionalidade* é mais ampla, pois impõe a *reserva legal* tanto para as normas processuais em geral quanto para a disciplina das medidas restritivas de direitos que podem ser adotadas no curso do processo.¹⁰¹ Nesse sentido, o princípio da legalidade não se

⁹⁷ Note-se que a utilização da regra da proporcionalidade para excepcionar o princípio da legalidade não é feita apenas em favor dos direitos individuais. Se é certo que, em suas origens, a *proporcionalidade* foi concebida como instrumento de contenção do poder de polícia do Estado no âmbito do direito administrativo e, posteriormente, foi utilizada como limitação externa às normas processuais penais, mediante socorro aos princípios gerais do direito e aos “valores” protegidos pela Constituição, hoje, conforme noticia Nicolas Gonzalez-Cuellar Serrano (*Proporcionalidad y derechos...*, pp. 70-1), há quem defenda sua adoção por órgãos judiciais e administrativos para justificar a utilização de medidas interventivas nos direitos fundamentais legalmente inadmissíveis, a fim de defender interesses legítimos do Estado. Para tanto, toma-se emprestado do direito penal o instituto do “estado de necessidade justificante”, o qual serviria de instrumento compensatório às deficiências dos meios legais postos à disposição do Estado para a persecução penal. Ora, isto implicaria em um desvirtuamento da regra da proporcionalidade e uma ruptura com o princípio da legalidade que, na prática, esvazia a própria noção de Estado de Direito. Nas palavras do autor espanhol, admitir o descumprimento da lei por parte do Estado sob tal fundamento “abre uma brecha no princípio da legalidade e se atribui ao princípio da proporcionalidade uma função pervertida que, longe de favorecer os direitos fundamentais do cidadão, faz o princípio perder sua finalidade de limite às restrições, permitindo-se com isto ao Estado mascarar com argumentos pseudojurídicos atuações arbitrárias” (*Proporcionalidad y derechos...*, tradução livre, p. 71).

⁹⁸ Cf. Nicolas Gonzalez-Cuellar Serrano, *Proporcionalidad y derechos...*, p. 70.

⁹⁹ Cf. Nicolas Gonzalez-Cuellar Serrano, *Proporcionalidad y derechos...*, p. 70. No caso da Constituição brasileira, vide o art. 22, I, o qual prevê a competência privativa da União para legislar sobre direito processual.

¹⁰⁰ Por conteúdo tradicional do princípio da legalidade deve-se entender as quatro garantias formuladas pela doutrina penal a partir dos estudos de Feurbach, a saber, uma criminal (*nullum crimen sine lege*), uma penal (*nulla poena sine lege*), uma de execução e uma de caráter processual, sendo que todas são submetidas à tripla exigência da *lex praevia, scripta et stricta*.

¹⁰¹ Cf. Nicolas Gonzalez-Cuellar Serrano, *Proporcionalidad y derechos...*, p. 72.

encerra na máxima *nullum crimen, nulla poena sine lege*, devendo ser entendido também como *nulla coactio sine lege*.

Se o princípio da legalidade penal é uma concretização do princípio geral da legalidade, o mesmo sucede em relação ao princípio da legalidade processual penal. Como consequência imediata, tem-se a exigência da *tipicidade processual*, quer dizer, “a lei processual deve tipificar tanto as condições de aplicação, como o conteúdo das intromissões dos poderes públicos no âmbito dos direitos fundamentais dos cidadãos”.¹⁰²

Sendo assim, os requisitos a serem observados pela lei processual que tipifique medidas restritivas de direitos fundamentais são os mesmos exigíveis para a lei penal material, a saber: *lex scripta, stricta et praevia*.

Quanto à exigência de *lei escrita*, não resta muita dúvida sobre sua vigência nos ordenamentos jurídicos de tradição românica (como é o caso brasileiro), eis que a lei sempre há de ser escrita.

Quanto ao requisito da *lei estrita*, trata-se de um *mandado de determinação*,¹⁰³ o que significa rejeição às cláusulas gerais e indeterminadas na elaboração das leis restritivas de direitos fundamentais. Assim, de se notar que o *pressuposto da legalidade* não é compreendido apenas como a exigência de lei regulando as medidas restritivas de direitos fundamentais no curso da persecução penal, mas, sobretudo, que tal regulação seja clara e suficiente, dispondo de modo preciso as *hipóteses* em que a medida poderá ser adotada e o *procedimento* a ser utilizado; logo, pode-se dizer que a *previsão legal deficiente* equivale à *ausência de previsão legal*.¹⁰⁴

Quanto ao requisito da *lei prévia, a priori* poderia ser questionada sua vigência no que diz respeito às medidas restritivas de direito fundamentais tomadas no curso da

¹⁰² Nicolas Gonzalez-Cuellar Serrano, *Proporcionalidad y derechos...*, tradução livre, p. 77.

¹⁰³ *Ibidem*, p. 78.

¹⁰⁴ Nicolas Gonzalez-Cuellar Serrano (*Proporcionalidad y derechos...*, tradução livre, p. 93) bem ilustra a aplicação desse requisito a partir da jurisprudência do Tribunal Europeu de Direitos Humanos: “O T.E.D.H., nesse mesmo sentido, declarou na sentença de 22 de setembro de 1981, *caso Malone*, que se não se determinam com suficiente clareza as faculdades discricionárias concedidas aos poderes públicos para a restrição do direito à intimidade mediante a interceptação das comunicações, isto impede considerar que as medidas se encontrem ‘previstas em lei’”.

persecução penal, uma vez que, ao contrário das normas penais materiais, as normas de direito processual são aplicáveis desde o momento de sua edição, inclusive para os processos em curso. Em linha de princípio, não há dúvida de que as normas processuais podem ser aplicadas mesmo quando editadas após o momento em que o delito foi cometido, porém não há espaço para tal raciocínio quando a medida traduza restrição aos direitos fundamentais do imputado, sob pena de ruptura com a proteção da segurança jurídica e a tutela da liberdade.¹⁰⁵

De fato, o requisito da não retroatividade das leis restritivas de direitos fundamentais está amparado nos princípios da proteção da confiança e da segurança jurídica. Soa claro que seu conteúdo é a proibição de que as leis restritivas de direitos atinjam fatos pretéritos à sua entrada em vigor.

Uma celeuma que pode surgir é a possibilidade de aplicação do requisito apenas aos casos de retroatividade total ou autêntica, ou seja, quando a nova lei repercute sobre fatos pretéritos e já estabilizados, ou se também é incidente nos casos de retroatividade parcial ou inautêntica, quer dizer, quando a lei nova atinge fatos iniciados no passado, mas que continuam a existir no presente. Sinteticamente, na primeira hipótese há um caso de retroatividade enquanto na segunda situação ocorre a retrospectividade.

Como exemplo de retroatividade, J.J. GOMES CANTOTILHO descreve a hipótese de uma lei tributária incidir sobre rendimentos recebidos antes de sua entrada em vigor, e que eram isentos de cobrança sob a égide da legislação anterior. Quanto à retrospectividade, o mesmo autor cita a situação em que uma lei defina um novo regime de incompatibilidades entre cargos e mandatos eletivos, e cuja aplicação se estenda aos indivíduos eleitos antes de sua entrada em vigor. Em ambos os casos, a única solução possível é a aplicação da

¹⁰⁵ Cf. Nicolas Gonzalez-Cuellar Serrano, *Proporcionalidad y derechos...*, p. 79. Para J.J. Gomes Canotilho (*Direito Constitucional...*, pp. 257 e ss.), os princípios da *segurança jurídica* e da *proteção da confiança* são subprincípios densificadores do princípio do Estado de Direito. Em termos gerais, tais princípios tendem a garantir *segurança* para que o homem possa conduzir, planificar e conformar sua vida com responsabilidade. Em termos específicos, o postulado da *segurança jurídica* se conecta a elementos objetivos da ordem jurídica (estabilidade jurídica, segurança de orientação e realização do direito), enquanto que a *proteção da confiança* tem a ver com aspectos subjetivos da segurança, a saber, a preservação dos cálculos e previsões feitos pelos indivíduos em relação às consequências jurídicas dos atos dos poderes públicos. Considerando a posição topográfica de tais princípios (subprincípios do Estado de Direito), não resta dúvida sobre sua incidência no âmbito de quaisquer atos de poder (executivo, legislativo e judiciário). Especificamente quanto às leis restritivas de direitos fundamentais, um dos corolários desses princípios é a proibição de que tais atos normativos tenham efeitos retroativos ou retrospectivos.

sanção de inconstitucionalidade à lei, em respeito aos já referidos princípios da *segurança jurídica* e da *proteção da confiança*,¹⁰⁶ valendo tal raciocínio para as medidas restritivas de direitos fundamentais tomadas ao longo da persecução penal.

A propósito do tema, vale registrar a posição do tribunal constitucional espanhol acerca da aplicação do requisito da anterioridade às medidas processuais limitativas de direitos que não vigoravam ao tempo do delito, conforme assinala NICOLAS GONZALEZ-CUELLAR SERRANO: “O primeiro passo tem consistido na derrubada das barreiras formais existentes entre norma ‘processual’ e ‘penal’ para efeitos de sua aplicação temporal, quando a norma limita um direito fundamental”, e conclui “a nosso ver, tão retroativa é a aplicação de uma lei penal que tipifique novos delitos para fatos cometidos antes de sua publicação como a adoção de medidas limitativas de direitos fundamentais, se no momento do cometimento do fato que as justifica não se achavam previstas pela lei ou não estavam com o alcance próprio de uma norma posterior”.¹⁰⁷

Decorre dessas considerações que o *pressuposto formal da legalidade* tem suma relevância para o tema dos *conhecimentos fortuitos*, pois, conforme analisaremos adiante,¹⁰⁸ a exigência de lei escrita, estrita e prévia, exclui a possibilidade de que sejam executadas medidas restritivas de direitos fundamentais (leia-se: meios de obtenção de prova) no curso da persecução penal sem expressa previsão legal, ou com previsão legal deficiente. Ademais, é o *pressuposto formal da legalidade* que indica a necessidade de se adotar um critério legal para definir os *conhecimentos fortuitos*,¹⁰⁹ abandonando-se conceitos baseados na consensualidade.

Por último, e especificamente quanto aos meios de obtenção de prova cuja previsão legal os restringe a um rol taxativo de crimes, tal pressuposto também orientará a impossibilidade de admitir *conhecimentos fortuitos* que não estejam inseridos no referido catálogo de crimes, porquanto o déficit de legalidade é manifesto. Se o legislador não admite a execução de um meio de obtenção de prova em determinadas hipóteses – restringindo-o a um círculo restrito de crimes, em geral os mais graves – e se o fato

¹⁰⁶ Cf. J.J. Gomes Canotilho, *Direito Constitucional...*, p. 456.

¹⁰⁷ Cf. Nicolas Gonzalez-Cuellar Serrano, *Proporcionalidad y derechos fundamentales en el proceso penal*, Madrid: Colex, 1990, p. 80.

¹⁰⁸ Capítulos 2.8.1 e 3.5.1 *infra*.

¹⁰⁹ Cf. Capítulo 3.2 *infra*.

descoberto não estiver inserido na *situação histórica de vida* que legitimou a intervenção no âmbito de proteção do direito fundamental, não pode o operador do direito fazer as vezes de legislador e criar hipóteses de admissibilidade inexistentes na lei. No que se refere à legislação brasileira, é o que sucede com a admissão de *conhecimentos fortuitos* surgidos no âmbito de interceptações telefônicas e que sejam relacionados a crimes apenados com detenção, pois, de forma peremptória, ao regulamentar o inciso XII, parte final, do art. 5º da Constituição Federal, o legislador ordinário inadmitiu a restrição ao direito fundamental (inviolabilidade do sigilo das telecomunicações) em tais hipóteses.¹¹⁰

1.7.3. Pressuposto material: justificação teleológica

Ao lado do princípio da legalidade, pressuposto de caráter formal, a regra da proporcionalidade também é composta por outro pressuposto, este de caráter material, o *princípio da justificação teleológica*.

Trata-se de analisar a constitucionalidade do *fim* perseguido pela norma restritiva de direito fundamental a partir do referencial da *proporcionalidade*; isto porque, se a definição da *necessidade* do meio escolhido para a consecução de um fim, por si só, é um tema essencial na estrutura da proporcionalidade (subprincípio da *necessidade*), ainda de maior relevo é a própria verificação da legitimidade do *fim* perseguido pela medida restritiva de direito fundamental.¹¹¹ Se o *fim* perseguido pela norma não gozar de legitimidade, sequer será necessário descer aos pormenores da idoneidade, da necessidade e da proporcionalidade em sentido estrito.

A configuração de um *fim* como legítimo para a restrição de direitos fundamentais depende do preenchimento de dois requisitos: sua legitimidade constitucional e sua relevância social.

¹¹⁰ Cf. art. 2º, *caput* e inc. III, da Lei nº. 9.296/96.

¹¹¹ A respeito da importância do fim perseguido, precisas são as palavras de Nicolas Gonzalez-Cuellar Serrano: “Em matéria de restrição de direitos fundamentais, campo de batalha dos interesses sustentados sobre os valores mais relevantes para a comunidade, a busca dos fins se apresenta como missão inevitável na tarefa de avaliação constitucional” (*Proporcionalidad y derechos...*, tradução livre, p. 100).

No que se refere à *legitimidade constitucional*, é necessário que o *fim* perseguido goze de estatura constitucional, isto é, sua realização deve estar justificada por alguma norma de direito constitucional.

No que se refere à *relevância social*, exige-se que o *fim* perseguido pela medida restritiva de direitos fundamentais seja socialmente relevante, o que acaba por conferir maior robustez aos *meios* escolhidos pelo legislador.

Nesse momento, não se trata de avaliar a relevância social das *medidas* em si mesmas consideradas, o que está mais relacionado ao subprincípio da *necessidade*, mas sim de apurar se o *fim* objetivado traduz uma “necessidade social imperiosa” a justificá-lo; trata-se de perquirir se o *fim* perseguido pela medida expressa um interesse social. Esta distinção tem especial importância, pois uma análise que misture a necessidade dos *meios* com a legitimidade dos *fins* corre o risco de restar centrada tão-somente naquele primeiro requisito (*necessidade*), cuja avaliação deve ser feita em momento posterior; ademais, a análise pode resultar em positiva, julgando adequado o *meio* escolhido para a consecução do *fim*, sem permitir uma atenta e individualizada avaliação da própria existência de relevância social no *fim* perseguido.¹¹²

No que se refere ao tema dos *conhecimentos fortuitos*, o pressuposto da *justificação teleológica* não revela grandes celemas, visto que, sabidamente, a investigação de crimes e a punição de seus autores é um fim com *legitimidade constitucional* (direito à segurança) e *relevância social*, seja para os *conhecimentos da investigação*, seja para os *conhecimentos fortuitos*.

1.7.4. Requisito extrínseco subjetivo: judicialidade

Feitas as considerações sobre os pressupostos da *proporcionalidade*, já é possível passar à análise de seus requisitos, os quais se dividem em intrínsecos e extrínsecos. Em primeiro lugar, analisaremos os requisitos externos, sendo um de aspecto formal e outro de aspecto subjetivo. Começamos pelo requisito externo subjetivo.

¹¹² Cf. Nicolas Gonzalez-Cuellar Serrano, *Proporcionalidad y derechos...*, p. 104.

O requisito subjetivo diz respeito à característica dos sujeitos com autorização constitucional para controlar as medidas restritivas de direitos fundamentais, a saber, os órgãos judiciais. Daí falar-se em *judicialidade*.

Os órgãos judiciais são os constitucionalmente incumbidos de garantir de forma imediata a eficácia dos direitos fundamentais, razão pela qual deve ser submetida a sua avaliação a decisão sobre a *proporcionalidade* das medidas limitativas desses direitos.¹¹³

Note-se que esse exame (da proporcionalidade) demanda que os órgãos judiciais sejam dotados de uma margem de apreciação na aplicação das medidas, de modo a equilibrar os interesses em conflito no caso concreto, razão pela qual são proibidas normas com efeito automático.

Os fundamentos para a intervenção judicial no controle das medidas restritivas de direitos são as garantias de independência, imparcialidade e regularidade no procedimento de restrição, com vistas a assegurar maior efetividade na proteção dos direitos fundamentais.¹¹⁴

É indiscutível a relevância do requisito da *judicialidade* como instrumento de controle das medidas restritivas de direitos fundamentais. Do mesmo modo, não há como negar a manifesta inobservância desse requisito em relação aos *conhecimentos fortuitos*, visto que não há controle judicial prévio a autorizar a restrição ao direito fundamental para obtenção das fontes de prova e elementos de informação caracterizadores de *conhecimentos fortuitos*. Por outro lado, é certo que alguns *conhecimentos da investigação* também poderão ser obtidos sem a observância (parcial) desse requisito.

No caso dos *conhecimentos fortuitos* a inobservância do requisito é total e acarreta sua inadmissibilidade como prova para fins processuais, pois sua obtenção corre à margem de qualquer avaliação judicial dos interesses em conflito, impedindo o necessário exame de

¹¹³ Nesse sentido é a posição de Nicolas Gonzalez-Cuellar Serrano (*Proporcionalidad y derechos...*, p. 110), o qual ressalta a necessidade de controle da medida *a priori*, não *a posteriori*: “Certos direitos constitucionais só podem ser restringidos com autorização de um órgão judicial, por decisão motivada; intervenção que há de ser necessariamente prévia à limitação de certos direitos ou produzir-se de modo imediato antes da restrição de outros. Em matéria de restrição a direitos fundamentais, já foi dito, os juízes não devem ter a última palavra, senão a primeira”.

¹¹⁴ Cf. Nicolas Gonzalez-Cuellar Serrano, *Proporcionalidad y derechos...*, p. 112.

proporcionalidade da medida. Já no caso de alguns *conhecimentos da investigação*, a inobservância do requisito é apenas parcial, pois, como será visto adiante,¹¹⁵ a descoberta de fontes de prova e/ou elementos de informação inicialmente ignorados, mas cujo conteúdo se reporte ao contexto histórico da investigação, não deve ser considerada *fortuita* e sim *própria* da investigação; portanto, ainda que nesses casos seja possível enxergar um suposto descumprimento do requisito da *judicialidade*, uma análise mais detida da questão permitirá concluir que a decisão judicial autoriza a restrição ao direito fundamental para investigar todos os contornos da *situação histórica de vida*, o que inclui os *conhecimentos da investigação* inicialmente ignorados.

1.7.5. Requisito extrínseco formal: motivação da decisão

O segundo requisito extrínseco, de aspecto formal, diz respeito à *motivação* das decisões judiciais que autorizem medidas restritivas de direitos fundamentais no bojo do processo penal.

Historicamente, a exigência de *motivação* das decisões teve um objetivo exclusivamente endoprocessual, porquanto buscava (i) assegurar às partes o conhecimento da fundamentação da decisão e, assim, possibilitar a sua impugnação, e (ii) possibilitar aos órgãos judiciários superiores o controle da legalidade e justiça da decisão. Ou seja, a *motivação* era vista apenas como uma garantia técnica do processo.¹¹⁶

Houve uma evolução nesse entendimento e, hoje, a *motivação* é vista também como uma garantia política, consistente na possibilidade de que a comunidade em geral possa controlar as decisões judiciais, avaliando sua imparcialidade, correção e conhecimento da causa.¹¹⁷ Sem dúvida, trata-se de um objetivo de caráter extraprocessual. Ademais, hodiernamente, acrescenta-se à *motivação* as funções de (i) permitir que as partes

¹¹⁵ Cf. Capítulo 3.2 *infra*.

¹¹⁶ Cf. Antonio Scarance Fernandes, *Processo penal constitucional*, 5ª ed., São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2007, p. 140.

¹¹⁷ Cf. Antonio Magalhães Gomes Filho, *A motivação das decisões penais*, São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2001, pp. 82-4. Quanto a tal aspecto, vale observar que a exigência de *motivação* está relacionada à legitimação dos atos de poder no Estado de Direito Democrático e, nesse caso, especialmente pelo fato de que os agentes do Poder Judiciário não possuem legitimação primária, direta e democrática, tal como sucede com os demais poderes.

verifiquem se todas as razões apresentadas foram apreciadas pelo órgão julgador,¹¹⁸ e (ii) permitir que o magistrado demonstre a legalidade e a justiça de sua decisão.¹¹⁹

Diante de tantos fundamentos atribuídos à exigência de *motivação* dos atos decisórios¹²⁰ no curso do processo penal, depreende-se que ela visa a impedir o arbítrio por parte do órgão julgador,¹²¹ pois, nas palavras de ROGÉRIO LAURIA TUCCI, “mediante a *motivação* que o magistrado pronunciante de ato decisório mostra como apreendeu os fatos e interpretou a lei que sobre eles incide, propiciando, com as indispensáveis clareza, lógica e precisão, a perfeita compreensão da abordagem de todos os pontos questionados e, conseqüente e precipuamente, a conclusão atingida”.¹²²

Daí que a *motivação* é um requisito essencial no exame da *proporcionalidade*, pois o acompanhamento do raciocínio desenvolvido pelo órgão julgador até uma decisão restritiva de direitos fundamentais é que permitirá verificar se houve aplicação válida das normas autorizadoras da restrição. Em outros termos, somente com a *motivação* é possível realizar o controle das intervenções no âmbito dos direitos fundamentais, verificando a ocorrência de uma restrição (legítima) ou de uma violação (ilegítima).¹²³

¹¹⁸ Esta função também está intimamente relacionada ao *direito à prova*, como acentuam Ada Pellegrini Grinover, Antonio Scarance Fernandes e Antonio Magalhães Gomes Filho (*As nulidades no processo penal*, 10ª ed., São Paulo: Revista dos Tribunais, 2008, pp. 151-2): “Por isso salientou-se que a *motivação* da decisão se torna o melhor ponto de referência para verificar se a atividade das partes foi efetivamente respeitada. E, ainda, que é na configuração do juízo de fato que mais relevante se torna o dever de motivar, porquanto é no campo da valoração das provas que se deixa ao juiz margem maior de discricionariedade”. Ademais, a partir de observação dos mesmos autores (*As nulidades...*, p. 250), importa consignar a estreita relação da *motivação* com o sistema do *livre convencimento judicial*, em oposição aos sistemas da *prova legal* e da *íntima convicção*, nos quais, respectivamente, o julgador não tinha liberdade para selecionar e valorar as provas, eis que elas já eram previamente tarifadas, ou o julgador não era obrigado a expor as razões de seu convencimento.

¹¹⁹ Cf. Antonio Scarance Fernandes, *Processo penal...*, p. 140.

¹²⁰ Rogério Lauria Tucci (*Direitos e garantias individuais no processo penal brasileiro*, 3ª ed., São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2009, p. 190, nota de rodapé 6) ressalva a dispensabilidade do requisito quanto aos *despachos de mero expediente, de expediente*, ou, simplesmente, *despachos*, os quais não possuem conteúdo decisório, eis que atinam apenas ao expediente do feito e sua natureza não reclama *motivação*, bastando que sejam proferidos de acordo com a regularidade procedimental. Nesse mesmo sentido: Antonio Magalhães Gomes Filho, *A motivação...*, p. 71.

¹²¹ Sobre a *motivação* como barreira contra o arbítrio, Nicolas Gonzalez-Cuellar Serrano (*Proporcionalidad y derechos...*, p. 142, tradução livre) aponta que: “(...) é particularmente relevante sua função como instrumento necessário ao serviço da erradicação da arbitrariedade na atuação dos órgãos judiciais e como garantia da efetiva aplicação do Direito”.

¹²² *Direitos e garantias individuais...*, p. 189.

¹²³ Por essa razão, aduz-se que a falta de *motivação* expõe o excesso da medida: “(...) a falta de *motivação* constitui um sintoma do excesso, que revela a falta de respeito do órgão atuante pelos direitos fundamentais do indivíduo e que obriga a considerar a restrição desproporcional” (Nicolas Gonzalez-Cuellar Serrano, *Proporcionalidad y derechos...*, p. 146).

Consiste a *motivação* na apreciação dos fatos e na interpretação da norma de forma clara, precisa e lógica, possibilitando um controle intersubjetivo do caminho percorrido pela cognição judicial até a decisão.

Em termos analíticos, conforme esclarece ANTONIO MAGALHÃES GOMES FILHO, a estrutura da *motivação* é dividida em *motivação de fato* e *motivação de direito*. A primeira consiste nas razões sobre a verdade, probabilidade, verosimilhança etc. das afirmações feitas sobre os fatos históricos fixados no processo e tomadas como alicerce da decisão. Já a *motivação de direito* corresponde aos enunciados utilizados pelo julgador para expor a justiça, correção, validade etc. das prescrições colhidas no ordenamento jurídico para a solução do caso concreto, o que envolve a escolha da norma, sua interpretação e a superação de lacunas e antinomias.¹²⁴

Quanto às consequências processuais da decisão carente de *motivação*, há consenso sobre a aplicação da sanção de nulidade¹²⁵ ao ato decisório. E trata-se de nulidade absoluta, haja vista que o *interesse público* exige que o processo seja conduzido de acordo com as normas que compõem o devido processo legal.¹²⁶

Para o tema dos *conhecimentos fortuitos de prova*, o requisito da *motivação* ganha contornos especiais. É a partir da análise da *motivação* que será possível verificar se há *vinculação* entre o resultado obtido com a realização da medida restritiva de direito fundamental e o ato que a legitimou (decisão judicial).

Caso os elementos colhidos no curso da medida estejam relacionados objetiva e subjetivamente com o objeto da investigação, quer dizer, tenham vinculação com os indivíduos e os fatos tido por criminosos investigados, *a priori*, não se poderá falar em *conhecimentos fortuitos* de prova, mas sim em *conhecimentos da investigação*. Em outras palavras, quando a medida possibilitar a colheita de *fontes de provas* reais e pessoais inseridas na *situação histórica de vida* acolhida pela decisão judicial, não há que se falar em *conhecimentos fortuitos*, mas tão-somente em *conhecimentos da investigação*. Por

¹²⁴ Cf. Antonio Magalhães Gomes Filho, *A motivação...*, pp. 129-30. Ao tratar desses requisitos, Nicolas Gonzalez-Cuellar Serrano (*Proporcionalidad y derechos...*, pp. 147-8) aponta que a *motivação* deve ter um caráter particularmente estrito e que a obrigação de exteriorizar as reflexões relacionadas com a interpretação jurídica das normas se estende aos critérios utilizados para a subsunção dos fatos concretos.

¹²⁵ No caso da Constituição brasileira, há expressa previsão desta sanção em seu art. 93, IX.

¹²⁶ Cf. Antonio Magalhães Gomes Filho, *A motivação das...*, p. 202.

outro lado, se o resultado da medida restritiva apontar para *fontes de provas* reais e pessoais relativas a investigados e/ou infrações penais não vislumbrados no contexto da *motivação* da decisão judicial, então caberá falar em *conhecimentos fortuitos* de prova.

Daí a importância do controle a ser feito sobre a *motivação* da decisão que autoriza uma medida restritiva de direito fundamental para fins de obtenção da prova penal, porquanto o ato decisório terá fundamental importância para delimitar o alcance da restrição ao direito fundamental, o indivíduo atingido e as consequências processuais dos elementos colhidos, ordinária ou fortuitamente.

Some-se como argumento adicional o fato de que, em geral,¹²⁷ as decisões restritivas de direitos fundamentais são tomadas sem a observância de algumas garantias constitucionais (p. ex.: contraditório, ampla defesa, direito ao silêncio) e não contam com o controle jurisdicional no momento de sua implementação, pois são realizadas pelos agentes de segurança.

Portanto, não resta dúvida de que a *motivação* abrange todos os atos decisórios do processo penal e, em especial, aqueles que impliquem restrições aos direitos fundamentais.¹²⁸

1.7.6. Requisitos intrínsecos

Até o momento, nossa análise repousou sobre os pressupostos (formal e material) e os requisitos extrínsecos (formal e subjetivo) da regra da proporcionalidade. Agora, cumpre analisar seus requisitos intrínsecos, isto é, as exigências atinentes ao âmbito interno da proporcionalidade.

¹²⁷ Não há plena vigência de alguns direitos fundamentais em tais meios de obtenção de prova por uma razão simples: a necessidade do elemento surpresa. Caso a parte que sofrerá a intervenção estatal tome conhecimento da medida, esta poderá restar frustrada. Mas há exceções. A quebra de sigilo bancário e fiscal é um exemplo de meio de obtenção de prova em que não há o elemento surpresa e pode ser precedida de contraditório, pois as informações protegidas pelo sigilo bancário e fiscal estão de posse de órgãos da Administração, podendo ser acessadas a qualquer momento.

¹²⁸ Cf. Antonio Scarance Fernandes, *Processo penal...*, pp. 140-1; Rogério Lauria Tucci, *Direitos e garantias individuais...*, p. 202; Antonio Magalhães Gomes Filho, *A motivação...*, pp. 91-4.

Atualmente, a doutrina subdivide a regra da proporcionalidade em três requisitos, a saber: idoneidade ou adequação; necessidade ou exigibilidade; e proporcionalidade em sentido estrito.¹²⁹

1.7.6.1. Idoneidade ou adequação

Entende-se por *sub-regra da idoneidade (ou da adequação)* a exigência de que a medida adotada pelo poder público na restrição ao direito fundamental seja apropriada para alcançar o fim almejado. Exige-se que o ato seja *apto* para e *conforme* os fins justificativos da sua adoção.¹³⁰ Em outras palavras, a sub-regra da idoneidade constitui um critério empírico, a exigir que as ingerências contra os direitos fundamentais facilitem a obtenção do fim perseguido, em virtude de sua adequação qualitativa, quantitativa e de seu âmbito subjetivo de aplicação.¹³¹

A partir dessas considerações iniciais, pode-se deduzir que a sub-regra da idoneidade não comporta a análise da eficácia da medida restritiva, isto é, se existem outras medidas mais eficazes para a consecução do fim perseguido. Ela se atém apenas ao estudo da adequação da medida.

No que diz respeito a sua estrutura, a sub-regra da idoneidade é composta por três requisitos: adequação qualitativa, quantitativa e de seu âmbito subjetivo de aplicação. Antes de analisar cada uma dessas exigências, faremos uma breve exposição de quatro características essenciais da sub-regra, quais sejam: constitucionalidade; caráter empírico da regra; flexibilidade e; aplicabilidade tanto a partir de uma perspectiva objetiva quanto subjetiva.

A primeira característica da *idoneidade*, a constitucionalidade, é uma decorrência direta do assento constitucional da regra da proporcionalidade em sentido amplo; isto porque toda medida restritiva de direito fundamental deve ser idônea para a realização da

¹²⁹ Cf. Nicolas Gonzalez-Cuellar Serrano, *Proporcionalidad y derechos...*, p. 153; Martin Borowski, *La estructura de los...*, p. 129.

¹³⁰ Cf. J.J. Gomes Canotilho, *Direito Constitucional...*, pp. 269-70. Martin Borowski (*La estructura de los...*, p. 130) assevera ser idônea a medida quando sua adoção alcance ou favoreça a obtenção de um fim legítimo perseguido pelo Estado. Lembrando que, no Capítulo 1.7.3 retro, já tivemos a oportunidade de analisar a legitimidade do *fim* no âmbito da justificação teleológica, pressuposto material da proporcionalidade.

¹³¹ Cf. Nicolas Gonzalez-Cuellar Serrano, *Proporcionalidad y derechos...*, p. 154.

finalidade perseguida, pois a carência de aptidão para alcançá-la ou sua desvinculação com os fins legalmente autorizadores da restrição revelam sua inconstitucionalidade.¹³²

A segunda nota característica é o caráter empírico do exame realizado por esta sub-regra, porquanto a verificação da idoneidade depende da investigação e verificação das medidas levando em consideração critérios técnico-empíricos.¹³³

A terceira característica é a flexibilidade da sub-regra, revelada pela inexigência de uma completa aptidão entre o meio (causa) e o fim (efeito) para que a medida seja considerada idônea, isto é, não se exige eficácia absoluta do meio escolhido.¹³⁴

A quarta característica atine à aplicabilidade da sub-regra tanto a partir de uma perspectiva objetiva quanto subjetiva, razão pela qual NICOLAS GONZALEZ-CUELLAR SERRANO assevera que “O exame da idoneidade dos meios não deve se deter na comprovação da aptidão abstrata da medida para a satisfação do fim, nem pode circunscrever-se à adequação objetiva das ingerências, ainda que tomando em consideração as circunstâncias do caso concreto. É preciso, ademais, perguntar-se pela verdadeira intenção do titular do órgão atuante que adota a medida (Juiz, Fiscal ou Polícia)”.¹³⁵ Como consequência deste aspecto, o autor espanhol conclui que “(...) toda medida dirigida à consecução de fins não previstos pela norma habilitadora da ingerência há de ser considerada inconstitucional, sejam quais forem os motivos, de caráter público ou privado, do sujeito atuante, sempre que a lei não autorize a restrição com a finalidade que efetivamente se trate de alcançar”.¹³⁶

Em linha de princípio, NICOLAS SERRANO parece inadmitir em qualquer hipótese a ocorrência de um desvio causal na realização de medidas restritivas de direitos fundamentais, justamente a hipótese do *conhecimento fortuito* de prova. Todavia, não é isto que sucede com a argumentação do autor espanhol logo após realizar as considerações acima.

¹³² Cf. Nicolas Gonzalez-Cuellar Serrano, *Proporcionalidad y derechos...*, p. 154.

¹³³ *Ibidem*, p. 155.

¹³⁴ *Ibidem*, p. 156.

¹³⁵ *Ibidem*, tradução livre, p. 157.

¹³⁶ *Ibidem*, tradução livre, p. 158.

Ao analisar um caso concreto (da legislação espanhola) em torno dos *conhecimentos fortuitos* de prova, as conclusões de NICOLAS SERRANO divergem por completo do pressuposto teórico por ele defendido. Isto ocorre quando o autor analisa o art. 34 da Lei nº. 16, de 17 de julho de 1989, o qual autoriza que a Administração realize investigações domiciliares com o prévio consentimento dos residentes ou através de mandado judicial, mas que estabelece em seu parágrafo 6º que “os dados ou informações obtidos somente poderão ser utilizados para as finalidades previstas nesta Lei”. Segundo o autor espanhol, a restrição legal à utilização do resultado da investigação se mostra excessiva se, no curso da busca, realizada conforme o Direito e sem desvio de poder, são encontrados casualmente dados que possam fundamentar sérias suspeitas sobre o possível cometimento de um delito.¹³⁷

Em seguida, buscando reforçar sua posição, NICOLAS SERRANO noticia que, na Espanha, a questão já foi largamente debatida no âmbito das interceptações telefônicas, concluindo-se pela validade dos *conhecimentos fortuitos*: “O problema da legitimidade da utilização, para efeitos processuais, dos dados encontrados casualmente no curso de investigações dirigidas à obtenção de informações relativas a fatos puníveis que não guardam relação com aqueles finalmente descobertos, foi levantado doutrinariamente na Espanha em relação às interceptações telefônicas. Sobre a base da solução alcançada pelo Direito alemão e italiano, foi considerado, convincentemente a nosso juízo, que se a medida é adotada regularmente (mediante a observância das garantias constitucional e legalmente estabelecidas) os resultados encontrados gozam de plenos efeitos probatórios, sempre que a gravidade dos fatos descobertos poderiam ter justificado a adoção da medida, sem que se caiba, nesses casos, falar de prova proibida, inclusive naquelas situações em que as informações incriminem pessoas distintas das inicialmente investigadas”.¹³⁸ No mais, o autor justifica a tomada de posição com alguns argumentos *ad terrorem*, como a possibilidade de que as buscas domiciliares de natureza não penal resultem na apreensão casual de livros contábeis de associações mafiosas, cujos membros possam ser responsáveis pelo cometimento de gravíssimos delitos contra a vida.¹³⁹

¹³⁷ Cf. *Proporcionalidad y derechos...*, p. 158.

¹³⁸ *Proporcionalidad y derechos...*, tradução livre, pp. 158-9. Não obstante, o autor reconhece a existência de diversos doutrinadores (Jiménez Campo, López Barja de Quiroga e Asencio Mellado) concluindo pela inadmissibilidade dos *conhecimentos fortuitos* para fins processuais (nota de rodapé 27). Como veremos adiante (Capítulo 3 *infra*), não é exatamente este o posicionamento das doutrinas alemã e espanhola, as quais condicionam a admissibilidade dos conhecimentos fortuitos ao cumprimento de certos requisitos.

¹³⁹ *Proporcionalidad y derechos...*, p. 159.

Em que pese as ponderações feitas pelo autor espanhol, cremos ser de insuperável incoerência científica o estabelecimento de rígidos contornos à regra da proporcionalidade, cuja função precípua é controlar as restrições aos direitos fundamentais, e, sem seguida, desconstruir toda essa estrutura na hipótese de a medida revelar o cometimento de crimes graves. Ora, o controle de uma medida restritiva de direitos fundamentais a partir do referencial da proporcionalidade jamais pode ser realizado *a posteriori*, sempre deve ser feito *a priori*. Do contrário, sempre admitir-se-á a *violação* (ilegítima) aos direitos fundamentais quando a medida fornecer elementos sobre o cometimento de crimes graves. Trata-se de posição que considera a eventual impunidade de crimes graves como argumento suficiente para superar os rígidos instrumentos da regra da proporcionalidade pela inadmissão do desvio de finalidade da medida restritiva. Ainda que, em tese, seja possível a construção de uma argumentação jurídica que culmine na admissão dos *conhecimentos fortuitos* quando do sopesamento entre os interesses em conflito, isto deve ser feito na última etapa do controle de proporcionalidade (proporcionalidade em sentido estrito) e demanda uma rigorosa argumentação, baseada na proteção aos direitos fundamentais. O que não se pode aceitar é uma superação rápida e simplista da sub-regra da idoneidade diante do primeiro *hard case* que ela enfrente.

Ainda que não concordemos com esta pontual aplicação prática do modelo teórico proposto por NICOLAS SERRANO para a estrutura das sub-regras da proporcionalidade, isto não inviabiliza a admissão e utilização de sua teoria, muito ao contrário, ela se mostra perfeitamente adequada aos marcos teóricos da teoria dos princípios.

Passemos então à análise dos três requisitos da sub-regra da *idoneidade*.

O primeiro requisito é a adequação qualitativa da medida. Isto significa que as medidas devem ser qualitativamente aptas para alcançar os fins previstos, isto é, idôneas por sua própria natureza. Como exemplo, pode-se dizer que é qualitativamente adequada a entrada no domicílio com o fim de buscar e apreender fontes de provas documentais relativas a um certo crime. Importa ressaltar que não basta que o meio seja

qualitativamente adequado a partir de uma perspectiva abstrata, pois é necessário que, no caso concreto, seja previsível a aptidão da medida para a consecução do fim.¹⁴⁰

O segundo requisito é a adequação quantitativa da medida. Sob um ângulo negativo, isto significa que uma medida processual restritiva de direitos fundamentais não pode ter duração e intensidade que não sejam exigidas pela própria finalidade que se pretenda alcançar, seja qual for o caráter do processo e o fim da medida.¹⁴¹

O terceiro requisito, estreitamente ligado à quarta característica da sub-regra da idoneidade referida acima, diz respeito à adequação na determinação do âmbito subjetivo de aplicação. Tal exigência orienta que as medidas que afetem direitos fundamentais devam ser aplicadas com a prévia individualização dos indivíduos cujos direitos serão objeto de restrição, razão pela qual é defeso aos órgãos de persecução sua implementação contra um conjunto indeterminado de cidadãos. Como consequência, resta proibida a extensão da medida contra indivíduos cujos direitos não sejam necessários restringir para alcançar o fim perseguido pela norma.¹⁴²

1.7.6.2. Necessidade ou exigibilidade

A *sub-regra da necessidade*, também denominada “intervenção mínima” ou “da alternativa menos gravosa”,¹⁴³ está relacionada com a noção de que ao cidadão é garantida a menor ingerência possível em seus direitos na hipótese de o Estado restringi-los para a realização do interesse público. Assim, a aplicação de uma medida processual restritiva de direito fundamental pressupõe a demonstração de que não há outro meio *suficientemente apto*¹⁴⁴ para a consecução do fim perseguido e que não restrinja o direito fundamental, ou que o restrinja com uma intensidade menor.

Vê-se que a sub-regra da necessidade não questiona a adequação da medida, pois pressupõe que tal estágio já tenha sido ultrapassado, mas sim a existência de outros meios igualmente adequados e menos invasivos para a consecução do mesmo fim. Com isto,

¹⁴⁰ Cf. Nicolas Gonzalez-Cuellar Serrano, *Proporcionalidad y derechos...*, p. 161.

¹⁴¹ *Ibidem*, p. 172.

¹⁴² *Ibidem*, p. 183.

¹⁴³ *Ibidem*, p. 189.

¹⁴⁴ *Ibidem*, p. 197.

pretende-se a *otimização* do grau de eficácia dos direitos individuais frente às intervenções que os poderes públicos podem impor ao seu exercício.

Tal como sucede com a *idoneidade*, há algumas características essenciais da *sub-regra da necessidade* que merecem destaque.

Trata-se de uma sub-regra *constitucional*, pois, conforme já esclarecido no tocante à *idoneidade*, é uma decorrência direta do assento constitucional da regra da proporcionalidade em sentido amplo.¹⁴⁵

A sub-regra possui um caráter *comparativo* porque, diferente do que ocorre com a *idoneidade* e com a *proporcionalidade em sentido estrito*, as quais são estudadas exclusivamente quanto ao seu conteúdo, efeitos e fins, a *necessidade* exige que o intérprete considere medidas alternativas igualmente idôneas.¹⁴⁶

Por fim, conforme já adiantado acima, trata-se de uma sub-regra que orienta a *otimização* do grau de eficácia dos direitos fundamentais porquanto obriga a recusa às medidas que possam ser substituídas por outras menos gravosas, de maneira que seja diminuída a intervenção nos direitos individuais.

Com o objetivo de concertizar esta sub-regra, NICOLAS GONZALEZ-CUELLAR SERRANO propõe a observância de três requisitos: idoneidade e menor lesividade da medida alternativa; cobertura legal suficiente da limitação dos direitos que a medida restrinja e; existência de infraestrutura necessária para a sua aplicação.¹⁴⁷ Juntas, tais exigências tendem a evitar o arbítrio judicial na aplicação das medidas processuais restritivas de direitos fundamentais, bem como a falta de eficácia no processo de substituição das medidas mais gravosas em favor das menos gravosas.

Quanto à condição de idoneidade e menor lesividade da medida alternativa, exige-se que a medida menos gravosa seja suficientemente eficaz para alcançar a finalidade perseguida pela medida substituída. Frise-se: não basta a existência de uma medida menos

¹⁴⁵ Cf. Nicolas Gonzalez-Cuellar Serrano, *Proporcionalidad y derechos...*, p. 190.

¹⁴⁶ *Ibidem*, pp. 196-7.

¹⁴⁷ *Ibidem*, pp. 200-1.

gravosa, é necessário que ela também realize com suficiência o fim perseguido, tal como a medida que deixará de ser aplicada.¹⁴⁸

Quanto ao segundo requisito, consiste em determinar as condições necessárias para permitir a adoção de medidas que não se encontrem previstas em lei, mas cuja adoção, por ser menos danosa do que aquelas que contam com respaldo legal, deve ser perseguida para concretização da sub-regra da necessidade.¹⁴⁹

Quanto ao terceiro requisito, considerando que os juízes podem imaginar uma grande diversidade de medidas alternativas diferentes daquelas que contam previsão legal, é preciso que a aplicação de medidas menos gravosas seja possibilitada por uma infraestrutura mínima por parte da administração da justiça, sob pena de carecerem de eficácia e acabarem sendo consideradas inidôneas em muitos casos.¹⁵⁰

Ainda que, a primeira vista, a *subegra da necessidade* não revele importância prática para o problema envolvendo os *conhecimentos fortuitos*, uma reflexão mais detida desta relação evidencia o contrário. Basta imaginar, por exemplo, a situação em que seja deferida uma medida de busca domiciliar para apreender cópias de extratos bancários e das declarações fiscais de um investigado e, no curso dessa medida restritiva de direito fundamental, seja descoberto o cometimento de um crime contra a fauna, consistente em vestígios de guarda de animal silvestre na residência, sem qualquer vinculação objetiva ou subjetiva com os fatos que deram origem à busca. Em tal circunstância, percebe-se com facilidade que a medida restritiva de direito fundamental não passa pelo filtro da proporcionalidade, especificamente quanto à sub-regra da necessidade, eis que o mesmo fim almejado (obtenção de cópias de extratos bancários e das declarações fiscais) poderia ser atingido através de um meio menos gravoso para o direito fundamental à inviolabilidade do domicílio, qual seja, a quebra do sigilo bancário e fiscal do investigado. Como consequência, a medida escolhida é desproporcional, o que enseja a declaração de ilicitude dos elementos colhidos durante o seu cumprimento para fins de prova penal,¹⁵¹ inclusive quanto às fontes de prova relativas ao crime contra a fauna.

¹⁴⁸ Cf. Nicolas Gonzalez-Cuellar Serrano, *Proporcionalidad y derechos...*, p. 201.

¹⁴⁹ *Ibidem*, p. 201.

¹⁵⁰ *Ibidem*, p. 202.

¹⁵¹ Não se desconhece a possibilidade de que tal ilicitude seja “sanada” através da teoria da fonte independente de prova, hoje positivada pelo direito brasileiro no art. 157, §§ 1º e 2º do Código de Processo

1.7.6.3. Proporcionalidade em sentido estrito

Como terceiro e último requisito da regra da proporcionalidade, cabe indagar se a medida restritiva de direito fundamental é, além de indônea e necessária, *proporcional* em sentido concreto. Em outras palavras, trata-se de realizar uma ponderação entre os direitos fundamentais em zona de atrito, de modo a evitar que medidas estatais, embora idôneas e necessárias, “restringam direitos fundamentais além daquilo que a realização do objetivo perseguido seja capaz de justificar”.¹⁵² Se o sacrifício imposto pela medida resultar excessivo, esta deverá ser considerada inadmissível, mesmo que satisfaça os demais pressupostos e requisitos estruturantes da regra da proporcionalidade.¹⁵³

Deflui dessas considerações iniciais que a aplicação da sub-regra da proporcionalidade em sentido estrito é subsidiária, só podendo ocorrer caso já tenham sido questionadas a idoneidade e a necessidade da medida, exatamente nesta ordem; sua função é afastar limitações excessivas aos direitos fundamentais, ainda que a medida restritiva se mostre *idônea* para fomentar o alcance do fim perseguido e *necessária* ante a inexistência de outros meios menos gravosos (para o direito objeto de restrição).

Cumprir fazer uma breve análise das características essenciais dessa sub-regra.

A primeira característica é o caráter *valorativo* da sub-regra, porquanto sua aplicação demanda uma avaliação empírica entre o meio escolhido e o fim perseguido,

Penal. Em linha de princípio, as fontes de prova relativas ao crime contra a fauna seriam ilícitas por derivação, mas sendo “sanada” a ilicitude primária pela fonte independente de prova, poderia ser questionada a manutenção dessa inadmissibilidade dos *conhecimentos fortuitos*.

¹⁵² Virgílio Afonso da Silva, *Direitos fundamentais...*, p. 175. O autor fornece um exemplo que, com muita clareza, demonstra a necessidade desse terceiro requisito de controle da proporcionalidade: “Vamos supor o seguinte exemplo: com o intuito de realizar o direito à privacidade, o legislador aprova um projeto de lei, que é depois sancionado e promulgado, no qual se proíbem: (1) qualquer forma de jornalismo investigativo; (2) qualquer divulgação de dados constantes em qualquer processo, em qualquer nível; (3) a publicação de qualquer foto, de qualquer pessoa, a não ser com autorização expressa do fotografado; (4) a quebra do sigilo bancário, em toda e qualquer situação. Esse é um conjunto de medidas que, sem dúvida, é adequado a fomentar o fim que se persegue – a garantia da privacidade. Seria difícil, além disso, imaginar um conjunto de medidas que seja assim eficaz para a realização desse objetivo e que, ao mesmo tempo, restrinja menos os direitos fundamentais envolvidos (entre outros, a liberdade de imprensa e a publicidade dos atos processuais”.

¹⁵³ Cf. Nicolas Gonzalez-Cuellar Serrano, *Proporcionalidad y derechos...*, p. 225.

bem como a relação de tensão entre os interesses estatais e individuais, o que, inegavelmente, implica em uma consideração dos valores envolvidos.¹⁵⁴

A segunda característica, intimamente relacionada com a primeira, diz respeito ao caráter *ponderativo* da sub-regra, pois a solução da tensão existente entre os interesses estatais e individuais só pode ser solucionada através da ponderação dos valores em atrito no caso concreto.¹⁵⁵

A terceira característica revela o caráter *material* da sub-regra. Se o caráter ponderativo poderia sugerir que estamos diante de uma sub-regra de caráter formal, a orientar uma abstrata ponderação de valores ou interesses, não é isto que se conclui após uma análise mais acurada de sua estrutura. A proporcionalidade em sentido estrito possui um fundamento material, a orientar concretamente a precedência de certos valores na ponderação realizada no caso concreto. Desde uma perspectiva histórica, remontando à sua origem no Direito Administrativo de polícia, a proporcionalidade se apresenta como favorecedora dos interesses individuais. Assim, não é admissível que a sub-regra seja analisada apenas sob uma perspectiva formal, desconsiderando seu conteúdo material de instrumento útil para a proteção dos direitos fundamentais contra medidas restritivas desproporcionais. Não por outra razão, ao comentar o caminho adotado pela doutrina e jurisprudência alemãs, NICOLAS GONZALEZ-CUELLAR SERRANO ressalta esse aspecto da sub-regra: “Assim o aceitam hoje a jurisprudência e a doutrina na R.F.A., onde se colocou em relevo que entender a proporcionalidade como princípio neutro, cuja função consistiria simplesmente em procurar a ‘estabilização’ da interpretação, equilibrando assepticamente interesses, suporia a desnaturalização de uma instituição que não pode ser compreendida senão a partir da perspectiva dos interesses que protege”.¹⁵⁶

Um exemplo de questão envolvendo a proporcionalidade em sentido estrito e os *conhecimentos fortuitos* merece ser apontado. Em algumas situações, ainda que o meio empregado seja idôneo e necessário para a obtenção da fonte de prova almejada, é possível que, desde logo, conclua-se pela violação da subregra da proporcionalidade em sentido estrito na admissão do *conhecimento fortuito* para fins de prova penal. É o caso, por

¹⁵⁴ Cf. Nicolas Gonzalez-Cuellar Serrano, *Proporcionalidad y derechos...*, p. 226.

¹⁵⁵ *Ibidem*, p. 226.

¹⁵⁶ *Ibidem*, p. 227.

exemplo, de o *conhecimento fortuito* implicar violação ao sigilo de modalidades especiais de comunicação, como ocorre nas relações entre advogado e cliente, ou entre médico e paciente. Em tais circunstâncias, ainda que a medida seja *adequada e necessária* à realização do interesse público almejado, pois permitirá a obtenção de fonte de prova relativa a crime cometido pelo investigado e não há outro meio menos gravoso para alcançá-la, haverá violação da proporcionalidade em sentido estrito, pois o interesse social de investigar e prender um criminoso será menor do que os danos sociais causados a outros valores igualmente relevantes, como a confiança que todo cidadão deposita em seu advogado ou médico, que, em última análise, é a confiança numa função essencial à administração da justiça e à realização do direito à saúde.

Por fim, vale fazer uma breve distinção entre os recursos do sopesamento e da regra da proporcionalidade na solução de colisões entre direitos fundamentais, por vezes confundidos. Se, no caso de não haver regra infraconstitucional disciplinando a colisão entre princípios (ou entre princípios e regras), a solução para o conflito normativo é atingida com a regra do sopesamento.¹⁵⁷ A sub-regra da proporcionalidade em sentido estrito surge quando há regra infraconstitucional restringindo direito fundamental, logo, ela tem como pressuposto a existência de uma medida concreta que será testada, ao passo que o sopesamento é recurso utilizado quando não há uma regra infraconstitucional de referência, razão pela qual são aplicados os princípios diretamente ao caso concreto.¹⁵⁸

1.8. A garantia do conteúdo essencial

Trata-se de argumentação recorrente tanto na doutrina quanto na jurisprudência a ideia de que, embora os direitos fundamentais não possuam um caráter absoluto, há um *conteúdo essencial* desses direitos que deve ser preservado em face de quaisquer intervenções,¹⁵⁹ tanto estatais quanto de particulares.

Contudo, essa argumentação não costuma vir acompanhada de uma demonstração racional do método de definição do *conteúdo essencial* de cada direito fundamental,

¹⁵⁷ Cf. Capítulos 1.4.3 e 1.4.4 retro.

¹⁵⁸ Cf. Virgílio Afonso da Silva, *Direitos fundamentais...*, p. 179.

¹⁵⁹ *Ibidem*, pp. 21-3, com a citação de inúmeros precedentes do Supremo Tribunal Federal e de doutrinadores defendendo a existência de um *conteúdo essencial* ou de um *núcleo essencial* dos direitos fundamentais.

impossibilitando considerá-la como uma resposta adequada para um problema de tamanha dimensão.

É nesse sentido que devem ser feitas algumas considerações sobre aquilo que se entende por *conteúdo essencial*.

Em primeiro lugar, é possível que a definição do *conteúdo essencial* dos direitos fundamentais seja encarada sob duas dimensões: objetiva e subjetiva. Na primeira hipótese, a definição do conteúdo essencial de um direito fundamental é feita a partir do significado desse direito para o corpo social como um todo, de modo que sua proteção demanda proibir “restrições à eficácia desse direito que o tornem sem significado para todos os indivíduos ou para boa parte deles”;¹⁶⁰ não exige muito esforço para concluir que esta perspectiva tende a desconsiderar por completo as situações em que não há afetação do direito fundamental para o corpo social, mesmo diante de sua eliminação em casos individuais. Na segunda hipótese, mais consentânea com uma argumentação que utilize o recurso do conteúdo essencial como método de proteção dos direitos fundamentais, o instituto é definido a partir de um enfoque subjetivo, impedindo restrições excessivas ao direito fundamental em situações individuais.

Em segundo lugar, ainda que, intuitivamente, a noção de conteúdo essencial esteja associada a uma porção fixa e bem delimitada do direito fundamental imune a restrições, a definição dos limites do conteúdo essencial pode ser abordada a partir de dois enfoques: absoluto e relativo. No primeiro caso, aduz-se que os direitos fundamentais possuem um núcleo, cujos limites externos formam uma barreira intransponível, seja lá qual for a situação e os interesses envolvidos em sua restrição;¹⁶¹ aqui, repete-se a discussão já apresentada acima no tocante aos modelos de suporte fático restrito e da teoria interna, pois, igualmente, o desafio da teoria absoluta do conteúdo essencial é definir aquilo que pertence a esse núcleo e aquilo que dele deve ser excluído. No segundo caso, mais adequado aos pressupostos teóricos já adotados neste trabalho, rejeita-se a ideia de conteúdo essencial como uma porção fixa e previamente definida de cada direito fundamental; aqui, a definição daquilo que é essencial e, portanto, deve ser protegido de

¹⁶⁰ Virgílio Afonso da Silva, *Direitos fundamentais...*, p. 185.

¹⁶¹ *Ibidem*, p. 187.

restrições excessivas, sempre dependerá das condições fáticas e das colisões entre os direitos e interesses presentes no caso concreto.¹⁶²

Considerando que no presente trabalho foi adotada a regra da proporcionalidade como instrumento de controle das restrições aos direitos fundamentais, vê-se que ela guarda uma íntima e inevitável vinculação com uma teoria relativa do conteúdo essencial, porquanto “restrições a direitos fundamentais que passam no teste da proporcionalidade não afetam o conteúdo essencial dos direitos restringidos”.¹⁶³ Disso decorre que a definição do conteúdo essencial não depende apenas de verificar o grau de intensidade da restrição ao direito fundamental, mas também de aferir o grau de satisfação do direito a ser protegido, e que legitimou a medida restritiva. Em outros termos, seguindo o raciocínio empregado para a definição do suporte fático, o qual é composto pelo âmbito de proteção e pelas eventuais intervenções que sobre ele incidam, a definição do conteúdo essencial de um direito fundamental será o resultado desse direito após suas restrições passarem pelo filtro da proporcionalidade.

Uma conclusão inevitável do que acabou de ser exposto é possibilidade de que, em casos concretos específicos, o resultado da aplicação da regra da proporcionalidade e, mais especificamente, de sua terceira sub-regra, a proporcionalidade em sentido estrito (sopesamento), seja o completo esvaziamento de um direito fundamental. Isto não pode causar espécie a quem quer que seja, pois é uma situação já reconhecida pela dogmática dos direitos fundamentais, conforme ilustra VIRGÍLIO AFONSO DA SILVA: “Quando alguém, por exemplo, tem seu sigilo telefônico devassado e suas conversas interceptadas, nada sobra desse direito fundamental. Quando se proíbe a exibição de determinado programa de televisão ou a publicação de determinada matéria jornalística também sobra pouco ou nada da liberdade de imprensa naquele caso concreto. Quando alguém é condenado a uma pena de reclusão, sua liberdade de ir e vir é aniquilada. Ou, por fim – e talvez de forma ainda mais clara –, quando alguém tem um terreno que é desapropriado, seu direito, nesse caso concreto, desaparece por completo. Em diversos casos semelhantes, por ser impossível graduar a realização de determinado direito, qualquer restrição a ele é uma restrição total ou quase total”.¹⁶⁴

¹⁶² Cf. Virgílio Afonso da Silva, *Direitos fundamentais...*, p. 196.

¹⁶³ *Ibidem*, p. 197.

¹⁶⁴ *Ibidem*, p. 199.

No plano das medidas restritivas de direitos fundamentais para fins de obtenção da prova penal, isto não significa que, da restrição total ou quase total do direito fundamental não decorram quaisquer consequências para o material resultante da execução da medida, muito ao contrário, é justamente a gravidade da intervenção feita no âmbito de proteção do direito fundamental que indicará, de um lado, a admissibilidade das fontes de prova relativas aos *conhecimentos da investigação* e, de outro lado, a inadmissibilidade daquelas que caracterizem *conhecimentos fortuitos*.

1.9. Conclusão parcial

Ao longo do presente Capítulo foram analisados diversos aspectos da dogmática dos direitos fundamentais, especialmente aqueles relacionados à estrutura das normas que reconhecem tais direitos, suas hipóteses de restrição e o método de controle de tais restrições. Simultaneamente, houve destaque para a relevância de tais aspectos para o tema dos *conhecimentos fortuitos* de prova no direito processual penal.

Nesse momento, é importante sintetizar essas considerações em uma conclusão parcial sobre a matéria objeto de pesquisa.

Os *conhecimentos fortuitos* surgem no curso da execução de meios de obtenção, durante a fase de investigação. Tais meios de obtenção de prova são medidas que podem implicar restrições de direitos fundamentais. As medidas restritivas de direitos fundamentais estão sujeitas a um controle de constitucionalidade através da regra da proporcionalidade. Portanto, a admissibilidade dos *conhecimentos fortuitos* para fins probatórios depende de seu exame à luz da regra da proporcionalidade.

As restrições de direitos fundamentais que passam pelo exame da proporcionalidade configuram intervenções legítimas no âmbito de proteção de tais direitos, ao passo que configuram intervenções ilegítimas as restrições que não passem por esse exame. Em verdade, nesse segundo caso, não se trata de *restrição*, mas sim de *violação* a um direito fundamental.

A regra da proporcionalidade é composta por pressupostos de caráter formal (legalidade) e material (justificação teleológica), assim como por requisitos extrínsecos de caráter subjetivo (judicialidade) e formal (motivação da decisão), e requisitos intrínsecos (idoneidade ou adequação; necessidade ou exigibilidade; proporcionalidade em sentido estrito). Alguns desses pressupostos e requisitos já indicam o regime jurídico aplicável aos *conhecimentos fortuitos* no âmbito dos meios de obtenção de prova.

Em primeiro lugar, deve ser rechaçada uma conceituação dos *conhecimentos fortuitos* destituída de amparo legal, baseada em um juízo de consensualidade, seja da doutrina, seja da jurisprudência. Em se tratando de medidas restritivas de direitos fundamentais, o primeiro pressuposto estabelecido pela regra da proporcionalidade é o *princípio da legalidade*, a exigir lei escrita, estrita e prévia, a conceituá-los.

Em segundo lugar, o mesmo pressuposto indica a impossibilidade de admissão dos *conhecimentos fortuitos* surgidos no âmbito de meios de obtenção de prova atípicos. Não há margem para a admissão de medidas restritivas de direitos fundamentais sem expressa previsão legal ou com previsão legal deficiente, que não estabeleça as *hipóteses* em que a medida poderá ser adotada, os *requisitos* para sua admissão e o *procedimento* a ser observado.

Em terceiro lugar, ainda com base no *pressuposto formal da legalidade*, devem ser inadmitidos os *conhecimentos fortuitos* excluídos do catálogo de crimes, especificamente no caso dos meios de obtenção de prova cuja previsão legal restrinja a medida a um rol taxativo de crimes. Em tal circunstância, o déficit de legalidade é manifesto.

Em quarto lugar, é manifesta a inobservância do *requisito extrínseco subjetivo da judicialidade* no tocante aos *conhecimentos fortuitos*, visto que não há controle judicial prévio a autorizar a restrição ao direito fundamental para obtenção de fontes de prova e elementos de informação relativos a tais *conhecimentos*. Portanto, o descumprimento do requisito é total¹⁶⁵ e acarreta sua inadmissibilidade como prova para fins processuais, pois sua obtenção corre à margem de qualquer avaliação judicial dos interesses em conflito, impedindo o necessário exame de proporcionalidade da medida.

¹⁶⁵ Diz-se *descumprimento total* em oposição ao *descumprimento parcial* do mesmo requisito no caso de alguns *conhecimentos da investigação* (Cf. Capítulos 1.7.4 *supra* e 3.2 *infra*).

Em quinto lugar, como reforço às conclusões acima, as quais já orientam a inadmissibilidade dos *conhecimentos fortuitos*, o cumprimento do requisito extrínseco formal da *motivação* tem relevância para verificar se há *vinculação* entre o resultado obtido com a realização da medida restritiva de direito fundamental e o ato que a legitimou (decisão judicial). Assim, quanto maior for o atendimento a tal requisito, mais fácil será a tarefa de classificar o resultado de um meio de obtenção de prova como *conhecimento da investigação* ou *conhecimento fortuito*. Por outro lado, a falta de motivação ou a motivação deficiente da decisão que autoriza a medida restritiva de direito fundamental prejudicará a análise da vinculação objetiva e/ou subjetiva do produto da medida com o ato que a legitimou.

Em sexto e último lugar, nos casos em que o ato legitimador (decisão judicial) da medida restritiva de direito fundamental (meio de obtenção de prova) possibilite a identificação do real objeto da investigação e, por conseguinte, daquilo que constitui *conhecimento da investigação* e daquilo que caracteriza *conhecimento fortuito*, o controle da proporcionalidade poderá operar através da subregra da *proporcionalidade em sentido estrito*. Assim, ainda que a medida atenda aos pressupostos da *legalidade* e da *justificação teleológica*, aos requisitos da *judicialidade* e da *motivação*, bem como seja *adequada* e *necessária* à realização do interesse público, pois permitirá a obtenção de fonte de prova relativa a crime cometido pelo investigado e não há outro meio menos gravoso para alcançá-la, a violação da proporcionalidade em sentido estrito poderá ser útil para verificar a admissibilidade dos *conhecimentos fortuitos*.

CAPÍTULO 2º

OS CONHECIMENTOS FORTUITOS NO CONTEXTO DOS MEIOS DE OBTENÇÃO DE PROVA

Sumário: 2.1. Aspectos gerais do inquérito policial como espécie de investigação preliminar: finalidade, natureza jurídica, atribuição e grau de cognição - 2.2. Processo penal, prova e verdade - 2.3. Polissemia do termo prova: conceitos e significados - 2.4. O direito à prova e os momentos probatórios - 2.5. Objeto da prova - 2.6. Classificações da prova: 2.6.1. Prova ilegítima e prova ilícita; 2.6.2. Prova típica, prova atípica e conceitos afins (prova anômala, prova irritual e prova nominada); 2.6.3. Prova emprestada; 2.6.4. Prova cautelar, prova antecipada e prova irrepetível - 2.7. A natureza cautelar dos meios de obtenção de prova - 2.8. Classificação dos meios de obtenção de prova: 2.8.1. Meios de obtenção de prova típicos e atípicos; 2.8.2. Meios de obtenção de prova preventivos e repressivos - 2.9. A eficácia probatória dos meios de obtenção de prova - 2.10. Inadmissibilidade das provas obtidas por meios ilícitos

2.1. Aspectos gerais do inquérito policial como espécie de investigação preliminar: finalidade, natureza jurídica, atribuição e grau de cognição

No direito brasileiro, em geral, a persecução penal é desenvolvida em duas fases: a primeira consistente em uma investigação preliminar e a segunda caracterizada pelo processo judicial.¹

Para o presente estudo, tem especial relevo analisar os aspectos gerais da primeira fase dessa persecução, mais especificamente o inquérito policial,² e alguns caracteres específicos dos meios de obtenção de prova que podem ser utilizados nessa espécie de

¹ Diz-se “em geral” porquanto não se desconhece a possibilidade de exercício da pretensão acusatória sem ter sido instaurado um inquérito policial, eis que não é peça obrigatória para o oferecimento de denúncia (cf. arts. 12, 39 § 5º e 46, § 1º, do Código de Processo Penal).

² O Código de Processo Penal de 1941 assim denomina a investigação preliminar em clara referência ao órgão encarregado da atividade. Há outras espécies de investigação preliminar (p. ex.: comissões parlamentares de inquérito, inquéritos civis públicos e processos administrativos disciplinares) que podem subsidiar a pretensão acusatória, mas o inquérito policial é o procedimento mais comum.

procedimento, porquanto é nesse campo que surge com mais frequência o fenômeno dos *conhecimentos fortuitos* de prova.

No âmbito da investigação preliminar não há uma pretensão acusatória tal como no processo judicial, há sim uma *potestas* estatal,³ caracterizada pelo exercício do poder de perseguir as condutas que ofendem ou expõem a risco os bens jurídicos protegidos pela lei penal material.

A *finalidade* da investigação preliminar, logo, do inquérito policial, é a de “averiguar e comprovar os fatos constantes na *notitia criminis*, isto é, a autoria e a materialidade”,⁴ configurando atividade preparatória para a pretensão acusatória a ser exercida no processo judicial.

De modo mais preciso, a atividade desenvolvida no bojo da investigação preliminar tende à descoberta e registro de (i) elementos de informação e (ii) fontes de prova que se mostrem pertinentes para apurar a existência (ou inexistência) de autoria e materialidade delitiva,⁵ com sua posterior utilização em juízo pelo titular da ação penal, que deles se servirá para demonstrar a justa causa da demanda ou para requer medidas cautelares.

Sob uma perspectiva garantista, também pode ser atribuída ao inquérito policial a finalidade de evitar que o investigado seja submetido às agruras do processo penal sem um mínimo de elementos indicativos da probabilidade de ocorrência do delito e de sua autoria.

Quanto a sua *natureza jurídica*, o inquérito policial é um procedimento administrativo, inquisitório, escrito e sigiloso.

O caráter procedimental pode ser identificado pela sequência de atos que devem ser praticados pela autoridade policial, sejam os atos de iniciação, sejam os atos de

³ Cf. Aury Lopes Júnior, *Sistemas de investigação preliminar no processo penal*, 4ª ed., Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2006, p. 105.

⁴ Aury Lopes Júnior, *Sistemas de...*, p. 105.

⁵ Não havendo pretensão acusatória no âmbito do inquérito policial não se podem encarar suas atividades como tendentes apenas à demonstração da existência de autoria e materialidade delitiva, mas também à inexistência de tais elementos. Essa diferença pode parecer sutil, mas é ela que justificará a investigação de fatos e circunstâncias favoráveis ao suspeito/investigado, que demonstrem a existência de causas excludentes de ilicitude ou de culpabilidade, ou a própria atipicidade da conduta investigada.

desenvolvimento, sejam os atos de conclusão do inquérito policial.⁶ Para o tema dos *conhecimentos fortuitos* merecerá especial atenção os atos de desenvolvimento do inquérito policial, pois alguns atos investigatórios que podem ser realizados no curso do inquérito policial (p. ex.: *meios de obtenção de prova*) demandam rígido controle na forma, amplitude e prazo, de sua execução.

O inquérito policial ostenta natureza inquisitória na medida em que não é um procedimento desenvolvido em contraditório – embora a garantia constitucional da ampla defesa tenha plena vigência em seu âmbito⁷ –, e disso decorre que os atos de investigação nele praticados terão valor de *elementos de informação* e não de *elementos de prova*,⁸ quer dizer, tais elementos não poderão ser utilizados pelo juiz para formação de seu convencimento na fase processual (cf. prevê o art. 155, *caput*, do Código de Processo Penal).⁹ *Prova*, em sentido técnico-processual, será apenas aquela produzida perante o juiz e as partes em contraditório,¹⁰ o que não é o caso de tais elementos. Ressalve-se o caso das provas cujo risco de perecimento demande sua produção de forma antecipada, como ocorre com a prova testemunhal realizada na forma do art. 225 do Código de Processo Penal;¹¹ nesse caso, o próprio contraditório é antecipado.

A natureza escrita do inquérito policial está expressamente prevista no art. 9º do Código de Processo Penal, assim como seu caráter sigiloso (art. 20, *caput*).

⁶ Em sentido contrário, negando ao inquérito policial a natureza de procedimento, Antonio Scarance Fernandes (*Processo penal...*, p. 70) sustenta que “Sequer o inquérito é procedimento, pois falta-lhe característica essencial do procedimento, ou seja, a formação por atos que devam obedecer a uma sequência predeterminada pela lei, em que, após a prática de um ato, passa-se à do seguinte até o último da série, numa ordem a ser necessariamente observada”.

⁷ Cf. o art. 5º, inciso LV, da Constituição Federal.

⁸ Essa relevante distinção é feita pelo Projeto de Reforma do Código de Processo Penal (PLS nº. 156/2009, do Senado): “Art. 33. Os elementos informativos do inquérito policial devem ser colhidos no sentido de elucidar os fatos e servirão para a formação do convencimento do Ministério Público sobre a viabilidade da acusação, bem como para a efetivação de medidas cautelares, pessoais ou reais, a serem decretadas pelo juiz das garantias”.

⁹ Nesse sentido: Antonio Magalhães Gomes Filho, Gustavo Henrique Righi Ivahy Badaró, *Prova e sucedâneos de prova no processo penal brasileiro*, In *Revista Brasileira de Ciências Criminais*, n. 65, São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, mar./abr. 2007, p. 193.

¹⁰ Cf. Ada Pellegrini Grinover, *O conteúdo da garantia do contraditório*, In *Novas tendências do direito processual*, Rio de Janeiro: Forense Universitária, 1990, p. 22.

¹¹ Eis os termos do dispositivo: “Art. 225. Se qualquer testemunha houver de ausentar-se, ou, por enfermidade ou por velhice, inspirar receio de que ao tempo da instrução criminal já não exista, o juiz poderá, de ofício ou a requerimento de qualquer das partes, tomar-lhe antecipadamente o depoimento”.

No que diz respeito à *atribuição*, desde a Lei n.º. 261, de 3 de dezembro de 1841,¹² a função de investigar condutas criminosas é atribuída à polícia, a qual a desempenha através do inquérito policial.¹³

É importante notar que mesmo atribuindo à polícia a tarefa de conduzir a investigação, isto não exclui a participação de outras instituições no decorrer do procedimento, muito ao contrário, determinados métodos de investigação dependem da expressa manifestação e autorização de outros entes, como ocorre com diversos meios de obtenção de prova que, por implicarem restrições a direitos fundamentais, devem ser autorizados pelo Poder Judiciário após manifestação do Ministério Público.

A propósito das atribuições do Ministério Público no curso da investigação preliminar, o art. 129, *caput* e inciso VIII, da Constituição Federal, prevê como função do referido órgão requisitar diligências investigatórias e a instauração de inquérito policial, sempre que se revelarem indispensáveis para a formação de sua *opinio delicti*. Tudo isto além da atribuição de exercer o controle externo da atividade policial (art. 129, inciso VII), ainda que a posterior persecução penal se dê por meio de ação penal de iniciativa privada, pois, não é demais lembrar, o Ministério Público é fiscal da lei e como tal deve zelar pelo respeito aos direitos fundamentais do investigado.

Quanto à participação da defesa no inquérito policial, o Código de Processo Penal, em seu art. 14, prevê a possibilidade de o indiciado requerer diligências, mas condiciona sua realização a um juízo discricionário da autoridade policial.¹⁴ A participação da defesa, especialmente através do defensor técnico, tem relevância para o tema dos *conhecimentos fortuitos*, na medida em que ela pode auxiliar na identificação de eventuais desvios de finalidade na execução de meios de obtenção de prova.

¹² Cf. José Henrique Pierangeli, *Processo penal: evolução histórica e fontes legislativas*, 2ª ed., São Paulo: IOB Thomson, 2004, p. 134.

¹³ Na atual ordem constitucional, tal atribuição está prevista no art. 144, § 1º, inciso I e § 4º.

¹⁴ Antonio Scarance Fernandes (*O equilíbrio na investigação criminal*, In *Estudos em homenagem à professora Ada Pellegrini Grinover*, coord. Flávio Luiz Yarshell e Maurício Zanoide de Moraes, São Paulo: DPJ, 2005, pp. 327-8) alerta para a necessidade de conferir maiores poderes à defesa na fase de investigação como forma de equilibrar o jogo de forças com o Ministério Público, o qual tem avançado seus poderes investigatórios nas últimas décadas.

Além da participação do Ministério Público e da defesa, a investigação criminal também conta com a participação do Poder Judiciário, o qual deve figurar não como juiz instrutor, que participa ativamente da fase investigativa, mas sim como juiz de garantias (juiz-garante), porquanto é incompatível com um processo penal de modelo acusatório a figura de um juiz que investigue e formule hipóteses acusatórias em desfavor do investigado. O modelo de processo penal estabelecido pelo legislador constituinte de 1988 bem delimitou as funções de acusar, defender e julgar, não havendo espaço para confusão entre as funções de acusar e julgar no mesmo sujeito.¹⁵

Quanto ao *grau de cognição* almejado pelo inquérito policial, trata-se de procedimento meramente preparatório, visto que tende apenas a justificar o processo (com a formulação da pretensão acusatória) ou o não-processo (com o arquivamento), logo, deve-se afastar a ideia de que seja um *juízo de certeza*, próprio do processo judicial e da instrução definitiva.

Não se trata de uma apuração *plena* da autoria e da materialidade delitiva, mas tão-somente dos elementos que apontem para a *probabilidade* de existência do delito e de sua autoria. Trata-se de atividade que almeja apenas a probabilidade, não a certeza, porquanto esta última é própria da fase seguinte da persecução, o processo judicial.

Portanto, se em um dos extremos do grau de cognição está a mera *possibilidade* (notícia-crime), na linha intermediária se encontra a *probabilidade* (denúncia) e no outro extremo a *certeza* (sentença condenatória).

Há muita relevância em frisar esse caráter sumário da investigação, porquanto a atividade instrutória com vistas a determinar a certeza de ocorrência de um fato tido por

¹⁵ Essa é a leitura que deve ser feita do art. 156, *caput*, parte final, do Código de Processo Penal, mesmo com a alteração operada pela Lei nº. 11.690/2008, cuja locução “de ofício” poderia ser interpretada como atribuição de poderes investigatórios ao juiz penal, conforme alerta Antonio Magalhães Gomes Filho (*Provas: Lei 11.690, de 09.06.2008*, In *As reformas no processo penal: as novas leis de 2008 e os projetos de reforma*, coord. Maria Thereza Rocha de Assis Moura, São Paulo: Revista dos Tribunais, 2008, p. 261) “Daí porque o novo texto do inc. I do art. 156 do CPP só pode ser lido à luz da Constituição e, em especial, no quadro do modelo de processo acusatório que ela consagra. E isso afasta, sem dúvida, a figura do juiz investigador. Ademais, para uma interpretação sistemática da Lei 11.690/2008, cabe retomar aquilo que ficou dito a propósito da redação dada ao art. 155: o legislador sublinha uma nítida e apropriada distinção entre o que é prova e aquilo que constitui *elemento informativo* da investigação. Ao dizer, assim, que o juiz pode determinar produção antecipada de *provas consideradas urgentes e relevantes*, a lei não contempla outra coisa senão a iniciativa judicial para a antecipação de atos tendentes à formação de *provas* – não de elementos de investigação -, diante do risco de desaparecimento ou deterioração das *fontes* de informação”.

criminoso é própria da fase judicial. Do contrário, o processo se torna atividade inútil, mera repetição dos atos praticados na investigação preliminar.

Se a finalidade do inquérito policial está limitada à colheita de fontes de prova e elementos de informação em grau de probabilidade - suficiente para gerar no espírito do Ministério Público e do juiz um convencimento quanto à existência do crime e a provável autoria delitiva, os meios de obtenção de prova executados em seu curso não podem almejar a certeza, mas também a probabilidade. Como veremos adiante, por vezes, os *conhecimentos fortuitos* de prova decorrem justamente da violação desse caráter sumário, dando ao inquérito policial ares de instrução probatória.

2.2. Processo penal, prova e verdade

O tema da *prova* é dos mais relevantes não apenas para a ciência processual, mas também para a filosofia e a teoria científica, porquanto está relacionado com a incessante busca (pelo homem) do conhecimento verdadeiro.

No caso da prova judiciária, seu estudo está imbricado com as concepções e paradigmas consagrados por uma sociedade em determinada época, visto que sua finalidade não se resume à formação do convencimento judicial, ela visa também à obtenção do consenso do grupo social em nome do qual será proferida a decisão. Tanto é assim que a história registra diversos modelos de sistemas probatórios, os quais se assentam sob as mais diversas premissas, representativas das ideologias vigentes no seu respectivo momento histórico. Portanto, pode-se dizer que a prova é um fenômeno cultural.¹⁶

Comumente, a existência de um processo é justificada pela controvérsia fática estabelecida entre a acusação e a defesa, as quais afirmam ou negam a ocorrência de fatos penalmente relevantes.

¹⁶ Cf. Antonio Magalhães Gomes Filho, *Notas sobre...*, p. 303.

A prova penal se posiciona no centro desse embate, funcionando como instrumento útil para a demonstração da veracidade das alegações das partes sobre a ocorrência ou inoocorrência dos fatos. Ademais, em um processo penal de inspiração democrática, a própria legitimidade da decisão judicial está intimamente conectada à existência de “provas” (*rectius*: elementos probatórios) que sustentem suas conclusões, afastando-a do mero arbítrio judicial.

Não menos relevante do que determinar o papel desempenhado pela prova é a discussão sobre a “verdade” a ser perseguida no processo penal.

De início, é de se reconhecer que a justiça de uma decisão está intimamente ligada a uma correta verificação dos fatos sobre os quais se fundam as pretensões das partes. A busca da *verdade processual* representa um valor que legitima a atividade jurisdicional, sendo que restariam esvaziados “valores como legalidade, correção e justiça da decisão, se não se reconhece a verdade dos fatos como condição necessária para a correta aplicação da norma”.¹⁷

Isto não significa que a *verdade processual* seja um valor absoluto, cuja perseguição deva ser feita a todo custo. Muito ao contrário, diversas normas incidentes sobre a produção e a valoração da prova impõem limitações à atividade de pesquisa de dados de conhecimento sobre os fatos tidos por delituosos. Sendo assim, desde já, vê-se que a verdade alcançada pelo processo sempre será uma “verdade relativa”.¹⁸

No entanto, o reconhecimento de que as limitações impostas à pesquisa de dados probatórios impedem o alcance de um conhecimento absoluto dos fatos também não pode servir de argumento para negar a busca da verdade como método para alcance de uma decisão justa.

¹⁷ Gustavo Henrique Righi Ivahy Badaró, *Ônus da prova no processo penal*, São Paulo: Revista dos Tribunais, 2003, p. 27.

¹⁸ A superação de um conceito de verdade absoluta no processo já foi ressaltada por Ada Pellegrini Grinover (*Prova Emprestada*, In *O processo em evolução*, Rio de Janeiro: Forense Universitária, 1996, p. 56): “A verdade absoluta, correspondendo a poderes ilimitados do juiz, há de ser desmistificada, tomando-se hoje a expressão ‘verdade real’ em seu sentido correto: de um lado, no sentido da verdade subtraída à influência que as partes, por seu procedimento 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, obtida por um método processualmente legítimo”.

Conforme já observamos, em um Estado Democrático de Direito a realização da justiça (e do ato de poder) depende do conhecimento verdadeiro dos fatos, ou seja, trata-se de condição necessária para a aplicação do direito ao caso concreto. Para tanto, a relação entre *verdade* e *prova* deve ser entendida não como relação de identidade, mas sim como uma relação teleológica.¹⁹

Há também limitações de caráter epistemológico ao conhecimento alcançado pelo juiz no processo penal, porquanto a representação feita pelo sujeito cognoscente (juiz) do objeto representado (fatos delituosos) é sempre indireta, ocorre através das alegações feitas pelas partes e das provas que as sustentam.²⁰

E isto não é exclusividade do processo penal, trata-se de limitação imposta a qualquer tipo de processo, visto que a realidade externa é apenas a referência para determinar a verdade ou a falsidade das alegações feitas pelas partes, logo, a *verdade processual* é aquela apreendida pelo juiz e que pode ou não ter identidade com tal realidade externa.²¹

A importância da delimitação de tais conceitos para o processo penal é reconhecer a impossibilidade de se atingir um conhecimento absoluto (e imaculado) da realidade externa, quer dizer, a *verdade processual* será sempre relativa, razão pela qual ela não pode ser utilizada como finalidade “suprema” da atividade probatória. É relevante frisar: a realidade externa existe e deve servir de referência, padrão de medida, para que um

¹⁹ Cf. Gustavo Henrique Righi Ivahy Badaró, *Processo penal*, Rio de Janeiro: Campus Elsevier, 2012, p. 266.

²⁰ Daí que o conceito de verdade deve ser encarado como correspondência entre a representação que o sujeito cognoscente faz do objeto e o que o objeto efetivamente é, sendo que a linguagem intermedia essa relação entre o sujeito e o objeto, conforme ressalta Gustavo Henrique Righi Ivahy Badaró (*Processo penal*, Rio de Janeiro: Campus Elsevier, 2012, p. 266), com apoio em Ferrer Beltrán: “valemo-nos, nesse ponto, da explicação de Ferrer Beltrán, sobre como deve ser entendido o enunciado ‘*p* está provado’. Não significa nem que ‘*p* é verdadeiro’, o que seria uma relação conceitual, nem que ‘*p* foi estabelecido pelo juiz’. Neste último caso, sem dúvida o convencimento psicológico do juiz é uma condição necessária, mas não suficiente, à qual deve acrescentar-se a aplicação, na formação do convencimento do juiz, de critérios de racionalidade e regras da lógica. Assim sendo, o enunciado ‘*p* está provado’ deve ser entendido como sinônimo de ‘há elementos de prova suficientes a favor de *p*’. Isso não quer dizer que a proposição, porque está provada, seja verdadeira. Uma hipótese fática pode resultar provada ainda que seja falsa. Assim sendo, afirmar que ‘*p* está provado’ denota que este enunciado será verdadeiro quando se dispuser de elementos de prova **suficientes** a favor de *p*, e falso quando não se dispuser de elementos de prova a favor de *p* ou quando eles forem **insuficientes**. Todavia, isso não exclui que o enunciado possa ser considerado verdadeiro, porque confirmado por suficientes elementos de prova, embora não corresponda, efetivamente, à realidade dos fatos” (grifos do autor).

²¹ Em virtude desses fundamentos não faz sentido a já ultrapassada dicotomia *verdade material* e *verdade formal*, incidentes, respectivamente, no processo penal e no processo civil.

enunciado fático seja considerado verdadeiro ou falso, de maneira que a *verdade* seja apreendida pelo juiz, não construída.

A *verdade* existe quando há correspondência exata entre o objeto representado (fatos tidos por delituosos) e a representação que o sujeito cognoscente (juiz) faz deles. No caso do processo, a apreensão que o juiz faz dos fatos é sempre indireta, ocorre através das alegações (sobre os fatos) feitas pelas partes, as quais podem ser verdadeiras ou falsas.

Diante dos limites legais e epistemológicos impostos à atividade de pesquisa de dados probatórios no processo, a verdade processual consiste num alto grau de *probabilidade* de que o juiz fez uma correta representação dos fatos, isto é, que o sujeito cognoscente fez uma correta representação do objeto a ser reconhecido.

Portanto, a busca da verdade deve ser encarada como um meio, um instrumento para a correta aplicação da lei penal, não como um fim absoluto a ser perseguido. Basta ver que as limitações legais impostas à atividade probatória para preservar outros valores reconhecidos pelo ordenamento jurídico são antiepistêmicas.

2.3. Polissemia do termo prova: conceitos e significados

A natureza polissêmica do termo *prova* é comumente verificada na linguagem cotidiana e isto se repete na linguagem científica, em especial na jurídica.

Com o intuito de possibilitar o correto manuseio das categorias jurídicas ligadas ao fenômeno da *prova penal* e relevantes para o tema dos *conhecimentos fortuitos*, em particular os *meios de obtenção de prova*, torna-se indispensável aclarar tal polissemia.

Começemos pela identificação dos significados gerais do vocábulo *prova* para a ciência processual e, sem seguida, dos conceitos que ele pode receber em cada um das manifestações do fenômeno probatório.

Em termos gerais, tudo que possuir aptidão para levar o conhecimento de alguma coisa a alguém pode ser considerado *prova*, mas diversas são as acepções que podem ser

atribuídas ao referido vocábulo. Na linguagem processual, resumidamente, costumam ser indicados três significados: i) experimentação; ii) demonstração; iii) desafio.²²

A noção de prova como *experimentação* se verifica quando, no curso da instrução probatória, é feita uma pesquisa para recolher e analisar elementos que confirmem ou neguem as alegação (sobre um fato) feita pela parte.

Já a ideia de prova como *demonstração* está relacionada à apresentação de dados de conhecimento que sejam idôneos para demonstrar a veracidade de um enunciado fático, ou seja, as informações úteis para a decisão judicial.

Por último, o emprego do vocábulo prova como *desafio* diz respeito à situação em que a superação de determinado certo obstáculo é condição necessária para que se reconheça a veracidade de um enunciado fático. Aqui, o termo *prova* adquire o significado de *teste*.

Essas três acepções gerais do termo podem ser identificadas em diversos fenômenos da disciplina da prova. É importante distinguir cada um dos conceitos que a doutrina já estabeleceu para esse complexo fenômeno, a fim de evitar confusões terminológicas e identificar com mais precisão as categorias jurídicas que lhe são relacionadas.

Aduz-se a existência de cinco definições para o termo *prova* na linguagem processual, são elas: i) fonte de prova; ii) meio de obtenção de prova; iii) meio de produção de prova; iv) elemento de prova; v) resultado de prova.²³ Analisemos cada um desses conceitos em separado, deixando por último a distinção entre meio de obtenção de prova e meio de produção de prova, tendo em vista suas peculiaridades e relevância para o estudo dos *conhecimentos fortuitos* de prova.

Entende-se por *fonte de prova* as pessoas ou coisas das quais pode ser extraída a *prova (rectius: o elemento de prova)*. Daí a classificação das fontes em *personais* (vítima,

²² Cf. Antonio Magalhães Gomes Filho, *Notas sobre...*, p. 306.

²³ Cf. Antonio Magalhães Gomes Filho, *Notas sobre...*, pp. 307-10; Gustavo Henrique Righi Ivahy Badaró, *Processo penal*, Rio de Janeiro: Campus Elsevier, 2012, pp. 269-73.

testemunha, acusado e perito) e *reais* (documentos, *lato sensu*). Observe-se que, normalmente,²⁴ as *fontes de prova* são anteriores ao processo (p. ex.: a vítima é fonte de prova pessoal que somente surge no processo através do depoimento judicial).

Considera-se *elemento de prova* o dado objetivo com aptidão para confirmar ou refutar um enunciado fático e que tem relevância para a decisão judicial. Vários são os exemplos: o teor do laudo elaborado pelo perito ou o conteúdo do seu depoimento; o conteúdo da declaração de uma testemunha sobre o fato; o conteúdo de um documento juntado aos autos. São os *elementos de prova* que, por meio de procedimentos inferenciais, formam o convencimento judicial sobre a veracidade dos enunciados fáticos feitos pelas partes.²⁵

Por *resultado de prova* deve-se entender a conclusão alcançada pelo juiz a partir dos elementos de prova disponíveis no processo. Trata-se do resultado do procedimento intelectual feito pelo julgador a partir da soma dos elementos de prova e que permitirá dizer se os enunciados fáticos são verdadeiros ou falsos.

Considera-se *meio de prova* o instrumento através do qual é levado para o processo o dado informativo útil para a decisão, isto é, o canal de informação utilizado para trazer a *fonte de prova* para o processo.²⁶ Daí falar-se que na *prova testemunhal* e na *prova documental* os dados informativos são fixados, respectivamente, *por meio* do testemunho e do documento.²⁷

Já o *meio de obtenção de prova* é caracterizado como o instrumento apto a pesquisar elementos de informação e fontes de prova, posteriormente introduzidos e fixados no processo através de algum *meio de prova*. Enquanto o *meio de obtenção de prova* serve ao convencimento judicial apenas indiretamente, pois o resultado de sua

²⁴ Diz-se normalmente porquanto há a possibilidade da *fonte de prova* surgir no curso do processo (p. ex.: o perito, fonte de prova pessoal, surge no decorrer da instrução probatória).

²⁵ Cf. Antonio Magalhães Gomes Filho, *Notas sobre...*, p. 307.

²⁶ Marina Gascón Abellán (*Los hechos en el derecho: bases argumentales de la prueba*, Madrid: Marcial Pons, 1999, pp. 84-5) põe em relevo a *função cognoscitiva* do meio de prova ao identificá-lo com tudo aquilo que *permite formular* ou *verificar* os enunciados assertivos sobre os fatos.

²⁷ Cf. Antonio Magalhães Gomes Filho, *Notas sobre...*, p. 309.

realização não poderá servir de plano para a decisão judicial, o *meio de prova* fornece *elementos de prova* diretamente utilizáveis pelo julgador.²⁸

Assim, os *meios de obtenção de prova* são instrumentos utilizados para a pesquisa probatória,²⁹ servem à prova, não ao juiz, logo, não são instrumentos de convencimento. Isto é de suma importância, pois, no âmbito do processo judicial, o juiz não poderá utilizar o resultado alcançado pelo *meio de obtenção de prova* diretamente como elemento de convicção. O correto é que o *meio de obtenção de prova* possibilite às partes o conhecimento de *fontes de prova* que, uma vez pertinentes e relevantes para o *thema probandum*, poderão ser introduzidas no processo através dos *meios de produção de provas*.³⁰

Em geral, os *meios de obtenção de prova* são realizados no âmbito *extraprocessual*, por agentes policiais, sem a imediação das partes e do juiz no momento de sua execução, o que reclama sua expressa regulamentação por lei, porquanto, no mais das vezes, implicam restrições a direitos fundamentais do investigado, normalmente as liberdades públicas relativas à privacidade, à intimidade e à liberdade de manifestação do pensamento.³¹ Exemplos de tais restrições são: a quebra do sigilo bancário ou fiscal, que configura restrição à intimidade (art. 5º, inciso X, da Constituição Federal); a busca domiciliar, que representa restrição à inviolabilidade do domicílio (art. 5º, inciso XI, da Constituição Federal); a interceptação telefônica, expressamente prevista como exceção ao regime geral

²⁸ Germano Marques da Silva (*Curso de processo penal*, vol. II, 4ª ed., Lisboa: Verbo, 2008, pp. 233-4) enfatiza essa distinção a partir de uma dupla perspectiva, *lógica e técnico-operativa*: “Na perspectiva lógica os meios de prova caracterizam-se pela sua aptidão para serem por si mesmos fonte de convencimento, ao contrário do que sucede com os meios de obtenção da prova que apenas possibilitam a obtenção daqueles meios. Na perspectiva técnico-operativa os meios de obtenção da prova caracterizam-se pelo modo e também pelo momento da sua aquisição no processo, em regra nas fases preliminares, sobretudo no inquérito. Normalmente são modos de investigação para obtenção de meios de prova e, por isso, que o modo de sua obtenção seja particularmente relevante”.

²⁹ Antonio Scarance Fernandes (*Prova e sucedâneos de prova no processo penal*, In *Revista Brasileira de Ciências Criminais*, n. 66, São Paulo: Revista dos Tribunais, mai./jun. 2007, p. 209) classifica o campo dos meios de obtenção de prova em quatro grupos: a) os exames, as vistorias, as revistas; b) as buscas, as apreensões, os sequestros; c) as interceptações, as escutas, as quebras de sigilo; c) as ações encobertas, a infiltração policial.

³⁰ Excepcionalmente, o meio de obtenção de prova já colhe um elemento (p. ex.: a apreensão de um extrato bancário ou de uma agenda pessoal no curso e uma busca domiciliar), de modo que sua admissão na fase judicial, isto é, sua jurisdicionalização, já o transformará em elemento de prova.

³¹ Cf. Capítulo 1.7.2.

de inviolabilidade das comunicações telefônicas (art. 5º, inciso XII, da Constituição Federal).³²

As notas características dos *meios de obtenção de prova* e dos *meios de produção de prova* permitem identificar os regimes jurídicos que lhes são aplicáveis, assim como a eficácia probatória que pode ser atribuída a cada um deles. De se notar que tais características gerais não formam dois modelos estanques, pois é possível que alguma espécie não ostente todas as características comumente atribuídas ao seu instituto.

De um lado, em geral, é possível observar que os *meios de obtenção de prova* são executados na fase de investigação preliminar, com o fito de possibilitar às partes o conhecimento de *fontes de prova*, posteriormente utilizadas para a postulação de *meios de prova* na fase judicial. Daí decorre que os meios de obtenção de prova são atividades *extraprocessuais* que, em geral, são realizadas pelos órgãos de polícia. Há também o aspecto do fator surpresa,³³ pois o prévio conhecimento da medida pelo sujeito passivo pode acarretar sua ineficácia, razão pela qual a garantia do contraditório não é observada no ato de execução do meio, mas apenas em momento posterior, de forma diferida. Como consequência, os *elementos informativos* e as *fontes de prova* obtidos a partir de um *meio de obtenção de prova* não são úteis para formar o convencimento judicial sobre o mérito da causa, ou seja, eles não têm eficácia probatória plena. Ademais, a execução dos *meios de obtenção de prova* em descompasso com o modelo legalmente estabelecido para o ato lhes impõe a sanção de inadmissibilidade.

De outro lado, os *meios de produção de prova* são concretizados já na fase processual – salvo as hipóteses em que há produção antecipada de provas –, logo, são atividades *endoprocessuais*. Daí decorre que o ambiente natural para sua produção é o juízo da causa e com a plena vigência do contraditório, ou seja, com o conhecimento e a possibilidade de participação das partes. Os dados de conhecimento colhidos a partir de um *meio de produção de prova* são *elementos de prova*, relevantes para o objeto da prova e

³² Cf. Gustavo Henrique Righi Ivahy Badaró, *Processo penal*, Rio de Janeiro: Campus Elsevier, 2012, pp. 270-1.

³³ Gustavo Henrique Righi Ivahy Badaró (*Processo penal*, Rio de Janeiro: Campus Elsevier, 2012, p. 273) alerta que nem sempre o fator surpresa estará presente. Como exemplo, o autor cita a quebra do sigilo bancário ou fiscal, em que os dados relevantes para a investigação estão armazenados em órgãos públicos e podem ser acessados a qualquer momento, sem risco de que o investigado os altere ou suprima, razão pela qual o contraditório deve ser realizado antes da autorização do *meio de obtenção de prova*.

aptos a formarem o convencimento judicial sobre o mérito da causa. Por fim, eventual desrespeito ao modelo legalmente previsto para o ato acarretará sua nulidade.

Outro aspecto de relevo envolvendo a distinção entre tais institutos está ligado aos poderes instrutórios do juiz.

Em um processo penal de estrutura acusatória não é facultado ao julgador buscar novas *fontes de prova* para além daquelas introduzidas nos autos pelas partes,³⁴ sob pena de se tornar um juiz inquisidor, violando a imparcialidade que dele se espera. Por outro lado, é facultado ao juiz explorar as *fontes de prova* já introduzidas nos autos pelas partes, inclusive determinando de ofício a realização de *meios de produção prova*.³⁵

Todas essas considerações sobre os *meios de obtenção de prova* têm especial importância para o tema dos *conhecimentos fortuitos* de prova, visto que, por excelência, este é o local de seu surgimento.

Não é ainda o momento de analisar com profundidade todos os aspectos envolvendo o tema desta pesquisa no âmbito dos *meios de obtenção de prova*. Provisoriamente, importa registrar que os *conhecimentos fortuitos* surgem como a descoberta inesperada, casual, de elementos de informação e/ou fontes de prova no curso da execução de *meios de obtenção de prova*.

Considerando que, em geral, um *meio de obtenção de prova* implica restrição a direitos fundamentais e, portanto, demanda prévia autorização judicial, sua execução sempre estará vinculada à hipótese fática acolhida por tal decisão judicial, a qual poderá ser confirmada ou refutada após a realização da medida, isto é, há uma suposição de que ocorrerá um fato criminoso e de que o *meio de obtenção de prova* possibilitará obter dados informativos sobre a materialidade delitiva e autoria desse fato. Assim, caso o resultado do *meio de obtenção de prova* seja a confirmação da hipótese fática acolhida pela decisão judicial, decerto serão colhidos elementos de informação e/ou fontes de prova que podem ser classificados como *conhecimentos da investigação*; por outro lado, caso o resultado do *meio de obtenção de prova* apresente elementos de informação e/ou fontes de prova

³⁴ Por exemplo, determinando de ofício a realização de um meio de obtenção de prova.

³⁵ Cf. Gustavo Henrique Righi Ivahy Badaró, *Ônus da prova...*, pp. 167-8.

relativos a crimes e/ou sujeitos completamente ignorados pela investigação até aquele momento (por conseguinte, pela decisão judicial que autorizou a medida), estaremos diante de *conhecimentos fortuitos* de prova.

2.4. O direito à prova e os momentos probatórios

No atual panorama constitucional, não há como se negar a existência do *direito à prova* no processo penal.

Se uma das principais funções da *prova* é formar a convicção judicial acerca da ocorrência ou inoocorrência dos fatos imputados ao réu e, por conseguinte, conferir legitimidade às decisões judiciais – do contrário estar-se-ia diante de mero arbítrio do julgador –, soa óbvio que, num Estado Democrático de Direito, deve ser assegurado às partes o direito de introduzir no processo os dados informativos que demonstrem os fatos sobre os quais assentam suas pretensões.

Em essência, o *direito à prova* é um corolário dos direitos de ação³⁶ e de defesa, pois de nada adiantaria o Estado prever tais direitos se, simultaneamente, não disponibilizasse às partes os instrumentos necessários ao seu pleno exercício. Ademais, tal direito também é uma decorrência lógica da garantia constitucional do contraditório.³⁷

Contudo, o *direito à prova* não é absoluto, muito ao contrário, em certas ocasiões o próprio ordenamento impõe-lhe certas limitações como forma de compatibilizá-lo com outros interesses tutelados e também relevantes para o corpo social.³⁸

No campo da prova penal, tais limitações poderão ter caráter *endoprocessual* ou *extraprocessual*.

³⁶ Art. 5º, inciso XXXV, da Constituição Federal.

³⁷ Art. 5º, inciso LV, da Constituição Federal. Ada Pellegrini Grinover (*Prova Emprestada*, In *O processo em evolução*, Rio de Janeiro: Forense Universitária, 1996, p. 55) ressalta esse aspecto ao afirmar que o direito à prova é uma resultante do contraditório, é o direito de contradizer provando.

³⁸ Cf. Antonio Magalhães Gomes Filho, *Direito à prova no processo penal*, São Paulo: Revista dos Tribunais, 1997, p. 91.

As restrições ao direito à prova de caráter *endoprocessual* decorrem de razões lógicas e epistemológicas, ou seja, tendem a garantir a melhor correção possível na atividade de pesquisa dos dados probatórios. Por outro lado, normalmente, as limitações que decorrem de razões *extraprocessuais* estão ligadas a fundamentos políticos, escolhas feitas pelo legislador para preservar outros bens jurídicos de maior relevância, também tutelados pelo Estado.

Por tais razões, entende-se que o direito à prova engloba não apenas o direito de influir na formação do convencimento judicial através da introdução de dados informativos no processo, mas também o direito de impor limites à atividade probatória da parte adversa, impedindo que provas contrárias ao ordenamento sejam introduzidas no processo.³⁹

Quanto aos momentos em que tal direito pode ser exercido, chamados de *momentos probatórios*, podemos identificar cinco estágios na persecução penal: i) investigação; ii) propositura; iii) admissão; iv) produção; v) valoração.⁴⁰

O primeiro momento probatório está relacionado com o *direito à investigação*. Caracteriza-se como o direito da parte de pesquisar elementos de informação e fontes de prova úteis para a formação da *opinio delicti*, bem como para evitar a instauração de ação penal sem justa causa. Esta é a tradicional visão sobre a investigação no processo penal brasileiro, a qual só reconhece como protagonistas investigatórios o Ministério Público e o acusador privado, primordialmente através do inquérito policial. No entanto, em respeito ao princípio da igualdade de partes, é forçoso reconhecer a necessidade de uma disciplina legal da investigação defensiva.

O segundo momento probatório está relacionado com o *direito à proposição* da prova, caracterizado pela possibilidade de as partes postularem em juízo as provas que consideram pertinentes e relevantes para o exercício de suas pretensões. Em geral, a acusação propõe suas provas quando oferece a denúncia ou queixa, enquanto a defesa as

³⁹ Ao tratar do tema, Antonio Magalhães Gomes Filho (*Direito à prova...*, p. 93) acentua que as limitações impostas ao direito à prova de uma das partes também tende a garantir “o direito da parte contrária a uma prova corretamente obtida, produzida e valorada”.

⁴⁰ Cf. Gustavo Henrique Righi Ivahy Badaró, *Processo penal*, Rio de Janeiro: Campus Elsevier, 2012, p. 278.

propõe por ocasião da resposta escrita, prevista no art. 396-A, *caput*, do Código de Processo Penal.

O terceiro momento probatório ocorre com o *direito à admissão* das provas que tenham sido propostas e, a um só tempo, sejam lícitas, pertinentes e relevantes. O deferimento ou indeferimento das proposições de provas ocorre por meio de decisão judicial que, simultaneamente, deve analisar a exclusão de eventuais provas inadmissíveis. Assim, se a sanção de nulidade é aplicada *ex post factum*, com a inadmissibilidade ocorre o contrário, pois ela é aplicada *ex ante*, impedindo seu ingresso no processo quando houver vedação legal para a produção de determinada prova.⁴¹

O quarto momento probatório surge com o *direito à produção* da prova. Se esta for proposta e admitida, a parte poderá produzi-la em juízo, o que ocorre através dos *meios de prova*. Regra geral, a prova deve ser produzida *em* contraditório, quer dizer, na presença das partes e do juiz da causa, salvo quando esta não for a essência do *meio de prova* (p. ex.: prova documental), ocasião em que o contraditório é diferido.

O quinto e último momento probatório surge com o *direito à valoração da prova* regularmente produzida. Isto não significa que o juiz esteja obrigado a acolher a prova, mas sim examiná-la e atribuir-lhe algum valor. Os diversos momentos probatórios que antecedem a valoração judicial da prova seriam inócuos se, no momento de avaliação do resultado dessa atividade, o juiz pudesse desconsiderar as provas (*rectius*: elementos de prova) regularmente produzidas.

Das considerações feitas sobre o direito à prova e os momentos probatórios, vale sublinhar dois aspectos importantes para o tema dos conhecimentos fortuitos.

A uma, o fato de que a perspectiva negativa do direito à prova impõe a inadmissibilidade das provas obtidas por meios ilícitos, quer dizer, o direito da parte de ser confrontada somente com provas corretamente obtidas.

⁴¹ É importante esclarecer que, por vezes, a prova inadmissível é produzida e incorporada ao processo, de modo que a discussão é deslocada para a providência de desentranhamento de tal prova (dos autos do processo).

A duas, os momentos probatórios da *investigação* e da *admissão* das provas. No que se refere ao primeiro momento, o resultado dos *meios de obtenção de prova* executados no curso da *investigação* poderá revelar a descoberta fortuita de elementos de informação e/ou fontes de prova até então ignoradas. Quanto ao segundo momento, o juízo de admissão dos *meios de prova* propostos pelas partes deverá avaliar a licitude dos elementos de informação e/ou fontes de prova fortuitamente descobertos no curso de um meio de obtenção de prova.

2.5. Objeto da prova

É recorrente a afirmação de que o *objeto da prova* judicial é a demonstração dos fatos tidos por delituosos, mas a moderna doutrina bem esclarece que o objeto da prova repousa nas “alegações sobre os fatos” e não nos “fatos” propriamente considerados; isto porque um fato é um fenômeno da vida que ocorreu ou não ocorreu, ou seja, é um dado da realidade ou um exercício da imaginação. Já as afirmações que são feitas sobre a ocorrência ou inoocorrência de tais fatos, estas sim são verdadeiras ou são falsas.⁴²

A atividade probatória desempenhada pelas partes no curso do processo busca demonstrar que suas afirmações (sobre os fatos) são verdadeiras, e ao juiz cabe a tarefa de decidir qual a versão dos fatos que encontra maior amparo nos elementos de provas produzidos. Assim, o *objeto da prova* não é demonstrar a ocorrência dos fatos, mas sim a veracidade das afirmações que as partes fazem sobre sua ocorrência ou inoocorrência.

Se, por um lado, o juiz não pode se desincumbir do poder-dever de decidir sobre as *questões de direito* levadas ao seu conhecimento (*iura novit curia*), quer dizer, sobre o direito aplicável à causa, independentemente de sua comprovação pelas partes, por outro lado, as *questões de fato* devem ser decididas à luz da prova produzida pelas partes sobre a ocorrência de certos fatos pretéritos. Nesse sentido, o *objeto da prova* e a atividade probatória estão mais relacionados com a interpretação conferida aos fatos pelas partes do que com tais fatos propriamente considerados.

⁴² Cf. Gustavo Henrique Righi Ivahy Badaró, *Processo penal*, Rio de Janeiro: Campus Elsevier, 2012, p. 277; Marina Gascón Abellán, *Los hechos...*, p. 83.

Todavia, ainda que haja consenso das partes na alegação de um determinado fato, no processo penal, ao contrário do que sucede com o processo civil, mesmo os fatos incontrovertidos devem ser *objeto de prova* (p. ex.: a confissão, por si só, não é suficiente para embasar uma sentença condenatória, devendo ser corroborada por outros elementos de prova).

Portanto, não é demais frisar: o *objeto da prova* são as alegações sobre os fatos e a vigência e teor das normas jurídicas.

2.6. Classificações da prova

Estabelecidas essas noções iniciais sobre a investigação preliminar e alguns aspectos gerais do fenômeno probatório na persecução penal, é o momento de definir algumas classificações e sentidos do termo prova já consagradas pela doutrina, as quais serão de grande utilidade para o posterior enquadramento dogmático dos *conhecimentos fortuitos* de prova.

2.6.1. Prova ilegítima e prova ilícita

Em uma perspectiva de política legislativa, o tema da prova ilícita (ou obtida por meios ilícitos) está centrado na necessidade de se compatibilizar, de um lado, a investigação de fatos criminosos para defesa da sociedade e, de outro lado, o respeito aos direitos fundamentais do indivíduo que podem ser afetados durante a persecução penal.⁴³

Se é certo que, no processo, as partes titularizam um direito à prova, corolário das garantias de ação, de defesa e do contraditório, isto não significa que tal direito seja absoluto. Ao contrário, há diversos limites impostos ao exercício dessa liberdade probatória, os quais, em sua grande maioria, são antiepistêmicos.⁴⁴

⁴³ Cf. Ada Pellegrini Grinover, *Liberdades públicas e processo penal: as interceptações telefônicas*, 2ª ed., São Paulo: Revista dos Tribunais, 1982, p. 93.

⁴⁴ Como exemplos desses limites, a legislação processual penal prevê diversos impedimentos para que prestem depoimento as pessoas que, em razão de função, ministério, ofício ou profissão, devam guardar segredo (art. 207), ou a recusa de depor facultada aos parentes e afins do acusado (art. 206).

Isto demonstra que a investigação de infrações penais e a correta apuração dos fatos não são valores absolutos, que possam ser perseguidos com o sacrifício de direitos e garantias fundamentais dos indivíduos. Sob essa perspectiva, longe de caracterizar um apego ao formalismo, o respeito ao método probatório se revela um valor a ser preservado, cujo resultado é um ganho de legitimidade para a atividade jurisdicional.

Portanto, vê-se que estamos diante de um dos temas mais relevantes no âmbito da teoria geral da prova penal, que diz respeito às sanções de ilicitude e ilegitimidade aplicáveis às provas produzidas em desacordo com normas constitucionais, legais ou os princípios gerais do ordenamento.⁴⁵

Tanto a *prova ilícita* quanto a *prova ilegítima* são espécies do gênero *prova vedada*.⁴⁶

Adotando a definição proposta pelo italiano PIETRO NUVOLONE,⁴⁷ grande parte da doutrina brasileira estabelece a distinção *prova ilícita* e *prova ilegítima* a partir da natureza do impedimento (de produção) de prova objeto de violação.⁴⁸

Quando a vedação à produção da prova decorrer de uma proibição de natureza processual, estabelecida em virtude de interesses lógicos e teleológicos do processo, a prova resultante de tal violação será *ilegítima* (p. ex.: na falta de perito oficial, a elaboração de “laudo” por apenas uma pessoa que não possui diploma de curso superior, situação em que há violação de norma de direito processual, qual seja, o art. 159, § 1º, do Código de Processo Penal). Por outro lado, quando a vedação à produção de prova possuir fundamento em uma proibição de natureza substancial, relacionada à preservação de direitos reconhecidos pelo ordenamento aos indivíduos, a prova resultante de tal violação será *ilícita* (p. ex.: o depoimento obtido mediante tortura, no qual há violação de normas de

⁴⁵ Em seu art. 5º, inciso LVI, a Constituição Federal prevê que “são inadmissíveis, no processo, as provas obtidas por meios ilícitos”, enquanto o art. 157, *caput*, do Código de Processo Penal, estabelece que “São inadmissíveis, devendo ser desentranhadas do processo, as provas ilícitas, assim entendidas as obtidas em violação a normas constitucionais ou legais”.

⁴⁶ Cf. Ada Pellegrini Grinover, Antonio Scarance Fernandes, Antonio Magalhães Gomes Filho, *As nulidades...*, p. 158.

⁴⁷ *Le prove vietate nel processo penale nei paesi di diritto latino*, In *Rivista di Diritto Processuale*, v. 21, Padova, 1966, pp. 470 e ss.

⁴⁸ Cf. Ada Pellegrini Grinover, *Liberdades públicas...*, pp. 96-9.

direito material).⁴⁹ No primeiro caso o ato será ilegítimo, desprovendo de eficácia os *elementos de prova* produzidos, já no segundo caso o ato será ilícito, tornando ineficazes as *fontes de prova e/ou os elementos de informação* colhidos.

Note-se que a proibição de natureza substancial (a ensejar o reconhecimento de que uma prova é ilícita) deve corresponder a um direito fundamental. Não é à toa que, na Constituição brasileira, a garantia da inadmissibilidade das provas ilícitas está topograficamente situada no capítulo dos direitos e garantias fundamentais, pois, conforme alerta THIAGO ANDRÉ PIEROBOM DE ÁVILA, “Sua finalidade é criar um sistema de atividade processual que respeite minimamente os direitos elencados na Constituição tidos como essenciais para a convivência em sociedade. O problema perante o caso concreto é delimitar a linha que separa o plano da constitucionalidade e o da legalidade, haja vista o caráter analítico de nossa Constituição”.⁵⁰

Quanto ao momento em que ocorre a produção de tais provas, normalmente a *prova ilícita* é produzida fora do processo, especialmente quando resulta de um meio de obtenção de prova;⁵¹ já a *prova ilegítima* é aquela que decorre de violação a uma proibição de natureza processual no curso do processo.

A configuração de uma ou outra irregularidade tem profundas consequências para a sanção a ser aplicada. No caso da *prova ilegítima*, a sanção será de nulidade do ato realizado, que poderá ser absoluta ou relativa e passível de renovação, a depender do grau

⁴⁹ Cf. Ada Pellegrini Grinover, Antonio Scarance Fernandes, Antonio Magalhães Gomes Filho, *As nulidades...*, p. 158.

⁵⁰ *Provas ilícitas e proporcionalidade*, Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2007, p. 96. Nesse mesmo sentido é a observação de Gustavo Henrique Righi Ivahy Badaró (*Processo penal*, Rio de Janeiro: Campus Elsevier, 2012, p. 287-9) ao afirmar que “Por fim, e mais relevante, é de considerar que as linhas que demarcam a distinção entre prova ilícita e prova ilegítima, se abstratamente consideradas bem demarcadas, na prática, muitas vezes se mostram apagadas ou inseguras. Isso porque, em muitos casos, há violações de dispositivos constitucionais ou legais que teriam um aspecto bifronte, podendo ser lidos, de um lado, como uma garantia constitucional de proteção das liberdades públicas, e, de outro, como um regramento processual delimitando os mecanismos para realização de um meio de prova ou de obtenção de prova. (...) Em suma, podem ser definidas com provas ilícitas as provas obtidas, admitidas ou produzidas com violação das garantias constitucionais, sejam as que asseguram liberdades públicas, sejam as que estabelecem garantias processuais”.

⁵¹ É possível que uma prova ilícita seja confeccionada no âmbito do processo judicial: imagine-se a inquirição de uma testemunha com o emprego de tortura psicológica. Nesse sentido também é o entendimento de Guilherme Madeira Dezem (*Da prova penal: tipo processual, provas típicas e atípicas*, Campinas: Millenium, 2008, p. 123), que cita outro exemplo: “Imagine-se, por exemplo, a hipótese de magistrado que obtenha confissão do acusado violando o privilégio da não-autoincriminação ou coagindo o acusado. Nessa situação é possível entender a ocorrência de prova ilícita no curso do processo”.

de violação da proibição de natureza processual; no caso da *prova ilícita*, a sanção será de inadmissibilidade, isto é, ela não produzirá efeitos no processo e, na hipótese de ter ingressado nos autos, ela deverá ser desentranhada (cf. art. 157, *caput*, do Código de Processo Penal). Ainda quanto à *prova ilícita*, observe-se que a sanção de inadmissibilidade também é aplicada às provas que dela derivarem (art. 157, § 1º, do Código de Processo Penal).

Considerando que, no mais das vezes, os *conhecimentos fortuitos* de prova surgem na execução de um *meio de obtenção de prova*, anterior ao processo e mediante restrição a direitos fundamentais, a eventual consideração de eles não possuem aptidão probatória decorrerá da sanção de ilicitude, não de ilegitimidade.

2.6.2. Prova típica, prova atípica e conceitos afins (prova anômala, prova irritual e prova nominada)

A classificação da prova a partir do critério da *tipicidade* não conta com extensa discussão na doutrina nacional.

Na doutrina italiana, o tema vem sendo debatido há mais tempo e com maior atenção, especialmente após a reforma processual de 1988, quando o legislador previu a admissão de provas atípicas no art. 189 do Código de Processo Penal, isto é, “prova não disciplina pela lei” (conforme a redação do dispositivo).

No direito brasileiro, não há regra específica na legislação processual penal⁵² que imponha uma taxatividade dos meios de prova, de modo que a produção de provas sem disciplina legal é admitida, mas com a obediência a determinadas restrições gerais.⁵³

⁵² No âmbito do processo civil, há norma expressa sobre o tema no art. 332 do Código de Processo Civil: “Todos os meios legais, bem como os moralmente legítimos, ainda que não especificados neste Código, são hábeis para provar a verdade dos fatos, em que se funda a ação ou a defesa”. Por analogia (art. 3º, do Código de Processo Penal), é possível a aplicação do referido dispositivo ao processo penal.

⁵³ Vicente Greco Filho (*Manual de processo penal*, 7ª ed., São Paulo: Saraiva, 2009, p. 188) sustenta a admissibilidade de meios de prova sem previsão legal desde que “consentâneos com a cultura do processo moderno, ou seja, que respeitem os valores da pessoa humana e a racionalidade”.

A grande celeuma em torno do tema começa com a definição daquilo que deve ser considerado *prova típica* e *prova atípica*. Ademais, o conceito de *prova atípica* costuma ser confundido com outros fenômenos, tais como a *prova anômala* e a *prova irritual*. Em grande parte, tal confusão terminológica decorre da adoção de uma posição restritiva ou ampliativa do que se entende por tipicidade e atipicidade probatórias.⁵⁴

Afirma GUILHERME MADEIRA DEZEM que a posição restritiva associa a ideia de atipicidade probatória à “ausência de previsão legal da fonte de prova que se quer utilizada no processo”,⁵⁵ ou seja, afasta-se da noção de atipicidade a eventual ausência de previsão legal do meio de produção de prova ou, ainda que este conte com expressa previsão, da ausência de regulamentação de seu procedimento probatório.

Por outro lado, a posição ampliativa enxerga uma prova como atípica em duas situações: i) quando há previsão da prova (*rectius*: do meio de prova) no ordenamento, mas não do seu procedimento probatório; ii) quando não há previsão da prova (*rectius*: do meio de prova) e tampouco do seu procedimento probatório.⁵⁶

Por vezes, há no ordenamento a previsão de um determinado meio de prova, porém não há especificação de seu rito probatório. Há também situações em que inexistente previsão meio de prova, e tampouco do procedimento probatório. Em ambos os casos, a posição ampliativa enxerga a ocorrência de prova atípica, incluindo o requisito da regulamentação do *procedimento* na noção de tipicidade probatória.

Seguindo o entendimento de GUILHERME MADEIRA DEZEM, cremos mais adequada para os propósitos do presente estudo a posição ampliativa acerca da prova atípica, a qual permitirá distinguir com mais clareza tal instituto de outras figuras afins, como a prova anômala e a prova irritual, as quais têm sido invocadas no processo penal brasileiro como

⁵⁴ Cf. Guilherme Madeira Dezem, *Da prova penal: tipo processual, provas típicas e atípicas*, Campinas: Millenium, 2008, pp. 143-51.

⁵⁵ *Da prova penal: tipo processual, provas típicas e atípicas*, Campinas: Millenium, 2008, p. 144.

⁵⁶ Cf. Guilherme Madeira Dezem, *Da prova penal: tipo processual, provas típicas e atípicas*, Campinas: Millenium, 2008, p. 147. Essa também é a posição de Antonio Scarance Fernandes (*Prova e sucedâneos de prova no processo penal*, In *Revista Brasileira de Ciências Criminais*, n. 66, São Paulo: Revista dos Tribunais, mai./jun. 2007, p. 199), o qual afirma: “prova típica é aquela prevista e dotada de procedimento próprio para sua efetivação; a prova atípica é aquela que, prevista ou não, é destituída de procedimento para sua realização”.

se fossem hipóteses de provas atípicas.⁵⁷ Ademais, como ressalta o referido autor, a posição restritiva peca por não enxergar a impossibilidade de que alguma fonte de prova escape dos conceitos de *pessoa* e de *coisa*, razão pela qual é muito difícil conceber fontes de prova realmente atípicas: “a limitação da atipicidade probatória tão-somente às fontes de prova afasta a própria possibilidade de existência das provas atípicas no sistema: é que, dada a definição deste termo apresentada no tópico 2 do capítulo 3, são fontes de prova as pessoas ou as coisas sobre as quais recairá a atividade probatória. Ora, nesta situação, difícil imaginar algo que não seja *pessoa* ou *coisa* e que possa ser fonte de prova atípica”.⁵⁸

Portanto, a ideia de tipicidade probatória é integrada pela expressa *nominação* do meio de prova e pelo *procedimento probatório*, de modo que somente será típica a prova nominada e que conte com regulamentação procedimento probatório, ainda que por remissão ao rito probatório de outro meio de prova.

Daí não ser possível confundir a *prova típica* com a *prova nominada* que não possui regulamentação do procedimento probatório. Toda *prova típica* é uma *prova nominada*, mas nem toda *prova nominada* é uma *prova típica*. A *prova nominada* sem regulamentação do procedimento probatório é uma *prova atípica*.⁵⁹

A eficácia probatória da *prova atípica* é a mesma da *prova típica*, desde que sejam respeitados os requisitos e condições do procedimento probatório do meio de prova que é tomado como base, por analogia.

Feitas essas considerações sobre a *prova atípica*, importa distingui-la de outras duas figuras também relacionadas ao exame da *tipicidade probatória*: a *prova anômala* e a *prova irritual*.

⁵⁷ E isto tem se mostrado um desvirtuamento inaceitável em um sistema processual que consagra o princípio da legalidade na disciplina da prova, pois a admissão da atipicidade não pode se tornar subterfúgio para o desrespeito à regulamentação dos meios de prova típicos. Antonio Magalhães Gomes Filho e Gustavo Henrique Righi Ivalhy Badaró (*Prova e sucedâneos...*, pp. 184-96) noticiam diversos exemplos desses desvirtuamentos, tais como as *declarações escritas de testemunhas*, o *chamamento de corrêu* e a *testemunha de ouvir dizer*.

⁵⁸ *Da prova penal: tipo processual, provas típicas e atípicas*, Campinas: Millenium, 2008, p. 151.

⁵⁹ Como exemplo de meio de prova atípico, porém nominado, cite-se a “reprodução simulada dos fatos”, prevista no art. 7º, do Código de Processo Penal, e vulgarmente chamada de “reconstituição do crime”. Tal prova é nominada em lei, mas não há previsão do seu procedimento probatório.

Se no caso da distinção entre *prova típica* e *prova atípica* a discussão (sobre a tipicidade probatória) está centrada na existência ou inexistência de previsão legal, no caso da *prova anômala* e da *prova irritual* o debate está calcado na inobservância do procedimento legalmente estabelecido para um determinado meio de prova. Ou seja, há previsão legal do meio de prova e de seu procedimento, porém não há o regular cumprimento do método estabelecido para a produção da prova.

Entende-se por *prova anômala* a prova típica que é utilizada para fins diversos daqueles que lhe são próprios, mas com características de outra prova típica. Em outros termos, há um meio de prova específico para a produção de uma prova, mas desconsidera-se tal previsão legal e a prova é produzida através do procedimento de outro meio de prova.

A pretexto de produzir uma prova atípica, admissível pelo ordenamento, busca-se produzir uma prova não através de um procedimento probatório que lhe é típico, mas sim por meio de outro procedimento probatório. Isto representa um inadmissível desvirtuamento dos modelos legais para a produção das provas, os quais têm a finalidade de assegurar a genuidade e a capacidade demonstrativa dos meios de prova.⁶⁰

Como exemplo de prova anômala, a doutrina tem citado a recorrente substituição da prova testemunhal pela juntada de declarações escritas de quem poderia ser testemunha. Nesse caso, o canal de comunicação próprio para a inserção da fonte de prova no processo é a prova testemunhal, cujo procedimento probatório estabelece diversas formalidades: inquirição da testemunha na presença do juiz, mediante o compromisso de dizer a verdade (art. 203 do Código de Processo Penal), e sob a advertência das penas cominadas ao delito de falso testemunho (art. 210 do Código de Processo Penal). Não estando presente

⁶⁰ Nesse sentido é a precisa observação de Gustavo Henrique Righi Ivahy Badaró (*Provas atípicas e provas anômalas: inadmissibilidade da substituição da prova testemunhal pela juntada de declarações escritas de quem poderia ser testemunha*, In *Estudos em homenagem à professora Ada Pellegrini Grinover*, coord. Flávio Luiz Yarshell e Maurício Zanoide de Moraes, São Paulo: DPJ, 2005, p. 344): “Nos casos em que a lei estabelece um determinado procedimento para a produção de uma prova, o respeito dessa disciplina legal assegura a genuidade e a capacidade demonstrativa de tal meio de prova. Toda vez que tal procedimento probatório não é seguido, o problema que se coloca não é saber se o meio de prova produzido é típico ou atípico, mas sim se os requisitos e condições previstos em lei, mas que não foram observados na admissão ou produção da prova eram ou não essenciais para tal meio probatório”. No mesmo sentido é a observação feita por Germano Marques da Silva (*Curso de processo penal*, vol. II, 4ª ed., Lisboa: Verbo, 2008, p. 230): “A atipicidade dos meios de prova respeita apenas a meios de prova não regulados por lei. Relativamente aos meios de prova previstos na lei, isto é, tipicizados, deve respeitar-se a regulamentação legal. A inobservância da regulamentação legal implica violação das regras probatórias, não torna o meio atípico”.

qualquer das exceções legais, a colheita do depoimento deve ser feita oralmente (art. 204 do Código de Processo Penal), permitindo às partes a formulação de perguntas (art. 212 do Código de Processo Penal) e a possibilidade de contraditar a testemunha (art. 214 do Código de Processo Penal). Todas essas formalidades essenciais para assegurar a idoneidade da prova testemunhal são inobservadas quando a parte a transforma em um “documento”, produzido sem a presença da parte contrária e o controle judicial no ato de produção da prova;⁶¹ por conseguinte, violam-se garantias constitucionais como o contraditório e o devido processo legal (art. 5º, incisos LV e LIV).

Ademais, a transformação da oitiva de uma testemunha em uma prova documental configura clara violação ao Pacto Internacional de Direitos Civis e Políticos (art. 14, item 2, “e”) e a Convenção Americana de Direitos Humanos (art. 8º, item 2, “f”),⁶² os quais estabelecem o direito da defesa de “inquirir as testemunhas presentes no tribunal”.

A *prova irritual*, por seu turno, surge quando uma prova típica é produzida sem a observância do rito probatório previsto em lei. Nesse caso, o meio de prova escolhido é correto, porém a irregularidade repousa no descumprimento das formalidades legalmente previstas para a produção da prova. Como exemplo de prova irritual tome-se a situação em que o reconhecimento pessoal é feito por “apontamento”, suprimindo-se a primeira fase do ato, de descrição da pessoa a ser reconhecida, bem como a formalidade de colocá-la ao lado de outras pessoas, quando possível, em descompasso com o art. 226, *caput*, I e II, do Código de Processo Penal.

2.6.3. Prova emprestada

⁶¹ Esse desvirtuamento foi muito bem estudado por Gustavo Henrique Righi Ivahy Badaró (*Provas atípicas e provas anômalas: inadmissibilidade da substituição da prova testemunhal pela juntada de declarações escrotas de quem poderia ser testemunha*, In *Estudos em homenagem à professora Ada Pellegrini Grinover*, coord. Flávio Luiz Yarshell e Maurício Zanoide de Moraes, São Paulo: DPJ, 2005, pp. 341-52), o qual ressalta a anomalia da prova a partir da violação ao contraditório: “o documento é um meio de prova típico, idôneo a introduzir no processo elementos de prova pré-constituídos, enquanto a prova testemunhal é constituída no próprio processo, em contraditório e na presença do juiz. Essa é uma diferença fundamental: enquanto a produção da prova testemunhal já ocorre em contraditório, a produção da prova documental foge ao método dialético, somente vindo ao contraditório a se operar na fase de admissão da prova no processo”.

⁶² Tais diplomas internacionais integram o ordenamento jurídico brasileiro. No caso do Pacto Internacional de Direitos Civis e Políticos, seu texto foi aprovado pelo Congresso Nacional através do Decreto Legislativo nº. 226/91, tendo sido recepcionado no direito interno por meio do Decreto nº. 592/92. Já a Convenção Americana de Direitos Humanos foi aprovada pelo Congresso Nacional por meio do Decreto Legislativo nº. 27/92 e, posteriormente, promulgada pelo Decreto nº. 678/92.

Em um plano ideal, a prova deve ser produzida no processo no qual gerará efeitos, com a presença das partes e do juiz natural da causa. No entanto, há casos em que uma prova é regularmente produzida em um processo, a fim de nele gerar efeitos, e depois é trasladada, sob a forma documental, para outro processo: trata-se da prova emprestada.⁶³ Ainda que tenha sido juntada na forma documental no segundo processo, a prova emprestada ostenta o mesmo valor probatório a ela conferido no primeiro processo (p. ex.: o depoimento de uma testemunha é juntado sob a forma documental no segundo processo, mas não terá o valor de prova documental e sim de prova testemunhal, tal como no primeiro processo).

A admissibilidade de tal prova depende da observância de diversos requisitos, os quais visam a preservar o conjunto de garantias constitucionais que disciplinam a prova penal. São eles: i) a prova do primeiro processo deve ter sido produzida perante o juiz natural do segundo processo; ii) a parte contra quem será utilizada a prova no segundo processo deve ter tido a possibilidade de exercer o contraditório sobre tal prova no primeiro processo; iii) o objeto da prova deve ser o mesmo nos dois processos; iv) o âmbito de cognição dos dois processos deve ser o mesmo.⁶⁴

Quanto ao primeiro requisito, exige-se que a prova tenha sido produzida na presença do *juiz natural*,⁶⁵ pois, do contrário, haverá um vício no seu ato de formação no segundo processo. Note-se que tal identidade não é física, mas sim do órgão jurisdicional constitucionalmente competente.⁶⁶

Quanto ao segundo requisito, exige-se que a parte contra quem será utilizada a prova no segundo processo tenha participado do ato de produção da prova no primeiro

⁶³ Cf. Ada Pellegrini Grinover, *Prova Emprestanda*, In *O processo em evolução*, Rio de Janeiro: Forense Universitária, 1996, p. 62; Gustavo Henrique Righi Ivahy Badaró, *Processo penal*, Rio de Janeiro: Campus Elsevier, 2012, p. 274; Adalberto José Q. T. de Camargo Aranha, *Da prova no processo penal*, 7ª ed., São Paulo: Saraiva, 2006, p. 254; Guilherme Madeira Dezem, *Da prova penal: tipo processual, provas típicas e atípicas*, Campinas: Millenium, 2008, p. 108.

⁶⁴ Cf. Gustavo Henrique Righi Ivahy Badaró, *Processo penal*, Rio de Janeiro: Campus Elsevier, 2012, p. 274. Em sentido mais restrito, exigindo apenas os requisitos do juiz natural e do contraditório: Ada Pellegrini Grinover, *Prova Emprestanda*, In *O processo em evolução*, Rio de Janeiro: Forense Universitária, 1996, pp. 62-3.

⁶⁵ Cf. Gustavo Henrique Righi Ivahy Badaró, *Processo penal*, Rio de Janeiro: Campus Elsevier, 2012, p. 275.

⁶⁶ Cf. Ada Pellegrini Grinover, Antonio Scarance Fernandes, Antonio Magalhães Gomes Filho, *As nulidades...*, p. 150.

processo. Assim, se o meio de produção de prova corresponder a uma fonte oral (p. ex.: inquirição de uma vítima), é imprescindível que a parte tenha participado do ato no primeiro processo, quer dizer, é necessário que tenha ocorrido a imediatidade, não bastando o contraditório diferido do segundo processo.⁶⁷ Note-se que não basta a mera presença dessa parte, mas também que ela tenha tido a oportunidade de contrariar tal prova.

Quanto ao terceiro requisito, exige-se que o objeto da prova seja o mesmo nos dois processos. Isto significa que a finalidade para a qual foi produzida a prova no primeiro processo não pode destoar daquela que se pretende alcançar no segundo processo. A propósito desse requisito, GUSTAVO HENRIQUE RIGHI IVAHY BADARÓ exemplifica que “não se pode emprestar uma prova produzida em um processo civil sobre guarda de filho, em que se fez prova de que o pai, por usar substância entorpecente, não poderia ter a guarda da criança, para demonstrar que o acusado era usuário de drogas, em um processo penal”.⁶⁸

Quanto ao quarto requisito, exige-se uma correspondência entre o grau de cognição exercido na produção da prova no primeiro processo e aquele que será realizado no segundo processo. Uma prova produzida com cognição sumária (p. ex.: processo cautelar) não pode ser transportada para um processo em que a cognição é plena (p. ex.: procedimento ordinário).

A admissibilidade (e conseqüente eficácia probatória) da prova emprestada depende, necessariamente, da observância de todos esses requisitos, os quais buscam assegurar sua legitimidade constitucional e legal, uma vez que tal prova não é produzida no âmbito do processo no qual gerará efeitos. Na hipótese de não preenchimento de algum desses requisitos, a prova emprestada não terá valor algum, ou seja, sequer poderá ser introduzida no segundo processo.

Ademais, é importante fazer luz sobre uma questão de suma relevância que conecta a *prova emprestada* aos *conhecimentos fortuitos* de prova. Trata-se de verificar o sentido do termo “prova” quando se fala em prova emprestada.

⁶⁷ Diferente é a hipótese de uma prova pré-constituída transportada do primeiro para o segundo processo (p. ex.: prova documental). Nesse caso, tanto no primeiro quanto no segundo processo o contraditório é diferido.

⁶⁸ *Processo penal*, Rio de Janeiro: Campus Elsevier, 2012, p. 276.

Caso o vocábulo seja empregado com o significado de *meio de obtenção de prova*, realiza-se o empréstimo da *fonte de prova* ou dos *elementos de informação* captados por aquela medida. Caso a “prova” objeto de empréstimo seja o resultado de um *meio de produção de prova*, há o traslado de um *elemento de prova*.

No primeiro caso, que mais interessa ao presente estudo, há o empréstimo dos elementos informativos e/ou das fontes de prova que interessam para o segundo processo, mas que foram colhidos durante a execução de um meio de obtenção de prova do primeiro processo. E há uma peculiaridade no que diz respeito ao preenchimento dos quatro requisitos apontados acima.

Quanto a dois requisitos não há nenhuma grande diferença em relação ao empréstimo de prova realizado nos meios de produção de prova. Em tese, o empréstimo do resultado do meio de obtenção de prova pode atender aos requisitos do *juiz natural* e do *objeto da prova* sem maiores preocupações.

Todavia, quanto à exigência do contraditório da parte tanto no primeiro quanto no segundo processo, rememore-se que, em geral, o contraditório nos meios de obtenção de prova é feito de forma diferida, em virtude do efeito surpresa, daí a impossibilidade que ele tenha ocorrido nos dois processos de forma plena. E quanto ao requisito do âmbito de cognição, note-se que o resultado do meio de obtenção de prova de um processo não pode ser transportado com o *valor* de meio de produção de prova para o segundo processo. Assim, por exemplo, uma interceptação telefônica que tenha sido realizada no primeiro processo e tenha gerado o conhecimento de *fonte de prova* testemunhal, através dos diálogos captados, não pode ser *emprestada* para o segundo processo com o valor de prova testemunhal, muito menos prova documental. Ela deve receber no segundo processo o mesmo valor probatório do primeiro: *fontes de prova*.

Por último, uma importante questão relativa ao valor probatório da *prova emprestada* surge quando ela for declarada ilícita no processo originário.

De início, não pode haver dúvida de que a legalidade na disciplina da prova (art. 5º, inciso LVI da Constituição Federal) também se aplica ao instituto da prova emprestada. No

entanto, deve-se atentar para duas situações distintas: i) quando houver a declaração de ilicitude da prova originária, melhor sorte não socorrerá a prova emprestada, que não poderá ser utilizada no segundo processo, devendo ser desentranhada, sob pena de haver uma violação indireta da garantia constitucional; ii) quando houver sido anulado o primeiro processo por uma questão sem qualquer vínculo com a *prova emprestada*, então esta poderá ser admitida no segundo processo.⁶⁹

2.6.4. Prova cautelar, prova antecipada e prova irrepitível

Algumas classificações do termo prova decorrem da sua produção em estágio processual anterior àquele em que ela é inserida no processo. Isto se deve ao fato de que, por vezes, a demora do processo pode comprometer o resultado do provimento final, exigindo a produção da prova antes do início da demanda ou, já no seu curso, mas em momento diverso daquele em que ela deveria ser confeccionada.

Esse é o contexto no qual estão inseridas as provas cautelares, antecipadas e não-repetíveis, previstas no Código de Processo Penal em seu art. 155, *caput*, parte final.

No caso das provas, as medidas cautelares buscam preservar a futura atividade probatória, quando o decurso do tempo impossibilite ou dificulte a utilização de pessoas e coisas como fontes de prova.

Por *prova antecipada* deve-se entender a execução antecipada dos meios de produção de prova, que pode ocorrer tanto na fase judicial – mas antes do momento procedimental natural (fase instrutória) – quanto na fase investigatória – antes da própria instauração da relação jurídico-processual –, sempre que houver impossibilidade ou dificuldade na posterior extração de elementos da fonte de prova (pessoa ou coisa) das fontes de prova. No Código de Processo Penal não há expressa previsão legal do procedimento a ser observado na produção antecipada de provas, razão pela qual toma-se por empréstimo aquele previsto no Código de Processo Civil (arts. 846 a 851 e 861 a 866, c.c. art. 3º do Código de Processo Penal).

⁶⁹ Cf. Guilherme Madeira Dezem, *Da prova penal: tipo processual, provas típicas e atípicas*, Campinas: Millenium, 2008, p. 112.

A *prova irrepitível*, por seu turno, é caracterizada pela impossibilidade de que uma fonte de prova seja novamente utilizada para a extração de elementos de prova, devido à ocorrência de fatos ou circunstâncias imprevisíveis, isto é, torna-se impossível a reapresentação de uma pessoa ou coisa como fonte de prova em juízo, pela ocorrência do fato imprevisível.

A impossibilidade de reapresentação da fonte de prova não implica a dispensabilidade do contraditório, muito ao contrário, ele deve ser realizado, mas de forma diferida.

Como ilustração de *prova irrepitível* costuma-se citar a prova pericial. Há provas periciais que, notadamente, ostentam a marca da irrepitibilidade, como sucede com o exame necroscópico. No entanto, há casos em que não há urgência na produção da prova, razão pela qual a perícia deve ser realizada em juízo, com o controle das partes e do juiz no ato de sua formação.

Outro exemplo comumente citado é o da testemunha que tenha prestado depoimento perante a autoridade policial e, por razões imprevisíveis, tenha falecido. Nesse caso, a prova testemunhal é obstada pelo falecimento da pessoa que seria utilizada como fonte de prova, possibilitando a utilização em juízo do depoimento prestado na fase de investigação.

É importante frisar que a admissibilidade da *prova irrepitível* está condicionada à imprevisibilidade do evento que impede sua repetição em juízo. Se o fato ou circunstância era previsível, então o correto é a realização da *prova antecipada*, cujos contornos jurídicos são muito diferentes, notadamente a exigência do contraditório na produção da prova, o que não ocorre com a *prova irrepitível*.

Por *prova cautelar* entende-se o *meio de obtenção de prova* executado com a finalidade de descobrir e registrar elementos de informação e fontes de prova posteriormente introduzidos no processo através dos meios de prova. Quando o legislador mencionou às *provas cautelares* na redação do art. 155, *caput*, parte final, do Código de Processo Penal, ele se referiu aos *meios de obtenção de prova* (p. ex.: a interceptação de

comunicações telefônicas, prevista na Lei nº. 9.296/96; a busca e apreensão, regulada nos arts. 240 e ss. do Código de Processo Penal).

Ainda que a *prova cautelar* e a *prova antecipada* sejam consideradas medidas cautelares, há uma nota que as distingue. Em geral, as *provas cautelares* são marcadas pelo elemento surpresa, razão pela qual são executadas *inaudita altera parte*, não havendo contraditório *na* realização da medida e sim posteriormente, de forma diferida. Já as *provas antecipadas*, embora também sejam provimentos de natureza cautelar, possibilitam a realização do contraditório *na* realização da medida, haja vista a desnecessidade do elemento surpresa.

Destarte, a formação do convencimento judicial deve resultar da apreciação dos elementos de prova produzidos em juízo, sob a égide do contraditório. A utilização de elementos probatórios produzidos fora desse espectro corre por conta da exceção, somente quando resultarem de *prova antecipada*, de elementos de informação colhidos de fonte de prova irrepetível ou de elementos de informação colhidos em provas cautelares (meios de obtenção de prova), nos exatos termos do art. 155, *caput*, do Código de Processo Penal.

2.7. A natureza cautelar dos meios de obtenção de prova

Conforme observado no capítulo anterior, por vezes, a impossibilidade de que o provimento jurisdicional de mérito seja instantâneo pode acarretar sua ineficácia. Sempre que a declaração do direito e a execução do provimento jurisdicional correr o risco de tardar, a ponto de torná-lo ineficaz e ilusório, surge a necessidade de uma atividade acautelatória.

A atividade cautelar é auxiliar e subsidiária, que visa a assegurar o êxito das atividades principais da jurisdição. Ela é desenvolvida através de medidas que levam o mesmo nome e seu resultado é um provimento acautelatório.

No caso do processo penal brasileiro, não há uma sistematização da atividade cautelar tal como no processo civil, razão pela qual não se reconhece um processo cautelar

autônomo nessa seara. Isto não significa a inexistência de atividade cautelar no processo penal, muito ao contrário, ela existe, mas sob a forma de medidas acautelatórias.⁷⁰

A finalidade da atividade cautelar é conservar “certos meios exteriores sem os quais o processo não teria como ser realizado correta e eficientemente (bens suscetíveis de constrição judicial, fontes de prova)”.⁷¹

A atividade não é destinada a fazer justiça, mas sim a dar tempo para que a justiça seja feita. Daí que os *meios de obtenção de prova* têm natureza jurídica de medidas cautelares, porquanto visam a preservar pessoas ou coisas que, futuramente, serão úteis para a atividade probatória.⁷²

Tratando-se de atividade cautelar, a admissibilidade dos *meios de obtenção de prova* está condicionada ao preenchimento dos requisitos gerais dessa modalidade de tutela, são eles: *fumus commisi delicti* e *periculum in mora*.⁷³ Sinteticamente, o primeiro é caracterizado pela existência de elementos de informação apontando a materialidade e autoria delitivas, enquanto o segundo exige a presença de um risco concreto para a colheita de fontes de informação ou para a produção da prova (*rectius*: fonte de prova) ao tempo da instrução processual.

Afora esses dois requisitos gerais, aplicáveis indistintamente a todas as medidas cautelares, há também algumas características que podem ser identificadas nas tutelas cautelares penais, são elas: *instrumentalidade hipotética*, *acessoriedade*, *preventividade*, *provisoriedade*, *sumariedade*, *referibilidade* e *proporcionalidade* (em sentido estrito).⁷⁴

⁷⁰ Cf. Gustavo Henrique Righi Ivahy Badaró, *Processo penal*, Rio de Janeiro: Campus Elsevier, 2012, pp. 709-10.

⁷¹ Cf. Antonio Carlos de Araújo Cintra, Ada Pellegrini Grinover, Cândido Rangel Dinamarco, *Teoria geral do processo*, 24ª ed., São Paulo: Malheiros, 2008, p. 341.

⁷² Por exemplo, reconhece-se essa natureza cautelar na interceptação telefônica (Cf. Gustavo Henrique Righi Ivahy Badaró, *Processo penal*, Rio de Janeiro: Campus Elsevier, 2012, p. 354; Geraldo Prado, *Limite às interceptações telefônicas e a jurisprudência do Superior Tribunal de Justiça*, 2ª ed., Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2006, p. 51) e na busca e apreensão (Cf. Adalberto José Q. T. de Camargo Aranha, *Da prova no processo penal*, 7ª ed., São Paulo: Saraiva, 2008 p. 270; Antonio Magalhães Gomes Filho, Gustavo Henrique Righi Ivahy Badaró, *Prova e sucedâneos...*, p. 180).

⁷³ Cf. Ada Pellegrini Grinover, Antonio Scarance Fernandes, Antonio Magalhães Gomes Filho, *As nulidades...*, p. 332.

⁷⁴ Cf. Gustavo Henrique Righi Ivahy Badaró, *Processo penal*, Rio de Janeiro: Campus Elsevier, 2012, p. 702.

Entende-se por *instrumentalidade hipotética* o caráter instrumental da tutela cautelar em relação ao provimento final. A adjetivação hipotética decorre do fato de que, normalmente, ela é decretada no curso da investigação, quando ainda não há um juízo de certeza sobre a ocorrência do ilícito penal, mas apenas um juízo de probabilidade de que tenha ocorrido e de que haverá sentença condenatória. Assim, a medida cautelar assume o papel de “instrumento para assegurar o resultado de uma hipotética condenação”.⁷⁵

Quando se fala em *acessoriedade* da tutela cautelar, quer-se dizer que esta não é um fim em si mesma, não tem caráter satisfativo. A solução para a situação de direito material só pode decorrer de provimento no processo principal, em relação ao qual a tutela cautelar é acessória.

Fala-se também em *preventividade* da tutela cautelar, pois esta tende a prevenir a ocorrência de um dano irreparável ou de difícil reparação.

Quanto à *provisoriedade*, entende-se que a tutela cautelar não pode ganhar ares de provimento definitivo, ela somente perdura até a superveniência de um evento sucessivo, logo, é provisória.

A medida cautelar é sempre decidida com base em um juízo de probabilidade, não de certeza. Em virtude de sua urgência, ela não possibilita ao juiz exercer profunda cognição sobre os fatos *sub judice*, razão pela qual há uma decisão com base no *fumus boni iuris* e não no *ius*. A tutela cautelar exige apenas uma probabilidade da existência do direito (*fumus comissi delicti*) e do perigo (*periculum in mora*), não um juízo de certeza, daí falar-se em *sumariedade*.

Entende-se por *referibilidade* a característica de vincular a tutela cautelar a uma situação concreta de direito material. O direito referido é protegido pelo provimento cautelar. No caso dos *meios de obtenção de prova*, trata-se das pessoas ou coisas que se pretende preservar para futuramente serem utilizadas como fontes de provas na fase de instrução. Assim, pretende-se preservar o direito à prova, que será plenamente exercido na fase judicial.

⁷⁵ Cf. Gustavo Henrique Righi Ivahy Badaró, *Processo penal*, Rio de Janeiro: Campus Elsevier, 2012, p. 702.

Tal característica tem grande relevo para o objeto desta pesquisa, pois, de um lado, a situação de direito material que deve ser apontada nas medidas cautelares penais inclui a descrição do fato tido por criminoso e, de outro lado, algumas medidas cautelares penais só são admitidas para determinados crimes (p. ex.: no ordenamento jurídico brasileiro, a interceptação das comunicações telefônicas, admitida apenas para os crimes punidos com reclusão, cf. art. 2º, inc. III, da Lei nº. 9.296/96). Disto decorre o maior problema envolvendo as tutelas cautelares penais e o tema dos *conhecimentos fortuitos*, visto que, em relação a tais resultados probatórios, não há *referibilidade* na medida cautelar; em outras palavras, a tutela cautelar está vinculada apenas à situação de direito material dos *conhecimentos da investigação* e ignora o contexto fático dos *conhecimentos fortuitos*.⁷⁶

Já a *proporcionalidade* (em sentido estrito) diz respeito ao juízo de ponderação entre os prejuízos causados pela tutela cautelar e as restrições que poderão ser causadas ao direito com o provimento final.⁷⁷ Daí falar-se da proporcionalidade como um corolário da instrumentalidade e da provisoriedade, pois “Se a medida cautelar for mais gravosa que o provimento final a ser proferido, além de desproporcional, também não será dotada do caráter de instrumentalidade e acessoriedade inerentes à tutela cautelar. O instrumento não pode ir além do fim ao qual ele serve”.⁷⁸

Além dessas características, é importante observar que, ao contrário do processo civil, o processo penal não comporta a existência de um “poder geral de cautela”,⁷⁹ capaz de permitir a adoção de medidas cautelares não previstas em lei.

Por envolver o direito à liberdade de locomoção (art. 5º, *caput*, da Constituição Federal), a persecução penal só pode ser desenvolvida sob a égide do devido processo legal (art. 5º, inciso LIII, da Constituição Federal). Por essa razão é reconhecida a vigência do princípio da legalidade no âmbito das medidas cautelares.

⁷⁶ Sobre a distinção entre *conhecimentos da investigação* e *conhecimentos fortuitos*, confira-se o Capítulo 3.2 *infra*.

⁷⁷ Aqui, reafirma-se tudo que já foi dito no Capítulo 1.7 *supra*, quando tivemos a oportunidade de analisar a proporcionalidade como instrumento de controle das medidas restritivas de direitos fundamentais.

⁷⁸ Cf. Gustavo Henrique Righi Ivahy Badaró, *Processo penal*, Rio de Janeiro: Campus Elsevier, 2012, pp. 707-8.

⁷⁹ Cf. A *(in)existência de poder geral de cautela no processo penal*, In Boletim IBCCRIM, ano 17, n. 203, São Paulo: IBCCRIM, out. 2009, pp. 08-9; Gustavo Henrique Righi Ivahy Badaró, *Processo penal*, Rio de Janeiro: Campus Elsevier, 2012, p. 708.

No que se refere aos meios de obtenção de prova, o tema assume ainda maior relevo pelo fato de envolver a restrição a diversos outros direitos fundamentais do indivíduo (p. ex.: o direito à inviolabilidade do domicílio, o direito à intimidade), constituindo forte argumento no sentido de inadmitir a utilização de medidas cautelares atípicas.⁸⁰

2.8. Classificação dos meios de obtenção de prova

É certo que não há na doutrina uma adequada sistematização dos meios de obtenção de prova, o que não significa a inexistência de classificação de algumas categorias jurídicas dessa modalidade de medida cautelar.

A seguir, faremos uma breve pontuação de algumas dessas categorias, que se mostram relevantes para o objeto desta pesquisa, não sendo demais observar que não se trata de uma classificação exaustiva.

2.8.1. Meios de obtenção de prova típicos e atípicos

De início, é preciso resgatar as noções de tipicidade probatória feitas anteriormente,⁸¹ tendo como parâmetro de tipicidade a previsão legal do meio de obtenção de prova e do procedimento para sua realização (ainda que por remissão), a fim de aclarar a dicotomia *meios de obtenção de prova típicos e meios de obtenção de prova atípicos*.

Assim, o meio de obtenção de prova típico é aquele dotado de regulamentação legal, esta entendida como sua nomeação, a previsão de requisitos de admissibilidade e o procedimento probatório aplicável.

⁸⁰ Cf. Aury Lopes Júnior, *Direito processual penal e sua conformidade constitucional*, 5ª ed., Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2010, p. 59.

⁸¹ Cf. Capítulo 2.6.2 *supra*.

No direito brasileiro, exemplo de *meios de obtenção de prova atípicos* é a interceptação de comunicação entre pessoas presentes, eis que nominada em lei (art. 2º, *caput* e inciso IV da Lei nº. 9.034/95), mas sem a previsão do procedimento para sua execução.

Conforme já expusemos, inexistente expressa disposição na legislação processual penal sobre a admissibilidade de provas atípicas, sejam os meios de produção de prova ou os meios de obtenção de prova.

Em geral, são aceitos os meios de provas atípicos a partir da conjugação do art. 3º do Código de Processo Penal com o art. 332 do Código de Processo Civil, desde que sua execução observe o procedimento probatório de um meio de prova típico, por analogia.⁸²

No direito italiano, considerando a existência de expressa disposição legal sobre as provas atípicas (art. 189 do Código de Processo Penal), a questão tem sido objeto de amplo debate e foram formadas três correntes acerca da admissibilidade da atipicidade probatória.⁸³

Uma primeira corrente admite a atipicidade probatória tanto nos meios de produção de prova quanto nos meios de obtenção de prova, desde que haja um prévio juízo de admissibilidade do procedimento probatório com a oitiva das partes, ou seja, com a realização do contraditório *ex ante*.

Para uma segunda corrente, admite-se a atipicidade probatória nas duas situações, mas com a diferença quanto ao momento de realização do contraditório, que deve ser posterior à execução do procedimento (*ex post*). Assim, deve-se realizar um juízo de admissibilidade da prova com contraditório diferido.

⁸² Cf. Antonio Magalhães Gomes Filho, Gustavo Henrique Righi Ivahy Badaró, *Prova e sucedâneos...*, pp. 180-1.

⁸³ Cf. Marcio Geraldo Britto Arantes Filho, *A interceptação de comunicação entre pessoas presentes como meio de investigação de prova no processo penal brasileiro*, Dissertação de mestrado, Faculdade de Direito, Universidade de São Paulo, 2011, p. 66.

Em sentido contrário ao das correntes anteriores, uma terceira linha apenas admite a atipicidade probatória para os meios de produção de prova, reputando inadmissíveis os meios de obtenção de prova atípicos, logo, inaplicável o dispositivo previsto no art. 189 do Código de Processo Penal italiano nesse âmbito.

No plano do direito brasileiro, conforme já registramos, a inexistência de semelhante disposição na legislação processual penal não tem sido óbice para a admissão de provas atípicas, sendo que tal déficit é suprido pelo art. 332 do Código de Processo Civil.

Quanto aos meios de produção de prova a questão não tende a ser tão tormentosa por algumas razões. A uma, é difícil identificar um meio de prova atípico cuja ausência de disciplina legal não possa ser suprida, por analogia, pelos tradicionais meios de provas, isto é, cuja fonte de prova não possa ser introduzida no processo através dos procedimentos probatórios previstos para os meios de prova típicos. A duas, em geral, os meios de produção de prova são realizados no curso da fase judicial,⁸⁴ com a observância do contraditório *na* formação da prova e com controle judicial, assegurando respeito às garantias constitucionais incidentes sobre a atividade probatória.

Por outro lado, no âmbito dos meios de obtenção de prova a questão não pode ser enxergada com a mesma tranquilidade, havendo fortes argumentos contra a atipicidade probatória nesse campo. A uma, em geral, os meios de obtenção de prova implicam graves restrições a direitos fundamentais (p. ex.: o direito à inviolabilidade do domicílio, o direito à intimidade), o que, por si só, é motivo suficiente para inadmitir medidas coercitivas sem expressa previsão legal ou com previsão legal deficiente. A duas, a própria Constituição prevê diferentes graus de restrição para os direitos fundamentais, razão pela qual a adoção de um procedimento probatório por analogia pode configurar violação indireta das normas constitucionais. A três, em razão do efeito surpresa, os meios de obtenção de prova costumam ser realizados *inaudita altera parte* e de forma sigilosa, sob pena de frustração de sua finalidade, o que denota a impossibilidade de aplicação de outro procedimento probatório por analogia.

⁸⁴ A exceção corre por conta da produção antecipada de provas, que pode ser realizada na fase de investigação ou já na fase judicial, porém, mesmo nessa hipótese, deve ser observada toda a disciplina da prova judicial, especialmente o contraditório *na* formação da prova e o controle judicial.

Pelos fundamentos expostos acima, cremos que a utilização do art. 332 do Código de Processo Civil, por analogia, deva ser feita de forma restritiva, resumindo-se aos meios de produção de prova.

Como argumento adicional, note-se que o dispositivo faz referência aos meios “hábeis para provar a verdade dos fatos, em que se funda a ação ou a defesa”, ou seja, aos dados de conhecimento extraídos das *fontes de prova* e que resultam em *elementos de prova*, conforme observa MARCIO GERALDO BRITTO ARANTES FILHO: “Em regra, elementos probatórios para verificação da veracidade das alegações fáticas expendidas pela acusação e pela defesa podem ser extraídos das fontes de prova apenas pelos meios de produção de prova”.⁸⁵ Ademais, tratando-se de restrição a direito fundamental, uma interpretação restritiva do dispositivo também indica que os termos “ação” e “defesa” estabelecem como pressuposto das provas atípicas a existência de processo judicial, não conferindo margem para sua aplicação à fase de investigação, sede natural dos meios de obtenção de prova.

É justamente a tipicidade do procedimento probatório nos meios de obtenção de prova que permitirá identificar aquilo que é conhecimento próprio da investigação, cuja admissibilidade está (normalmente) isenta de discussão, e aquilo que é conhecimento fortuito, cuja admissibilidade dependerá do atendimento de certos requisitos.

Portanto, cremos não haver espaço para a admissão de meios de obtenção atípicos no direito brasileiro, eis que a restrição a direitos fundamentais demanda expressa previsão legal (princípio da legalidade), inclusive com a definição dos requisitos, limites e procedimento probatório da medida.⁸⁶

⁸⁵ *A interceptação de comunicação entre pessoas presentes como meio de investigação de prova no processo penal brasileiro*, Dissertação de mestrado, Faculdade de Direito, Universidade de São Paulo, 2011, p. 67.

⁸⁶ Nesse mesmo sentido é o entendimento de Marcio Geraldo Britto Arantes Filho (*A interceptação de comunicação entre pessoas presentes como meio de investigação de prova no processo penal brasileiro*, Dissertação de mestrado, Faculdade de Direito, Universidade de São Paulo, 2011, p. 68) “temos por inadmissível a execução de meio de investigação de prova atípico, excluindo a aplicabilidade do mencionado art. 332 do Código de Processo Civil, porque restrições de liberdades públicas devem atender à exigência de reserva de lei. É necessária uma regulamentação específica, da qual se possam extrair requisitos, limites e procedimento probatório”. Maurício Zanoide de Moraes (*Presunção de inocência no processo penal brasileiro: análise de sua estrutura normativa para a elaboração legislativa e para a decisão judicial*, Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2010, pp. 315-6) também inadmite a atipicidade probatória “A noção de legalidade processual penal deriva, indubitavelmente, de todo o desenvolvimento da regra da legalidade para o campo

2.8.2. Meios de obtenção de prova preventivos e repressivos

Outra ordem de classificação dos meios de obtenção de prova leva em conta sua finalidade preventiva ou repressiva. Assim, são meios de obtenção de prova preventivos aqueles executados com a finalidade de *prevenir* práticas delitivas, enquanto os meios de obtenção de prova repressivos estão inseridos no contexto de *reprimir* a atividade delitiva.

Se a existência do crime é pressuposto necessário para a execução dos meios de obtenção de prova repressivos, com os preventivos ocorre o contrário, pois o pressuposto é de inexistência de conduta criminosa, a qual se pretende evitar.

O fenômeno dos meios de obtenção de prova preventivos é recente e está inserido em um contexto mundial de repressão às atividades terroristas, especialmente após os ataques de 11 de setembro de 2001 em Nova Iorque (Estados Unidos da América). Tais instrumentos são colocados a serviço de políticas de segurança nacional, com o fito de prevenir e evitar condutas criminosas de elevada danosidade social, o que justificaria a “flexibilização” dos direitos e garantias individuais.⁸⁷

penal material. Se não se discute mais a impositividade da parêmia ‘nulla poena nullum crimen sine lege’, o mesmo se dá com sua correspondente projeção processual (‘nulla coactio sine lege’) e pela qual devem ser ‘tipificadas’ tanto as condições de aplicação, como o conteúdo das intervenções processuais no âmbito dos direitos fundamentais dos cidadãos. Nessa transposição de áreas jurídico-criminais, os atributos inerentes a toda lei penal material serão também ínsitos às normas processuais penais infraconstitucionais, de finalidade restritiva, pois elas deverão ser prévias, escritas e estritas. Dessas características ressurre a anterioridade e especificidade normativa. Tal qual no âmbito penal, não se pode restringir direito fundamental sem lei processual anterior que determine o modo, a intensidade e a finalidade da restrição”. Em sentido contrário, admitindo meios de obtenção de prova atípicos no direito brasileiro: Antonio Magalhães Gomes Filho, Gustavo Henrique Righi Ivahy Badaró, *Prova e sucedâneos...*, p. 183.

⁸⁷ No direito brasileiro, analisando o tema especificamente quanto à interceptação telefônica preventiva, Gustavo Henrique Righi Ivahy Badaró (*Interceptação de comunicações telefônica e telemática: limites ante o avanço da tecnologia*, In *Temas para uma perspectiva crítica do direito: homenagem ao Professor Geraldo Prado*, coord. Joel Corrêa de Lima, Rubens R. R. Casara, Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2010, pp. 497-8) conclui pela sua inadmissibilidade, tanto sob a perspectiva constitucional quanto legal: “Voltando à seara criminal, em relação a qual a Constituição não permite a interceptação telefônica preventiva, mesmo que se pudesse superar o óbice constitucional, não seria possível, nos termos da Lei nº. 9.296/96, a obtenção de uma autorização judicial para a realização da interceptação telefônica preventiva. Primeiro, porque não haverá a possibilidade de motivar a decisão judicial com relação aos indícios suficientes de cometimento de um delito, porque ainda não há delito. O que se pretende é, exatamente, de forma preventiva, impedir a prática de tal crime. Em segundo lugar, o art. 1º, inc. II, caracterizando um princípio de subsidiariedade para a realização da interceptação telefônica, determina que a medida somente será cabível se ‘a prova não puder ser feita por outros meios disponíveis’. Ora, prova de que? A resposta é dada pelo art. 4º, *caput*: o pedido de interceptação ‘conterá a demonstração de que a sua realização é necessária à apuração de infração penal’. No caso de uma interceptação telefônica preventiva, ainda não há infração a se apurar! Ou seja, também sob tal ângulo, mostra-se impossível a interceptação telefônica preventiva, porque não há investigação a ser realizada, mas somente sujeitos que devem ser controlados”. Nesse mesmo sentido, inadmitindo a

Decerto que tal fenômeno deve ser analisado em uma perspectiva mais ampla do que comporta os limites do presente estudo, pois envolve diversas questões de direito do estado e de direito internacional, assim como aspectos políticos e econômicos. No entanto, é possível tecer algumas observações do fenômeno sob a perspectiva do direito processual e das disposições constitucionais aplicáveis à disciplina da prova.

Em geral, militam a favor da adoção de tais instrumentos os princípios de prevenção e de segurança social, assim como a própria segurança nacional em algumas situações. Sob o ângulo oposto, há uma contradição lógica na admissão dos meios de obtenção de prova preventivos, pois é da essência dos meios de obtenção de prova a descoberta de *elementos de informação* e de *fontes de prova* de um fato pretérito, não de um fato futuro, cuja ocorrência é totalmente incerta. Por natureza, os meios de obtenção de prova são uma atividade repressiva, não preventiva.

Some-se a isto que, no mais das vezes, a admissibilidade dos meios de obtenção de prova está condicionada à prévia demonstração de elementos justificadores das restrições impostas aos direitos fundamentais (*fumus commisi delicti*), que se torna dispensável no caso dos meios de obtenção de prova preventivos.⁸⁸ Assim, a atividade de pesquisa de *elementos de informação* e *fontes de prova* se transformaria em atividade de pesquisa

interceptação telefônica em caráter preventivo, a qual o autor chama de “interceptação de prospecção”: Luiz Flávio Gomes, Raúl Cervini, *Interceptação telefônica: Lei 9.296, de 24.07.96*, São Paulo: Revista dos Tribunais, 1997, p. 184. Sob a perspectiva do direito italiano, Marcio Geraldo Britto Arantes Filho (*A interceptação de comunicação entre pessoas presentes como meio de investigação de prova no processo penal brasileiro*, Dissertação de mestrado, Faculdade de Direito, Universidade de São Paulo, 2011, p. 71, nota de rodapé 178) exemplifica a interceptação preventiva de telecomunicações e de comunicações entre pessoas presentes, instituída pelo art. 5º do “Decreto Legge 18 ottobre 2001, n. 374”, alterado pela “Legge 15 Dicembre, 2001, n. 438”, com disposições para combate ao terrorismo internacional.

⁸⁸ Essa também é a conclusão de Marcio Geraldo Britto Arantes Filho (*A interceptação de comunicação entre pessoas presentes como meio de investigação de prova no processo penal brasileiro*, Dissertação de mestrado, Faculdade de Direito, Universidade de São Paulo, 2011, p. 72): “permitir-se-ia a inadmissível dispensa de comprovação de elementos suficientes para a saída em busca da prova, por meio de restrição dos direitos inerentes à personalidade humana, em pelo (*sic*) divórcio com a natureza cautelar da medida”. Para fins de ilustração, veja-se o caso das interceptações telefônicas no direito brasileiro, cuja admissibilidade depende da existência de “indícios razoáveis da autoria ou participação em infração penal” (art. 2º, inc. I, da Lei nº. 9.296/96). Nesse mesmo sentido é o § 100a do Código de Processo Penal alemão, o qual autoriza a interceptação e gravação de telecomunicações “quando existam fundadas suspeitas de que alguém praticou ou participou em (...)”. Ao comentar este último dispositivo, Manuel da Costa Andrade (*Sobre as proibições de prova em processo penal*, Coimbra: Coimbra Editora, 2006, p. 290) ressalta a impossibilidade de utilização de interceptações telefônicas preventivas: “Para além disso, a lei alemã exige expressamente que se trate de crime consumado ou, ao menos, de tentativa punível. A investigação de actos preparatórios só legitimará o recurso à escuta telefónica quando revistam a forma de factos puníveis. Uma exigência que se explicará, segundo, v. g. Schlüchter, pelo propósito de evitar que o processo penal, por definição uma instância de ‘perseguição de crimes, dê guarida a meras medidas preventivas’”.

aleatória de *notitia criminis*, generalizando uma atividade (restrição a direitos fundamentais) que, por excelência, deve ser excepcional.

O rígido sistema de controle das medidas restritivas a direitos fundamentais, notadamente a regra da proporcionalidade com seus pressupostos e requisitos,⁸⁹ resta esvaziado com a admissão de instrumentos de pesquisa probatória em caráter preventivo.

Para o objeto da presente pesquisa, a referida dicotomia tem relevo, pois a distinção entre aquilo que é resultado próprio da investigação (conhecimento da investigação) e aquilo que é resultado fortuito (conhecimento fortuito) só é possível quando há uma hipótese fática justificadora da decretação do meio de obtenção de prova.

Se o meio de obtenção de prova possuir natureza preventiva, não há uma conduta criminosa concreta tida por previamente cometida, mas condutas futuras que se busca prevenir a ocorrência. Como consequência, qualquer resultado da medida poderá ser considerado conhecimento da investigação e não será possível estabelecer os limites entre o lícito e o ilícito, ou seja, não haverá possibilidade de identificar aquilo que configura restrição legítima a direito fundamental e aquilo que representa violação ilegítima ao mesmo direito.⁹⁰

Desta feita, os meios de obtenção de prova só podem ter natureza *repressiva*, quer dizer, sua execução está condicionada à existência de elementos demonstrativos de uma conduta criminosa pretérita, cuja comprovação, processo judicial, dependa da colheita de elementos de informação e fontes de prova.

2.9. A eficácia probatória dos meios de obtenção de prova

Outro importante tema da disciplina dos meios de obtenção de prova diz respeito a sua eficácia probatória, isto é, a capacidade que tais medidas possuem de produzir efeitos no âmbito do processo penal.

⁸⁹ Cf. Capítulo 1.7 *supra*.

⁹⁰ Cf. Capítulo 1.6.2 *supra*.

Para tanto, cumpre recordar que a finalidade dos meios de obtenção de prova é a descoberta de elementos de informação e de fontes de prova relacionados a um fato tido por criminoso. O êxito nessa empreitada resultará na obtenção de fontes de prova passíveis de aproveitamento ao longo da persecução penal, especialmente através dos meios de produção de prova.

Para fins de ilustração, imagine-se a execução de um meio de obtenção de prova típico como a busca domiciliar, na qual ocorre a apreensão de um documento (relacionado com a conduta criminosa) que possui a suposta assinatura do investigado. O conteúdo de tal documento é uma fonte de prova cuja descoberta (e recolhimento aos autos) é registrada em um auto de apreensão. Mas sua utilização para a formação do convencimento judicial não será automática, dependerá da utilização de um meio de produção de prova (nesse caso, o exame grafotécnico, uma modalidade de prova pericial), este sim capaz de gerar elementos de prova.

No referido exemplo, vê-se que o resultado do meio de obtenção de prova não possui aptidão probatória para ser diretamente utilizado na decisão da causa, ele fornece um dado de conhecimento do qual podem ser extraídos elementos de prova em momento posterior, através dos meios de produção de prova, logo possui *aptidão probatória* para ser fonte de prova, não elemento de prova.⁹¹

Daí falar-se que os meios de obtenção de prova se prestam ao exame do *thema probandum* apenas indiretamente, porquanto não podem ser diretamente utilizáveis na formação do convencimento judicial.⁹²

Tais conclusões não decorrem apenas de argumentos teóricos, muito ao contrário, há argumentos práticos que as sustentam.

⁹¹ Importa esclarecer que tal regra não é absoluta, pois há situações em que o meio de obtenção de prova permite a apreensão de coisa que, uma vez admitida no processo e não questionada sua autenticidade, poderá servir com o elemento de prova e formar o convencimento judicial (p. ex.: a apreensão de extratos bancários durante uma medida de busca domiciliar e sua posterior utilização como prova documental em processo por sonegação fiscal).

⁹² Por essa razão, Antonio Magalhães Gomes Filho (*Provas: Lei 11.690...*, p. 250) afirma que “só são provas, assim, no sentido processual, os dados objetivos de informação introduzidos em procedimento em que se assegure a participação daqueles em cuja esfera jurídica a decisão final produzirá efeitos”.

Acima, tivemos a oportunidade de demonstrar que a finalidade da investigação preliminar é averiguar e comprovar os fatos constantes na *notitia criminis*, isto é, a autoria e a materialidade, apenas em grau de probabilidade, com vistas a possibilitar o exercício do direito de ação.⁹³ Some-se a isto que, em regra, os meios de obtenção de prova são executados no curso dessa investigação preliminar, sem a participação direta das partes e do juiz da causa. Disto podemos extrair duas conclusões sobre o resultado dos meios de obtenção de prova: i) em regra, eles não têm a finalidade de averiguar e comprovar os fatos em grau de certeza; ii) em regra, eles não são extraídos de um procedimento no qual há participação daqueles que sofrerão as consequências jurídicas da decisão final, bem como do juiz que proferirá esta última.⁹⁴ Daí a conclusão de que a eficácia probatória dos meios de obtenção de prova se resume à descoberta de fontes de prova.

Todavia, uma tormentosa questão envolvendo a eficácia probatória do resultado dos meios de obtenção de prova está relacionada aos *elementos de informação*.

É muito comum que um meio de obtenção de prova registre não apenas fontes de provas, isto é, pessoas ou coisas que disponham ou possam fornecer elementos de prova, mas também dados de conhecimento relativos aos fatos, que acabam sendo fixados nos autos.

Na doutrina brasileira, aceita-se a permanência de tais elementos nos autos e sua utilização para diversas finalidades, dentre elas: i) subsidiar o juízo de admissibilidade de medidas cautelares; ii) formação da *opinio delicti* do titular da ação penal; iii) formação do juízo de admissibilidade da acusação, prevista no art. 395 do Código de Processo Penal; iv) declaração de absolvição sumária, prevista art. 397, *caput*, incisos I a IV, do Código de Processo Penal; v) subsidiar a participação das partes na atividade instrutória, especialmente no que se refere aos meios e produção de prova.⁹⁵

⁹³ Cf. Capítulo 2.1.

⁹⁴ Essa característica decorre do chamado “fator surpresa”, pois caso o investigado tome conhecimento da execução do meio de obtenção de prova, este poderá restar frustrado. Todavia, alguns meios de obtenção de prova não ostentam essa característica (p. ex.: quebra de sigilo bancário ou fiscal), uma vez que o conhecimento prévio por parte do investigado não tem o condão de frustrar a execução do meio de obtenção de prova; portanto, em tais hipóteses, é possível e até salutar que participem do procedimento aqueles que sofrerão as consequências jurídicas da decisão final.

⁹⁵ Marcio Geraldo Britto Arantes Filho (*A interceptação de comunicação entre pessoas presentes como meio de investigação de prova no processo penal brasileiro*, Dissertação de mestrado, Faculdade de Direito, Universidade de São Paulo, 2011, p. 77) acresce outra utilidade a tais elementos de informação: “não são

Em sentido técnico-processual, tais *elementos de informação* não constituem elementos de prova,⁹⁶ ou seja, não podem ser diretamente utilizados para a formação do convencimento judicial.

A celeuma decorre do fato de que tais elementos permanecem documentados nos autos desde a fase pré-processual até a fase processual e, por conseguinte, ficam acessíveis ao juiz da causa.⁹⁷ Mas tal *acessibilidade* não pode ser traduzida como *admissibilidade* dos elementos de informação para fins de formação do juízo de mérito da causa; isto porque, conforme já demonstrado, a obtenção de tais elementos é feita à margem do contraditório e da imediação judicial.

Daí que o Código de Processo Penal, em seu art. 155, *caput*, disponha que “O juiz formará sua convicção pela livre apreciação da prova produzida em contraditório judicial, não podendo fundamentar sua decisão exclusivamente nos elementos informativos colhidos na investigação, ressalvadas as provas cautelares, não repetíveis e antecipadas”. O referido dispositivo concretiza a garantia constitucional prevista no art. 5º, inciso LV, determinando que o convencimento judicial seja formado a partir da prova produzida em contraditório judicial. O fato de constar o advérbio *exclusivamente* revela que os elementos de informação até poderão participar do processo intelectual de formação do

apenas as informações extraídas de fontes *existentes*, descobertas na execução de meio de investigação de prova que podem ser utilizadas. Igualmente, a informação sobre a *inexistência* de fontes de provas, retratada em execução de um meio de investigação de prova, repercute no fenômeno probatório. Tal informação – a *inexistência* de fontes de prova – é relevante para persecução penal”.

⁹⁶ Nesse sentido a precisa observação de Antonio Magalhães Gomes Filho e Gustavo Henrique Righi Ivahy Badaró (*Prova e sucedâneos...*, p. 193): “os elementos trazidos pela investigação não constituem, a rigor, *provas* no sentido técnico-processual do termo, mas informações de caráter provisório, aptas somente a subsidiar a formulação de uma acusação perante o Juiz ou, ainda, servir de fundamento para a admissão dessa acusação, e, eventualmente, para a decretação de alguma medida de natureza cautelar”.

⁹⁷ O fato de estarem *documentados* nos autos não os transforma em *documentos* no sentido técnico-processual, ou seja, não constituem *prova documental*. Trata-se de mera *documentação* de atos processuais, isto é, da representação das atividades realizadas dentro do âmbito processual, enquanto que *prova documental* se refere a algo externo, de fora do processo. Em suma, não se pode confundir o *documento endoprocessual* com o *documento extraprocessual*. A propósito do tema, precisa é a observação de Gustavo Henrique Righi Ivahy Badaró (*Provas atípicas e provas anômalas: inadmissibilidade da substituição da prova testemunhal pela juntada de declarações escrotas de quem poderia ser testemunha*, In *Estudos em homenagem à professora Ada Pellegrini Grinover*, coord. Flávio Luiz Yarshell e Maurício Zanoide de Moraes, São Paulo: DPJ, 2005, p. 350): “Nesse passo, não se pode deixar de registrar a confusão entre os conceitos de *documento* e *documentação*. Documento é meio de prova pré-constituído, no qual se materializa a representação de um fato estranho e, normalmente, anterior ao processo. Outra coisa, bem distinta é a documentação dos atos processuais, isto é, o seu registro por meio de símbolos. Enquanto o documento representa algo que está *fora* do procedimento, sendo *extraprocessual*, a documentação representa um ato do próprio procedimento, sendo, portanto, *endoprocessual*”.

convencimento judicial, porém, é certo que a decisão não poderá se amparar somente em tais elementos. Em outros termos, os elementos de informação têm eficácia probatória desde que sejam confirmados pelas provas produzidas em juízo, com a ressalva das provas cautelares, não repetíveis e antecipadas.

Feitas essas considerações sobre sua eficácia probatória, passaremos ao estudo das consequências processuais das irregularidades perpetradas no curso de um meio de obtenção de prova.

2.10. Inadmissibilidade das provas obtidas por meios ilícitos

Acima, tivemos a oportunidade de conceituar a prova ilícita a partir de sua distinção em face das provas ilegítimas. Ambas são espécies do gênero prova ilegal, sendo que a prova ilícita é caracterizada por uma proibição (de prova) de natureza substancial (direito material), relacionada à preservação de direitos reconhecidos pelo ordenamento aos indivíduos.⁹⁸ Agora, pretendemos pontuar alguns aspectos da sanção aplicável à prova ilícita, a saber, a *inadmissibilidade*.

A uma, em geral, a sanção de inadmissibilidade implica a impossibilidade de renovação do ato processual, em contraposição à categoria da prova ilegítima, cuja sanção processual é a nulidade, passível de renovação (cf. o art. 573 do Código de Processo Penal).⁹⁹ Todavia, sob a perspectiva da possibilidade de valoração do material na formação do convencimento judicial, tanto a nulidade (em caráter absoluto) quanto a

⁹⁸ Cf. Capítulo 2.6.1.

⁹⁹ Gustavo Henrique Righi Ivahy Badaró (*Processo penal*, Rio de Janeiro: Campus Elsevier, 2012, p. 286) alerta que tal regra não é absoluta e não decorre de alguma diferença ontológica entre tais provas, havendo a possibilidade de renovação (do ato processual) de uma prova ilícita: “Como o vício da ilicitude costuma ocorrer na obtenção da fonte de prova, o fato surpresa desaparece após a sua produção e, no caso, o posterior reconhecimento judicial da ilicitude. Seria de todo inútil, anos após a realização de uma interceptação telefônica ilícita, que o juiz autorizasse uma nova interceptação para tentar captar o mesmo conteúdo de conversa entre as mesmas partes. Mas não seria impossível! Por outro lado, não são todos os meios de obtenção de prova em que o fator surpresa é decisivo. De fato, dificilmente teria qualquer êxito uma interceptação telefônica ou uma busca e apreensão em que o investigado soubesse previamente da autorização judicial. Entretanto, na quebra de sigilo bancário e fiscal, a surpresa não é fator determinante. Assim, caso se reconhecesse a ilicitude na obtenção de dados bancários ou fiscais de um investigado (p. ex.: porque obtido sem ordem judicial), nada impediria que houvesse, posteriormente, uma ordem judicial válida determinando o fornecimento dos mesmos elementos de prova”.

inadmissibilidade têm o mesmo efeito prático: ambas impedem a valoração da prova pelo juiz.

A duas, dizer que uma prova é inadmissível significa que ela não deve ingressar no processo. Caso ingresse, ela deverá ser extirpada, desentranhada dos autos. Esse é o teor das disposições constitucionais e legais sobre a prova obtida por meios ilícitos: art. 5º, inciso LVI, da Constituição Federal e art. 157, *caput*, do Código de Processo Penal.

O grande problema é que, no mais das vezes, a prova é reconhecida como ilícita *a posteriori*, quando ela já foi produzida e fisicamente inserida no processo, razão pela qual perde sentido a noção de *inadmissibilidade* como proibição de ingresso.

Em termos de dinâmica procedimental e recordando o que foi exposto sobre os momentos probatórios,¹⁰⁰ em geral, um meio de obtenção de prova é executado durante a fase de investigação, sendo que os elementos informativos e as fontes de prova que dele resultarem serão inseridos nos autos (p. ex.: juntada do auto de apreensão resultante de uma busca domiciliar). É possível que, ainda na fase de investigação, tanto o investigado, por meio de defesa técnica, quanto o Ministério Público, na qualidade de *custus legis*, alertem para uma eventual ilicitude na execução do meio de obtenção de prova, a macular o resultado da medida. Como consequência, é possível que tal fato seja levado ao conhecimento do Poder Judiciário e haja a declaração de ilicitude do meio de obtenção e consequente reconhecimento de que a prova é viciada, logo, não poderá ser futuramente postulada sua produção em juízo. No entanto, não é isto que ocorre na prática forense. Em geral, a prova obtida por meios ilícitos (leia-se: as fontes de prova e elementos informativos) permanece nos autos e instrui a denúncia ou queixa. O correto é que durante o juízo de admissibilidade da acusação, o juiz identifique tal ilicitude e inadmita a produção de prova com base nas provas ilícitas, isto é, não admita os *meios de produção de prova* que pretendem inserir no processo as *fontes de prova* obtidas a partir de *meios de obtenção de prova* ilícitos. Caso isto não ocorra, cabe à defesa postular a exclusão das *provas ilícitas* na primeira oportunidade em que se manifestar nos autos, notadamente a resposta escrita à acusação, no procedimento ordinário.

¹⁰⁰ Capítulo 2.4 *supra*.

Outro relevante aspecto da sanção de inadmissibilidade diz respeito à prova ilícita por derivação. Até a reforma do Código de Processo Penal de 2008, não havia expressa disposição legal sobre as consequências processuais para a prova derivadas da prova ilícita, quer dizer, para aquela prova que em si é lícita, mas cuja obtenção só foi possível por conta de informações ou elementos ligados a uma prova ilicitamente obtida. O tema só era tratado no âmbito da doutrina e da jurisprudência, sendo razoavelmente aceito com base na doutrina da *Fruit of the Poisonous Tree* (ou *Derivative Evidence Doctrine*), isto é, frutos da árvore envenenada, criada pela jurisprudência norte-americana.¹⁰¹

Tal regra não é absoluta e comporta exceções. A própria jurisprudência estadunidense estabeleceu três hipóteses em que a prova ilícita por derivação deve ser admitida, sendo que o ponto em comum das exceções é a “quebra” do nexo causal que vincula a prova ilícita primária e a prova derivada. São elas: i) *attenuation of the taint*; ii) *independet source*; iii) *inevitable discovery*.¹⁰² Nos três casos, admite-se a prova ilícita por derivação devido à tenuidade da conexão existente entre a prova primária e a prova secundária, ou porque a prova derivada seria descoberta de qualquer modo pelos trâmites regulares da investigação, ou porque havia a possibilidade de descobrir o conteúdo da prova derivada através de outra fonte informativa. Hoje, a vedação à prova ilícita por derivação está prevista no art. 157, §§ 1º e 2º, do Código de Processo Penal.¹⁰³

Vale registrar que, embora sem expressa previsão legal, outra exceção à inadmissibilidade das provas obtidas por meios ilícitos é a hipótese de que ela favoreça o

¹⁰¹ Cf. Gustavo Henrique Righi Ivahy Badaró, *Processo penal*, Rio de Janeiro: Campus Elsevier, 2012, pp. 289-90. Referido autor cita um ótimo exemplo de como pode ocorrer a ilicitude por derivação: “encontra-se um cadáver em cumprimento a um mandado de busca domiciliar (prova em si lícita), mas a informação do local em que o cadáver estava foi obtida por meio de uma confissão mediante tortura”.

¹⁰² Cf. Gustavo Henrique Righi Ivahy Badaró, *Processo penal*, Rio de Janeiro: Campus Elsevier, 2012, p. 290; Antonio Magalhães Gomes Filho, *Direito à prova...*, pp. 108-9; Ada Pellegrini Grinover, Antonio Scarance Fernandes, Antonio Magalhães Gomes Filho, *As nulidades...*, pp. 163-4.

¹⁰³ Contudo, ao disciplinar a matéria, o legislador brasileiro foi extremamente infeliz, porquanto não importou corretamente os conceitos das três exceções criadas pela jurisprudência norte-americana, conforme bem alerta Gustavo Henrique Righi Ivahy Badaró (*Processo penal*, Rio de Janeiro: Campus Elsevier, 2012, p. 290): “A primeira exceção – quando não evidenciado o nexo causal entre umas e outras – não se trata de uma ressalva à regra principal – de inadmissibilidade das provas derivadas da ilícita -, mas de sua não incidência. Se não há um nexo de causalidade entre uma prova, isto é, a prova originária ilícita, e a outra, a prova dela derivada, em si, lícita, nem mesmo se coloca o problema da prova ilícita por derivação. A hipótese, portanto, é dispensável e desnecessária. Já o § 2º do art. 157 do CPP, ao procurar definir o que se considera como fonte independente, foi extremamente infeliz. A regra legal, pretendendo definir a fonte independente, parece ter definido outra exceção, da descoberta inevitável, fazendo-o, porém, em termos tão amplos que pode anular a própria regra geral da vedação das provas ilícitas derivadas (...)”.

acusado.¹⁰⁴ Em tal situação, admite-se a prova viciada a partir de um critério de proporcionalidade (sem sentido estrito).

Soa evidente a relevância da inadmissibilidade das provas obtidas por meios ilícitos para o tema dos *conhecimentos fortuitos* de prova.

Em primeiro lugar, concluindo-se pela inaptidão probatória do *conhecimento fortuito* de prova, porquanto configurador de um excesso à restrição ao direito fundamental, especificamente a proporcionalidade em sentido estrito,¹⁰⁵ parece claro que a sanção processual incidente será a inadmissibilidade da prova (*rectius*: fonte de prova) para fins processuais. Isto decorre do fato de o *conhecimento fortuito* ser obtido no curso de uma medida restritiva de direito fundamental, logo, a proibição de valoração (de prova) ostenta natureza substancial.

Em segundo lugar, quanto ao tema da ilicitude por derivação, é da natureza do *conhecimento fortuito* que ele esteja vinculado ao meio de obtenção de prova executado para obter um *conhecimento da investigação*. Assim, a eventual ilicitude da prova primária (conhecimento da investigação), em tese, contaminará a prova secundária (conhecimento fortuito).

¹⁰⁴ Cf. Antonio Scarance Fernandes, *Processo penal...*, p. 93.

¹⁰⁵ Cf. Capítulo 1.7.6.3 *supra*.

CAPÍTULO 3º

ANÁLISE HISTÓRICA, DOGMÁTICA E COMPARADA DOS CONHECIMENTOS FORTUITOS DE PROVA NO DIREITO PROCESSUAL PENAL

Sumário: 3.1. Notícia histórica - 3.2. Conceito - 3.3. Objeto - 3.4. Natureza jurídica - 3.5. Admissibilidade dos conhecimentos fortuitos de prova no direito processual penal: 3.5.1. Nos meios de obtenção de prova atípicos; 3.5.2. Nos meios de obtenção de prova típicos: 3.5.2.1. Com um catálogo de crimes: a) conhecimentos fortuitos que não se reportem a um crime do catálogo; b) conhecimentos fortuitos que se reportem a um crime do catálogo; c) conhecimentos da investigação que não se reportem a um crime do catálogo; d) conhecimentos da investigação que se reportem a um crime do catálogo; 3.5.2.2 Sem um catálogo de crimes; 3.5.3. Aproveitamento do conhecimento fortuito como notícia-crime – 3.6. O tratamento dos conhecimentos fortuitos de prova no direito processual penal comparado: 3.6.1. Alemanha; 3.6.2. Espanha; 3.6.3. Itália; 3.6.4. Portugal

3.1. Notícia histórica

O tema dos *conhecimentos fortuitos* de prova é deveras recente no direito brasileiro. Inexiste previsão legal sobre a admissibilidade dos conhecimentos (fontes de provas e elementos de informação) obtidos durante o regular cumprimento de um meio de obtenção de prova e que não se reportem ao crime/indivíduo cuja investigação legitimou a execução da medida. Na jurisprudência, podem ser encontrados alguns julgados tratando do tema, mas sem uma sistematização linear.¹ Na doutrina, o cenário não é muito diferente, pois,

¹ No âmbito do Supremo Tribunal Federal - STF, em alguns julgamentos o tema foi tratado direta ou indiretamente, mas, em nenhum caso, com uma análise profunda. Em alguns julgados houve menção ao critério dos *crimes de catálogo* e em outros o critério da *conexão*, mas sem especificar se, nesse último caso, deveria ser observado o art. 76, incs. I a III, do CPP. A título de exemplo: no julgamento do HC 81.260/ES (Pleno – Min. Sepúlveda Pertence – j. 14.11.2001 – DJ 19.04.2002) foi admitida a valoração do *conhecimento fortuito* e houve menção ao critério dos *crimes de catálogo*, mas sem uma análise pormenorizada de seu cabimento no direito brasileiro; no julgamento do HC 83.515 (Pleno – Min. Nelson Jobim - j. 16.09.2004 – DJ 04.03.2005) foi admitida a valoração do *conhecimento fortuito* ainda que este constitua crime apenado com detenção, desde que haja *conexão* com os fatos investigados; no julgamento do HC 84.388/SP (2ª T. - Min. Joaquim Barbosa – j. 14.12.2004 – DJ 19.05.2006) tem especial relevo o voto do Min. Joaquim Barbosa, que não reconheceu a qualidade de *conhecimento fortuito* ao crime descoberto – mas

ainda que diversos autores tenham lançado olhos sobre a matéria, especialmente quando o *conhecimento fortuito* surge no âmbito das interceptações telefônicas, é certo que não se alcançou um mínimo consenso sobre seus aspectos dogmáticos.²

Um pouco mais alentador é o cenário encontrado em alguns países da Europa continental, especialmente Alemanha e Portugal, onde o tema tem sido objeto de

não vislumbrado no momento da decretação da medida de interceptação telefônica – que esteja no contexto da investigação; no julgamento do Ag. Reg. no Ag. Inst. 761.706 (1ª T. – Min. Cármen Lúcia – j. 06.04.2010 – DJe 29.04.2010) foi admitida a valoração do *conhecimento fortuito* independentemente de o delito configurar um dos *crimes de catálogo*; no julgamento do HC 102.304/MG (1ª T. – Min. Cármen Lúcia - j. 25.05.2010 – DJe 24.05.2011) foi admitida a valoração do *conhecimento fortuito* independentemente de o delito configurar um dos *crimes de catálogo* e de estar em conexão com o crime que legitimou a medida de interceptação telefônica; no julgamento do Ag. Reg. no Ag. Inst. 626.214/MG (2ª T. – Min. Joaquim Barbosa – j. 21.09.2010 – DJe 07.10.2010) foi admitida a valoração do *conhecimento fortuito*, inclusive quanto a crimes apenados com detenção (logo, fora do *catálogo de crimes* que admite a realização da interceptação telefônica), desde que a medida originária tenha sido lícita; no julgamento do HC 100.524/PR (2ª T. – Min. Joaquim Barbosa – j. 27.03.2012 – DJe 25.05.2012) foi admitida a valoração do *conhecimento fortuito*, mas prevendo o critério dos *crimes de catálogo*. Vale notar que, até a edição da Lei nº. 9.296/96, quando houve a regulamentação do art. 5º, XII, parte final, da Constituição Federal, o STF inadmitia qualquer resultado de uma interceptação telefônica para fins de prova penal, ainda que a medida contasse com autorização judicial (cf. Pleno - HC 69.912/RS – Min. Sepúlveda Pertence – j. 16.12.1993 – DJ 25.03.1994; Pleno - HC 73.351/SP – Min. Ilmar Galvão – j. 09.05.1996 – DJ 19.03.1999; Pleno - HC 72.588/PB – Min. Maurício Corrêa – j. 12.06.1996 – DJ 04.08.2000), logo, não eram válidos tanto os *conhecimentos da investigação* quanto os *conhecimentos fortuitos*. No âmbito do Superior Tribunal de Justiça – STJ, o tema conta com uma jurisprudência mais linear, condicionando a validade dos *conhecimentos fortuitos* apenas à observância do critério da *conexão*. A título de exemplo: no julgamento do Ag. Rg. no Inq. 743/MG (C.E. – Min. Massami Uyeda – j. 17.08.2011 – DJe 10.11.2011) foi admitida a valoração do *conhecimento fortuito* desde que haja *conexão* com o fato legitimador da medida de interceptação telefônica, mas tomando como parâmetro o critério da *conexão instrumental* ou *probatória*, previsto no art. 76, inc. III, do CPP; no julgamento do HC 33.462/DF (5ª T. – Min. Laurita Vaz – j. 27.09.2005 - DJ 07.11.2005) e do HC 33.553/CE (5ª T. – Min. Laurita Vaz – j. 17.03.2005 - DJ 11.04.2005) foi admitida a valoração do *conhecimento fortuito* desde que haja *conexão* ou *continência* com o fato/sujeito legitimador da medida de interceptação telefônica; no julgamento do HC 69.552/PR (5ª T. - Min. Felix Fischer – j. 06.02.2007 – DJ 14.05.2007), foi admitida a valoração do *conhecimento fortuito* desde que haja *conexão* com o fato legitimador da medida de interceptação telefônica, mas entendeu que tal critério só é válido para a apuração de infrações penais pretéritas, que isto não se aplica a infrações penais futuras; no julgamento do HC 72.234/PE (5ª T. – Min. Napoleão Nunes Maia Filho – j. 09.10.2007 – DJ 05.11.2007) foi admitida a valoração do *conhecimento fortuito* resultante de busca e apreensão determinada para crime diverso, pois o conhecimento fortuito estava relacionado a crime permanente, de modo que o estado de flagrância dispensava a existência de prévio mandado judicial.

² Na doutrina nacional, diversos autores brasileiros já se manifestaram sobre o tema, em geral sobre a relação do conhecimento fortuito com a interceptação telefônica: Antonio Scarance Fernandes, *Processo penal...*, pp. 109-10; Geraldo Prado, *Limite às interceptações telefônicas e a jurisprudência do Superior Tribunal de Justiça*, 2ª ed., Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2006, pp. 59 e ss.; Adalberto José Q. T. de Camargo Aranha, *Da prova no processo penal*, 7ª ed., São Paulo: Saraiva, 2008, p. 295; Luiz Flávio Gomes, Raúl Cervini, *Interceptação telefônica: Lei 9.296, de 24.07.96*, São Paulo: Revista dos Tribunais, 1997, pp. 192-5; Eugênio Pacelli de Oliveira, *Curso de processo penal*, 12ª ed., Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2009, pp. 353-4; Vicente Greco Filho, *Interceptação telefônica: considerações sobre a Lei n. 9.296, de 24 de julho de 1996*, 2ª ed., São Paulo: Saraiva, 2008, pp. 33-40; Thiago André Pierobom de Ávila, *Provas ilícitas e proporcionalidade: uma análise da colisão entre os princípios da proteção penal eficiente e da inadmissibilidade das provas obtidas por meios ilícitos*, Dissertação de mestrado, Faculdade de Direito, Universidade de Brasília, 2006, pp. 218-27; Cleunice Bastos Pitombo, *Da busca e da apreensão no processo penal*, 2ª ed., São Paulo: Revista dos Tribunais, 2005, p. 264-71; Guilherme de Souza Nucci, *Leis penais e processuais penais comentadas*, 3ª ed., São Paulo: Revista dos tribunais, 2008, pp. 732-3; Aury Lopes Júnior, *Direito processual penal e sua conformidade constitucional*, 5ª ed., Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2010, p. 574-81.

incessantes debates há algumas décadas, tanto na jurisprudência quanto na doutrina, principalmente em face da conjugação de dois fatores: de um lado, a multiplicação exponencial de utilização das interceptações telefônicas³ – ambiente propício para o surgimento dos *conhecimentos fortuitos* – no curso da persecução penal e, de outro lado, a ausência de respostas legislativas adequadas para os inúmeros problemas surgidos quotidianamente na execução desse meio de obtenção de prova.⁴

Nessa perspectiva, observa-se um pioneirismo da jurisprudência alemã, pois, já em 1972, o *Oberlandesgericht* – OLG de Hamburgo⁵ enfrentou o tema ao decidir pela admissibilidade de valoração de todos os *conhecimentos fortuitos* obtidos durante a execução de uma interceptação telefônica regularmente autorizada, tomando como base (de fundamentação) o regime jurídico aplicável às buscas, as quais podem ser decretadas para quaisquer crimes (cf. §108 do Código de Processo Penal alemão).⁶

Mais tarde, em 1976, o *Bundesgerichtshof* - BGH⁷ divergiu de tal entendimento ao pronunciar que “a valoração só é admissível se e na medida em que os factos conhecidos no âmbito de uma escuta telefónica conforme ao § 100a) da StPO, estão em conexão com a suspeita de um crime do catálogo no sentido deste preceito”.⁸

³ Cf. Manuel da Costa Andrade, *Sobre as proibições de prova em processo penal*, Coimbra: Coimbra Editora, 2006, pp. 272-4. O autor lusitano demonstra esse aumento de frequência com dados estatísticos, tendo saltado de 443, em 1979, para 2205, em 1989, o número de interceptações telefônicas realizadas na Alemanha, enquanto em Portugal houve um salto de zero, em 1979, para 365, em 1989.

⁴ Cf. Francisco Aguilar, *Dos conhecimentos fortuitos obtidos através de escutas telefónicas*, Coimbra: Almedina, 2004, p. 28. A propósito dessa descontinuidade entre os problemas envolvendo as interceptações telefônicas e das correspondentes respostas normativas que têm sido oferecidas pela legislação, Manuel da Costa Andrade (*Sobre as proibições de prova em processo penal*, Coimbra: Coimbra Editora, 2006, pp. 273-4) aduz que: “A relativa novidade da problemática centrada sobre as escutas telefónicas explica, por seu turno, a perplexidade, as hesitações e as descontinuidades das correspondentes respostas normativas. Tanto a produção legislativa como a elaboração doutrinal e jurisprudencial estão longe de ter logrado paradigmas gerais de enquadramento e de superação jurídica das questões (...) É sobre o pano de fundo desta descontinuidade jurídico-positiva – e sem deixar de actualizar a consciência de que não seria realista esperar do legislador uma resposta cabal e esgotante à pletora dos problemas, extremamente diversificados e centrífugos que aqui se suscitam – que a doutrina e a jurisprudência vêm fazendo caminho. E também deste lado longe de se alcançar o almejado amadurecimento dos problemas e das soluções. Bastará recordar que só em 1976 (BGHSt., 26,298) o Tribunal Federal foi chamado, pela primeira vez, a afrontar diretamente o problema das escutas telefónicas e dos conhecimentos fortuitos”.

⁵ Trata-se de um tribunal de apelação na estrutura do Poder Judiciário alemão.

⁶ OLG Hamburg, *Juristische Rundschau*, 1973, pp. 252 e ss., cf. Manuel da Costa Andrade, *Sobre as proibições de prova em processo penal*, Coimbra: Coimbra Editora, 2006, p. 307; Francisco Aguilar, *Dos conhecimentos fortuitos obtidos através de escutas telefónicas*, Coimbra: Almedina, 2004, p. 28.

⁷ Trata-se do Tribunal Federal de Justiça, mais alta Corte da jurisdição ordinária alemã.

⁸ BGHSt. 26.298, *Neue Juristische Wochenschrift* 1976, p. 1463, *Apud* Manuel da Costa Andrade, *Sobre as proibições de prova em processo penal*, Coimbra: Coimbra Editora, 2006, p. 307. Quando o tribunal utiliza a expressão “crime do catálogo” faz referência ao rol taxativo de crimes do §100a) do Código de Processo Penal alemão, para os quais é admitida a interceptação telefônica.

Como visto, naquela quadra, a jurisprudência alemã já condicionava a admissibilidade do *conhecimento fortuito* de prova ao preenchimento do requisito da *conexão*, isto é, o *conhecimento fortuito* deveria guardar conexão com o crime de catálogo legitimador da interceptação telefônica, pois, nos termos da referida decisão, “o *princípio de proporcionalidade* decorrente da ideia de Estado de Direito só permite a compressão das posições correspondentes aos direitos fundamentais na medida do que é absolutamente necessário para a protecção de bens jurídicos reconhecidos pela Constituição. E proíbe, por isso, a valoração do *material que vem à rede* numa escuta telefónica legalmente realizada, mas que não é significativo (ou deixa de o ser) para o fim de protecção da ordenação democrática e livre”.⁹

Em momento posterior, o mesmo tribunal (BGH) ampliou esse espectro de admissibilidade da prova, passando a admitir a valoração de *conhecimentos fortuitos* que não tivessem conexão especificamente com o crime (do catálogo) que motivou a interceptação telefônica, bastando que se reportassem a algum *dos crimes* do catálogo previsto no § 100a) do Código de Processo Penal alemão. E isto pôde ser constatado em decisão datada de 30 de agosto de 1978, na qual foi admitida a valoração dos *conhecimentos fortuitos* obtidos em interceptação telefônica decretada para investigar o crime de *associação criminosa* (§ 129 do Código Penal alemão), sendo que, posteriormente, não houve a acusação por tal delito;¹⁰ todavia, exigiu-se que os *conhecimentos fortuitos* caracterizassem a finalidade ou a atividade da associação criminosa: “1. Os conhecimentos de factos obtidos através de uma escuta telefónica regularmente feita, nos termos dos §§ 100a) e 100b) da StPO, com base na suspeita de um crime do §129 do StGB (associações criminosas), podem também ser utilizados para prova dos crimes que no momento da autorização da escuta ou no decurso da sua realização podem ser imputados à associação como sua finalidade ou atividade. 2. Isto vale mesmo para a hipótese de, no momento oportuno, as autoridades competentes para a acusação

⁹ BGHSt. 26.298, *Neue Juristische Wochenschrift* 1976, p. 1463, *Apud* Manuel da Costa Andrade, *Sobre as proibições de prova em processo penal*, Coimbra: Coimbra Editora, 2006, p. 307. Nesse mesmo sentido: Francisco Aguilar, *Dos conhecimentos fortuitos obtidos através de escutas telefónicas*, Coimbra: Almedina, 2004, pp. 30-1; Karl-Heinz Gössel, *As proibições de prova no direito processual penal da República Federal da Alemanha*, trad. do original alemão por Manuel da Costa Andrade, In *Revista Portuguesa de ciência criminal*, ano 2, fasc. 3, Lisboa: Aequitas, jul-set. 1992, pp. 412-3.

¹⁰ Cf. Karl-Heinz Gössel, *As proibições de prova no direito processual penal da República Federal da Alemanha*, trad. do original alemão por Manuel da Costa Andrade, In *Revista Portuguesa de ciência criminal*, ano 2, fasc. 3, Lisboa: Aequitas, jul-set. 1992, p. 413.

deixarem cair a acusação pelo crime do catálogo. (...) só não poderão valorar-se os conhecimentos fortuitos que se reportem a condutas que caem já fora da área de atividades da associação criminosa que se encontra sob investigação”.¹¹

Vale registrar que, já nessa época, a jurisprudência alemã distinguia três categorias de *conhecimentos fortuitos* obtidos através de uma interceptação telefônica, sendo que para cada uma delas resultava uma consequência jurídica própria.

A primeira categoria seria a dos *conhecimentos fortuitos* não relativos aos crimes de catálogo (do § 100a) do Código de Processo Penal alemão) e tampouco conexos com qualquer outro crime do catálogo, isto é, os fatos fortuitamente descobertos durante a execução de uma interceptação telefônica que não configurassem um dos crimes de catálogo e que não possuíssem conexão com o crime que legitimou a medida, ou qualquer outro crime do catálogo. Em tais casos, o BGH julgou haver uma proibição total de valoração de prova.¹²

A segunda categoria seria a dos *conhecimentos fortuitos* relativos aos crimes de catálogo, isto é, os fatos fortuitamente descobertos durante a execução de uma interceptação telefônica que configurassem um dos crimes previstos no catálogo do § 100a) do Código de Processo Penal alemão. Em tais casos, o BGH julgou não ser relevante o fato de haver ou não conexão do *conhecimento fortuito* com o crime que legitimou a medida, e julgou não haver óbice à valoração desses fatos casualmente descobertos,

¹¹ BGHSt. 28.122, *Juristische Rundschau* 1979, pp. 164 e 166, *Apud* Manuel da Costa Andrade, *Sobre as proibições de prova em processo penal*, Coimbra: Coimbra Editora, 2006, p. 309, nota de rodapé 199. A admissão dos *conhecimentos fortuitos* ainda que o crime de *associação criminosa* não se confirme cria margem para um perigoso desvirtuamento do meio de obtenção de prova, pois pode-se invocar tal figura típica apenas para obter autorização para a interceptação telefônica, quando a real intenção é estender a medida para crimes que não a legitimariam. No caso do direito brasileiro, a lógica é perfeitamente aplicável para a situação em que é autorizada uma interceptação telefônica para a apuração do crime de quadrilha (art. 288 do Código Penal), mas com o real propósito de investigar crimes apenados com detenção, os quais não admitem a interceptação telefônica (art. 2º, inc. III, da Lei nº. 9.296/96). Atualmente, na Alemanha, a tendência jurisprudencial é pela admissibilidade dos *conhecimentos fortuitos* nessa hipótese, enquanto a doutrina se posiciona em sentido contrário: “O supremo tribunal alemão diz que sim, mas a maior parte da doutrina diz que não. Do meu ponto de vista, com boas razões, porque caso contrário, estava encontrado um sistema fácil de fazer escutas em relação a qualquer crime. Bastava dizer que havia uma associação criminosa para fazer aqueles crimes e, portanto, faziam-se as escutas. A associação caía, mas ficavam os crimes. Isto não pode ser. A exigência de crime do catálogo é a exigência mínima para que haja a possibilidade de valorar os conhecimentos fortuitos” (Manuel da Costa Andrade, *Das escutas telefônicas*, In *Direito penal especial, processo penal e direitos fundamentais: visão luso-brasileira*, São Paulo: Quartier Latin, 2006, p. 211).

¹² Cf. Francisco Aguilar, *Dos conhecimentos fortuitos obtidos através de escutas telefônicas*, Coimbra: Almedina, 2004, p. 32.

conforme sublinha FRANCISCO AGUILAR: “Por outras palavras, pretende a jurisprudência do BGH que apenas relativamente aos delitos cuja perseguição criminal legitima a devassa característica das escutas telefónicas – precisamente os descritos no §100a) da StPO – se possam valorar os conhecimentos fortuitos obtidos casualmente”.¹³

A terceira categoria seria a dos *conhecimentos fortuitos* relativos aos crimes que não constassem no catálogo do § 100a) do Código de Processo Penal alemão, mas que possuíssem *conexão* com a suspeita de um crime qualquer do catálogo. Em tais casos, teoricamente, incidiria a proibição geral de valoração das informações relativas a crimes não constantes do catálogo taxativo do § 100a) do Código de Processo Penal alemão, mas não foi este o entendimento consolidado pelo BGH. O referido tribunal deixou de aplicar a esta categoria o regime de proibição de valoração aplicável à primeira categoria (*conhecimentos fortuitos* que não se relacionam ao crime que legitimou a interceptação telefónica e tampouco com qualquer outro crime do catálogo), aceitando sua valoração tal como fossem *conhecimentos fortuitos* em conexão com o crime que legitimou a medida restritiva de direitos fundamentais.¹⁴

Outra questão de que se ocupou a jurisprudência alemã foi a extensão dos efeitos da proibição de valoração, aplicável aos *conhecimentos fortuitos* que não configurem um crime do catálogo e tampouco tenham conexão com qualquer crime desse rol taxativo. Em outras palavras, cuidou-se de saber se a proibição de valoração dos *conhecimentos fortuitos* acarretaria uma proibição de valoração dos conhecimentos obtidos por derivação.

Como estamos a tratar de meios de obtenção de prova cuja execução implica restrição a direitos fundamentais, trata-se de verificar se a ilicitude dos *conhecimentos fortuitos* acarreta a ilicitude dos conhecimentos deles derivados, o chamado “efeito à distância”, aquilo que a doutrina brasileira define como “prova ilícita por derivação”.

Em decisão de 22 de fevereiro de 1978,¹⁵ o BGH estendeu aos conhecimentos derivados dos *conhecimentos fortuitos* a proibição de valoração. No caso concreto, foram

¹³ *Dos conhecimentos fortuitos obtidos através de escutas telefónicas*, Coimbra: Almedina, 2004, p. 33.

¹⁴ Cf. Francisco Aguilar, *Dos conhecimentos fortuitos obtidos através de escutas telefónicas*, Coimbra: Almedina, 2004, pp. 34-5.

¹⁵ *Juristische Rundschau* 1979, pp. 163 e ss., *Apud* Francisco Aguilar, *Dos conhecimentos fortuitos obtidos através de escutas telefónicas*, Coimbra: Almedina, 2004, p. 35.

inadmitidas para fins de valoração as declarações do arguido e de testemunhas obtidas a partir dos *conhecimentos fortuitos*, pois o crime fortuitamente descoberto não constava no catálogo de crimes do § 100a) do Código de Processo Penal alemão e tampouco possuía conexão com um crime desse catálogo.¹⁶

No entanto, a doutrina indica que foram admitidas duas exceções a esse regime geral de proibição de valoração dos conhecimentos derivados dos *conhecimentos fortuitos*. Em primeiro lugar, se as posteriores declarações do arguido relativas a um *crime não catalogado* fornecessem novos dados informativos não constantes na interceptação telefônica, cujo conhecimento possibilitasse um “processo autônomo de conhecimento”, desvinculado do meio de obtenção de prova primitivo, então elas poderiam ser valoradas em um novo processo. Em segundo lugar, a proibição de valoração não obstaría o aproveitamento dos *conhecimentos fortuitos* como notícia-crime para novas investigações sobre os crimes excluídos do catálogo do § 100a) do Código de Processo Penal alemão.¹⁷

Em sede de doutrina alemã, a tendência majoritária foi o acolhimento dos critérios estabelecidos pelo BGH para que os *conhecimentos fortuitos* sejam admissíveis para fins de prova penal, quer dizer, a valoração dos *conhecimentos fortuitos* só é possível no âmbito da classe dos crimes do catálogo, vedando-se a valoração quando eles tenderem à comprovação de crimes excluídos do rol taxativo previsto no § 100a) do Código de Processo Penal alemão, salvo quando estivessem em conexão com um crime qualquer do catálogo.¹⁸ Em caráter minoritário, há quem os tenha admitido irrestritamente e quem os tenha repudiado na mesma intensidade, conforme noticia MANUEL DA COSTA ANDRADE:

¹⁶ Cf. Francisco Aguilar, *Dos conhecimentos fortuitos obtidos através de escutas telefônicas*, Coimbra: Almedina, 2004, p. 36.

¹⁷ Cf. Francisco Aguilar, *Dos conhecimentos fortuitos obtidos através de escutas telefônicas*, Coimbra: Almedina, 2004, p. 36.

¹⁸ Cf. Manuel da Costa Andrade, *Sobre as proibições de prova em processo penal*, Coimbra: Coimbra Editora, 2006, pp. 309-10; Francisco Aguilar, *Dos conhecimentos fortuitos obtidos através de escutas telefônicas*, Coimbra: Almedina, 2004, pp. 40-1; Karl-Heinz Gössel, *As proibições de prova no direito processual penal da República Federal da Alemanha*, trad. do original alemão por Manuel da Costa Andrade, In *Revista Portuguesa de ciência criminal*, ano 2, fasc. 3, Lisboa: Aequitas, jul-set. 1992, pp. 412-3. No entanto, foram formuladas críticas à vagueza e à falta de densificação do critério da *conexão*, baseado apenas em um juízo consensual, como aponta Francisco Aguilar (*Dos conhecimentos fortuitos obtidos através de escutas telefônicas*, Coimbra: Almedina, 2004, p. 42): “A doutrina tende a admitir, contudo a valoração dos conhecimentos fortuitos limitada aos crimes do catálogo. Ou seja, esta tese doutrinal não só coincide com o entendimento do BGH como inclusivamente o antecedeu aquando (sic) dos comentários à decisão do *OLG Hamburg* de 11.10.1972. Isto apesar de, como já referimos, dúvidas terem subsistido quanto à insuficiência densificativa da fórmula ‘em conexão’ (com um crime do catálogo) utilizada pelo Supremo Tribunal Federal para estender o âmbito de valoração dos conhecimentos fortuitos”.

“De qualquer forma, não será arriscado apontar como praticamente isolados os autores que se pronunciam a favor da valoração, sem restrições, dos conhecimentos fortuitos. Como o fez, por exemplo, W. Schönemann em nome do postulado da continuidade entre a licitude da produção de uma prova e a legitimidade da sua valoração. Também não parece encontrar eco significativo a tese oposta e igualmente extremada de Prittwitz: a proibição, em nome da exigência constitucional da *reserva de lei*, de valoração de todo e qualquer conhecimento fortuito”.¹⁹

Tamanho foi o interesse dispensado pela jurisprudência e pela doutrina para o tema que, em 1992, houve uma alteração no Código de Processo Penal alemão, cujo § 100b), inc. V, passou a regulamentar o tema dos *conhecimentos fortuitos* no âmbito das interceptações telefônicas.²⁰ Anos depois, em 2007, foi a vez do Código de Processo Penal português passar a contar com um dispositivo regulamentando a matéria (art. 187, inc. VII).²¹

Se o grande avanço teórico sobre os *conhecimentos fortuitos* de prova foi gerado no contexto dos debates sobre as interceptações telefônicas, isto não significa que eles não possam surgir na execução de outros meios de obtenção de prova (p. ex.: na busca domiciliar ou na quebra de sigilo fiscal). Ocorre que, diferentemente daquele meio de obtenção de prova, as *buscas*, por exemplo, tendem a ser admitidas para qualquer crime, não havendo sua restrição a um determinado catálogo de infrações, o que se torna um

¹⁹ *Sobre as proibições de prova em processo penal*, Coimbra: Coimbra Editora, 2006, p. 309.

²⁰ A alteração no Código de Processo Penal alemão foi operada pela lei de combate ao tráfico ilegal de drogas e outras formas de manifestação da criminalidade organizada (*Gesetz zur Bekämpfung des illegalen Rauschgifthandels und anderer Erscheinungsformen der organisierten Kriminalität - OrgKG*): cf. Francisco Aguilar, *Dos conhecimentos fortuitos obtidos através de escutas telefônicas*, Coimbra: Almedina, 2004, pp. 47-8; Juan F. Tapia, *Descubrimientos accidentales en el curso de un registro domiciliario o una intervención de comunicaciones: el problema de los hallazgos casuales ¿o ‘causales’?*, In *Revista de derecho penal*, Buenos Aires: Instituto de Ciencias Penales, 2002, p. 670. Eis o teor do dispositivo em inglês: “The personal information obtained by the measure may be used as evidence in other criminal proceedings only insofar as during its evaluation information was obtained which is required to clear up one of the criminal offenses listed in Section 100a”. Disponível em: <http://www.iuscomp.org/gla/statutes/StPO.htm#100b>. Acesso em 18/12/2012. Em tradução livre: “As informações pessoais obtidas apenas podem ser usadas como prova em outros processos criminais na medida em que delas resultem informações necessárias para o esclarecimento de uma infração criminal prevista no § 100a”.

²¹ Tal alteração foi operada pela Lei n.º 48, de 29 de agosto de 2007. Eis o teor do dispositivo: “a gravação de conversações ou comunicações, só pode ser utilizada em outro processo, em curso ou a instaurar, se tiver resultado de interceptação de meio de comunicação utilizado por pessoa referida no n.º 4 e na medida em que for indispensável à prova de crime previsto no n.º 1”. Disponível em: <http://www.parlamento.pt>. Acesso em 18/12/2012.

argumento utilizado por parte da doutrina para admitir irrestritamente os conhecimentos fortuitos nesta seara.²²

Como teremos a oportunidade de demonstrar,²³ discordamos dessa tese de admissibilidade irrestrita dos *conhecimentos fortuitos* nos demais meios de obtenção de prova, a qual se funda em razões de economia processual e numa suposta “franquia geral” concedida por dispositivos da legislação ordinária que autorizam a execução de alguns meios de obtenção de prova para qualquer crime (caso das *buscas*). Ora, em se tratando de medidas restritivas de direitos fundamentais, a admissibilidade ou inadmissibilidade dos *conhecimentos fortuitos* não se resume à questão da existência ou inexistência de um catálogo legal autorizando a execução do meio de obtenção de prova para todos os crimes ou apenas para um círculo restrito de crimes; é preciso que, antes de tudo, o tema seja analisado sob a perspectiva da regra da *proporcionalidade*.²⁴

²² Cf. Manoel da Costa Andrade, *Sobre as proibições de prova em processo penal*, Coimbra: Coimbra Editora, 2006, pp. 277-8. No mesmo sentido, quanto à possibilidade de surgimento do *conhecimento fortuito* em outros meios de obtenção de prova, Geraldo Prado (*Limite às interceptações telefônicas e a jurisprudência do Superior Tribunal de Justiça*, 2ª ed., Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2006, pp. 59-60) assevera que “Não se trata de privilégio das interceptações telefônicas. Também na busca e apreensão poderá ocorrer *encontro fortuito*. Na execução de ordem judicial para a apreensão de uma arma o executor da medida poderá encontrar um quilo de cocaína ou o cadáver insepulto de vítima de homicídio. Por evidente que haverá de apreender a droga e tomar as devidas providências em relação ao cadáver (chamar a perícia etc.)”. Outro exemplo é dado por Eugenio Pacelli de Oliveira (*Curso de processo penal*, 12ª ed., Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2009, p. 353): “Quando, na investigação de um crime contra a fauna, por exemplo, agentes policiais, munidos de mandado judicial de busca e apreensão, adentram em determinada residência para o cumprimento da ordem, espera-se, e mesmo exige-se (art. 243, II, CPP), que a diligência se realize exclusivamente *para a busca de animais silvestres*. Assim, se os policiais passam a revirar gavetas ou armários da residência, é de se ter por ilícitas as provas de infração penal que não estejam relacionadas com o mandado de busca e apreensão”. Na doutrina espanhola, com a citação de exemplos de *conhecimentos fortuitos* surgidos no âmbito das buscas: Fermín Javier Echarri Casi, *Prueba ilícita: conexión de antijuridicidad y hallazgos casuales*, In *Revista del Poder Judicial*, n. 69, Madrid: Consejo General del Poder Judicial, 2003, pp. 286-7.

²³ Cf. Capítulo 3.5 *infra*.

²⁴ Em sentido semelhante é o entendimento de Cleunice Bastos Pitombo, a qual critica a *economia processual* como argumento para uma admissão geral dos conhecimentos fortuitos no âmbito das buscas: “Discordamos, contudo, de tal posicionamento, pois, em processo penal, que tem como escopo a tutela da liberdade jurídica do indivíduo, não se pode, em nome de ‘economia processual’, abrandar, ou tornar complacentes preceitos processuais dela protetivos. O processo penal é o escudo, o anteparo, a proteção do indivíduo, em face de eventual arbítrio estatal, no querer impor pena ou medida de segurança. Existe em favor da tutela da liberdade jurídica do acusado, como magistralmente ensinou, sempre, Joaquim Canuto Mendes de Almeida” (*Da busca e da apreensão no processo penal*, 2ª ed., São Paulo: Revista dos Tribunais, 2005, pp. 267-8). No doutrina argentina, a mesma preocupação é externada por Juan F. Tapia (*Descubrimientos accidentales en el curso de un registro domiciliario o una intervención de comunicaciones: el problema de los hallazgos casuales ¿o ‘causales’?*, In *Revista de derecho penal*, Buenos Aires: Instituto de Ciencias Penales, 2002-2, p. 675): “Si bien es cierto que la intervención telefónica requiere un mayor contralor judicial durante su ejecución dada la mayor extensión temporal de la injerencia, no resulta afortunado sostener que por la menor duración que conlleva un registro domiciliario puedan reducirse las garantías previstas para dicha diligencia. Nos parece indiferente en este punto cuánto pueda llegar a durar la medida: lo relevante es que en ambos supuestos se restringe por orden judicial el *derecho constitucional a la intimidad*. De este modo, nos proponemos elaborar un critério objetivo de valuación de los

É nesse sentido que, sem a pretensão de esgotar a matéria, mas, antes disso, contribuir para sua melhor sistematização, buscaremos fazer apontamentos para uma dogmática dos *conhecimentos fortuitos* nos meios de obtenção de prova.

3.2 Conceito

Fortuito, que advém do termo latino *fortuito*, significa “casual, acidental, eventual”.²⁵ Assim, conhecer algo de modo *fortuito* significa que o ato cognoscitivo não era esperado, ocorreu por conta de uma casualidade, acidente ou eventualidade.

Na doutrina processual brasileira é comum o emprego da expressão *encontro fortuito de prova* para designar a situação em que, durante a execução de um meio de obtenção de prova, é encontrado material de interesse probatório diverso daquele que era procurado.²⁶ A utilização da expressão *encontro fortuito de prova*, por si só, revela que a doutrina nacional tende a dar ênfase ao momento de *apreensão* da fonte de prova e/ou do elemento informativo com relevância probatória e não ao momento de sua introdução nos autos da investigação (e posterior admissão como prova penal).

Em linha de princípio, o que se espera com a execução de um meio de obtenção de prova é a congruência (identidade) entre o crime/indivíduo indicados na decisão que autoriza o ato de investigação e o crime/indivíduo efetivamente investigados. No entanto, é

descubrimientos que resulte uniforme, válido para los registros domiciliários como para la intervención de comunicaciones”.

²⁵ Cf. Aurélio Buarque de Holanda Ferreira, *Novo dicionário da língua portuguesa*, 3ª ed., Curitiba: Positivo, 2004, p. 927.

²⁶ Dentre os autores que empregam a expressão *encontro fortuito de prova*: Antonio Scarance Fernandes, *Processo penal...*, pp. 109-10; Geraldo Prado, *Limite às interceptações telefônicas e a jurisprudência do Superior Tribunal de Justiça*, 2ª ed., Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2006, pp. 59 e ss.; Adalberto José Q. T. de Camargo Aranha, *Da prova no processo penal*, 7ª ed., São Paulo: Saraiva, 2008, p. 295; Luiz Flávio Gomes, Raúl Cervini, *Interceptação telefônica: Lei 9.296, de 24.07.96*, São Paulo: Revista dos Tribunais, 1997, pp. 192-5; Eugênio Pacelli de Oliveira, *Curso de processo penal*, 12ª ed., Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2009, pp. 353-4. Dentre aqueles que utilizam a expressão *conhecimento fortuito*: Vicente Greco Filho, *Interceptação telefônica: considerações sobre a Lei n. 9.296, de 24 de julho de 1996*, 2ª ed., São Paulo: Saraiva, 2008, p. 35; Thiago André Pierobom de Ávila, *Provas ilícitas e proporcionalidade: uma análise da colisão entre os princípios da proteção penal eficiente e da inadmissibilidade das provas obtidas por meios ilícitos*, Dissertação de mestrado, Faculdade de Direito, Universidade de Brasília, 2006, pp. 218-27. Há ainda que utilize a expressão *encontro casual*: Cleunice Bastos Pitombo, *Da busca e da apreensão no processo penal*, 2ª ed., São Paulo: Revista dos Tribunais, 2005, p. 264.

impossível que, de antemão, conheça-se todos os contornos do fato tido por criminoso, incluindo suas circunstâncias, razão pela qual FREDERICO ISASCA adverte ser esta a “função da fase de investigação, cujo objetivo é o apuramento, o mais preciso e concreto possível, do pedaço de vida que se pretende levar a juízo através de uma acusação”.²⁷

Sem desconsiderar a relevância dos estudos já empreendidos pela doutrina nacional e a conceituação adotada pela corrente majoritária (encontro fortuito de prova), pensamos ser o momento de avançar rumo a uma nova sistematização do tema.

Nesse sentido, é impossível cerrar os olhos para a proposta elaborada por FRANCISCO AGUILAR,²⁸ no sentido de distinguir os *conhecimentos fortuitos* dos *conhecimentos da investigação*,²⁹ permitindo identificar categorias jurídicas distintas, as quais, como se verá, estão sujeitas a consequências também distintas no plano da admissibilidade da prova.

Ademais, cremos que, embora o ato de apreensão casual de um elemento com relevância probatória seja um momento importante no contexto da matéria, o ponto fulcral está na sua inserção nos autos da investigação e posterior admissibilidade como prova penal, não no momento da apreensão do dado informativo. E isto se deve a dois motivos: i) a caracterização de uma fonte de prova e/ou elemento informativo (descoberto durante a execução de um meio de obtenção de prova) como *fortuito* ou como *próprio da investigação*, no mais das vezes, não é possível no momento de sua *apreensão*, mas sim posteriormente, quando ele aportar nos autos da investigação,³⁰ ii) o juízo de caracterização

²⁷ *Alteração substancial dos factos e sua relevância no processo penal português*, Coimbra: Almedina, 1995, p. 244.

²⁸ Nota explicativa: a solução proposta pelo referido autor foi elaborada em momento anterior à alteração do art. 187, do Código de Processo Penal português, ocorrida em 2007. Naquela quadra, ainda inexistia expressa disposição legal regulamentando os conhecimentos fortuitos, tal como hoje há no inciso VII do art. 187. Considerando que o “estado das coisas” na legislação brasileira é o mesmo em que se encontrava a legislação portuguesa antes de 2007 e levou o autor a formular tal proposta, cremos não haver prejuízo em adotá-la como parâmetro para o tema.

²⁹ *Dos conhecimentos fortuitos obtidos através de escutas telefônicas*, Coimbra: Almedina, 2004, pp. 17-24. No direito alemão, o evento é chamado de *Zuffallsfunden*, enquanto na Espanha recebe a denominação *hallazgos fortuitos* ou *descubrimientos casuales* (cf. Tomás López Fragoso, *Los descubrimientos casuales en las intervenciones telefónicas como medidas coercitivas en el proceso penal*, In *Derechos y libertades: revista del Instituto Bartolome de las Casas*, ano I, n. 2, Madrid: Universidad carlos III de Madrid, 1994, p. 82; Jacobo López Barja de Quiroga, *Tratado de derecho procesal penal*, Navarra: Aranzadi, 2004, p. 1265).

³⁰ Não é impossível que, de plano, seja revelada a *casualidade* da descoberta, por exemplo: durante a execução de um mandado para busca específica de animais silvestres no interior de uma residência, é encontrado um quilo de substância que aparenta ser cocaína. Em tal situação, não há dúvida de que a acidentalidade da descoberta é revelada já na apreensão do material pelos executores da medida. Todavia, em

de um elemento como *fortuito* ou como *próprio da investigação* não cabe ao executor do meio de obtenção de prova, mas sim ao Poder Judiciário, durante o controle de legalidade da medida.³¹

É nesse contexto que propomos um conceito que aparte a figura dos *conhecimentos fortuitos* em face dos *conhecimentos da investigação*.

Por *conhecimentos da investigação* devemos considerar os fatos (leia-se: fontes de prova e elementos de informação) obtidos durante a regular execução de um meio de obtenção de prova que se reportem (i) ao fato tido por criminoso e o indivíduo cuja investigação legitimou a medida ou, (ii) a um outro delito e/ou indivíduo que estejam inseridos na mesma *situação histórica de vida* daquele que legitimou a medida.³²

Por *situação histórica de vida* deve-se entender a *identidade de investigação* (no sentido processual) entre os fatos tidos como base para a decretação do meio de obtenção de prova e aqueles efetivamente descobertos com a medida.

Toda decisão judicial que autoriza a execução de um meio de obtenção de prova parte de uma hipótese de investigação, a qual poderá ser confirmada ou negada após o cumprimento da medida. Por óbvio, tal hipótese de investigação não prevê todos os elementos e circunstâncias de um fato tido por criminoso, pois, se assim fosse, o meio de obtenção de prova seria dispensável.

diversas situações, é possível que isto não ocorra de plano, por exemplo: durante a execução de um mandado para busca de fontes de prova relativas a um crime de sonegação fiscal são apreendidos diversos documentos que, posteriormente, ao serem analisados pelos responsáveis pela investigação, revelam o cometimento de crimes contra o sistema financeiro nacional. Nessa última hipótese, a casualidade da descoberta só é aferível após a execução do meio de obtenção de prova.

³¹ Em sentido semelhante é a observação feita por Luiz Flávio Gomes e Raúl Cervini (*Interceptação telefônica: Lei 9.296, de 24.07.96*, São Paulo: Revista dos Tribunais, 1997, p. 192): “Em princípio, o que se espera é a ‘identidade’ (‘congruência’) entre o fato e o sujeito passivo indicados na decisão e o fato e o sujeito passivo efetivamente investigados”. Na eventualidade de que haja discordância (com desvio, portanto, do princípio da identidade ou da congruência), impõe-se a imediata comunicação de tudo ao juiz (princípio do controle judicial), para que se delibere a respeito”. Esse entendimento também já foi externado pelo Tribunal Supremo da Espanha, conforme notícia Jacobo López Barja de Quiroga (*Tratado de derecho procesal penal*, Navarra: Aranzadi, 2004, p. 1265): “La STS 21 enero 1994 (RJ 1994, 89 señala que (...) ‘En segundo lugar y en la medida en que, ya durante la diligencia, se descubran presuntamente otros delitos distintos, sólo el Juez habrá de decidir si los mismos son o no conexos y si, en conclusión, proceder extender el mandamiento judicial y ampliar el objeto de registro, com la adopción entonces de cuantas prevenciones fueren aconsejables em Derecho (...)’”.

³² Cf. Francisco Aguilar, *Dos conhecimentos fortuitos obtidos através de escutas telefônicas*, Coimbra: Almedina, 2004, p. 17.

Caso a hipótese investigatória tomada como fundamento para autorizar a execução do meio de obtenção de prova seja confirmada, os elementos que a confirmam devem ser considerados *conhecimentos da investigação*. E isto inclui aqueles fatos ignorados ao tempo da decretação da medida, mas cujo conteúdo esteja inserido no contexto histórico da investigação.

Os fatos que eram desconhecidos ao tempo da decretação do meio de obtenção de prova e que só foram descobertos no curso da medida, ainda que, a primeira vista, possam revelar a aparência de *conhecimentos fortuitos*, deverão ser considerados *conhecimentos da investigação* caso estejam na já referida *situação histórica de vida*. O argumento a sustentar essa posição é muito simples. Toda investigação busca averiguar e comprovar os fatos constantes na *notitia criminis*, isto é, a autoria e a materialidade de um fato tido por criminoso.³³ No curso dessa atividade investigatória podem ser executados meios de obtenção de prova, cuja finalidade é pesquisar elementos de informação e fontes de prova, posteriormente introduzidos e fixados no processo.³⁴ Considerando que, no mais das vezes, tais meios de obtenção de prova implicam restrições a direitos fundamentais, sua execução depende de prévia autorização judicial,³⁵ a qual deve ser manifestada através de decisão fundamentada. A natureza cautelar dos meios de obtenção de prova exige que tal decisão preencha certos requisitos, dentre eles a demonstração do *fumus comissi delicti*, isto é, a probabilidade de que tenha ocorrido um delito.³⁶ Considerando que tal hipótese fática é tomada em juízo de probabilidade (*fumus boni iuris*), não de certeza (*ius*), não se pode esperar que ela comporte todos os elementos e circunstâncias do fato, sob pena de não fazer sentido a execução do meio de obtenção de prova. Assim, a descoberta de fontes de prova e/ou elementos de informação inicialmente ignorados, mas cujo conteúdo se reporte ao contexto histórico da investigação, não deve ser considerada *fortuita* e sim *própria* da investigação.³⁷

³³ Cf. Capítulo 2.1 *supra*.

³⁴ Cf. Capítulo 2.3 *supra*.

³⁵ Cf. Capítulo 1.7.4 *supra*.

³⁶ Cf. Capítulo 2.7 *supra*.

³⁷ Nesse sentido: Manuel Monteiro Guedes Valente, *Conhecimentos fortuitos: a busca de um equilíbrio apuleiano*, Coimbra: Almedina, 2006, p. 80-1; Manuel da Costa Andrade, *Sobre as proibições de prova em processo penal*, Coimbra: Coimbra Editora, 2006, p. 306. Este último assinala que tal entendimento é compartilhado por autores alemães, dentre os quais Riess (*Juristische Rundschau* 1979, p. 169): “o processo histórico que fundamenta a decisão de escuta compreende à partida os crimes posteriormente descobertos e submetidos a julgamento. Não se trata de modo algum de conhecimentos fortuitos, mas antes de

Nesse ponto, de suma importância é que o ato legitimador do meio de obtenção de prova (isto é, a decisão judicial) respeite o requisito da *referibilidadade*,³⁸ porquanto somente com uma estreita vinculação da medida cautelar a uma situação concreta de direito material é que será possível identificar a existência de um nexo de causalidade entre o resultado do meio de obtenção de prova e o contexto histórico da investigação. Quanto menor for o atendimento ao requisito da *referibilidadade*, mais difícil será a identificação do um resultado de um meio de obtenção de prova como descoberta *fortuita* ou *própria* da investigação.

Em contrapartida, devem ser considerados *conhecimentos fortuitos* os fatos (leia-se: fontes de prova e elementos de informação) obtidos durante a regular execução de um meio de obtenção de prova que **não** se reportem i) ao fato tido por criminoso e o indivíduo cuja investigação legitimou a medida ou, (ii) a um outro delito e/ou indivíduo que estejam inseridos na mesma *situación histórica de vida* daquele que legitimou a medida. Portanto, a definição dos *conhecimentos fortuitos* é a face negativa dos *conhecimentos da investigación*, o que revela seu caráter residual.³⁹

Quando o *conhecimento fortuito* configurar um crime cometido pelo mesmo indivíduo da medida restritiva de direito fundamental, porém excluído da situação histórica de vida da investigação, tratar-se-á de *conhecimento fortuito objetivo*. Já quando o *conhecimento fortuito* configurar um crime cometido por um sujeito diverso daquele que foi alvo da medida restritiva de direito fundamental e, ao mesmo tempo, esteja excluído da situação histórica de vida da investigação, tratar-se-á de *conhecimento fortuito subjetivo*.⁴⁰

Vale frisar que a distinção não é inócua, pois a qualificação do resultado do meio de obtenção de prova como *conhecimento da investigación* ou como *conhecimento fortuito*

conhecimentos que integram o processo histórico que a seu tempo ofereceu o motivo para uma ordem legítima de escuta”.

³⁸ Cf. Capítulo 2.7 *supra*.

³⁹ Cf. Francisco Aguilar, *Dos conhecimentos fortuitos obtidos através de escutas telefónicas*, Coimbra: Almedina, 2004, p. 18.

⁴⁰ Cf. Eloy Velasco Nuñez, *Presencias y ausencias – aspectos aclarados y discutidos – en materia de intervenciones telefónicas, en espera de una regulación parlamentaria del tema*, In *Actualidad penal*, n. 18-3, Madrid.; Actualidad Editorial, 1993, p. 262.

terá consequências na determinação de sua admissibilidade ou inadmissibilidade para fins de prova penal.⁴¹

Dos conceitos acima, extrai-se que a classificação do resultado de um meio de obtenção de prova como *conhecimento da investigação* ou como *conhecimento fortuito* é feita a partir de dois critérios, um de caráter *objetivo* (*referibilidade* do conhecimento ao ato que autoriza o meio de obtenção de prova) e outro, até o momento, de caráter *subjetivo* (situação histórica de vida).

Quanto à aplicação do primeiro critério não há maiores transtornos, bastando verificar se o resultado do meio de obtenção de prova está (ou não) expressamente previsto no ato que autoriza a medida restritiva.

Já quanto ao segundo critério, relativo à identificação do resultado do meio de obtenção de prova com a *situação histórica de vida* da investigação, não basta que este seja alcançado pela via consensual, seja da doutrina, seja da jurisprudência, como alguns pretendem.⁴² Há a necessidade de conferir *objetividade* e, principalmente, *legalidade* a tal critério.

⁴¹ Nesse mesmo sentido é a observação de Francisco Aguilar (*Dos conhecimentos fortuitos obtidos através de escutas telefônicas*, Coimbra: Almedina, 2004, p. 18): “A importância do apartar de águas destas duas figuras reside na circunstância de consoante qualificarmos um facto como conhecimento da investigação ou conhecimento fortuito poderemos estar a determinar a sua valoração como prova ou a proibição da sua valoração na mesma qualidade, respectivamente”.

⁴² A utilização de um critério consensual foi proposta por Manuel da Costa Andrade (*Sobre as proibições de prova em processo penal*, Coimbra: Coimbra Editora, 2006, p. 306), o qual define *conhecimentos da investigação* como: i) os fatos que estejam numa relação de concurso ideal e aparente com o crime que legitimou a realização da interceptação telefônica; ii) os delitos alternativos que estejam numa relação de comprovação alternativa de fatos com o crime que legitimou a realização da interceptação telefônica; iii) no caso de interceptação telefônica para apurar a existência de uma *associação criminosa*, os crimes que constituem a sua finalidade ou atividade; iv) as diferentes formas de coautoria, participação, favorecimento pessoal, auxílio material ou receptação. Criticando tal critério, Francisco Aguilar (*Dos conhecimentos fortuitos obtidos através de escutas telefônicas*, Coimbra: Almedina, 2004, p. 19) assevera: “Em primeiro lugar não pomos em dúvida a pertinência, em abstracto, de todas as constelações típicas referidas à categoria dos conhecimentos da investigação. O que questionamos é, por um lado, a ausência nesta doutrina, de uma total referência a um critério objetivo com assento legal e, por outro lado, o carácter não fechado da amostragem indicada. Com efeito, não nos parece ser admissível que, numa distinção com a relevância constitucional e processual como é aquela de que agora nos ocupamos, se recorra a um critério de cariz exclusivamente ‘consensual’ como parece caracterizá-lo Costa Andrade. Na realidade, se entendermos que existe uma proibição de valoração relativamente aos conhecimentos fortuitos e que essa proibição de valoração tem assento constitucional, não constituirá a qualificação de um facto como conhecimento da investigação *ex vi* de um critério de consensualidade doutrinária ou jurisprudencial, uma forma de contornar aquela mesma proibição constitucional?”.

Em se tratando de medidas restritivas de direitos fundamentais, a *legalidade* é um pressuposto formal da regra da proporcionalidade,⁴³ esta entendida como instrumento de controle daquelas medidas restritivas. Daí se falar *nulla coactio sine lege*.

A definição daquilo que é conhecimento próprio da investigação e daquilo que é conhecimento fortuito a partir de um juízo consensual confere uma margem de insegurança incompatível com um programa constitucional rígido no controle das medidas restritivas de direitos fundamentais.⁴⁴

Como solução, a fim de estabelecer um critério objetivo e de base legal para definir o conceito de *conhecimentos da investigação* e, sob um ângulo negativo e residual, os *conhecimentos fortuitos*, julgamos adequada a proposta feita por FRANCISCO AGUILAR, no sentido de utilizar o critério de prorrogação da competência da *conexão*. Segundo o autor lusitano, o critério previsto no art. 24.1 do Código de Processo Penal português,⁴⁵ para determinar a conexão de processos é apto a definir a *situação histórica de vida*: “Em nosso entendimento, uma aproximação ao conceito de ‘unidade de investigação processual’ ou de ‘uma mesma situação histórica de vida’ só susceptível de ser configurada no n.º 1 do artigo 24.º do C.P.P; isto é, os critérios objetivos vertidos neste preceito legal com o fim de

⁴³ Cf. Capítulo 1.7.2 *supra*.

⁴⁴ Ao enxergar esse perigo, Francisco Aguilar (*Dos conhecimentos fortuitos obtidos através de escutas telefónicas*, Coimbra: Almedina, 2004, p. 20) observa que com um critério consensual “a definição da categoria processual dos conhecimentos da investigação reside unicamente na doutrina e jurisprudência, podendo estas, em situação limite e *ad terrorem*, esvaziar de tal maneira o conceito de conhecimentos fortuitos que deixe de fazer sentido qualquer referência à destriça entre estes dois institutos processuais”. Essa preocupação é compartilhada pela doutrina alemã, conforme alerta Karl-Heinz Gössel (*As proibições de prova no direito processual penal da República Federal da Alemanha*, trad. do original alemão por Manuel da Costa Andrade, In *Revista Portuguesa de ciência criminal*, ano 2, fasc. 3, Lisboa: Aequitas, jul-set. 1992, pp. 412-3): “Uma ‘conexão’ que a doutrina tenta interpretar no sentido de a limitar aos crimes que formam com o crime do catálogo uma unidade de infracções em sentido processual. Esta proibição de valoração de todos os conhecimentos que não se reportem a crimes do catálogo ou que com eles não estejam em conexão não se baseia, porém, na mera violação da lei, mas apenas numa ponderação entre os interesses da perseguição penal e os direitos fundamentais do arguido”.

⁴⁵ “Artigo 24.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 comparticipação; d) Vários agentes tiverem cometido diversos crimes em comparticipação, na mesma ocasião ou lugar, sendo uns causa ou efeito dos outros, ou destinando -se uns a continuar ou a ocultar os outros; ou e) Vários agentes tiverem cometido diversos crimes reciprocamente na mesma ocasião ou lugar”. Disponível em: <http://www.dre.pt/pdf1s/2007/08/16600/0584405954.pdf>. Acesso em 18/12/2012.

determinar a conexão de processos consubstanciam crivos válidos no sentido de tornar operativo o referido conceito de ‘unidade processual’⁴⁶.

É inegável o ganho de legitimidade (constitucional) com a classificação do resultado de um meio de obtenção de prova como *conhecimento da investigação* ou como *conhecimento fortuito* a partir de um critério legal.

A *conexão* tem como pressuposto a existência de homogeneidade, de um liame que liga as infrações penais praticadas e as pessoas com elas envolvidas, sendo que tal nexó pode ser *intersubjetivo* ou *objetivo*.

Transpondo tal critério para o direito brasileiro, não é possível a aplicação integral do regime estabelecido pelo Código de Processo Penal para a prorrogação de competência através da *conexão*. Deve-se aplicar parcialmente o art. 76 do Código de Processo Penal, apenas no que se refere aos incisos I e II,⁴⁷ somando-se o critério da *continência*, previsto no art. 77, incisos I e II.⁴⁸ Isto porque, em sentido contrário ao do Código de Processo Penal português, cujo art. 24.1 reúne sob o mesmo dispositivo as hipóteses de *conexão* (*intersubjetiva* ou *objetiva*) e *continência*, o diploma processual penal brasileiro as separa e estabelece uma hipótese de *conexão instrumental* ou *probatória* (inciso III do art. 76), cujo conteúdo é extremamente vago e aberto, permitindo ao intérprete de plantão um grau de discricionariedade incompatível com uma definição restritiva de *conhecimento da investigação*.

⁴⁶ *Dos conhecimentos fortuitos obtidos através de escutas telefónicas*, Coimbra: Almedina, 2004, p. 21. Na doutrina espanhola, a mesma solução é proposta por diversos autores, os quais defendem a utilização do art. 17 da *Ley de Enjuiciamiento Criminal*, de 14 de setembro de 1882, como critério para identificar um conhecimento fortuito: Tomás López Frago, *Los descubrimientos casuales en las intervenciones telefónicas como medidas coercitivas en el proceso penal*, In *Derechos y libertades: revista del Instituto Bartolome de las Casas*, ano I, n. 2, Madrid: Universidad Carlos III de Madrid, 1994, p. 87; Jacobo López Barja de Quiroga, *Tratado de derecho procesal penal*, Navarra: Aranzadi, 2004, p. 1269. Na doutrina alemã, em momento anterior à entrada em vigor do § 100b), inc. V, do Código de Processo Penal, que regulamentou o tema, Karl-Heinz Gössel (*As proibições de prova no direito processual penal da República Federal da Alemanha*, trad. do original alemão por Manuel da Costa Andrade, In *Revista Portuguesa de ciência criminal*, ano 2, fasc. 3, Lisboa: Aequitas, jul-set. 1992) falava em “unidade de infrações em sentido processual” como forma de densificar o critério da *conexão*.

⁴⁷ “Art. 76. A competência será determinada pela conexão: I - se, ocorrendo duas ou mais infrações, houverem sido praticadas, ao mesmo tempo, por várias pessoas reunidas, ou por várias pessoas em concurso, embora diverso o tempo e o lugar, ou por várias pessoas, umas contra as outras; II - se, no mesmo caso, houverem sido umas praticadas para facilitar ou ocultar as outras, ou para conseguir impunidade ou vantagem em relação a qualquer delas;”.

⁴⁸ “Art. 77. A competência será determinada pela continência quando: I - duas ou mais pessoas forem acusadas pela mesma infração; II - no caso de infração cometida nas condições previstas nos arts. 51, § 1º, 53, segunda parte, e 54 do Código Penal”.

Repudia-se o critério da *conexão instrumental* ou *probatória*, presente no art. 76, III,⁴⁹ do Código de Processo Penal brasileiro, como ferramenta para a definição de *conhecimento da investigação*, porquanto em tal hipótese os laços que unem duas ou mais infrações não dizem respeito a uma mesma *situação histórica de vida*, mas sim à existência de uma *economia probatória* na reunião dos processos.⁵⁰

Ao critério da *conexão* deve ser somado o da *continência*, previsto no art. 77, incisos I e II, do Código de Processo Penal, que se caracteriza como uma litispendência parcial, isto é, quando uma causa penal está contida em outra.⁵¹ Aqui, também se verifica um critério seguro para alcançar a noção de *situação histórica de vida* e, por conseguinte, o conceito de *conhecimento da investigação*. Na *continência*, as infrações penais estão ligadas entre si (i) pela unidade de ação ou (ii) pela ocorrência de infração única com pluralidade de agentes, permitindo uma definição legal dos fatos que pertencem ao mesmo contexto histórico do crime que legitimou a execução do meio de obtenção de prova.⁵²

A utilização prática desse critério legal pode ser exemplificada por dois casos relatados por MANUEL DA COSTA ANDRADE.

No primeiro caso, “Na base da suspeita de que A terá cometido vários crimes de *Roubo (crime do catálogo)*: punível com prisão de um a oito anos pelo art. 306.º do CP), é ordenada a escuta do seu telefone. A audição de uma conversa entre o suspeito A e a testemunha B permite apurar que A terá cometido o crime de *Falsificação de documentos* (crime não pertinente ao catálogo, porquanto punido com prisão de até dois anos pelo art. 228.º do CP). Não se confirmando a suspeita dos crimes de *Roubo*, poderá a escuta ser

⁴⁹ “Art. 76. (...) III - quando a prova de uma infração ou de qualquer de suas circunstâncias elementares influir na prova de outra infração”.

⁵⁰ A aceitação do critério da *conexão instrumental* ou *probatória* para definir o *conhecimento da investigação* incorreria no mesmo pecado da *consensualidade*, visto que tal ferramenta depende, essencialmente, da prudência do juiz, logo, da discricionariedade de cada intérprete, fulminando mais uma vez o conceito de *conhecimento fortuito*, ainda que sob um amparo legal.

⁵¹ Cf. José Frederico Marques, *Elementos de direito processual penal*, vol. I, Campinas: Bookseller, 1997, p. 254.

⁵² Na doutrina nacional, os critérios da *conexão* e da *continência* são adotados por Luiz Flávio Gomes e Raúl Cervini (*Interceptação telefônica: Lei 9.296, de 24.07.96*, São Paulo: Revista dos Tribunais, 1997, p. 194); Vicente Greco Filho, *Interceptação telefônica: considerações sobre a Lei n. 9.296, de 24 de julho de 1996*, 2ª ed., São Paulo: Saraiva, 2008, p. 36.

valorada para obter a condenação de A pelo crime de *Falsificação de documentos?*⁵³. Afora a questão da admissibilidade ou não (para fins probatórios) dos fatos relativos à *falsificação de documentos*, é certo que eles deverão ser considerados *conhecimentos fortuitos*, isto é, conhecimentos excluídos da *situação histórica de vida* da investigação, porquanto não está configurada hipótese de *conexão (intersubjetiva ou objetiva)* ou de *continência*. A uma, não resta configurada a *conexão intersubjetiva* (art. 76, I, do CPP), pois o ato que legitimou o meio de obtenção de prova (interceptação telefônica) não vislumbrava o cometimento da falsificação de documentos por parte de A e tampouco por parte de outro indivíduo, seja por simultaneidade, seja por concurso, seja por reciprocidade; salvo se a falsificação de documentos fosse simultânea ao cometimento dos roubos, hipótese em que restaria caracterizado o conhecimento da investigação. A duas, também não se vislumbra hipótese de *conexão objetiva* (art. 76, II, do CPP), eis que não há nexo de causalidade entre o roubo e a falsificação de documentos, não há relação de antecedente para consequente. A três, tampouco é verificada a *continência*, pois não havia a prévia demonstração de que o crime de falsificação estivesse sendo cometido por outro (s) indivíduo (s) e, após a interceptação telefônica, fosse descoberta a participação de A, configurando a *continência por cumulação subjetiva* (art. 77, I, do CPP); de outra banda, tampouco o crime de falsificação de documentos estava inserido em um contexto de concurso formal, erro na execução ou de resultado diverso do pretendido, configurando a *continência por cumulação objetiva* (art. 77, II, do CPP).

No segundo caso, “A polícia criminal suspeita que o restaurante de R é frequentado por uma *associação criminosa* que se dedica ao furto e receptação de automóveis, à falsificação de matrículas e demais documentos e exportação para o estrangeiro. Para clarificar os factos, o tribunal ordena escutas em relação a A, B e C, suspeitos de pertencerem à associação. Não se provando o crime de *associação criminosa*, podem ser as escutas valoradas para condenar A, B e C por *falsificação de documentos?* (correspondente ao caso decidido em 30.8.1978 pelo BGH alemão)”⁵⁴. Afora a questão da admissibilidade ou não (para fins probatórios) dos fatos relativos à *falsificação de documentos*, é certo que eles deverão ser considerados *conhecimentos da investigação*, isto é, conhecimentos integrantes da *situação histórica de vida* da investigação, pois a falsificação de documentos já era vislumbrada no contexto da investigação ao tempo em que fora

⁵³ *Sobre as proibições de prova em processo penal*, Coimbra: Coimbra Editora, 2006, p. 304.

⁵⁴ *Ibidem*, p. 305.

decretado o meio de obtenção de prova (interceptação telefônica). E se, no contexto dessa mesma interceptação telefônica, não restasse comprovada a autoria de *A*, *B* e *C*, na *falsificação de documentos*, mas sim de *D*, *E* e *F*, até então ignorados, para esse mesmo crime? Tratar-se-ia de *conhecimento da investigação*, pois o critério da *continência por cumulação subjetiva* permitiria inserir tais indivíduos no contexto da unidade delitiva.

Importante observar que as noções de *conhecimentos da investigação* e *conhecimentos fortuitos* ora apresentadas nada têm a ver com o critério do catálogo de crimes, isto é, com a sua presença em um rol taxativo de crimes que ensejam determinados meios de obtenção de prova, caso da interceptação telefônica. O critério do catálogo de crimes tem relevância para determinar a admissibilidade ou inadmissibilidade dos *conhecimentos da investigação* ou dos *conhecimentos fortuitos* para fins probatórios, mas não integram os conceitos que acabamos de apresentar.

3.3. Objeto

O objeto dos *conhecimentos fortuitos* de prova são as fontes de provas e os elementos de informação obtidos durante o regular cumprimento de um meio de obtenção de prova e que não possuam um nexo de causalidade com a *situação histórica de vida* da investigação.

Disso resultam dois aspectos fundamentais: a *fortuitidade* e a não *vinculatividade*.

O primeiro aspecto, a *fortuitidade*, revela que o conhecimento da fonte de prova e/ou do elemento de informação é obtido de modo acidental, casual ou eventual. Do contrário, não será *conhecimento fortuito*, mas apenas uma prova obtida por meios ilícitos. Explique-se: quando houver a descoberta de uma fonte de prova ou de um elemento de informação por conta de extrapolação dos limites do ato legitimador do meio de obtenção de prova, tal descoberta não será *acidental*, mas sim *proposital*, tendo como sanção processual imediata a sua declaração de ilicitude.⁵⁵

⁵⁵ Tome-se o exemplo de um mandado de busca autorizando que a Polícia ingresse na casa de *A*, localizada em uma favela, para apreensão de armas de fogo. Caso os agentes de persecução, sem qualquer justificativa, além de invadirem a casa de *A*, também invadam a casa de *B*, vizinho de *A*, e lá encontrem substância

O segundo aspecto, a *não vinculatividade*, revela que a fonte de prova ou o elemento de informação descoberto não tem nexos de causalidade com o tema da investigação, isto é, não está inserido no contexto histórico do fato tido por criminoso e que legitimou a execução do meio de obtenção de prova. Disso também resulta que os conhecimentos fortuitos possuem um caráter *residual*.

3.4. Natureza jurídica

Os *conhecimentos fortuitos* não são um resultado *necessário* na execução de um meio de obtenção de prova, muito ao contrário, são apenas um resultado *eventual*.⁵⁶ Os próprios *conhecimentos da investigação* não são um resultado necessário, pois é possível que da execução de um meio de obtenção de prova nada resulte de relevante para a investigação.

A natureza jurídica dos *conhecimentos fortuitos* é a mesma dos *conhecimentos da investigação*, sendo que sua distinção corre por conta da existência (ou não) de nexos causal com a *situação histórica de vida* da investigação, daí podendo decorrer consequências distintas em termos de admissibilidade para fins de prova penal.

Portanto, considerando que os *conhecimentos fortuitos* são obtidos no contexto de um meio de obtenção de prova típico, extraordinário e repressivo, resulta que sua natureza jurídica é de *fonte de prova* ou *elemento de informação*.

Caso sejam admissíveis para fins probatórios, os conhecimentos fortuitos só podem ser utilizados como *fontes de prova* e *elementos de informação*, posteriormente introduzidos e fixados no processo através de algum *meio de prova*.⁵⁷

entorpecente, não se configurará uma descoberta *fortuita* da fonte de prova, mas sim uma descoberta *proposital*. Nesse mesmo sentido, alertando para a necessidade de apartar tais conhecimentos da categoria dos conhecimentos fortuitos: Juan F. Tapia, *Descubrimientos accidentales en el curso de un registro domiciliario o una intervención de comunicaciones: el problema de los hallazgos casuales ¿o 'causales'?*, In *Revista de derecho penal*, Buenos Aires: Instituto de Ciencias Penales, 2002-2, pp. 676-7.

⁵⁶ Assim como ocorre na relação entre *confissão* e *interrogatório*, pois aquela é um resultado eventual da realização deste meio de defesa.

⁵⁷ Cf. Capítulo 2.3 *supra*.

3.5. Admissibilidade dos conhecimentos fortuitos de prova no direito processual penal

Estabelecidas as bases sobre o conceito de *conhecimentos fortuitos* de prova, seu objeto e sua natureza jurídica, chega o momento de verificar sua *admissibilidade* para fins de prova penal.

Para tanto, é essencial que nossa análise leve em conta as noções anteriormente feitas sobre *tipicidade probatória* nos meios de obtenção de prova,⁵⁸ razão pela qual dividiremos o tema da admissibilidade dos conhecimentos fortuitos de acordo com a *tipicidade* ou *atipicidade* o meio de obtenção de prova, bem como a eventual existência de um *catálogo de crimes*.

3.5.1. Nos meios de obtenção de prova atípicos

Ao longo deste trabalho, já tivemos a oportunidade de verificar que a atividade de pesquisa da prova penal pode exigir a realização de medidas restritivas de direitos fundamentais e que tais medidas estão sujeitas a um rígido controle de constitucionalidade. Nesse contexto, constatamos que uma intervenção não autorizada no âmbito de proteção de um direito fundamental configura uma *violação* (ilegítima), ao passo que a intervenção constitucionalmente autorizada é uma *restrição* (legítima). Outrossim, verificamos que o controle de constitucionalidade das medidas restritivas de direitos fundamentais é operado pela regra da proporcionalidade, a qual impõe a observância de certos pressupostos (legalidade e justificação teleológica) e requisitos (judicialidade, motivação da decisão, idoneidade, necessidade e proporcionalidade em sentido estrito).⁵⁹

A partir dessas noções iniciais, concluímos que as medidas restritivas de direitos fundamentais dependem de expressa previsão legal (pressuposto formal da legalidade), ou seja, tem a *reserva legal* como imperativo (*nulla coactio sine lege*). E os requisitos a serem observados pela lei processual que tipifique medidas restritivas de direitos fundamentais

⁵⁸ Cf. Capítulo 2.8.1 *supra*.

⁵⁹ Cf. Capítulo 1.7 *supra*.

são os mesmos exigíveis para a lei penal material, a saber: *lex scripta, stricta et praevia*.⁶⁰ Assim, só são admissíveis as medidas restritivas de direitos fundamentais dotadas de prévia, expressa e estrita previsão legal.

Em geral, os meios de obtenção de prova implicam restrições a direitos fundamentais, razão pela qual devem respeitar tais premissas.

Portanto, somente são admissíveis os meios de obtenção de prova típicos, a saber, aqueles dotados de regulamentação legal, esta entendida como sua nominação, a previsão de requisitos de admissibilidade e o procedimento probatório aplicável.⁶¹ Do contrário, a intervenção no âmbito de proteção do direito fundamental não configurará uma legítima *restrição* e sim uma ilegítima *violação*.

Como consequência, se não são admissíveis os *conhecimentos da investigação* obtidos a partir de meios de obtenção de provas atípicos, tampouco serão admissíveis os *conhecimentos fortuitos* obtidos nesse mesmo contexto.

3.5.2. Nos meios de obtenção de prova típicos

No contexto dos meios de obtenção de prova típicos, a admissibilidade dos *conhecimentos fortuitos* para fins de prova penal deve ser analisada sob um duplo enfoque: i) dos meios de obtenção de prova dotados de um catálogo de crimes e ii) dos meios de obtenção de prova sem um catálogo de crimes.

3.5.2.1. Com um catálogo de crimes

No primeiro caso, a execução do meio de obtenção de prova só é admitida para um determinado rol de delitos. O exemplo clássico é a medida de interceptação das comunicações telefônicas que, dado seu grau de intervenção na esfera de direitos

⁶⁰ Cf. Capítulo 1.7.2 *supra*.

⁶¹ Cf. Capítulo 2.8.1 *supra*.

fundamentais do indivíduo, somente é autorizada para a investigação e repressão de certos delitos graves.

a) conhecimentos fortuitos que não se reportem a um crime do catálogo

Nessas situações, o fato de o legislador circunscrever a adoção do meio de obtenção de prova a certo catálogo de delitos informa a relevância dos direitos fundamentais atingidos com a medida, pois, do contrário, a intervenção poderia ser adotada para qualquer tipo de infração penal, inclusive as de menor gravidade (p. ex.: uma contravenção penal).

Retomando as considerações desenvolvidas anteriormente sobre a estrutura das normas de direitos fundamentais,⁶² observamos que o *enunciado normativo* autorizando a execução de um meio de obtenção de prova apenas para crimes de um rol taxativo configura parte da *norma* de direito fundamental, mais especificamente a *intervenção estatal* sobre o *âmbito de proteção* do direito fundamental que objeto de restrição.⁶³

Partindo do pressuposto de que há *fundamentação constitucional* para essa intervenção estabelecida pelo legislador ordinário, então tal intervenção deverá ser considerada uma *restrição legítima*, não uma *violação ilegítima*.

Nesse ponto, é crucial enxergar que não há espaço para discussões sobre a admissibilidade ou inadmissibilidade dos *conhecimentos fortuitos* (nos meios de obtenção de prova com um catálogo de crimes) com base em sopesamentos entre princípios constitucionais; isto porque, em alguma doutrina e jurisprudência, é recorrente o argumento de que a admissibilidade dos *conhecimentos fortuitos* decorre da prevalência do interesse público (na investigação de crimes) sobre o interesse privado (na preservação de direitos fundamentais).⁶⁴

⁶² Cf. Capítulos 1.4 e 1.5 *supra*.

⁶³ Cf. Capítulo 1.5.2 *supra*.

⁶⁴ Em acertada crítica sobre esse argumento, muito útil para o esvaziamento dos direitos fundamentais afetados durante a persecução penal, Diogo Rudge Malan (*Gravações ambientais domiciliares no processo penal*, In *Temas para uma perspectiva crítica do direito: homenagem ao Professor Geraldo Prado*, Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2010, p. 353) assevera: “a bem da verdade, inexistente no nosso ordenamento jurídico tal supremacia do interesse público inerente à persecução penal sobre as garantias processuais penais do acusado. Sequer na moderna concepção do Direito Administrativo o tradicional dogma da supremacia do interesse público sobre o interesse particular vem sendo aceito, cedendo lugar à necessidade de uma

Ora, a tarefa de compatibilização entre os princípios e regras constitucionais eventualmente colidentes, seja através do sopesamento entre princípios, seja através das soluções da hermenêutica para os conflitos entre regras, seja o sopesamento entre um princípio e uma regra, cabe primordialmente ao legislador. Quando há uma lei circunscrevendo a execução de um meio de obtenção de prova a determinados delitos, a norma que ela expressa já é o resultado de um sopesamento feito pelo legislador, o qual, considerando a importância do direito fundamental objeto de restrição para obtenção da prova penal, admite-o apenas para os delitos mais graves. Ainda que seja possível superar essa regra estabelecida pelo legislador (e que resulta de um sopesamento), é certo que isto impõe um ônus argumentativo muito maior do que nas colisões *puras* entre princípios, seja por questões de segurança jurídica, seja por respeito à competência do legislador para definir as políticas legislativas do Estado.

Se a inviolabilidade do sigilo das comunicações telefônicas é um direito fundamental consagrado pelo legislador constituinte, o qual, expressamente, apenas admite sua restrição para fins de investigação criminal e instrução processual penal, e se o legislador, atento à relevância desse direito, determina que a medida restritiva desse direito fundamental só será admitida para um rol taxativo de crimes, não pode o operador do direito desconsiderar essa opção legislativa e admitir os *conhecimentos fortuitos* de crimes excluídos desse catálogo.⁶⁵ E o mesmo raciocínio vale para os *conhecimentos da investigação* que não se reportem a um crime do catálogo.

A *norma* de direito fundamental representada pelo *enunciado normativo* do art. 5º, inc. XII, da Constituição brasileira, que assegura a inviolabilidade das comunicações

concordância prática entre os interesses conflitantes, mediante emprego da técnica da ponderação. De fato, a importância do ultrapassado dogma da supremacia do interesse público sobre o particular para o Processo Penal tem como gravíssima consequência prática a aniquilação das garantias processuais penais do acusado”.

⁶⁵ Essa mesma observação é feita por Geraldo Prado (*Limite às interceptações telefônicas e a jurisprudência do Superior Tribunal de Justiça*, 2ª ed., Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2006, pp. 60-1): “A interceptação não é admitida para a prova de infrações penais não punidas com reclusão. Ou seja, partindo do pressuposto de que a Constituição da República pode instituir fontes autônomas de justificação para determinados comportamentos e não admitir a justificação de outros, por critérios que os constituintes julgaram razoáveis, o legislador ordinário cumpriu sua missão reguladora e estabeleceu que as informações derivadas de interceptação só servem como prova de crimes punidos com reclusão. Assim, muito embora a informação sobre o crime punido com detenção exista (ou sobre a contravenção penal ou ainda acerca da infração de menor potencial ofensivo) e tenha sido obtida de modo lícito, pois a interceptação estava autorizada por juiz criminal, esta informação não será válida como prova dessas infrações e não poderá servir de base para a condenação”.

telefônicas, tem caráter de direito definitivo, porquanto deve ser satisfeita integralmente, salvo quando uma ordem judicial determine sua restrição “nas hipóteses e na forma que a lei estabelecer para fins de investigação criminal ou instrução processual penal”; portanto, não se trata de um mandamento de otimização, cuja realização dependa das possibilidades fáticas e jurídicas existentes.⁶⁶ Assim, quando o legislador ordinário delimitou a restrição desse direito fundamental em hipóteses muito estreitas (p. ex.: apenas para a investigação de crimes apenados com reclusão), ele buscou cumprir aquela regra estabelecida pelo legislador constituinte, o qual já realizou o sopesamento entre os princípios colidentes, permitindo a intervenção no âmbito de proteção do direito fundamental somente em situações extremas.

Afora essa simples consideração analítica, amparada na *teoria dos princípios* de ROBERT ALEXY,⁶⁷ que é suficiente para afastar a admissibilidade dos *conhecimentos fortuitos* e dos *conhecimentos da investigação* que configurem crimes excluídos do catálogo legal, há ainda o controle operado pela regra da proporcionalidade, que também aponta para um déficit de legalidade na admissão desses *conhecimentos*, por infringência ao *pressuposto formal da legalidade*.⁶⁸

⁶⁶ Cf. Capítulo 1.4.1 *supra*. *Mutatis mutandi*, essa mesma conclusão foi alcançada por Diogo Rudge Malan (*Gravações ambientais domiciliares no processo penal*, In *Temas para uma perspectiva crítica do direito: homenagem ao Professor Geraldo Prado*, Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2010, p. 352) ao tratar da possibilidade de restrição ao *direito à inviolabilidade domiciliar* fora das exceções previstas no art. 5º, inc. XI, da Constituição Federal: “A rigor, o emprego da técnica da ponderação logicamente *pressupõe* uma demonstração de que a cláusula da inviolabilidade domiciliar efetivamente possui natureza jurídica de ‘princípio’, na concepção do sobredito autor germânico [Robert Alexy]. Ou seja: demonstração de que a inviolabilidade domiciliar se caracteriza por poder ser cumprida em maior ou menor grau, se consubstanciando em *mandado de otimização*, norma determinante que algo seja cumprido na maior medida possível, dentro das possibilidades jurídicas existentes é feita pelos princípios e regras colidentes. A toda evidência, trata-se de premissa altamente questionável, pois a norma plasmada no artigo 5º, XI da Carta Constitucional não aparenta possuir natureza jurídica de ‘princípio’, e sim de ‘regra’. Com efeito, não se trata de um mandado de otimização, e sim de norma de caráter descritivo que contém *determinação específica*, a qual deve ser *cumprida integralmente*: por um lado, cabe ao Estado resguardar a inviolabilidade domiciliar do cidadão contra incursões ilícitas de terceiros; por outro, devem os servidores públicos se abster de invadir o domicílio do cidadão, fora das hipóteses legais. Assim, se afigura no mínimo discutível o emprego da técnica da ponderação aos interesses públicos inerentes à inviolabilidade domiciliar”.

⁶⁷ Cf. Capítulo 1.4 *supra*.

⁶⁸ Nessa linha, negando a admissibilidade de valoração de todos os *conhecimentos fortuitos* por violação da exigência constitucional de *reserva de lei*: Cornelius Prittowitz, *Die Grenzen der Verwertbarkeit von Erkenntnissen aus der Telefnüberwachung gem. 100a) StPO*, StV 1984, pp. 302 e ss., *Apud* Manuel da Costa Andrade, *Sobre as proibições de prova em processo penal*, Coimbra: Coimbra Editora, 2006, p. 283. Em sentido contrário, para W. Schünemann: “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” (*Neue Juristische Wochenschrift* 1978, pp. 406 e ss., *Apud* Manuel da Costa Andrade, *Sobre as proibições de prova em processo penal*, Coimbra: Coimbra Editora, 2006, p. 279). Como visto, tal entendimento aponta para uma admissibilidade geral dos conhecimentos fortuitos de prova na esfera das interceptações telefônicas, desde que a medida tenha sido

b) conhecimentos fortuitos que se reportem a um crime do catálogo

regularmente autorizada, ou seja, somente há que se falar em *proibição de valoração* da prova quando houver uma *proibição de produção* da prova. Por outro lado, há aqueles que adotam uma linha mediana, condicionando a admissibilidade dos *conhecimentos fortuitos* ao critério do catálogo legal, isto é, podem ser admitidos e valorados como prova para fins processuais desde que configurem um *crime do catálogo*. Esse é o entendimento de Claus Roxin (*Derecho procesal penal*, trad. da 25ª ed. alemã por Gabriela E. Córdoba y Daniel R. Pastor, Cuenos Aires: Editores del Puerto, 2000, pp. 308-9) e de H. J. Rudolphi (*Grenzen der Überwachung des Fernmeldeverkehrs nach den § 100a*), b) *StPO*, Fest. Schaffstein, p. 447, *Apud* Manuel da Costa Andrade, *Sobre as proibições de prova em processo penal*, Coimbra: Coimbra Editora, 2006, pp. 279-80), para quem: “A valoração de uma conversação telefónica 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”. Na doutrina portuguesa, há uma tendência de se admitir os conhecimentos fortuitos, desde que eles se reportem a um dos crimes de catálogo: Germano Marques da Silva, *Curso de processo penal*, vol. II, 4ª ed., Lisboa: Verbo, 2008, p. 256; Manuel Monteiro Guedes Valente, *Conhecimentos fortuitos: a busca de um equilíbrio apuleiano*, Coimbra: Almedina, 2006, p. 133. Em sentido oposto, Francisco Aguilar (*Dos conhecimentos fortuitos obtidos através de escutas telefónicas*, Coimbra: Almedina, 2004, pp. 76-79) não admite que os conhecimentos fortuitos possam ser valorados como prova, mas é importante ressaltar que tal autor adota um conceito de *conhecimento fortuito* mais estreito do que grande parte da doutrina. Na doutrina espanhola, há uma tendência de seguir a solução adotada pela jurisprudência, no sentido de admitir o *conhecimento fortuito* como notícia-crime, desde que, logo após seu surgimento na investigação, os agentes de persecução noticiem o fato ao juiz, ou seja, eles não podem dar continuidade à medida sem comunicá-lo. Em seguida, o juiz, observada a manutenção de sua competência em relação ao *conhecimento fortuito*, deverá reavaliar a decisão primitiva (que autorizou a medida restritiva de direito fundamental) à luz da proporcionalidade, decidindo pela ampliação de seu objeto ou pela instauração de uma nova investigação. A inobservância desse procedimento acarreta a proibição de valoração das diligências subsequentes, tomadas na investigação primitiva ou em um novo procedimento (Cf. Eloy Velasco Nuñez, *Presencias y ausencias – aspectos aclarados y discutidos – en materia de intervenciones telefónicas, en espera de una regulación parlamentaria del tema*, In *Actualidad penal*, n. 18-3, Madrid: Actualidad Editorial, 1993 p. 264; Joan J. Queralt, *Intervención de las telecomunicaciones en sede de investigación judicial y policial*, In *Revista Canaria de Ciencias Penales*, Instituto Iberoamericano de Política Criminal y Derecho Penal Comparado, 1998, p. 120; Ricardo Rodríguez Fernández, *La intervención telefónica como restricción al derecho fundamental a la intimidad*, In *Revista Penal*, n. 5, Barcelona: Editorial Praxis, 2000, p. 71; Alfonso Serrano Maíllo, *Valor de las escuchas telefónicas como prueba em el sistema español: nulidade de la prueba obtenida ilegalmente*, In *Revista Brasileira de Ciências Criminais*, v. 4, n. 15, São Paulo: Revista dos Tribunais, 1996, pp. 19-20). Na doutrina nacional: a) inadmitindo os *conhecimentos fortuitos* que se reportem a crimes excluídos do catálogo: Geraldo Prado, *Limite às interceptações telefônicas e a jurisprudência do Superior Tribunal de Justiça*, 2ª ed., Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2006, pp. 60-1; Eduardo Luiz Santos Cabette, *Interceptações telefônicas*, Lorena: Stiliano, 2000, p. 119; Vicente Greco Filho, *Interceptação telefônica: considerações sobre a Lei n. 9.296, de 24 de julho de 1996*, 2ª ed., São Paulo: Saraiva, 2008, p. 36; Luiz Flávio Gomes, Raúl Cervini, *Interceptação telefônica: Lei 9.296, de 24.07.96*, São Paulo: Revista dos Tribunais, 1997, p. 194; b) admitindo os *conhecimentos fortuitos* em qualquer hipótese: Paulo Rangel, *Breves considerações sobre a Lei 9.296/96: interceptação telefônica*, In *Revista Brasileira de Ciências Criminais*, v. 7, n. 26, São Paulo: Revista dos Tribunais, 1999, p. 147; c) inadmitindo os *conhecimentos fortuitos* em qualquer hipótese: Damásio E. de Jesus, *Interceptação de comunicações telefônicas: Notas à Lei 9.296, de 24.07.1996*, In *Revista dos Tribunais*, v. 735, São Paulo: Revista dos Tribunais, jan. 1997, pp. 458-473; Thiago Abud da Fonseca, *Interceptação telefônica: a devassa em nome da lei*, Rio de Janeiro: Espaço Jurídico, 2008, pp. 61-3.

No que se refere aos *conhecimentos fortuitos* que se reportem a crimes do catálogo, somente será possível sua valoração caso haja expressa previsão legal.⁶⁹

Aqui, valem as mesmas considerações já feitas sobre a admissibilidade dos conhecimentos fortuitos que não se reportem a um crime do catálogo, mas com uma tênue diferença. Se naquela hipótese o déficit de legalidade decorre da opção já feita pelo legislador de restringir a execução (e conseqüente resultado probatório) das medidas restritivas de direitos fundamentais a um catálogo restrito de crimes, aqui o déficit de legalidade se deve à falta de norma legal autorizando a valoração específica dos *conhecimentos fortuitos*, ainda que eles se reportem a um crime do catálogo.⁷⁰

No entanto, há uma *exceção* a essa regra geral de inadmissibilidade dos *conhecimentos fortuitos* de crimes incluídos no catálogo: se o *conhecimento fortuito* revelar, *primo ictu oculi*, uma situação de flagrância delitiva.⁷¹ Nessa hipótese, uma análise sistemática da Constituição Federal autoriza a restrição ao direito fundamental, pois embora não haja expressa previsão de intervenção no âmbito de proteção do direito fundamental sem ordem judicial (tal como ocorre com a ressalva do flagrante delito no art. 5º, inc. XI, da Constituição, ao direito à inviolabilidade domiciliar), é certo que o art. 5º, inc. LXI, excepciona a necessidade de ordem escrita e fundamentada para que alguém seja preso quando há situação de flagrância delitiva: “LXI - ninguém será preso senão em flagrante delito ou por ordem escrita e fundamentada de autoridade judiciária competente, salvo nos casos de transgressão militar ou crime propriamente militar, definidos em lei”. Se na hipótese do flagrante delito o legislador constituinte autorizou a restrição ao direito à liberdade de locomoção sem a necessidade de prévia ordem judicial, então cremos que essa mesma hipótese autoriza a restrição ao direito à inviolabilidade das comunicações telefônicas sem a necessidade da ordem judicial em relação aos *conhecimentos fortuitos*. No entanto, essa mesma análise sistemática aponta para a necessidade de, nessa hipótese, restringir a admissibilidade dos *conhecimentos fortuitos* aos crimes do catálogo, tendo em

⁶⁹ Tal como há no Código de Processo Penal alemão o § 100b), inc. V, e no Código de Processo Penal português o art. 187, inc. VII.

⁷⁰ Dentre os autores que defendem a inadmissibilidade dos *conhecimentos fortuitos* por inexistência de regulamentação legal: Francisco Aguilar, *Dos conhecimentos fortuitos obtidos através de escutas telefônicas*, Coimbra: Almedina, 2004, pp. 55 e 78-9; Benjamim Silva Rodrigues, *Das escutas telefônicas: a monitorização dos fluxos informacionais e comunicacionais*, Coimbra: Coimbra Editora, 2008, 435-6.

⁷¹ Nesse sentido: Luiz Francisco Torquato Avolio, *Provas ilícitas: interceptações telefônicas, ambientais e gravações clandestinas*, 5ª ed., São Paulo: Revista dos Tribunais, 2012, p. 189.

vista que o art. 5º, XII, autoriza a restrição à inviolabilidade do sigilo das comunicações telefônicas “nas hipóteses e na forma que a lei estabelecer”.

Em termos mais específicos, quanto ao direito fundamental à inviolabilidade da casa, a Constituição brasileira autoriza sua restrição sem a prévia necessidade de controle da medida por um órgão jurisdicional na hipótese de flagrante delito (art. 5º, inc. XI).⁷²

c) conhecimentos da investigação que não se reportem a um crime do catálogo

Por último, considerando o conceito de *conhecimentos fortuitos* adotado no presente trabalho e seu caráter residual, é inevitável questionar sobre a admissibilidade dos *conhecimentos da investigação* que não se reportem a um crime do catálogo.

Na esteira do que sustentamos anteriormente sobre o conceito de *conhecimentos da investigação*,⁷³ tem-se que o ato legitimador da medida restritiva de direito fundamental autoriza a *intervenção* no âmbito de proteção do direito fundamental para investigar fontes de prova relacionadas à *situação histórica de vida* do fato tido por criminoso, as quais configuram algum dos crimes de catálogo, daí que é pressuposta a *referibilidade* desse ato legitimador (do meio de obtenção de prova) apenas com a situação de direito material que configure um *crime de catálogo*. Assim, em atenção ao *pressuposto formal da legalidade*,

⁷² Nesse mesmo sentido é o entendimento de Juan F. Tapia (*Descubrimientos accidentales en el curso de un registro domiciliario o una intervención de comunicaciones: el problema de los hallazgos casuales ¿o ‘causales’?*, In *Revista de derecho penal*, Buenos Aires: Instituto de Ciencias Penales, 2002-2, p. 682), o qual assevera: “Um régimen diverso a los parámetros propuestos debe darse en los supuestos de flagrancia. Ante la advertencia a *simple vista* por el personal policial –sin que medie una acción positiva de éstos- de la ejecución de un delito, la intervención de los funcionarios para hacer cesar el hecho típico no solo se encuentra justificada sino que resulta obligatoria”. Na doutrina nacional, seguem essa linha Aury Lopes Júnior (*Direito processual penal e sua conformidade constitucional*, 5ª ed., Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2010, p. 579) e Luiz Francisco Torquato Avolio (*Provas ilícitas: interceptações telefônicas, ambientais e gravações clandestinas*, 5ª ed., São Paulo: Revista dos Tribunais, 2012, p. 189), sendo que, este último assevera: “A menos que a notícia-crime servisse para a prisão em flagrante da pessoa que estivesse praticando crime permanente, como o de sequestro, ou para medida de caráter urgente, como a desativação de uma bomba ou o impedimento da consecução de um crime grave, o que seria admissível com base no critério da proporcionalidade”. Em tais casos, por imposição legal, os agentes de segurança executores da medida devem tomar as providências cabíveis para a lavratura do flagrante, sob pena de incorrerem em conduta criminosa, o crime de prevaricação (art. 319 do Código Penal).

⁷³ Cf. Capítulo 3.2 *supra*.

a admissibilidade do *conhecimento da investigação* como prova para fins processuais também depende de sua referência a um *crime de catálogo*.⁷⁴

d) conhecimentos da investigação que se reportem a um crime do catálogo

Anteriormente,⁷⁵ esclarecemos que o conceito de *conhecimentos da investigação* adotado neste trabalho engloba várias situações que grande parte da doutrina tende a classificar como *conhecimentos fortuitos*.

Como exemplo, imagine-se uma medida de interceptação telefônica decretada contra *A* para investigar o cometimento de um crime de roubo pelo referido sujeito em conluio com *B*. Se durante a realização da interceptação surgem indícios de participação de *C* e *D* no mesmo fato, e que tal crime faz parte de uma série de outros roubos praticados reiteradamente pelos mesmos indivíduos, então a notícia da participação de *C* e *D*, bem como a suposta configuração do crime de quadrilha, não são *conhecimentos fortuitos*, mas sim *conhecimentos da investigação*. Tais fatos fazem parte da *situação histórica de vida* do crime e do indivíduo que legitimara a realização da medida restritiva de direito fundamental.

Agora, cabe indagar sobre a admissibilidade dos *conhecimentos da investigação* surgidos no curso de um meio de obtenção de prova e que configurem um crime de catálogo.

Em linha de princípio, tudo indica que tais conhecimentos são válidos. No entanto, isto depende do cumprimento de certos requisitos.

⁷⁴ No direito alemão, valendo-se do critério da conexão, a jurisprudência tem admitido o *conhecimento da investigação* que não se reporte a um dos crimes incluídos no catálogo do § 100a) do Código de Processo Penal: “Fuera de ello, la jurisprudencia también permite la persecución – posible a través de una vigilancia telefónica- de hechos no contenidos en el catálogo cuando ellos ‘están relacionados...con la sospecha de la comisión de uno de los hechos contenidos en el catálogo’ (BGHSt 26, 302)” (Claus Roxin, *Derecho procesal penal*, trad. da 25ª ed. alemã por Gabriela E. Córdoba y Daniel R. Pastor, Cuenos Aires: Editores del Puerto, 2000, p. 309).

⁷⁵ Cf. Capítulo 3.2 *supra*.

A comprovação de que uma fonte de prova configura legítimo *conhecimento da investigação* só é possível quando restar formulada a acusação formal, quando deverão estar imputados simultaneamente os *conhecimentos da investigação* que legitimaram a realização da medida restritiva de direito fundamental e aqueles outros *conhecimentos da investigação* que só surgiram durante a execução de tal medida. Em termos mais sintéticos, podemos tratar aqueles primeiros como *conhecimentos da investigação primitivos* e os segundos como *conhecimentos da investigação derivados*.

E se os *conhecimentos da investigação primitivos* não constarem da acusação formal, mas apenas os *conhecimentos da investigação derivados*?

Nesse caso, não restará outra alternativa senão desqualificar os *conhecimentos da investigação derivados* para qualificá-los *conhecimentos fortuitos*, uma vez que não mais existirá o crime que possibilitou o estabelecimento do nexo de conexão, conforme adverte FRANCISCO AGUILAR: “O mesmo é dizer: só no momento da acusação se pode afirmar a pertença dos factos relativos ao segundo segmento do nosso conceito à categoria dos conhecimentos da investigação. Pelo que, não constando da acusação o delito que legitimou a escuta, forçosamente se deverão qualificar tais conhecimentos como fortuitos por falta do delito que proporcionará – através do nexo de conexão proporcionado pelas alíneas do n.º 1 do artigo 24.º do C.P.P., na nossa proposta – a qualificação como conhecimentos da investigação. E isto porque, como vimos, o recurso ao n.º 1 do artigo 24.º do C.P.P. não importa a aplicação em bloco do regime jurídico da competência por conexão. Esclarecendo ainda mais o nosso pensamento, sempre diremos que uma vez obtida a qualificação de determinados factos como conhecimentos da investigação na sequência do segundo segmento do nosso conceito, daí decorrerá em princípio a valoração dos mesmos apenas no âmbito desse mesmo processo. Temos em que a nossa posição acaba por coincidir com a solução de Roxin. Em suma: deverá ser em face da acusação que caberá aferir da unidade de investigação em sentido processual, pelo que apenas no caso de ser nela incluído o delito que determinou a escuta poderão os factos extraídos das gravações resultantes de uma escuta telefónica ser probatoriamente valorados no âmbito desse, e só desse, processo”.⁷⁶

⁷⁶ *Dos conhecimentos fortuitos obtidos através de escutas telefónicas*, Coimbra: Almedina, 2004, p. 71-3.

Como consequência do que acabou de ser exposto, não poderão ser utilizados os *conhecimentos da investigação derivados* a título de *prova emprestada* em outro processo, pois isto implicaria “quebra” do nexo de conexão entre eles e os *conhecimentos da investigação primitivos*.

3.5.2.2 Sem um catálogo de crimes

No segundo caso, quando não há expressa previsão legal de um catálogo de crimes para os quais é autorizada a execução do meio de obtenção de prova, não são válidas as considerações feitas no capítulo anterior (i) sobre a proibição de violação do rol de crimes estabelecido pelo legislador ordinário e (ii) sobre o controle operado pela regra da proporcionalidade, através do *pressuposto formal da legalidade*. O exemplo clássico de meio de obtenção de prova que pode ser executado para qualquer crime é a *busca domiciliar*, prevista no art. 240, § 1º e incisos, do Código de Processo Penal brasileiro.⁷⁷

Se no caso dos meios de obtenção de prova com um catálogo de crimes o controle de proporcionalidade aponta para um déficit de legalidade, aqui tal óbice é superado – em face da previsão legal que autoriza a medida restritiva de direito fundamental para qualquer crime –, deslocando o foco para os pressupostos e requisitos subsequentes da regra da proporcionalidade.

Nessa perspectiva, toma grande relevo a análise dos requisitos extrínsecos *subjetivo* (judicialidade) e *formal* (motivação da decisão), pois a medida restritiva de direito fundamental carece de *judicialidade* e, como consequência lógica, de *motivação*, no tocante aos conhecimentos fortuitos.

No momento de sua decretação, o meio de obtenção de prova tem como pressuposto fático a *situação histórica de vida* que poderá ensejar um *conhecimento da investigação*, mas, ao contrário, não toma em consideração nenhuma hipótese fática

⁷⁷ Não é impossível que se discuta a constitucionalidade “em abstrato” de uma lei que estabeleça uma grave restrição a direito fundamental para fins de obtenção de prova penal para qualquer crime, em violação à *regra da proporcionalidade*. No entanto, para os propósitos do presente trabalho, tem relevo apenas o controle sobre o resultado “em concreto” da execução de medidas restritivas de direitos fundamentais, situação na qual surgem os *conhecimentos fortuitos*.

relacionada ao *conhecimento fortuito*. Disso decorre que a medida restritiva de direito fundamental não é autorizada para o fim de obter o *conhecimento fortuito*, mas tão-somente o *conhecimento da investigação*.

As medidas restritivas de direitos fundamentais ostentam um caráter excepcional e estão submetidas ao *princípio da especialidade*, razão pela qual o ato que as legitima não autoriza a restrição do direito fundamental para qualquer finalidade, mas tão-somente aquela tomada como fundamento para a decisão. Tais medidas não são ordenadas de modo a pesquisar o cometimento de crimes “em geral”, mas sim para levar aos autos da investigação fontes de prova relativas aos fatos indicados na notícia-crime, logo, deve existir uma identidade entre o delito objeto de investigação e o delito que *de fato* se investiga.⁷⁸

Em virtude disso, não há como aceitar a tese de admissibilidade geral dos *conhecimentos fortuitos* no âmbito das buscas domiciliares, conforme sustenta parte da doutrina. É o caso de MANUEL DA COSTA ANDRADE, para quem: “A resposta afigura-se relativamente linear no domínio específico das buscas, onde nada parece contrariar a tese da admissibilidade geral da apreensão e valoração de todos os *conhecimentos fortuitos*. Isto à vista de um preceito como o artigo 179.º do CPP – ou do ainda mais explícito § 108 da StPO alemã –, que, de forma mais ou menos unívoca, autoriza a apreensão de todos os objetos relacionados, nos termos legalmente prescritos, com um crime. De acordo com o

⁷⁸ Na doutrina argentina, esse sentido é o entendimento de Juan F. Tapia (*Descubrimientos accidentales en el curso de un registro domiciliario o una intervención de comunicaciones: el problema de los hallazgos casuales ¿o ‘causales’?*, In *Revista de derecho penal*, Buenos Aires: Instituto de Ciencias Penales, 2002-2, pp. 673-4): “Tomando en consideración el principio de especialidade que rige en la materia, cabe concluir entonces que el derecho a la intimidad de los sujetos pasivos de estas diligencias unicamente cede para possibilitar la incautación de aquello que el juez autorizo o para grabar una conversación vinculada al objeto de la investigación, de modo que si se pretende exceder el cotado marco de la orden judicial, la conducta policial resultará lesiva del derecho constitucional a la intimidad y consecuentemente sus resultados deberán ser excluidos de la valoración judicial”. Na doutrina espanhola, além do *princípio da especialidade*, Fermín Javier Echarri Casi (*Prueba ilícita: conexión de antijuridicidad y hallazgos casuales*, In *Revista del Poder Judicial*, n. 69, Madrid: Consejo General del Poder Judicial, 2003, p. 288) reconhece a necessidade de observância do *princípio da intervenção indiciária*, a exigir uma análise da existência de indícios para que fosse autorizado o meio de obtenção de prova em relação ao *conhecimento fortuito*: “Este principio tiene mayor alcance que el de especialidad, pues se refiere tanto a las intervenciones necesitadas de previa autorización judicial, como a las que no, mientras que el de especialidad viene referido exclusivamente para medir el alcance de la resolución judicial habilitadora, siendo de hecho uno de sus requisitos. En consecuencia, la justificación del rechazo del hallazgo casual puede partir no sólo del hecho de que la no ponderación de la gravedad del nuevo ilícito no justifique esa intervención domiciliaria o de las comunicaciones, sino también por no haberse producido, respecto de él, la correspondiente valoración indiciaria”. Na doutrina nacional, defendendo a aplicação do princípio: Aury Lopes Júnior, *Direito processual penal e sua conformidade constitucional*, 5ª ed., Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2010, p. 574-6.

entendimento pacífico da doutrina e da jurisprudência alemãs, a tese da legitimidade da valoração de todos os conhecimentos fortuitos decorrentes de uma dada busca, imposta, de resto, pelo citado § 108 da StPO – radica na circunstância de este meio de obtenção da prova ser admissível em relação a qualquer crime. São, pois, razões de economia processual – evitando-se a repetição de formas e diligências – que ditam a apreensão directa ou a valoração probatória dos objectos que corporizam os *conhecimentos fortuitos*”.⁷⁹

Vê-se que o autor português condiciona a admissibilidade do *conhecimento fortuito* tão-somente ao requisito do catálogo de crimes, quer dizer, sendo legalmente admissível o meio de obtenção de prova para a hipótese do *conhecimento fortuito*, este poderá ser apreendido e valorado. Ora, o requisito da admissibilidade legal do meio de obtenção de prova é apenas um ponto de partida (pressuposto formal da legalidade). Tratando-se de medida que impõe grave restrição a direito fundamental (inviolabilidade do domicílio), a mera inexistência de um catálogo de crimes apenas supera o pressuposto formal da legalidade, mas não dispensa a análise dos demais pressupostos e requisitos da regra da proporcionalidade.

Portanto, os *conhecimentos fortuitos* surgidos no curso de meios de obtenção de prova sem um catálogo de crimes são inadmissíveis como prova para fins processuais, por conta do déficit de *judicialidade* que os acompanha.

No que se refere à admissibilidade dos *conhecimentos da investigação* surgidos no curso dos meios de obtenção de prova sem um catálogo de crimes, é certo que, no controle pela regra da proporcionalidade, não haverá o óbice da falta do *requisito extrínseco subjetivo da judicialidade*, tal como ocorre com os *conhecimentos fortuitos*. Isto porque o ato legitimador da medida restritiva de direito fundamental autoriza a *intervenção* no âmbito de proteção do direito fundamental para investigar todas as fontes de prova relacionadas à *situação histórica de vida* do fato tido por criminoso.

⁷⁹ *Sobre as proibições de prova em processo penal*, Coimbra: Coimbra Editora, 2006, p. 277-8. Nesse mesmo sentido é o entendimento de Claus Roxin (*Derecho procesal penal*, trad. da 25ª ed. alemã por Gabriela E. Córdoba y Daniel R. Pastor, Cuenos Aires: Editores del Puerto, 2000, p. 309), em face do §108 do Código de Processo Penal alemão, que autoriza a realização de *buscas* para qualquer crime.

Como consequência, o controle da proporcionalidade da medida restritiva deverá ser centrado nos demais requisitos, quais sejam: requisito extrínseco formal (motivação da decisão) e requisitos intrínsecos (adequação, necessidade e proporcionalidade em sentido estrito).

3.5.3. Aproveitamento do conhecimento fortuito como notícia-crime

Uma vez considerado que um determinado elemento de informação ou uma fonte de prova obtido durante a execução de um meio de obtenção de prova não pode ser caracterizado como um *conhecimento da investigação*, mas sim como um conhecimento fortuito – e, portanto, não passível de valoração pelo julgador – resta saber se tal fonte ou elemento poderá ser utilizado como *notitia criminis*. MANUEL DA COSTA ANDRADE ilustra a situação com o seguinte exemplo: “Na base da suspeita do seu envolvimento numa *associação criminosa*, que se dedica ao furto e venda ilícita de automóveis, foi o telefone de A colocado sob escuta. O que permitiu saber, *inter alia*, que, a pedido de B, cidadão estrangeiro, e inteiramente à margem das atividades da suposta associação criminosa, A procedeu à falsificação de um passaporte nacional em favor de B. Excluído – em termos que curaremos de clarificar – como *prova* da responsabilidade criminal de A ou B a título de *falsificação de documentos*, estará também vedado ao ministério público utilizar este conhecimento para efeito de *notícia do respectivo crime* e, por isso, como fundamento do correspondente processo penal?”⁸⁰

Em resposta à indagação do autor lusitano: cremos que sim.

A inadmissibilidade dos *conhecimentos fortuitos* não resulta de uma mera irregularidade de caráter processual, mas sim de uma proibição de valoração (de prova) de natureza substancial (direito material), relacionada à preservação de direitos fundamentais reconhecidos pela Constituição aos indivíduos atingidos pelo meio de obtenção de prova. Portanto, trata-se de prova ilícita.

⁸⁰ *Sobre as proibições de prova em processo penal*, Coimbra: Coimbra Editora, 2006, p. 275-6.

A sanção de inadmissibilidade implica a impossibilidade de renovação do ato processual, em contraposição à categoria da prova ilegítima, cuja sanção processual é a nulidade, passível de renovação. Ademais, a inadmissibilidade impede a valoração da prova pelo juiz e impede seu ingresso nos autos do processo. Caso ingresse, ela deverá ser extirpada, desentranhada dos autos, em respeito ao art. 5º, inciso LVI, da Constituição brasileira e ao art. 157, *caput*, do Código de Processo Penal.

Ora, o ponto nevrálgico envolvendo o aproveitamento do *conhecimento fortuito* para subsidiar notícia-crime está no reconhecimento de que ele jamais seria autonomamente obtido.⁸¹

Para além do efeito de sancionar a prova com a pecha de ilicitude – e consequente inadmissibilidade para fins processuais –, a questão também envolve o efeito pedagógico de repudiar as restrições aos direitos fundamentais que se apresentem excessivas desproporcionais.⁸² Caso seja admitida a utilização do *conhecimento fortuito* como notícia-crime para iniciar investigação autônoma, haverá uma violação indireta do preceito constitucional que veda a utilização das provas obtidas por meios ilícitos em sede processual. Ademais, soa incoerente inadmitir o *conhecimento fortuito* como *fonte de prova*, seja no processo derivado da investigação na qual ele surgiu, seja em outro processo a título de prova emprestada, e, de outro lado, admiti-lo como notícia-crime. A lesão à garantia constitucional da *inadmissibilidade das provas obtidas por meios ilícitos* (art. 5º, inciso LVI) é a mesma.⁸³

⁸¹ Nesse sentido é a observação de Manuel da Costa Andrade (*Sobre as proibições de prova em processo penal*, Coimbra: Coimbra Editora, 2006, p. 276), especificamente sobre o aproveitamento no âmbito das interceptações telefônicas: “Uma pessoa ver-se-ia, com efeito, penalmente perseguida com base em escutas telefônicas que, de outra forma, nunca poderiam ser autonomamente ordenadas”.

⁸² Esse mesmo aspecto é ressaltado por Eugênio Pacelli de Oliveira (*Curso de processo penal*, 12ª ed., Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2009, p. 353) ao tratar do tema: “Ainda na linha das questões ligadas à inadmissibilidade das provas obtidas ilicitamente, pode-se apontar também a teoria do *encontro fortuito* ou *casual de provas* como uma das hipóteses de aplicação do princípio (...) Aqui, o que é (e será) decisivo é o desempenho de uma das funções que são atribuídas ao princípio da inadmissibilidade das prova ilícitas, tal como mencionado no início deste item, a saber: a função de controle ou de pedagogia da atividade policial”.

⁸³ Na doutrina alemã, Kai Ambos (*Las prohibiciones de utilización de pruebas en el proceso penal alemán*, In *Prueba y proceso penal: análisis de la prueba prohibida en el sistema español y en el derecho comparado*, Valencia: Tirant to Blanch, 2008, p. 338) demonstra preocupação com essa utilização dos *conhecimentos fortuitos* a título de notícia-crime para novas investigações. Na doutrina espanhola, o mesmo entendimento é adotado por Fermín Javier Echarrri Casi (*Prueba ilícita: conexión de antijuridicidad y hallazgos casuales*, In *Revista del Poder Judicial*, n. 69, Madrid: Consejo General del Poder Judicial, 2003, p. 292): “Si el Juez no utilizase lo descubierto, no habría lesión alguna de la garantía constitucional de la inadmisión de la prueba ilícitamente obtenida. Pero si la policía utiliza lo descubierto como *notitia criminis*, también emplea lo descubierto sin la previa valoración judicial. Sea como fuere la diferenciación entre el

A sanção de inadmissibilidade não atinge apenas a investigação na qual o *conhecimento fortuito* foi obtido, mas toda e qualquer investigação que pretenda utilizá-lo, razão pela qual sequer é possível admiti-lo como notícia-crime.

3.6. O tratamento dos conhecimentos fortuitos de prova no direito processual penal comparado

Com o assentamento dos principais aspectos da dogmática dos direitos fundamentais e da dogmática da prova no direito processual penal, pudemos delinear alguns contornos dogmáticos para o tema dos *conhecimentos fortuitos* surgidos no âmbito dos meios de obtenção de prova.

Alcançado esse estágio, cumpre-nos fazer um breve apanhado do tratamento recebido pelo tema na legislação estrangeira, antes de verificarmos sua situação no ordenamento jurídico brasileiro.

Para tanto, utilizamos como critério de seleção dos ordenamentos jurídicos o pioneirismo e a antiguidade na disciplina da matéria por cada legislação estudada.

É importante esclarecer que a proposta desse estudo de direito comparado exclui uma análise rigorosa dos meios de obtenção de prova nos quais surgem os *conhecimentos fortuitos*, centrando-se nas consequências processuais para tal instituto no âmbito de cada

fundamento jurídico de la utilización del hallazgo casual como *notitia criminis* y como fuente de prueba se sostiene, desde un punto de vista técnico, con demasiada dificultad. Si se llega a la conclusión de que la utilización de los hallazgos casuales como *notitia criminis* nos es inconstitucional, será difícil mantener la tesis contraria a la hora de su admisión como fuente de prueba”. Diante das considerações do referido autor, não há negar uma franca contradição no pensamento de autores como Tomás López Fragoso (*Los descubrimientos casuales en las intervenciones telefónicas como medidas coercitivas en el proceso penal*, In *Derechos y libertades: revista del Instituto Bartolome de las Casas*, ano I, n. 2, Madrid: Universidad Carlos III de Madrid, 1994, pp. 88-9), que inadmite a utilização do *conhecimento fortuito* como *fonte de prova*, mas o aceita como notícia-crime para subsidiar nova investigação. Na doutrina nacional, inadmitindo o *conhecimento fortuito* como notícia-crime para uma nova investigação: Luiz Francisco Torquato Avolio, *Provas ilícitas: interceptações telefônicas, ambientais e gravações clandestinas*, 5ª ed., São Paulo: Revista dos Tribunais, 2012, p. 189. Em sentido contrário, admitindo a notícia-crime: Luiz Flávio Gomes, Raúl Cervini, *Interceptação telefônica: Lei 9.296, de 24.07.96*, São Paulo: Revista dos Tribunais, 1997, pp. 194-5; Antonio Scarance Fernandes, *Processo penal...*, p. 110; Lenio Luiz Streck, *As interceptações telefônicas e os direitos fundamentais: Constituição, cidadania, violência: a Lei 9.296/96 e seus reflexos penais e processuais*, 2ª ed., Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2001, p. 126; Aury Lopes Júnior, *Direito processual penal e sua conformidade constitucional*, 5ª ed., Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2010, p. 578-9.

ordenamento jurídico analisado. Ou seja, não há a pretensão de esgotar o tema, mas apenas contribuir com o enriquecimento do debate no plano do direito brasileiro.

Nos casos em que não há expressa regulamentação legal do tema, faremos um breve apanhado das soluções propostas pela doutrina e pela jurisprudência para discipliná-lo.

O estudo será feito por amostragem, de modo a verificar as respostas que cada ordenamento jurídico fornece para os *conhecimentos fortuitos* surgidos durante a execução de (i) um meio de obtenção de prova dotado de um catálogo de crimes e (ii) um meio de obtenção de prova que não possua um catálogo da mesma natureza. Nesse sentido, quanto à primeira hipótese, optamos por selecionar a medida de interceptação das comunicações telefônicas e, quanto à segunda hipótese, escolhemos as medida de busca domiciliar. O motivo que orientou nossa escolha é que em ambos os casos os *conhecimentos fortuitos* surgem com maior frequência, em face dos demais meios de obtenção de prova.⁸⁴

Por fim, é salutar lembrar a sempre atual advertência de ADA PELLEGRINI GRINOVER sobre os perigos que um estudo de direito comparado traz consigo: “Todos aqueles que se aprestam a uma obra de síntese, na base de alguns ordenamentos ou grupos de ordenamentos jurídicos, devem conhecer os perigos que se corre em qualquer tentativa de comparação jurídica. À dificuldade da colheita de dados, e do idioma, acrescenta-se aquela dos problemas, dos conceitos, das idéias. Questões ainda vivas e atuais para os juristas de um determinado ordenamento podem representar problemas já superados para os estudiosos de outros; conceitos que têm, para alguns, um sentido preciso podem tomar outro, incerto ou inteiramente diverso, para os demais; idéias operantes no plano de interpretação e da evolução do direito, em alguns países, podem configurar lugares-comuns para outros etc”.⁸⁵

⁸⁴ No que diz respeito à proliferação dos conhecimentos fortuitos no âmbito da interceptação das comunicações telefônicas, precisa é a observação de Manuel Monteiro Guedes Valente (*Conhecimentos fortuitos: a busca de um equilíbrio apuleiano*, Coimbra: Almedina, 2006, pp. 33-4): “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 directo 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”.

⁸⁵ *Liberdades públicas e processo penal: as interceptações telefônicas*, 2ª ed. – São Paulo: Revista dos Tribunais, 1982, p. 113.

3.6.1. Alemanha

Conforme já exposto,⁸⁶ o tema dos *conhecimentos fortuitos* vem sendo tratado pela doutrina e pela jurisprudência alemãs há algumas décadas, especialmente no âmbito da interceptação das comunicações telefônicas. Não por outra razão, o ordenamento jurídico alemão foi pioneiro no regramento legal da matéria.

Em 15 de julho de 1992, quando a *Lei de Combate ao Tráfico Ilegal de Drogas e Outras Formas de Manifestação da Criminalidade Organizada* (em alemão: *Gesetz zur Bekämpfung des illegalen Rauschgifthandels und anderer Erscheinungsformen der organisierten Kriminalität – OrgKG*) alterou o § 100b, inc. V, do Código de Processo Penal, passando a estabelecer que: “As informações pessoais obtidas apenas podem ser usadas como prova em outros processos criminais na medida em que delas resultem informações necessárias para o esclarecimento de uma infração criminal prevista no § 100a” (em tradução livre).⁸⁷

Como visto, o referido dispositivo regulou a possibilidade de utilização do resultado da interceptação das comunicações telefônicas em outros processos, o que significa permitir a valoração dos *conhecimentos fortuitos*. No entanto, alguns requisitos devem ser observados.

A uma, conforme já adiantado, o § 100b, inc. V, do Código de Processo Penal alemão, admite a utilização do *conhecimento fortuito* como *prova emprestada* em processos diversos daquele no qual a informação foi obtida, porém devem ser processos de natureza criminal.

⁸⁶ Capítulo 3.1 *supra*.

⁸⁷ Eis o teor do dispositivo em inglês: “The personal information obtained by the measure may be used as evidence in other criminal proceedings only insofar as during its evaluation information was obtained which is required to clear up one of the criminal offenses listed in Section 100a”. Disponível em: <http://www.iuscomp.org/gla/statutes/StPO.htm#100b>. Acesso em 18/12/2012. O texto original em alemão é: “Die durch die Massnahmen erlangten personenbezogenen Informationen dürfen in anderen Strafverfahren zu Beweis Zwecken nur verwendet werden, soweit sich bei Gelegenheit der Auswertung Erkenntnisse ergeben, die zur Aufklärung einer der in § 100 a bezeichneten Straftaten benötigt werden” (cf. Francisco Aguilar, *Dos conhecimentos fortuitos obtidos através de escutas telefônicas*, Coimbra: Almedina, 2004, p. 48, nota de rodapé 171).

A duas, o mencionado dispositivo condiciona a admissibilidade do *conhecimento fortuito* à “necessidade da informação para o esclarecimento de uma infração criminal”, ou seja, somente poderão ser utilizadas as informações que se revelem *necessárias* para a apuração (de uma infração criminal) no processo no qual o *conhecimento fortuito* será utilizado.

A três, a valoração do *conhecimento fortuito* só é admitida quando ele se reportar a uma infração criminal prevista no § 100a, do mesmo diploma legal.⁸⁸ Assim, só poderão ser valorados os *conhecimentos fortuitos* que caracterizem algum dos *crimes de catálogo*, para os quais a interceptação telefônica é admitida.

No entanto, quanto a este último requisito, deve-se fazer uma ponderação.

Em linha de princípio, a redação do § 100b, inc. V, do Código de Processo Penal alemão, poderia sugerir a proibição de valoração dos *conhecimentos fortuitos* que não se reportem a um dos crimes do catálogo (“esclarecimento de uma infração criminal prevista no § 100a”). Todavia, a jurisprudência tem feito uma leitura no sentido de que apenas podem ser usadas como prova as informações relativas a *crimes do catálogo* “em outros processos criminais”, ou seja, há uma proibição de valoração dos *conhecimentos fortuitos* relativos a crimes excluídos do catálogo somente quanto a outros processos criminais, de modo que tal proibição de valoração não é aplicável ao processo no qual a informação foi gerada.⁸⁹ Em síntese, não há proibição de valoração dos *conhecimentos fortuitos* que não se reportem a crimes do catálogo quando eles forem utilizados no mesmo processo em que surgiram.

⁸⁸ O §100a, do Código de Processo Penal alemão prevê uma lista extensa e taxativa de crimes para os quais é admitida a realização da medida de interceptação e gravação das comunicações telefônicas, desde que haja uma fundada suspeita de que alguém tenha praticado ou participado de tais crimes.

⁸⁹ Esta tem sido a orientação do *Bundesgerichtshof* – BGH, o qual, mesmo após a alteração do § 100b, inc. V, tem admitido a valoração dos *conhecimentos fortuitos* de crimes excluídos do catálogo do § 100a, desde que a utilização ocorra no processo que deu origem à informação (cf. Francisco Aguilar, *Dos conocimientos fortuitos obtidos através de escutas telefónicas*, Coimbra: Almedina, 2004, pp. 49-53; Kai Ambos, *Las prohibiciones de utilización de pruebas en el proceso penal alemán*, In *Prueba y proceso penal: análisis de la prueba prohibida en el sistema español y en el derecho comparado*, Valencia: Tirant to Blanch, 2008, p. 338).

Observe-se que a valoração do *conhecimento fortuito* de crime não incluído no catálogo do § 100a, do Código de Processo Penal alemão, tem sido feita pela jurisprudência a partir de um critério de *conexão* em sentido processual.

Por último, vale dizer que a proibição de valoração, em outros processos, dos *conhecimentos fortuitos* de crimes excluídos do catálogo do § 100a, do Código de Processo Penal alemão, não tem sido óbice para sua utilização como notícia-crime deflagradora de novas investigações.⁹⁰

Cabe destacar que a lei processual alemã é omissa quanto à possibilidade de interceptação das comunicações telefônicas estabelecidas entre o investigado e seu defensor, razão pela qual tanto a doutrina quanto a jurisprudência têm se manifestado contra a interceptação e a gravação das comunicações telefônicas nessas circunstâncias, o que resulta em proibição de valoração dos *conhecimentos fortuitos* porventura surgidos, salvo a hipótese em que o defensor é investigado por ser coautor ou partícipe de algum dos crimes de catálogo (§ 100a, do Código de Processo Penal).⁹¹

No que se refere ao regime jurídico das *buscas domiciliarias* e seu relacionamento com os *conhecimentos fortuitos*, outro tem sido o encaminhamento da questão, pois o § 108 do Código de Processo Penal alemão, não estabelece um catálogo de crimes para os quais a medida é admitida. Em outras palavras, as *buscas* podem ser realizadas para qualquer crime.

De acordo com o referido dispositivo, “Os objetos encontrados em busca que, embora não relacionados com a investigação, indiquem o cometimento de outra infração criminal, devem ser provisoriamente apreendidos. O Ministério Público deve ser informado a respeito disso” (em tradução livre).⁹²

⁹⁰ Cf. Claus Roxin, *Derecho procesal penal*, trad. da 25ª ed. alemã por Gabriela E. Córdoba y Daniel R. Pastor, Cuenos Aires: Editores del Puerto, 2000, p. 309; Kai Ambos, *Las prohibiciones de utilización de pruebas en el proceso penal alemán*, In *Prueba y proceso penal: análisis de la prueba prohibida en el sistema español y en el derecho comparado*, Valencia: Tirant to Blanch, 2008, p. 338.

⁹¹ Cf. Claus Roxin, *Derecho procesal penal*, trad. da 25ª ed. alemã por Gabriela E. Córdoba y Daniel R. Pastor, Cuenos Aires: Editores del Puerto, 2000, p. 310; Manuel da Costa Andrade, *Sobre as proibições de prova em processo penal*, Coimbra: Coimbra Editora, 2006, pp. 295-7.

⁹² Eis o teor do dispositivo em inglês: “(1) Objects found by a search which, though not connected with the investigation, indicate the commission of another criminal offense, shall be provisionally seized. The public

Como visto, o dispositivo prevê a apreensão dos *conhecimentos fortuitos* surgidos durante uma medida de busca, mas impõe a imediata comunicação do evento ao Ministério Público.

Por fim, a doutrina tem afirmado a necessidade de que a ordem de *busca domiciliar* tenha sido legítima, pois, do contrário, as irregularidades na sua obtenção se estenderão aos *conhecimentos fortuitos*, proibindo sua valoração com prova.⁹³

3.6.2. Espanha

No ordenamento jurídico espanhol inexistente regulamentação legal sobre os *conhecimentos fortuitos*, sejam aqueles surgidos no âmbito da interceptação das comunicações telefônicas, sejam aqueles surgidos em outros meios de obtenção de prova.

No que se refere à interceptação das comunicações telefônicas, diferentemente de diversos outros países de direito codificado, a legislação espanhola não prevê um catálogo de crimes para os quais a medida é admitida e tampouco um critério quantitativo pautado na duração das penas impostas.

A regulamentação legal da medida está prevista no art. 579, §§ 2º e 3º, da *Ley de Enjuiciamiento Criminal* – LECRIM.⁹⁴ Assim, o § 2º estabelece que o juiz poderá

prosecution office shall be informed thereof”. Disponível em: <http://www.iuscomp.org/gla/statutes/StPO.htm#100b>. Acesso em 18/12/2012.

⁹³ Cf. Claus Roxin, *Derecho procesal penal*, trad. da 25ª ed. alemã por Gabriela E. Córdoba y Daniel R. Pastor, Cuenos Aires: Editores del Puerto, 2000, p. 318.

⁹⁴ Eis o teor original do dispositivo: “2. Asimismo, el Juez podrá acordar, en resolución motivada, la intervención de las comunidades telefónicas del procesado, si hubiere indicios de obtener por estos medios el descubrimiento o la comprobación de algún hecho o circunstancia importante de la causa. 3. De igual forma, el Juez podrá acordar, en resolución motivada, por un plazo de hasta tres meses, prorrogables por iguales períodos, la observación de las comunicaciones postales, telegráficas o telefónicas de las personas sobre las que existan indicios de responsabilidad criminal, así como de las comunicaciones de las que se sirvan para la realización de sus fines delictivos”. Em tradução livre: “Da mesma forma, o juiz poderá concordar, em decisão motivada, com a interceptação das comunicações telefônicas do processado, se houver indícios de obter por esse meio o descobrimento ou a comprovação de algum fato ou circunstância importante para a causa. 3. De igual forma, o juiz poderá concordar, em decisão motivada, por um prazo de três meses, prorrogável por iguais períodos, a observação das comunicações postais, telegráficas ou telefônicas das pessoas sobre as quais existam indícios de responsabilidade criminal, assim como as comunicações de que se sirvam para a realização de seus fins delictivos”. Todas as citações de dispositivos da *Ley de Enjuiciamiento Criminal* foram obtidas em: www.boe.es. Acesso em 05/01/2013.

determinar “a interceptação das comunicações telefônicas do processado, se houver indícios de obter por esse meio o descobrimento ou a comprovação de algum fato ou circunstância importante para a causa” e o § 3º prevê “a observação das comunicações postais, telegráficas ou telefônicas das pessoas sobre as quais existam indícios de responsabilidade criminal, assim como as comunicações de que se sirvam para a realização de seus fins delitivos” (em tradução livre).

Em linha de princípio, poder-se-ia imaginar que o preceito do § 2º, isto é, a *interceptação das comunicações telefônicas* propriamente dita, somente seria aplicável ao *processado*, enquanto que o preceito do § 3º, isto é, a *observação das comunicações telefônicas*, seria aplicável ao *investigado*. Assim, no caso do *processado* poderia ser realizada a apreensão do conteúdo das comunicações telefônicas, enquanto que sobre o *investigado* somente seria possível a apreensão de circunstâncias externas das mesmas comunicações. Não é esse o entendimento da doutrina, que entende aplicável à situação do investigado as disposições do § 2º do art. 579.⁹⁵

Diante do referido vácuo normativo quanto a um catálogo de crimes e quanto à possibilidade de valoração dos *conhecimentos fortuitos* surgidos no âmbito desse meio de obtenção de prova, foram formadas três correntes fornecendo soluções para o problema.

Uma primeira corrente⁹⁶ defende a utilização do critério da *conexão*, previsto no art. 17, §§ 1º a 5º, da LECRIM,⁹⁷ para apartar aquilo que é *conhecimento fortuito* daquilo

⁹⁵ Cf. Carlos Alberto Carbone, *Requisitos constitucionales de las intervenciones telefónicas: correspondência telefónica, informática y audiovisual intervenida judicialmente en el proceso penal*, Santa Fe: Rubinzal-Culzoni, 2008, pp. 377-8; Marta Patrício, *Sigilo das telecomunicações: uma análise comparada*, In *Sub iudice: justiça e sociedade*, vol. 15/16, Lisboa: Almedina, jun-dez 1999, p. 168.

⁹⁶ Dada a diversidade de soluções apresentadas pela doutrina, citaremos apenas as posições mais importantes encontradas para o tema dos conhecimentos fortuitos no âmbito das interceptações telefônicas. Para uma visão geral de outros entendimentos, confira-se a síntese de Antonio Pablo Rives Seva (*La intervención de las comunicaciones en la jurisprudencia penal*, Pamplona: Aranzadi, 2000, pp. 122-6).

⁹⁷ Eis os termos do dispositivo: “Art. 17. Consideráanse delitos conexos: 1.º Los cometidos simultáneamente por dos o más personas reunidas, siempre que éstas vengan sujetas a diversos Jueces o Tribunales ordinarios o especiales, o que puedan estarlo por la índole del delito. 2.º Los cometidos por dos o más personas en distintos lugares o tiempos si hubiera precedido concierto para ello. 3.º Los cometidos como medio para perpetrar otros, o facilitar su ejecución. 4.º Los cometidos para procurar la impunidad de otros delitos. 5.º Los diversos delitos que se imputen a una persona al incoarse contra la misma causa por cualquiera de ellos, si tuvieren analogía o relación entre sí, a juicio del Tribunal, y no hubiesen sido hasta entonces sentenciados”. Em tradução livre: “Art. 17. Consideram-se delitos conexos: 1.º Os cometidos simultaneamente por duas ou mais pessoas reunidas, sempre que estas estejam sujeitas a diversos Juízes ou Tribunais ordinários ou especiais, ou que possam assim estar pela natureza do delito. 2.º Os cometidos por duas ou mais pessoas em lugares ou tempos distintos se houve concerto prévio para eles. 3.º Os cometidos como meio para perpetrar

que é *conhecimento da investigação* e, por conseguinte, culminar em uma proibição de valoração daquele primeiro, isto é, não poderá ser utilizado como *fonte de prova* em processo distinto daquele no qual foi produzido, porém poderá servir de notícia-crime deflagradora de novas investigações.⁹⁸

Uma segunda corrente adota uma posição mais restritiva, inadmitindo a utilização de quaisquer informações que não tenham relação com os fatos investigados, aplicando-se por analogia o conteúdo do art. 586 da LECRIM,⁹⁹ que obriga o juiz a devolver a correspondência interceptada que não guarde qualquer relação com a causa.¹⁰⁰

Por fim, uma terceira corrente transpõe para o direito espanhol a solução adotada pelo direito alemão, no sentido de admitir a valoração do *conhecimento fortuito* desde que a medida de interceptação das comunicações telefônicas tenha sido realizada dentro da regularidade, isto é, observando as garantias constitucionais e legais previstas para tal meio de obtenção de prova. Assim, o resultado da medida terá plenos efeitos probatórios, inclusive em relação a pessoas distintas dos inicialmente investigados.¹⁰¹

outros, ou facilitar sua execução. 4.º Os cometidos para alcançar a impunidade de outros delitos. 5.º Os diversos delitos que se imputem a uma pessoa ao iniciar-se contra a mesma processo por qualquer deles, se tiverem analogia ou relação entre si, a juízo do Tribunal, e se não houverem sido sentenciados até então”.

⁹⁸ Cf. Tomás López Frago, *Los descubrimientos casuales en las intervenciones telefónicas como medidas coercitivas en el proceso penal*, In *Derechos y libertades: revista del Instituto Bartolome de las Casas*, ano I, n. 2, Madrid: Universidad Carlos III de Madrid, 1994, pp. 87-9; Gonzalo Fernández-Espínar, *El levantamiento del secreto de las comunicaciones telefónicas en el marco de las diligencias de investigación y aseguramiento en el proceso penal*, In *Revista Poder Judicial*, n. 32, Madrid: Consejo General del Poder Judicial, 1993, p. 31.

⁹⁹ Eis o teor do referido dispositivo: “Art. 586. La operación se practicará abriendo el Juez por sí mismo la correspondencia, y después de leerla para sí apartará la que haga referencia a los hechos de la causa y cuya conservación considere necesaria. Los sobres y hojas de esta correspondencia, después de haber tomado el mismo Juez las notas necesarias para la práctica de otras diligencias de investigación a que la correspondencia diere motivo, se rubricarán por el Secretario judicial y se sellarán con el sello del Juzgado, encerrándolo todo después en otro sobre, al que se pondrá el rótulo necesario, conservándose durante el sumario, también bajo responsabilidad del Secretario judicial. Este pliego podrá abrirse cuantas veces el Juez lo considere preciso, citando previamente al interesado”. Em tradução livre: “A operação será praticada com o próprio Juiz abrindo a correspondência, e depois de lê-la para si separará aquela que faça referência aos fatos da causa e aquela cuja conservação considere necessária. As sobras e as folhas desta correspondência, depois de haver tomado o mesmo Juiz as notas necessárias para a prática de outras diligências de investigação a que a correspondência dê motivo, serão rubricadas pelo Secretário judicial e serão seladas com o selo do Juízo, encerrado tudo depois sobre outro, ao que será posto o rótulo necessário, conservando-se durante o sumário, também sob responsabilidade do Secretário judicial. Este invólucro poderá ser aberto quantas vezes o Juiz considerar necessário, citando previamente o interessado”.

¹⁰⁰ Cf. José Maria Asencio Mellado, *Prueba prohibida y prueba preconstituida*, Madrid: Trivium, 1989, pp. 113-5.

¹⁰¹ Cf. Nicolas Gonzalez-Cuellar Serrano, *Proporcionalidad y derechos fundamentales en el proceso penal*, Madrid: Colex, 1990, pp. 158-9.

Na jurisprudência, durante muitos anos, foi paradigmática a decisão proferida pela 2ª Sala do Tribunal Supremo, em 18 de junho de 1992, no caso *Naseiro*.¹⁰² Naquela oportunidade, a solução adotada pela Corte Constitucional espanhola foi no sentido de conferir eficácia probatória aos *conhecimentos fortuitos*, desde que, logo após seu surgimento na investigação, os agentes de persecução noticiassem o fato ao juiz, ou seja, eles não poderiam dar continuidade à medida de interceptação das comunicações telefônicas sem comunicar a autoridade sobre a ampliação (a Corte fala em *novação*) do âmbito objetivo ou subjetivo do objeto da investigação. Em seguida, o juiz, observada a manutenção de sua competência em relação aos *conhecimentos fortuitos*, deveria reavaliar a decisão primitiva (que autorizou a medida restritiva de direito fundamental) à luz da proporcionalidade, decidindo pela ampliação de seu objeto ou pela instauração de uma nova investigação. A inobservância desse procedimento acarretava a proibição de valoração das diligências subsequentes, tomadas na investigação primitiva ou em um novo procedimento.¹⁰³

No entanto, em um julgado mais recente, a Corte Suprema espanhola atenuou a exigência de que tais requisitos sejam cumpridos, considerando eficazes (para fins probatórios) os *conhecimentos fortuitos* até quando a prova originária for ilícita, baseada na teoria da *descoberta inevitável*.¹⁰⁴

¹⁰² No referido caso, durante uma interceptação telefônica autorizada para a investigação do crime de tráfico de drogas, surgiram informações sobre crimes de corrupção e, especificamente, o crime de suborno, inicialmente ignorado pela decisão que havia autorizado a medida. Como consequência, o Tribunal Supremo inadmitiu a valoração de tais *conhecimentos fortuitos*, tendo em vista que a interceptação telefônica não havia sido autorizada para a investigação de tal delito: cf. Carlos Alberto Carbone, *Requisitos constitucionales de las intervenciones telefónicas: correspondência telefónica, informática y audiovisual intervenida judicialmente en el proceso penal*, Santa Fe: Rubinzal-Culzoni, 2008, pp. 380-1.

¹⁰³ Cf. Eloy Velasco Nuñez, *Presencias y ausencias – aspectos aclarados y discutidos – en materia de intervenciones telefónicas, en espera de una regulación parlamentaria del tema*, In *Actualidad penal*, n. 18-3, Madrid: Actualidad Editorial, 1993 p. 264; Ricardo Rodríguez Fernández, *La intervención telefónica como restricción al derecho fundamental a la intimidad*, In *Revista Penal*, n. 5, Barcelona: Editorial Praxis, 2000, p. 71; Alfonso Serrano Maíllo, *Valor de las escuchas telefónicas como prueba em el sistema español: nulidade de la prueba obtenida ilegalmente*, In *Revista Brasileira de Ciência Criminais*, v. 4, n. 15, São Paulo: Revista dos Tribunais, 1996, p. 20; Carlos Alberto Carbone, *Requisitos constitucionales de las intervenciones telefónicas: correspondência telefónica, informática y audiovisual intervenida judicialmente en el proceso penal*, Santa Fe: Rubinzal-Culzoni, 2008, pp. 380-1.

¹⁰⁴ Cf. Teresa Armenta Deu, *La prueba ilícita: un estudio comparado*, 2ª ed., Madrid: Marcial Pons, 2011, p. 122; Juan Luís Gómez Colomer, *La evolución de las teorías sobre la prueba prohibida aplicadas en el proceso español: del expansionismo sin límites al mas puro reduccionismo. Uma meditação sobre su desarrollo futuro inmediato*, In *Prueba y proceso penal: análisis de la prueba prohibida en el sistema español y en el derecho comparado*, Valencia: Tirant to Blanch, 2008, pp. 38-40.

No que se refere às *buscas domiciliarias*, não há um dispositivo que as restrinja a um determinado *catálogo de crimes*, muito ao contrário, elas são admissíveis no curso da investigação de qualquer delito. Assim, o art. 546 da LECRIM dispõe que o “Juiz ou Tribunal que conhece da causa poderá decretar a entrada e a busca, de dia ou de noite, em todos os edifícios e lugares públicos, seja qual for o território em que se localizem, quando houver indícios de se encontrar ali o processado ou efeitos ou instrumentos do delito, ou livros, papéis e outros objetos que possam servir para seu descobrimento e comprovação” (em tradução livre).¹⁰⁵

Some-se a isto o contido no art. 574 da LECRIM, o qual impõe ao juiz o dever de ordenar a apreensão dos instrumentos do delito, de livros, papéis e quaisquer outras coisas que se tenha encontrado durante a diligência: “O Juiz ordenará o recolhimento dos instrumentos e efeitos do delito e também dos livros, papéis ou quaisquer outras coisas que se tenha encontrado, se isto for necessário para o resultado do sumário” (em tradução livre).¹⁰⁶

No âmbito doutrinário, não há tanta discussão sobre o aproveitamento processual dos *conhecimentos fortuitos* surgidos nas *buscas domiciliarias* quanto há em relação à interceptação das comunicações telefônicas.

Em geral, aduz-se não haver qualquer proibição de valoração dos *conhecimentos fortuitos* surgidos nesse meio de obtenção de prova, quando ele é praticado conforme o Direito e sem desvio de poder.¹⁰⁷

Na jurisprudência, ao contrário do entendimento construído no tocante aos *conhecimentos fortuitos* surgidos no âmbito da interceptação das comunicações telefônicas, é refutada a incidência de um *princípio da especialidade* na autorização para a execução de

¹⁰⁵ Eis a redação original do dispositivo: “Art. 546. El Juez o Tribunal que conociere de la causa podrá decretar la entrada y registro, de día o de noche, en todos los edificios y lugares públicos, sea cualquiera el territorio en que radiquen, cuando hubiere indicios de encontrarse allí el procesado o efectos o instrumentos del delito, o libros, papeles u otros objetos que puedan servir para su descubrimiento y comprobación”.

¹⁰⁶ Eis a redação original do dispositivo: “Art. 574. El Juez ordenará recoger los instrumentos y efectos del delito y también los libros, papeles o cualesquiera otras cosas que se hubiesen encontrado, si esto fuere necesario para el resultado del sumario”.

¹⁰⁷ Por todos: Nicolas Gonzalez-Cuellar Serrano (*Proporcionalidad y derechos fundamentales en el proceso penal*, Madrid: Colex, 1990, pp. 158), o qual admite o *conhecimento fortuito* inclusive quando ele surgir durante a realização de uma busca de caráter administrativo.

uma *busca domiciliar*, razão pela qual não há que se falar em *novação* do objeto da investigação e na necessidade de interromper a medida e comunicar o juiz da causa.¹⁰⁸ Ademais, aduz-se que a medida de interceptação das comunicações telefônicas tem um lapso temporal contínuo e incide de modo direto na esfera da intimidade individual, ao passo que a busca domiciliar tem um lapso temporal único e incide com menor intensidade na esfera da intimidade individual, não se pode, nessa segunda hipótese, exigir a observância do princípio da especialidade com a mesma intensidade prevista naquela primeira hipótese.¹⁰⁹

Por último, a jurisprudência também tem afirmado a inexistência de qualquer proibição de valoração dos *conhecimentos fortuitos* surgidos nas buscas domiciliares especialmente quando eles revelarem um caso de flagrância delitiva.¹¹⁰

3.6.3. Itália

No ordenamento jurídico italiano há expressa previsão legal sobre a possibilidade de utilização dos *conhecimentos fortuitos* surgidos no âmbito da interceptação das comunicações telefônicas em processos distintos daquele no qual as informações foram produzidas.

Preliminarmente, é importante registrar que, tal como sucede com o direito alemão e o direito português, há um catálogo de crimes para os quais a medida de interceptação das comunicações telefônicas é admitida, nos termos do art. 266 do Código de Processo Penal italiano.¹¹¹

¹⁰⁸ Cf. Jacobo López Barja de Quiroga, *Tratado de derecho procesal penal*, Navarra: Aranzadi, 2004, pp. 1266-7.

¹⁰⁹ *Ibidem*, pp. 1267-8.

¹¹⁰ Cf. Juan Luís Gómez Colomer (*La evolución de las teorías sobre la prueba prohibida aplicadas en el proceso español: del expansionismo sin límites al más puro reduccionismo. Una meditación sobre su desarrollo futuro inmediato*, In *Prueba y proceso penal: análisis de la prueba prohibida en el sistema español y en el derecho comparado*, Valencia: Tirant to Blanch, 2008, p. 125) ao citar o caso do Auto TS de 12 de junho de 2003 (RA 164051), no qual, durante a regular realização de uma busca domiciliar, houve a apreensão de drogas na calça da acusada, sendo que o delito relacionado a tal apreensão não estava previsto no mandado judicial que legitimou o ato.

¹¹¹ Eis o teor do dispositivo: “Art. 266. Limiti di ammissibilità. 1. L'intercettazione di conversazioni o comunicazioni telefoniche e di altre forme di telecomunicazione è consentita nei procedimenti relativi ai seguenti reati: a) delitti non colposi per i quali è prevista la pena dell'ergastolo o della reclusione superiore nel massimo a cinque anni determinata a norma dell'articolo 4; b) delitti contro la pubblica amministrazione per i

Na hipótese de o resultado da interceptação apontar a existência de crimes e/ou indivíduo diversos daqueles indicados no ato legitimador da medida, tais *conhecimentos fortuitos* só poderão ser utilizados em outros processos caso sejam *indispensáveis* para a comprovação de delitos para os quais é *obrigatória a prisão em flagrante*, nos termos do art. 270, § 1º, segunda parte, do Código de Processo Penal: “Os resultados das interceptações não podem ser utilizados em procedimentos diversos daquele no qual foram obtidos, salvo os que resultem indispensáveis para o acerto dos delitos para os quais é obrigatória a prisão em flagrante” (em tradução livre).¹¹²

Ademais, é previsto que os *conhecimentos fortuitos* permanecerão arquivados com a autoridade do procedimento no qual eles serão utilizados, nos termos do art. 270, § 2º: “Para efeitos de utilização do previsto no parágrafo 1º, os termos e os registros das interceptações serão depositados com a autoridade competente para o procedimento diverso. Aplicam-se as disposições do artigo 268, parágrafos 6º, 7º e 8º” (em tradução livre).¹¹³ Note-se que o art. 268, §§ 6º, 7º e 8º, ao qual é feita remissão, trata, entre outras coisas: i) da faculdade das partes examinarem os autos e escutarem as gravações, do desentranhamento e destruição das gravações e respectivos termos (de interceptação de comunicações) cuja utilização é legalmente vedada (art. 268, § 6º); ii) da transcrição integral das gravações ou da impressão, de forma inteligível, das informações extraídas dos fluxos de comunicações informáticas ou telemáticas, sendo que deverão ser observadas as formas e garantias aplicáveis à perícia (art. 268, § 7º).¹¹⁴

quali è prevista la pena della reclusione non inferiore nel massimo a cinque anni determinata a norma dell'articolo 4; c) delitti concernenti sostanze stupefacenti o psicotrope; d) delitti concernenti le armi e le sostanze esplosive; e) delitti di contrabbando; f) reati di ingiuria, minaccia, usura, abusiva attività finanziaria, abuso di informazioni privilegiate, manipolazione del mercato, molestia o disturbo alle persone col mezzo del telefono; f-bis) delitti previsti dall'articolo 600-ter, terzo comma, del codice penale, anche se relativi al materiale pornografico di cui all'articolo 600-quater.1 del medesimo codice”. Todas as citações de dispositivos do *Codice di Procedura Penale* foram obtidas em: www.altalex.com. Acesso em 05/01/2013.

¹¹² Eis a redação original do dispositivo: “Art. 270. Utilizzazione in altri procedimenti. 1. I risultati delle intercettazioni non possono essere utilizzati in procedimenti diversi da quelli nei quali sono stati disposti, salvo che risultino indispensabili per l'accertamento di delitti per i quali è obbligatorio l'arresto in flagranza”.

¹¹³ Eis a redação original do dispositivo: “2. Ai fini della utilizzazione prevista dal comma 1, i verbali e le registrazioni delle intercettazioni sono depositati presso l'autorità competente per il diverso procedimento. Si applicano le disposizioni dell'articolo 268 commi 6, 7 e 8”.

¹¹⁴ Giorgio Spangher (*La disciplina italiana delle intercettazioni di conversazioni o comunicazioni*, In *Archivio Penale*, n. 1, Urbino, jan. 1994, p. 12) assevera que o reconhecimento da utilizabilidade do resultado das interceptações em procedimentos diversos não pode legitimar, por si só, o ingresso desse material sem qualquer análise, sendo necessário realizar um controle material da medida também no segundo procedimento.

Ao ministério público e aos defensores das partes é franqueado o acesso ao material resultante das interceptações nos autos em que elas foram autorizadas, conforme o art. 270, § 3º: “O ministério público e os defensores das partes estão autorizados a examinar os termos e os registros apresentados anteriormente no processo em que as interceptações foram autorizadas” (em tradução livre).¹¹⁵

Por fim, caso os *conhecimentos fortuitos* não sejam indispensáveis para a comprovação de delitos para os quais é obrigatória a prisão em flagrante (art. 270, § 1º, segunda parte) e, por conseguinte, não possam ser utilizados em outros procedimentos, na doutrina entende-se que ele podem ser aproveitados como notícia-crime.¹¹⁶

Caso haja o descumprimento das normas relativas às hipóteses de admissibilidade da medida (art. 266) e ao procedimento probatório (arts. 267 e 268, §§ 1º e 3º), aplica-se a sanção processual de *inutilizzabilità*, nos termos do art. 271, § 1º.

Importa registrar que é vedada a utilização das interceptações relativas às comunicações das pessoas apontadas no art. 200, § 1º, quando seu conteúdo representar fatos conhecidos em razão do exercício de seu ministério, ofício ou profissão, salvo se tais fatos já tenham sido objeto de depoimento ou tenham sido divulgados de outro modo, nos termos do art. 271, § 2º.

No que se refere à *busca de lugar*, prevista no art. 247, § 1º do Código de Processo Penal, não há sua delimitação a um catálogo de crimes: “Quando há fundado motivo para acreditar que alguém oculta sobre sua pessoa o corpo de delito ou coisa pertinente ao crime, é realizada busca pessoal. Quando há fundado motivo para acreditar que estas coisas

¹¹⁵ Eis a redação original do dispositivo: “3. Il pubblico ministero e i difensori delle parti hanno altresì facoltà di esaminare i verbali e le registrazioni in precedenza depositati nel procedimento in cui le intercettazioni furono autorizzate”.

¹¹⁶ Cf. Paolo Tonini, *A prova no processo penal italiano*, trad. de Alexandra Martins, Daniela Mróz, São Paulo: Revista dos Tribunais, 2002, p. 252; Franco Cordero, *Procedimiento penal*, tomo II, trad. da 2ª ed. Italiana de *Procedura Penale*, por Jorge Guerrero, Santa Fe de Bogotá: Temis, 2000, p. 183; Giorgio Spangher, *La disciplina italiana delle intercettazioni di conversazioni o comunicazioni*, In *Archivio Penale*, n. 1, Urbino, jan. 1994, p. 13.

se encontram em um determinado lugar ou que nesse possa se realizar a prisão do acusado ou do foragido, é realizada busca local” (em tradução livre).¹¹⁷

Nos termos do art. 247, § 2º, a busca deverá ser determinada por ordem judicial, através de decisão motivada. A própria autoridade judiciária poderá realizar a medida pessoalmente ou delegar sua realização para um oficial da polícia judiciária, conforme prevê o art. 247, § 3º.

Quanto à busca de lugar, não há um dispositivo semelhante ao art. 270, § 1º, regulamentando a utilização dos resultados desse meio de obtenção de prova em procedimentos diversos daquele no qual foi autorizada a medida. Há o art. 252, § 1º, prevendo apenas que as coisas encontradas durante a medida deverão ser apreendidas na forma dos arts. 259 e 260.

3.6.4. Portugal

Em Portugal, a regulamentação legal dos *conhecimentos fortuitos* só ocorreu com a Lei nº. 48, de 29 de agosto de 2007, a qual alterou diversos dispositivos do Código de Processo Penal, dentre eles os que tratam da medida de interceptação e gravação das comunicações telefônicas para fins de obtenção de prova penal.

A partir de então, o art. 187, n. 7, daquele Código, passou a contar com a redação seguinte: “Sem prejuízo do disposto no artigo 248.º, a gravação de conversações ou comunicações só pode ser utilizada em outro processo, em curso ou a instaurar, se tiver resultado de interceptação de meio de comunicação utilizado por pessoa referida no n.º 4 e na medida em que for indispensável à prova de crime previsto no n.º 1”.¹¹⁸

¹¹⁷ Eis a redação original do dispositivo: “Quando vi è fondato motivo di ritenere che taluno occulti sulla persona il corpo del reato o cose pertinenti al reato, è disposta perquisizione personale. Quando vi è fondato motivo di ritenere che tali cose si trovino in un determinato luogo ovvero che in esso possa eseguirsi l'arresto dell'imputato o dell'evaso, è disposta perquisizione locale”.

¹¹⁸ Eis a íntegra do art. 187: “Admissibilidade 1- A interceptação e a gravação de conversações ou comunicações telefônicas só podem ser autorizadas durante o inquérito, se houver razões para crer que a diligência é indispensável para a descoberta da verdade ou que a prova seria, de outra forma, impossível ou muito difícil de obter, por despacho fundamentado do juiz de instrução e mediante requerimento do Ministério Público, quanto a crimes: a) Puníveis com pena de prisão superior, no seu máximo, a 3 anos; b) Relativos ao tráfico de estupefacientes; c) De detenção de arma proibida e de tráfico de armas; d) De

Observa-se que o referido dispositivo regulamentou a possibilidade de utilização do resultado da interceptação das comunicações telefônicas em outro processo, já em curso ou a ser instaurado, o que significa permitir a valoração dos *conhecimentos fortuitos*. No entanto, alguns requisitos devem ser observados.

A uma, logo na primeira parte do dispositivo há uma ressalva de que suas disposições não prejudicam o contido no art. 248, também do Código de Processo Penal,¹¹⁹ que trata da comunicação da notícia de crime por parte dos órgãos de polícia. Portanto, vê-se que independentemente da possibilidade de valoração dos *conhecimentos fortuitos* em outros processos, eles poderão ser utilizados como notícia-crime para deflagrar novas investigações.

contrabando; e) De injúria, de ameaça, de coacção, de devassa da vida privada e perturbação da paz e do sossego, quando cometidos através de telefone; f) De ameaça com prática de crime ou de abuso e simulação de sinais de perigo; ou g) De evasão, quando o arguido haja sido condenado por algum dos crimes previstos nas alíneas anteriores. 2 – A autorização a que alude o número anterior pode ser solicitada ao juiz dos lugares onde eventualmente se puder efectivar a conversação ou comunicação telefónica ou da sede da entidade competente para a investigação criminal, tratando-se dos seguintes crimes: a) Terrorismo, criminalidade violenta ou altamente organizada; b) Sequestro, rapto e tomada de reféns; c) Contra a identidade cultural e integridade pessoal, previstos no título iii do livro ii do Código Penal e previstos na Lei Penal Relativa às Violações do Direito Internacional Humanitário; d) Contra a segurança do Estado previstos no capítulo i do título v do livro ii do Código Penal; e) Falsificação de moeda ou títulos equiparados a moeda prevista nos artigos 262.º, 264.º, na parte em que remete para o artigo 262.º, e 267.º, na parte em que remete para os artigos 262.º e 264.º, do Código Penal; f) Abrangidos por convenção sobre segurança da navegação aérea ou marítima. 3 - Nos casos previstos no número anterior, a autorização é levada, no prazo máximo de setenta e duas horas, ao conhecimento do juiz do processo, a quem cabe praticar os actos jurisdicionais subsequentes. 4 – A interceptação e a gravação previstas nos números anteriores só podem ser autorizadas, independentemente da titularidade do meio de comunicação utilizado, contra: a) Suspeito ou arguido; b) Pessoa que sirva de intermediário, relativamente à qual haja fundadas razões para crer que recebe ou transmite mensagens destinadas ou provenientes de suspeito ou arguido; ou c) Vítima de crime, mediante o respectivo consentimento, efectivo ou presumido. 5 - É proibida a interceptação e a gravação de conversações ou comunicações entre o arguido e o seu defensor, salvo se o juiz tiver fundadas razões para crer que elas constituem objecto ou elemento de crime. 6 - A interceptação e a gravação de conversações ou comunicações são autorizadas pelo prazo máximo de três meses, renovável por períodos sujeitos ao mesmo limite, desde que se verifiquem os respectivos requisitos de admissibilidade. 7 - Sem prejuízo do disposto no artigo 248.º, a gravação de conversações ou comunicações só pode ser utilizada em outro processo, em curso ou a instaurar, se tiver resultado de interceptação de meio de comunicação utilizado por pessoa referida no n.º 4 e na medida em que for indispensável à prova de crime previsto no n.º 1. 8 - Nos casos previstos no número anterior, os suportes técnicos das conversações ou comunicações e os despachos que fundamentaram as respectivas interceptações são juntos, mediante despacho do juiz, ao processo em que devam ser usados como meio de prova, sendo extraídas, se necessário, cópias para o efeito”. Todas as citações de dispositivos do Código de Processo Penal de Portugal foram obtidas em: <http://www.parlamento.pt/>. Acesso em 05/01/2013.

¹¹⁹ Eis a íntegra do dispositivo: “Artigo 248.º Comunicação da notícia-crime 1 - Os órgãos de polícia criminal que tiverem notícia de um crime, por conhecimento próprio ou mediante denúncia, transmitem-na ao Ministério Público no mais curto prazo, que não pode exceder 10 dias. 2 - Aplica-se o disposto no número anterior a notícias de crime manifestamente infundadas que hajam sido transmitidas aos órgãos de polícia criminal. 3 - Em caso de urgência, a transmissão a que se refere o número anterior pode ser feita por qualquer meio de comunicação para o efeito disponível. A comunicação oral deve, porém, ser seguida de comunicação escrita”.

A duas, o *conhecimento fortuito* só poderá ser utilizado “se tiver resultado de interceptação de meio de comunicação utilizado por pessoa referida no n.º 4”, quais sejam: “a) Suspeito ou arguido; b) Pessoa que sirva de intermediário, relativamente à qual haja fundadas razões para crer que recebe ou transmite mensagens destinadas ou provenientes de suspeito ou arguido; ou c) Vítima de crime, mediante o respectivo consentimento, efectivo ou presumido”. Portanto, ao *conhecimento fortuito* é imposto o mesmo *limite subjetivo* aplicável à própria admissibilidade da medida de interceptação das comunicações telefônicas em geral.

A três, o *conhecimento fortuito* só poderá ser utilizado “na medida em que for indispensável à prova de crime previsto no n.º 1”, quais sejam: “a) Puníveis com pena de prisão superior, no seu máximo, a 3 anos; b) Relativos ao tráfico de estupefacientes; c) De detenção de arma proibida e de tráfico de armas; d) De contrabando; e) De injúria, de ameaça, de coacção, de devassa da vida privada e perturbação da paz e do sossego, quando cometidos através de telefone; f) De ameaça com prática de crime ou de abuso e simulação de sinais de perigo; ou g) De evasão, quando o arguido haja sido condenado por algum dos crimes previstos nas alíneas anteriores”. Portanto, aqui é imposto um *limite material* à admissibilidade do *conhecimento fortuito* para fins de valoração no mesmo processo em que tenha surgido ou em outro processo, isto é, ele só poderá ser utilizado se configurar um dos crimes previstos no catálogo do art. 187, n. 1, do Código de Processo Penal. Ademais, é necessário demonstrar que o *conhecimento fortuito* se revela *indispensável* para a comprovação do *crime de catálogo*.

Caso todos esses requisitos tenham sido observados, os *conhecimentos fortuitos* deverão ser juntados ao processo no qual serão utilizados através dos suportes técnicos contendo as gravações e dos despachos que fundamentaram as interceptações, conforme prevê o art. 187, n. 8: “Nos casos previstos no número anterior, os suportes técnicos das conversações ou comunicações e os despachos que fundamentaram as respectivas interceptações são juntos, mediante despacho do juiz, ao processo em que devam ser usados como meio de prova, sendo extraídas, se necessário, cópias para o efeito”. Ou seja, ainda que não tenha se pronunciado *ipsis litteris*, o legislador português parece ter conferido aos *conhecimentos fortuitos* o mesmo valor probatório atribuído aos *conhecimentos da investigação*.

Nos termos do art. 189, n. 1, o regime jurídico aplicável à interceptação das comunicações telefônicas (arts. 187 a 188) vale, feitas as necessárias adaptações, para as demais formas de transmissão técnica de conversações ou comunicações (p. ex.: correio eletrônico e outras formas de transmissão de dados pela via telemática), bem como a interceptação das comunicações entre pessoas presentes: “O disposto nos artigos 187.º e 188.º é correspondentemente aplicável às conversações ou comunicações transmitidas por qualquer meio técnico diferente do telefone, designadamente correio electrónico ou outras formas de transmissão de dados por via telemática, mesmo que se encontrem guardadas em suporte digital, e à interceptação das comunicações entre presentes”. Considerando que tal extensão abrange todo o regime jurídico da interceptação das comunicações telefônicas, é de se concluir que os *conhecimentos fortuitos* surgidos no âmbito desse outros meios de obtenção de prova também estão sujeitos à disciplina do art. 187, n. 7.

Caso ocorram irregularidades no cumprimento de tais requisitos, o art. 190 prevê a sanção de nulidade para o resultado da interceptação das comunicações telefônicas (e, por extensão, outros meios de obtenção de prova, cf. art. 189): “Os requisitos e condições referidos nos artigos 187.º, 188.º e 189.º são estabelecidos sob pena de nulidade”.

A exceção a esse regime geral corre por conta da interceptação das comunicações estabelecidas entre o investigado e seu defensor, situação em que há uma *proibição de produção de prova*, salvo quando fundadas razões indicarem que elas constituam objeto ou elemento de crime, conforme estabelece o art. 187, n. 5: “É proibida a interceptação e a gravação de conversações ou comunicações entre o arguido e o seu defensor, salvo se o juiz tiver fundadas razões para crer que elas constituem objecto ou elemento de crime”.

E tal proibição é reforçada pelo art. 188, n. 6, b: “Sem prejuízo do disposto no n.º 7 do artigo anterior, o juiz determina a destruição imediata dos suportes técnicos e relatórios manifestamente estranhos ao processo: (...) b) Que abranjam matérias cobertas pelo segredo profissional, de funcionário ou de Estado (...)”.

Considerando que o *caput* do art. 188, n. 6 faz expressa remissão ao contido no art. 187, n. 7, nota-se que o legislador português apenas admitiu os *conhecimentos fortuitos* surgidos na interceptação das comunicações telefônicas entre o investigado e seu defensor

quando houver fundadas razões indicando que elas constituam objeto ou elemento de crime e, cumulativamente, que tal crime esteja incluindo no catálogo do art. 187, n. 1. Do contrário, o juiz deverá determinar “a destruição imediata dos suportes técnicos e relatórios manifestamente estranhos ao processo” (art. 188, n. 6, *b*).

No que se refere à *busca domiciliar*, não há um dispositivo semelhante ao art. 187, n. 7, restringindo tal meio de obtenção de prova a um rol taxativo de crimes, muito ao contrário, ela é admitida para qualquer crime se ocorrer durante o dia, nos termos do art. 177, n. 1: “A busca em casa habitada ou numa sua dependência fechada só pode ser ordenada ou autorizada pelo juiz e efectuada entre as 7 e as 21 horas, sob pena de nulidade”. Já a busca noturna é restrita a um catálogo de crimes, nos termos do art. 177, n. 2: “2 - Entre as 21 e as 7 horas, a busca domiciliária só pode ser realizada nos casos de: a) Terrorismo ou criminalidade especialmente violenta ou altamente organizada; (...) c) Flagrante delito pela prática de crime punível com pena de prisão superior, no seu máximo, a 3 anos”.

No entanto, durante a realização da *busca* podem ser objeto de apreensão todos os objetos relacionados com a prática de um crime ou que sejam úteis para a *prova*, nos termos do art. 178, n. 1: “São apreendidos os objectos que tiverem servido ou estivessem destinados a servir a prática de um crime, os que constituírem o seu produto, lucro, preço ou recompensa, e bem assim todos os objectos que tiverem sido deixados pelo agente no local do crime ou quaisquer outros susceptíveis de servir a prova”.

Em linha de princípio, poder-se-ia questionar a existência de um regime jurídico que restringisse a utilização dos *conhecimentos fortuitos* surgidos nas buscas noturnas aos crimes previstos no art. 177, n. 2, *a* e *c*, mas, diante da previsão contida no art. 178, n. 1, que autoriza a apreensão de qualquer objeto relacionado com um crime ou que seja útil à *prova*, não parece haver lugar para tal interpretação,¹²⁰ afastando uma semelhança com o regime jurídico dos conhecimentos fortuitos surgidos na interceptação das comunicações telefônicas. Some-se a previsão contida no art. 178, n. 2, que determina a juntada dos objetos apreendidos aos autos do processo: “Os objectos apreendidos são juntos ao

¹²⁰ Cf. Manuel Monteiro Guedes Valente, *Conhecimentos fortuitos: a busca de um equilíbrio apuleiano*, Coimbra: Almedina, 2006, pp. 100-1.

processo, quando possível, e, quando não, confiados à guarda do funcionário de justiça adstrito ao processo ou de um depositário, de tudo se fazendo menção no auto”.

Todavia, é importante observar a existência de um requisito a ser cumprido no tocante à apreensão dos objetos. Trata-se da necessidade de *validação* da apreensão por despacho da autoridade judiciária, nos termos do art. 178, n. 3: “As apreensões são autorizadas, ordenadas ou validadas por despacho da autoridade judiciária”. Tal validação é dispensável quando a própria autoridade judiciária estiver presente no momento de realização da busca,¹²¹ presenciando a apreensão, mas deverá ser observada quando efetuada pelos órgãos de polícia (inclusive quando realizadas em cumprimento de ordem judicial),¹²² nos termos do art. 178, n. 5: “As apreensões efectuadas por órgão de polícia criminal são sujeitas a validação pela autoridade judiciária, no prazo máximo de setenta e duas horas”.

¹²¹ Cf. Carlos Alberto Simões de Almeida, *Medidas cautelares e de polícia do processo penal, em direito comparado*, Coimbra: Almedina, 2006, pp. 28-9.

¹²² *Ibidem*, p. 29.

CAPÍTULO 4º

OS CONHECIMENTOS FORTUITOS DE PROVA NO DIREITO PROCESSUAL PENAL BRASILEIRO

Sumário: 4.1. O caráter multidimensional dos conhecimentos fortuitos na perspectiva constitucional - 4.2. Os conhecimentos fortuitos no contexto do processo penal - 4.3. A admissibilidade dos conhecimentos fortuitos nos meios de obtenção de prova: 4.3.1. Nos meios de obtenção de prova atípicos; 4.3.2. Nos meios de obtenção de prova típicos: 4.3.2.1. Com um catálogo de crimes: a interceptação das comunicações telefônicas prevista na Lei nº. 9.296/96; 4.3.2.2. Sem um catálogo de crimes: a busca domiciliar - 4.4. Repercussão processual dos conhecimentos fortuitos - 4.5. O tratamento do tema no PLS nº. 156/2008 do Senado Federal - 4.6. Sugestões de *lege ferenda*

4.1. O caráter multidimensional dos conhecimentos fortuitos na perspectiva constitucional

É certo que o tema dos *conhecimentos fortuitos* não prescinde de uma análise sob a perspectiva da ordem constitucional brasileira, visto que tal fenômeno surge durante a realização de medidas restritivas de direitos fundamentais, quais sejam, os meios de obtenção de prova executados na fase de investigação.

Contudo, considerando a possibilidade de surgimento desse fenômeno no bojo de meios de obtenção de prova das mais variadas espécies, não é possível que, nos estreitos limites da presente pesquisa, esgotemos uma análise de todas as normas de direito constitucional que o tema envolve.

Para fins de ilustração, observe-se que as normas de direito constitucional envolvidas no caso de surgirem *conhecimentos fortuitos* durante a execução de uma medida de *busca domiciliar* são diferentes das normas de direito constitucional envolvidas na situação em que o mesmo fenômeno ocorre no curso de uma *interceptação das comunicações telefônicas*.

Disso decorre o caráter *multidimensional* dos *conhecimentos fortuitos* sob a perspectiva constitucional, porquanto as normas afetadas pelo referido fenômeno sofrerão variação conforme o bem jurídico objeto de tutela, o qual sofre restrição durante a execução de um meio de obtenção de prova.

Mesmo diante dessa constatação, não é possível dispensar uma análise de certos direitos e garantias constitucionais que, em geral, são afetados pelas medidas restritivas de direitos fundamentais nas quais eclodem os *conhecimentos fortuitos*.

Para tanto, tomemos os dois exemplos de meios de obtenção de prova citados linhas acima: a interceptação das comunicações telefônicas e a busca domiciliar.

No primeiro caso, a tutela constitucional das comunicações telefônicas está prevista no art. 5º, inc. XII, o qual estabelece: “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”.¹

Se, por um lado, o legislador constituinte assegurou a inviolabilidade do sigilo das comunicações telefônicas, disciplinando de modo específico esse aspecto da tutela geral da intimidade, por outro lado, na mesma oportunidade houve a relativização dessa inviolabilidade, possibilitando seu afastamento “nas hipóteses e na forma que a lei estabelecer para fins de investigação criminal ou instrução processual penal”. Trata-se de uma cláusula de *reserva legal qualificada*,² pois condiciona a restrição ao referido direito fundamental à existência de *lei* em sentido formal, a qual deve disciplinar as *hipóteses* e a *forma* da medida restritiva e, ademais, restringe sua finalidade aos casos de *investigação criminal* ou *instrução processual penal*.

¹ Percebe-se que o dispositivo em referência tutela quatro liberdades: comunicação postal ou de correspondência; comunicação telegráfica; comunicação de dados; comunicação telefônica. No entanto, centraremos nossa análise na tutela da liberdade das comunicações telefônicas.

² Cf. Gilmar Ferreira Mendes, Inocência Mártires Coelho, Paulo Gustavo Gonet Branco, *Curso de direito...*, p. 310.

Considerando que se trata de medida restritiva de direito fundamental, o próprio legislador constituinte também estabeleceu a necessidade de prévia *autorização judicial* para que se afaste tal inviolabilidade. Trata-se de um requisito salutar, uma verdadeira “norma de reforço”, pois, como já expusemos, os órgãos judiciais são os constitucionalmente incumbidos de garantir de forma imediata a eficácia dos direitos fundamentais, razão pela qual deve ser submetida a sua avaliação a decisão sobre a *proporcionalidade* de quaisquer medidas limitativas desses direitos.³

Por último, a tutela constitucional do sigilo das comunicações telefônicas também é reforçada, *contrario sensu*, pela possibilidade de sua *suspensão* em situações de emergência institucional, isto é, em Estado de Defesa (art. 136) e em Estado de Sítio (arts. 137 a 139). Em ambos os casos, o legislador constituinte autorizou a *suspensão* à inviolabilidade do sigilo das comunicações telefônicas, mas determinou que a medida seja realizada “nos termos e limites da lei” (art. 136, *caput*, § 1º), ou seja, mesmo nessas circunstâncias excepcionais deve-se respeitar o regime legal de *restrição* ao referido direito fundamental.

No segundo caso, importa identificar a tutela constitucional do domicílio, o qual é objeto de intervenção quando há a realização de uma medida de *busca domiciliar* para fins de obtenção de fontes de provas relacionadas a um fato tido por criminoso.

A uma, a proteção conferida pelo legislador constituinte de 1988 ao domicílio pode ser enxergada no *direito à intimidade*, previsto no art. 5º, inc. X: “são invioláveis a intimidade, a vida privada, a honra e a imagem das pessoas, assegurado o direito a indenização pelo dano material ou moral decorrente de sua violação”.

É certo que a tutela constitucional da intimidade é deveras ampla, abrangendo diversos outros aspectos para além da proteção do domicílio, tais como a impossibilidade de violação da correspondência e das comunicações telefônicas, a proteção contra danos morais por ataques à dignidade da pessoa, etc.⁴ Isto porque, segundo Cleunice Bastos Pitombo, a proteção da intimidade consiste no “direito do indivíduo viver protegido contra:

³ Cf. Capítulo 1.7.4 *supra*.

⁴ Cf. Cleunice Bastos Pitombo, *Da busca e da apreensão no processo penal*, 2ª ed., São Paulo: Revista dos Tribunais, 2005, p. 81.

toda ingerência à vida interior, familiar e doméstica; todo ataque à integridade física e moral; toda agressão à honra objetiva e subjetiva; toda interpretação prejudicial dada-lhe às palavras e a seus atos; a divulgação desnecessária de comportamentos embaraçoso, referentes à vida privada; a utilização de seu nome e identidade, ou imagem; toda atividade tendente a espioná-lo, vigiá-lo ou escutá-lo; a interceptação de correspondência; a utilização maliciosa de suas comunicações privadas, escritas ou orais; divulgação de informações, comunicadas ou recebidas em sigilo profissional”.⁵

De todo esse feixe de ingerências, não soa dúvida de que o pleno exercício do direito à intimidade depende da proteção ao domicílio, daí que a cláusula que assegura a inviolabilidade da intimidade também o protege.

A duas, e de modo ainda mais específico, o art. 5º, inc. XI, da Constituição Federal, estabelece que “a casa é asilo inviolável do indivíduo, ninguém nela podendo penetrar sem consentimento do morador, salvo em caso de flagrante delito ou desastre, ou para prestar socorro, ou, durante o dia, por determinação judicial”.

Dois são os aspectos que decorrem do referido direito: o primeiro compreende a *liberdade do domicílio*, consistente no livre uso e gozo desse espaço para o desenvolvimento da personalidade humana e de suas relações;⁶ o segundo compreende a *inviolabilidade do domicílio*, direito básico à segurança, vedando a penetração na casa sem o consentimento do seu titular, salvo nas exceções estabelecidas pela própria Constituição.⁷

Há ainda outros direitos constitucionais que podem estar em conexão ou tangenciar o direito ao domicílio (p. ex.: direito à liberdade de locomoção e direito à

⁵ *Da busca e da apreensão no processo penal*, 2ª ed., São Paulo: Revista dos Tribunais, 2005, p. 81.

⁶ Note-se que o termo *casa* deve ser interpretado de modo amplo, abrangendo não apenas a residência ou a habitação do indivíduo, mas todo lugar ocupado em caráter definitivo ou transitório, inclusive o local de trabalho. Nesse sentido, Cleunice Bastos Pitombo (*Da busca e da apreensão no processo penal*, 2ª ed., São Paulo: Revista dos Tribunais, 2005, p. 68) observa que: “Deve-se, assim, entender que a expressão casa, protegida constitucionalmente, designa qualquer lugar que, de um modo ou de outro, sirva de residência ou morada. Todo lugar que o indivíduo possa ter como refúgio e se agasalhar contra a ingerência de terceiros, ainda que local de trabalho. O preceito legal admite, portanto, interpretação ampla”.

⁷ Cf. Dinorá Adelaide Musetti Grotti, *Inviolabilidade do domicílio na Constituição*, São Paulo: Malheiros, 1993, pp. 166-7.

correspondência), porém é certo que as relações mais estreitas são as verificadas com o direito à intimidade.⁸

Contudo, quando o próprio legislador constituinte estabeleceu exceções à cláusula geral de inviolabilidade do domicílio, reconheceu que tal direito não é absoluto. As hipóteses em que ele pode ser objeto de restrição são: flagrante delito ou desastre, ou para prestar socorro, ou, durante o dia, por determinação judicial.

Interessa-nos a possibilidade de afastamento da inviolabilidade do domicílio durante o dia por determinação judicial, eis que a execução de uma medida de *busca domiciliar* para fins de obtenção de fontes de provas relacionadas a um fato tido por criminoso significa restrição ao pleno exercício de tal direito.

Nesse ponto vale ressaltar a insuficiência do *direito à inviolabilidade domiciliar* para a tutela do direito ao domicílio e a necessidade de “reforço” pelo *direito à intimidade*, no que se refere à *busca domiciliar*.

A norma constitucional protetora do domicílio não protege toda a esfera da intimidade, a qual é mais abrangente e envolve outros aspectos da vida íntima da pessoa humana. Assim, quando é realizada uma busca no domicílio, não é possível a apreensão de coisas ou objetos sem qualquer relação com o fato investigado, desbordando do ato legitimador da medida. Em tais casos, se uma regular autorização judicial é suficiente para permitir a restrição ao *direito à inviolabilidade domiciliar*, franqueando o ingresso na residência e a realização da busca, o *direito à intimidade* surge como freio que impede os excessos da medida, vedando a apreensão daquilo que não guarde relação com o objeto da investigação.

Por último, a tutela constitucional da inviolabilidade do domicílio também é reforçada, *contrario sensu*, pela possibilidade de sua *restrição* sem observância das

⁸ Essa constatação é feita por Dinorá Adelaide Musetti Grotti (*Inviolabilidade do domicílio na Constituição*, São Paulo: Malheiros, 1993, pp. 149 e 152) ao asseverar que: “Dentre os direitos cuja zona de incidência guarda íntima conexão, ou, mesmo, tangência, à do direito ao domicílio, revela registrar a liberdade de locomoção, o direito à intimidade e o segredo de correspondência (...) Visto desse modo, poder-se-ia dizer que o direito à inviolabilidade do domicílio é uma das manifestações do direito à intimidade, em relação ao qual tem um caráter instrumental, vale dizer, seria um dos meios de proteção e garantia do pleno exercício do direito à intimidade”.

garantias constitucionais em situação de emergência institucional, isto é, em Estado de Sítio (art. 139, inc. V, da Constituição Federal). Ou seja, somente em caso de legalidade extraordinária é possível flexibilizar as formalidades exigíveis para a restrição a esse direito fundamental.

Note-se que, no caso da *interceptação das comunicações telefônicas*, além da possibilidade de restrição ao direito fundamental estar expressamente prevista no texto constitucional, há um condicionamento de sua realização às *hipóteses* e à *forma* estabelecidas pela *lei*. Esse mesmo condicionamento não é estabelecido em relação à *busca domiciliar*, a qual pode ser realizada durante o dia mediante prévia ordem judicial.

Tal constatação tem suma relevância para o tema dos *conhecimentos fortuitos* surgidos na *interceptação das comunicações telefônicas*, pois, como já observamos, se o legislador ordinário, atento à relevância desse mandato outorgado pelo legislador constituinte, determina que a medida restringindo o direito fundamental só será admitida em certas *hipóteses* (leia-se: um rol taxativo de crimes), não pode o operador do direito desconsiderar essa opção legislativa e admitir os *conhecimentos fortuitos* de crimes excluídos dessas *hipóteses* (leia-se: crimes que não constem do rol taxativo).

Situação distinta ocorre em relação à norma constitucional protetora do domicílio, uma vez que não há esse expresse condicionamento.

Por último, deve-se salientar a previsão constitucional de repúdio às provas obtidas por meios ilícitos, conforme o art. 5º, inc. LVI: “são inadmissíveis, no processo, as provas obtidas por meios ilícitos”. Se estamos a tratar de normas que tutelam direitos de relevo constitucional, eventuais irregularidades cometidas nas restrições processuais a tais direitos serão inquinadas com a pecha de ilicitude. E note-se que tal previsão abrange não apenas o momento da *obtenção* da prova com infringência de normas ou princípios constitucionais, mas também a sua *produção* ou *admissão* para fins processuais.⁹ Isto tem relevância para o tema dos *conhecimentos fortuitos* de prova, eis que, no mais das vezes, o aspecto *accidental*

⁹ Nesse sentido é a observação de Gustavo Henrique Righi Ivahy Badaró (*Processo penal*, Rio de Janeiro: Campus Elsevier, 2012, p. 289): “Em suma, podem ser definidas como provas ilícitas as provas obtidas, admitidas ou produzidas com violação das garantias constitucionais, sejam as que asseguram liberdades públicas, sejam as que estabelecem garantias processuais”.

da descoberta (da fonte de prova) não é identificado no momento de sua *obtenção*, mas sim posteriormente, já em vias de ser *admitido* para fins processuais.

Portanto, vê-se que o tema dos *conhecimentos fortuitos* suscita a incidência de diversas normas constitucionais, a variar conforme a medida restritiva de direito fundamental.

O importante é observar que o tema está inserido no contexto das medidas restritivas de direitos fundamentais e, por conseguinte, sujeito a controle através da *regra da proporcionalidade*.¹⁰

4.2. Os conhecimentos fortuitos no contexto do processo penal

Como já registrado, diversas são as normas de direito constitucional que possuem conexão ou tangenciam o tema dos *conhecimentos fortuitos* de prova.

Interessa-nos aquelas que tutelam direitos fundamentais passíveis de sofrerem restrições durante a fase de investigação da persecução penal, tendo em vista que a proteção de que gozam aqueles direitos não é absoluta, e pode ceder diante da necessidade de apurar condutas que ostentem caráter criminoso (art. 144, caput, § 1º, incisos I e II, e § 4º da Constituição Federal). Nesse sentido, os meios de obtenção de prova se sobressaem como uma atividade de pesquisa de fontes de prova e de elementos de informação (relacionados às condutas tidas por criminosas) que implicam restrições aos direitos fundamentais, logo, estão sujeitos a controle através da *regra da proporcionalidade*.¹¹

Dentre os elementos que integram a *regra da proporcionalidade*, encontra-se o pressuposto formal da legalidade, a exigir que os meios de obtenção de prova que restrinjam direitos fundamentais sejam regulamentados por lei.

Diversas são as hipóteses em que o legislador ordinário regulamenta a restrição a direitos fundamentais para fins de pesquisa de fontes de prova relacionadas às condutas

¹⁰ Cf. Capítulo 1.7 *supra*.

¹¹ Cf. Capítulo 1.7 *supra*.

tidas por criminosas. Não é possível, nos estreitos limites da presente pesquisa, esgotar todas as situações em que tal atividade de pesquisa enseja o surgimento dos *conhecimentos fortuitos*.

A nota característica dos *conhecimentos fortuitos* de prova é justamente a sua *acidentalidade*, isto é, de antemão não é possível fazer um juízo de ponderação entre, de um lado, os direitos fundamentais passíveis de serem restringidos e, de outro lado, o direito à segurança e à repressão da prática de delitos, os quais entram em atrito com a realização dos meios de obtenção de prova.

No caso dos *conhecimentos da investigação*¹² o juízo de ponderação entre os direitos constitucionais em atrito é possível (e exigível) *a priori*, enquanto em relação aos *conhecimentos fortuitos* isto só é possível *a posteriori*.

Diante dessa constatação, cabe-nos fazer uma análise por amostragem dos meios de obtenção de prova em que os *conhecimentos fortuitos* de prova podem surgir com maior frequência, seja em virtude de questões técnicas, seja em virtude da sua maior utilização pelos órgãos de persecução.

Ademais, esclareça-se que o tema dos *conhecimentos fortuitos* não se insere propriamente em uma proibição sobre o modo de produção da prova penal, isto é, não se trata da execução de um meio de obtenção de prova proibido, ilícito, muito ao contrário, a licitude da execução do meio de obtenção de prova é um pressuposto necessário dos *conhecimentos fortuitos*. Em outros termos, a ordem judicial lícita possibilita a pesquisa e registro de (i) fontes de provas e (ii) elementos de informação relacionados ao contexto da investigação (os *conhecimentos da investigação*), sendo que, durante a execução de tal ato ilícito, surge a descoberta acidental de (i) fontes de provas e (ii) elementos de informação excluídos daquele contexto investigatório (os *conhecimentos fortuitos*), logo, também excluídos dos limites de restrição (ao direito fundamental) autorizados pela decisão judicial, tornando-os prova ilícita, cuja valoração é proibida.

¹² Sobre a distinção entre *conhecimentos da investigação* e *conhecimentos fortuitos*, confira-se o Capítulo 3.2. *supra*.

Portanto, o tema dos *conhecimentos fortuitos* está inserido no contexto de um meio de obtenção de prova lícito cujo resultado se mostrou excessivo, desbordou dos limites previstos pelo ato que o legitimou (decisão judicial).

Com vistas a analisar tal fenômeno no âmbito do direito processual penal brasileiro, tomaremos como referencial a noção de tipicidade probatória nos meios de obtenção de prova, partindo da distinção entre meios de obtenção de prova típicos e atípicos, para, em seguida, analisar a ocorrência dos *conhecimentos fortuitos* de acordo com a existência ou inexistência de um catálogo de crimes na admissão do meio de obtenção de prova.

4.3. A admissibilidade dos conhecimentos fortuitos nos meios de obtenção de prova

4.3.1. Nos meios de obtenção de prova atípicos

Quando se fala em *meios de obtenção de prova atípicos* é preciso esclarecer qual o sentido dessa expressão, pois é possível que a atipicidade probatória ocorra em graus distintos.

Ela pode se manifestar na total ausência de regulamentação legal do meio de obtenção de prova, isto é, a inexistência de previsão legal, como também na parcial ausência de regulamentação legal, quando há *nominação* do meio de obtenção de prova pela lei processual, porém não há regulamentação das *hipóteses*, dos *requisitos* e do *procedimento probatório*, ou tal regulamentação é deficiente.¹³

Conforme exposto, no direito brasileiro não há expressa disposição legal sobre a admissibilidade dos meios de prova e dos meios de obtenção de prova atípicos. Tende-se a admitir os meios de prova atípicos a partir da conjugação do art. 3º do Código de Processo Penal com o art. 332 do Código de Processo Civil, desde que sua execução observe o procedimento probatório de um meio de prova típico, por analogia.¹⁴

¹³ Cf. Capítulo 2.6.2 *supra*.

¹⁴ Cf. Capítulo 2.8.1 *supra*.

Contudo, no âmbito dos meios de obtenção de prova a questão não pode ser enxergada com a mesma tranquilidade, havendo fortes argumentos militando contra a atipicidade probatória nesse campo. A uma, em geral, os meios de obtenção de prova implicam graves restrições a direitos fundamentais (p. ex.: o direito à inviolabilidade do domicílio, o direito à intimidade), o que, por si só, é motivo suficiente para inadmitir medidas coercitivas sem expressa previsão legal ou com previsão legal deficiente. A duas, a própria Constituição prevê diferentes graus de restrição para os direitos fundamentais, razão pela qual a adoção de um procedimento probatório por analogia pode configurar violação indireta das normas constitucionais. A três, em razão do efeito surpresa, os meios de obtenção de prova costumam ser realizados *inaudita altera parte* e de forma sigilosa – sob pena de frustração de sua finalidade –, o que denota a impossibilidade de aplicação de outro procedimento probatório por analogia, pois não há o contraditório de partes antes de sua execução.¹⁵

Ademais, verificamos que o controle de constitucionalidade das medidas restritivas de direitos fundamentais é operado pela regra da proporcionalidade, a qual impõe a observância de certos pressupostos (legalidade e justificação teleológica) e requisitos (judicialidade, motivação da decisão, idoneidade, necessidade e proporcionalidade em sentido estrito).¹⁶

Um desses pressupostos é a expressa previsão legal (pressuposto formal da legalidade) da medida restritiva de direito fundamental, ou seja, tem a *reserva legal* como imperativo (*nulla coactio sine lege*). E os requisitos a serem observados pela lei processual que tipifique medidas restritivas de direitos fundamentais são os mesmos exigíveis para a lei penal material, a saber: *lex scripta, stricta et praevia*.¹⁷ Assim, só são admissíveis as medidas restritivas de direitos fundamentais dotadas de prévia, expressa e estrita previsão legal.

¹⁵ Conforme já exposto (Capítulo 2.6.2), inexistente na legislação processual penal brasileira um dispositivo impondo a taxatividade dos meios de prova, embora a doutrina admita a atipicidade probatória com base no art. 332 do Código de Processo Civil, aplicado analogicamente. No direito italiano, o tema conta com melhor sistematização, pois o Código de Processo Penal admite a produção de provas atípicas em seu art. 189, mas apenas no âmbito dos *meios de prova*, visto que tal dispositivo está inserido no Título II do Capítulo III, que disciplina os *mezzi di prova* (meios de prova), enquanto os *mezzi di ricerca della prova* (meios de investigação de prova), disciplinados no Título III do mesmo Capítulo, não contam com dispositivo semelhante.

¹⁶ Cf. Capítulo 1.7 *supra*.

¹⁷ Cf. Capítulo 1.7.2 *supra*.

Sem a regulamentação legal dos requisitos, das hipóteses de admissibilidade e do procedimento probatório do meio de obtenção de prova, torna-se tormentosa e, por vezes, impossível, a tarefa de distinguir aquilo que é *conhecimento da investigação* daquilo que é *conhecimento fortuito*.

Portanto, somente são admissíveis os meios de obtenção de prova típicos, a saber, aqueles dotados de regulamentação legal, esta entendida como a nomeação, a previsão de requisitos de admissibilidade e o procedimento probatório aplicável.¹⁸ Do contrário, a intervenção no âmbito de proteção do direito fundamental não configurará uma *restrição* legítima e sim uma *violação* ilegítima.

No direito brasileiro, um exemplo de *meio de obtenção de prova atípico* por ausência de regulamentação do procedimento probatório é a *interceptação ambiental*, eis que nominada em lei (art. 2º, *caput* e inc. IV da Lei nº. 9.034/95), mas sem a previsão do método para sua execução. Outro exemplo de atipicidade é a *interceptação domiciliar*, a qual não conta com regulamentação do seu procedimento probatório e tampouco com nomeação legal. Ambos os meios de obtenção de prova são espécies do gênero *interceptação de comunicação entre presentes* e ambos são meios de obtenção de prova atípicos, porém com graus de atipicidade diferentes; em um caso a atipicidade é total (*interceptação domiciliar*) enquanto em outro é apenas parcial (*interceptação ambiental*).¹⁹

¹⁸ Cf. Capítulo 2.8.1 *supra*.

¹⁹ Nesse sentido é o entendimento de Marcio Geraldo Britto Arantes Filho (*A interceptação de comunicação entre pessoas presentes como meio de investigação de prova no processo penal brasileiro*, Dissertação de mestrado, Faculdade de Direito, Universidade de São Paulo, 2011, pp. 253-4): “Por todos os motivos expostos, o regime instituído na Lei nº 9.034, de 1995, não propicia a *restrição*, que implicaria a observância das exigências de *reserva de lei* – nela incluída a *tipicidade probatória* –, de *reserva de jurisdição* e de *proporcionalidade*. O regime previsto na lei conduz à *violação* dos direitos e garantias individuais que fundamentam a tutela das comunicações entre pessoas presentes, assegurados constitucionalmente. Sendo assim, consideramos que a interceptação de comunicação entre pessoas presentes (interceptação ambiental ou interceptação domiciliar) - no âmbito de admissibilidade desta lei ou na persecução penal de outros delitos nela não previstos - deve ser indeferida, de plano, por autoridade judicial à qual seja requerida a interceptação de comunicações entre pessoas presentes. Efetivada a interceptação de comunicação entre pessoas presentes, com ou sem autorização judicial, configura-se violação aos direitos e garantias constitucionais que tutelam as comunicações entre pessoas presentes. Por conseguinte, a interceptação é ilícita, inadmissível (art. 5º, *caput* e inciso LVI da Constituição Federal)”.

Como consequência, se não são admissíveis os *conhecimentos da investigação* obtidos a partir de meios de obtenção de provas atípicos, tampouco serão admissíveis os *conhecimentos fortuitos* obtidos nesse mesmo contexto.²⁰

4.3.2. Nos meios de obtenção de prova típicos

4.3.2.1. Com um catálogo de crimes: a interceptação das comunicações telefônicas prevista na Lei nº. 9.296/96

Dentre os meios de obtenção de prova típicos previstos na legislação processual brasileira, hodiernamente, a interceptação das comunicações telefônicas se sobressai como um dos instrumentos mais utilizados durante a fase de investigação e, como consequência, também é um dos temas que mais suscita celeumas no âmbito doutrinário e jurisprudencial.

O regime jurídico de tal meio de obtenção de prova está previsto na Lei nº. 9.296/96, a qual regulamenta o art. 5º, inc. XII, parte final, da Constituição Federal.

Antes de analisar a admissibilidade dos *conhecimentos fortuitos* surgidos durante a execução desse meio de obtenção de prova, é preciso fazer uma breve exposição de seus requisitos e do seu procedimento probatório.

O objetivo dessa exposição não é esgotar todas as questões envolvendo o regime jurídico das interceptações telefônicas, o que escapa dos limites da presente pesquisa. Pretendemos apenas uma pontuação dos aspectos mais relevantes para a posterior verificação de admissibilidade dos *conhecimentos fortuitos* surgidos durante a execução desse meio de obtenção de prova.

No que se refere aos *requisitos* para que seja autorizada uma interceptação das comunicações telefônicas, a Lei os prevê sob a forma negativa, quer dizer, são *requisitos negativos*.

²⁰ Cf. Capítulo 3.5.1 *supra*.

O primeiro deles está previsto no art. 2º, inc. I, o qual inadmite a medida quando “não houver indícios razoáveis da autoria ou participação em infração penal”. Tais “indícios razoáveis” não podem ser considerados meras *suspeitas* ou a *possibilidade* de autoria por parte do investigado, devendo estar presente a *probabilidade* de autoria ou de participação, o que significa a predominância de elementos convergentes sobre os elementos divergentes.²¹ Ademais, esse primeiro requisito está estreitamente ligado à exigência contida no § único do art. 2º, no sentido de que “em qualquer hipótese deve ser descrita com clareza a situação objeto da investigação, inclusive com a indicação e qualificação dos investigados, salvo impossibilidade manifesta, devidamente justificada”.²²

O segundo requisito está previsto no art. 2º, inc. II, o qual inadmite a medida quando “a prova puder ser feita por outros meios disponíveis” e deve ser integrado com o requisito do art. 4º, *caput*, no ponto em que determina “a demonstração de que a sua realização é necessária à apuração de infração penal”. Tais exigências são uma manifestação da regra da proporcionalidade, mais especificamente o *requisito intrínseco da necessidade*,²³ de modo a admitir a medida somente quando o mesmo resultado não puder ser obtido por meio menos gravoso para os direitos fundamentais do investigado.

O terceiro requisito está previsto no art. 2º, inc. III, o qual inadmite a medida quando “o fato investigado constituir infração penal punida, no máximo, com pena de detenção”. Isto significa que a medida somente será admitida no caso de crimes punidos com reclusão, logo, resta vedada para as contravenções penais e nos crimes punidos com detenção.²⁴ Aqui, estamos diante de uma clara situação em que o legislador ordinário

²¹ Cf. Gustavo Henrique Righi Ivahy Badaró, *Processo penal*, Rio de Janeiro: Campus Elsevier, 2012, p. 354.

²² Luiz Flávio Gomes e Raúl Cervini (*Interceptação telefônica: Lei 9.296, de 24.07.96*, São Paulo: Revista dos Tribunais, 1997, p. 192) identificam nesse dispositivo uma parte objetiva (fática) e outra parte subjetiva (indivíduo investigado) da medida cautelar, as quais impõem a correta individualização do fato objeto da persecução e a pessoa a ser investigada.

²³ Cf. Capítulo 1.7.6.2 *supra*.

²⁴ Tal critério tem sido objeto de fundamentadas críticas por parte da doutrina, eis que a medida somente deveria ser admitida para crimes graves, em razão da relevância constitucional do direito objeto de restrição (liberdade das comunicações telefônicas), de modo a excluir diversos crimes apenados com reclusão, conforme observa Ada Pellegrini Grinover (*O regime brasileiro das interceptações telefônicas* In *A marcha do processo*, Rio de Janeiro: Forense Universitária, 2000, p. 106): “É evidente o excesso do legislador brasileiro, que não se deu conta da excepcionalidade da interceptação telefônica como meio lícito de quebrar o sigilo das comunicações, estendendo sua permissão a crimes que podem não ser de grande potencial ofensivo e, em contrapartida, excluindo-a de infrações penais de menor relevância social, mas que, por sua índole, só poderiam ser devidamente apuradas por intermédio da referida interceptação. O direito comparado reserva a possibilidade de quebra do sigilo a casos taxativos de extrema gravidade, acrescentando ao rol de crimes mais sérios, via de regra, os casos de ameaça e injúria (punidos entre nós com pena de detenção), quando cometidos pela via telefônica”. Nesse mesmo sentido, Gustavo Henrique Righi Ivahy Badaró

realizou um sopesamento entre os direitos constitucionais colidentes na espécie (p. ex.: direito à segurança em colisão com o direito à inviolabilidade do sigilo das comunicações telefônicas). É certo que a possibilidade de restrição ao direito fundamental já foi expressamente autorizada pelo legislador constituinte (cf. art. 5º, inc. XII, parte final), mas as hipóteses em que ela pode ocorrer, estas sim, decorreram de um sopesamento feito entre os direitos fundamentais colidentes, de modo que o legislador ordinário declarou a precedência de um princípio sobre o outro.²⁵ O resultado desse sopesamento é a regra de direito ordinário que restringe a medida aos crimes punidos com reclusão. Isto tem grande importância para o tema dos *conhecimentos fortuitos*, conforme veremos adiante.

No que se refere à exigência de *ordem judicial*, prevista no art. 1º, *caput*, da Lei, trata-se de reiteração da exigência constitucional (art. 5º, inc. XII) e caracteriza cumprimento da regra da proporcionalidade, mais especificamente seu *requisito extrínseco subjetivo da judicialidade*.²⁶ Ademais, exige-se que tal ordem seja *motivada*, em cumprimento ao *requisito extrínseco formal* da mesma regra.²⁷

Quanto aos legitimados para requerer a medida, em seu art. 3º, *caput*, inc. I, a Lei prevê que, durante a investigação criminal, poderão requerê-la a autoridade policial e o Ministério Público. Já na fase judicial, o requerimento cabe ao Ministério Público (art. 3º, *caput*, inc. II). Há também a previsão de que a medida poderá ser decretada pelo juiz, de ofício (art. 3º, *caput*).

No que se refere ao *procedimento probatório*, diversas são as exigências para sua efetivação.

A uma, a formulação do pedido de interceptação deve ocorrer sob a forma escrita, sendo admitido o pedido sob a forma oral apenas excepcionalmente (art. 4º, § 1º), mas,

(*Processo penal*, Rio de Janeiro: Campus Elsevier, 2012, p. 355) aponta exemplos da falta de proporcionalidade do critério legal: “Realmente, há crimes como o furto, punido com reclusão, que poderão ser apenados com somente com multa, mas que admitem, em tese, a interceptação telefônica. Outros crimes, como o estelionato, admitem a suspensão condicional do processo. Ora, nestes casos, o desvalor da lesão ao bem penalmente tutelado e, conseqüentemente, a relevância da persecução penal não serão suficientemente elevados a ponto de autorizar a restrição à relevante liberdade constitucional de comunicação telefônica”.

²⁵ Cf. Capítulo 1.4 *supra*.

²⁶ Cf. Capítulo 1.7.4 *supra*.

²⁷ Cf. Capítulo 1.7.5 *supra*.

nesse último caso, a concessão estará condicionada à posterior redução a termo (art. 4º, § 1º, parte final).

A duas, a decisão sobre o pedido deverá ocorrer no prazo máximo de vinte e quatro horas (art. 4º, § 2º). A necessária fundamentação da decisão (art. 5º, primeira parte) deverá incluir referências aos elementos dos autos que atestem a inexistência dos requisitos negativos previstos no art. 2º, incs. I a III. Ademais, a decisão também deverá indicar a forma de execução da medida e o prazo de sua duração, o qual não poderá exceder 15 dias (art. 5º, segunda parte).

A três, a condução dos procedimentos de interceptação caberá à autoridade policial, sendo facultado o acompanhamento pelo membro do Ministério Público, que deverá ser cientificado de sua execução (art. 6º, *caput*).

A quatro, para dar cumprimento à medida, a autoridade policial poderá requisitar serviços e técnicos especializados às concessionárias de serviço público (art. 7º).

A cinco, em seu art. 6º, § 1º, a Lei estabelece que “no caso de a diligência possibilitar a gravação da comunicação interceptada, será determinada a sua transcrição”. Em que pese a ressalva feita pelo legislador (“no caso de a diligência possibilitar”), não é admissível que as interceptações não sejam gravadas. A ausência da gravação compromete a idoneidade do meio de obtenção de prova, pois não será possível atestar o conteúdo dos diálogos travados entre os sujeitos atingidos pela medida, impossibilitando, por conseguinte, o exercício do contraditório e da ampla defesa sobre o resultado da medida.

Poder-se-ia cogitar a substituição da gravação pela utilização do testemunho da autoridade policial responsável pela oitiva dos diálogos, mas tal solução traz consigo inúmeros problemas, como observa GUSTAVO HENRIQUE RIGHI IVAHY BADARÓ: “indaga-se: qual seria o valor desse testemunho? Como contestá-lo ou refutá-lo? Como ter certeza de que a autoridade policial ou seu agente, realmente, está narrando corretamente o que ouviu? E se o acusado negar que disse o que a autoridade narrou? Se o acusado negar ser um dos interlocutores, como será possível realizar a perícia de voz? Em suma, a não gravação da conversa interceptada viola a ampla defesa, por impossibilitar o exercício do

direito à prova que, na precisa definição de Vassali, é o ‘direito de defender-se provando’”.²⁸

A seis, quanto ao prazo de duração, o art. 5º, segunda parte, estabelece que a medida “não poderá exceder o prazo de quinze dias, renovável por igual tempo uma vez comprovada a indispensabilidade do meio de prova”, o que já gerou muita discussão na doutrina sobre a possibilidade de que tal prorrogação seja indefinida, tendo prevalecido o entendimento de que isto é possível desde que haja comprovação da necessidade da medida para a investigação.²⁹

No entanto, cremos mais correta uma interpretação sistemática da Constituição, conforme propõe GERALDO PRADO, que, analisando o tema, bem identificou na prorrogação indefinida da interceptação telefônica um resultado ainda mais danoso do que aquele autorizado durante situações de emergência institucional, as quais possibilitam a *suspensão* desse direito fundamental em um prazo máximo de 60 dias: “o resultado da aplicação da tese deste trabalho ao acórdão citado no início consiste em concluir que a solução encontrada pelo tribunal, admitindo sucessivas prorrogações de interceptações telefônicas, no lugar de definir o prazo máximo de trinta dias (quinze dias, prorrogável uma vez por mais quinze), como única interpretação do artigo 5º da Lei 9.296/96, conforme a Constituição, equipara a restrição (provisória) do direito à inviolabilidade das comunicações telefônicas à suspensão (temporária) do sigilo das mencionadas comunicações, tratando mais gravemente situação jurídica que por expressa previsão constitucional não é equiparável em gravidade àquelas que estão sujeitas ao estado de defesa (artigo 136 da Constituição da República). Fere-se o princípio da razoabilidade e se afasta da interpretação sistemática da Constituição, concedendo primazia à função de segurança pública em detrimento do papel assinalado ao juiz pela Carta de 1988, tal seja, o de garantidor dos direitos fundamentais”.³⁰

²⁸ *Processo penal*, Rio de Janeiro: Campus Elsevier, 2012, p. 359.

²⁹ Nesse sentido: Luiz Flávio Gomes, Raúl Cervini, *Interceptação telefônica: Lei 9.296, de 24.07.96*, São Paulo: Revista dos Tribunais, 1997, p. 219; Vicente Greco Filho, *Interceptação telefônica: considerações sobre a Lei n. 9.296, de 24 de julho de 1996*, 2ª ed., São Paulo: Saraiva, 2008, p. 51; Ada Pellegrini Grinover, Antonio Scarance Fernandes, Antonio Magalhães Gomes Filho, *As nulidades...*, p. 222; Adalberto José Q. T. de Camargo Aranha, *Da prova no processo penal*, 7ª ed., São Paulo: Saraiva, 2008, p. 289.

³⁰ *Limite às interceptações telefônicas e a jurisprudência do Superior Tribunal de Justiça*, 2ª ed., Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2006, pp. 45-6.

A sete, a prorrogação da diligência só poderá ocorrer desde que seja “comprovada a indispensabilidade do meio de prova” (art. 5º, parte final). Ora, isto somente é possível com a transcrição das conversas captadas ou através de oitiva dessas conversas (devidamente gravadas) pelo juiz, a fim de que este possa verificar o conteúdo dos diálogos e a existência de indícios para a manutenção do monitoramento. Do contrário, a autoridade policial se torna o juiz da causa,³¹ verificando ela própria a continuidade da indispensabilidade do meio de prova.

A oito, quando encerrado o monitoramento, a autoridade policial deverá encaminhar todo o seu resultado para ao juiz, acompanhado de auto circunstanciado que deverá conter o resumo das operações realizadas (art. 6º, § 2º).

A nove, em caso de terem sido gravados os diálogos interceptados, a transcrição dos registros é uma providência obrigatória (art. 6º, § 1º, parte final), pois a Lei não condiciona sua realização à verificação de pertinência e relevância da medida.³²

A dez, e por último, quando o juiz receber a documentação com o resultado da interceptação (art. 6º, § 3º), deverá determinar a instauração de dois incidentes: de *apensamento* (art. 8º, *caput* e § único) e de *inutilização* (art. 9º, *caput* e § único).

Como a medida de interceptação deve ocorrer em autos apartados (art. 8º), a Lei prevê um *incidente de apensamento* para que ela seja integrada aos autos do inquérito policial ou da ação penal, depois de encerradas as diligências. A Lei não prevê que tal incidente seja realizado em contraditório, mas não é possível outra leitura do dispositivo em análise, pois a concretização do *direito à prova*³³ depende da parte ter conhecimento do conteúdo da interceptação logo que ele aportar nos autos. Portanto, as partes devem ser intimadas a se manifestarem tão logo o auto circunstanciado da interceptação seja juntado; no caso do inquérito policial, o art. 8º, § único, primeira parte, prevê que a apensação ocorra imediatamente antes do relatório da investigação (art. 10, § 1º, do Código de Processo Penal).

³¹ Cf. Geraldo Prado, *Limite às interceptações telefônicas e a jurisprudência do Superior Tribunal de Justiça*, 2ª ed., Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2006, p. 50.

³² Cf. Gustavo Henrique Righi Ivahy Badaró, *Processo penal*, Rio de Janeiro: Campus Elsevier, 2012, p. 361.

³³ Cf. Capítulo 2.4 *supra*.

Já o incidente de inutilização está previsto no art. 9º, *caput* e § único, da Lei. Trata-se providência que pode ser realizada durante a fase de investigação, a instrução processual ou após esta, mediante ordem judicial, em virtude de requerimento da parte interessada, que poderá ser o Ministério Público, a defesa ou terceiro. O incidente deve ser realizado em contraditório, de modo que tanto a acusação quanto a defesa possam se manifestar previamente à inutilização. Note-se que não se trata de formalidade inócua, pois o conteúdo de uma conversa que não tenha qualquer interesse para a prova de uma parte pode ser muito relevante para a parte contrária.

Feitas essas breves considerações sobre o procedimento probatório da medida de interceptação das comunicações telefônicas no direito brasileiro, já é possível verificar a admissibilidade dos *conhecimentos fortuitos* surgidos durante a execução desse meio de obtenção de prova.

Como advertência prévia, vale lembrar que a regra da proporcionalidade é um instrumento de controle das medidas restritivas de direitos fundamentais que deve dirigir a atuação não apenas do Poder Legislativo, mas também dos Poderes Judiciário e Executivo. Portanto, a atividade jurisdicional não pode deixar de observar o preenchimento dos pressupostos e requisitos da referida *regra* quando suas decisões envolverem restrições aos direitos fundamentais, tanto as que *autorizam* quanto as que *valoram* os resultados dessas intervenções, e isto inclui o regime jurídico da interceptação das comunicações telefônicas, previsto na Lei nº. 9.296/96.

Pois bem.

Em primeiro lugar, não foi à toa que traçamos um panorama do procedimento probatório legalmente estabelecido para a realização de uma medida de interceptação das comunicações telefônicas, pois um dos pressupostos de existência dos *conhecimentos fortuitos* é a licitude do meio de obtenção de prova.

Conforme já exposto,³⁴ um dos aspectos dos *conhecimentos fortuitos* é a *fortuitidade* do conhecimento da fonte de prova ou do elemento de informação, isto é, sua obtenção é acidental, casual ou eventual.

Quando o conhecimento da fonte de prova estranha à *situação histórica de vida* da investigação derivar de uma extrapolação intencional dos limites do ato legitimador do meio de obtenção de prova, tal descoberta não será *acidental*, mas sim *proposital*, tendo como sanção processual imediata a sua declaração de ilicitude.

Como exemplo, imagine-se a situação em que uma interceptação telefônica é autorizada para monitorar a linha telefônica de A durante um período de quinze dias, mas, por um excesso da autoridade policial, a medida dure dezessete dias. Nessa hipótese, caso surja uma fonte de prova estranha à *situação histórica de vida* da investigação durante o décimo sexto ou décimo sétimo dias de monitoramento, não se tratará de *conhecimento fortuito objetivo* ou *subjetivo*, mas sim de prova ilícita.

Em segundo lugar, entendemos que a definição daquilo que é *conhecimento da investigação* e daquilo que configura *conhecimento fortuito* deve ser feita com base nos critérios da conexão (art. 76, incs. I e II)³⁵ e da continência (art. 77, incs. I e II), ambos do Código de Processo Penal. A partir de então, podemos verificar com mais segurança aquilo que se insere na *situação histórica de vida* da investigação³⁶ e aquilo que, de fato, é um *conhecimento fortuito*.³⁷

³⁴ Capítulo 3.3 *supra*.

³⁵ Não entendemos aplicável o critério do art. 76, III, do Código de Processo Penal, porquanto em tal hipótese os laços que unem duas ou mais infrações não dizem respeito a uma mesma *situação histórica de vida*, mas sim à existência de uma *economia probatória* na reunião dos processos.

³⁶ Exatamente nessa linha é observação feita por Vicente Greco Filho (*Interceptação telefônica: considerações sobre a Lei n. 9.296, de 24 de julho de 1996*, 2ª ed., São Paulo: Saraiva, 2008, pp. 36-7), embora o autor classifique como *conhecimento fortuito* aquilo que consideramos ser *conhecimento da investigação derivado*: “O que é objeto da investigação é um fato naturalístico que pode apresentar várias facetas e ramificações. Não se investiga a classificação do delito, nem se pode exigir que se tenha conhecimento de todos os aspectos que envolve (aliás, se fossem conhecidos todos eles não precisaria ser realizada a interceptação). Assim, parece ser irrecusável a possibilidade de, por exemplo, na investigação de um homicídio, chegar-se à ocultação de cadáver”.

³⁷ Cf. Capítulo 3.2 *supra*. Na doutrina nacional, há quem adote o critério da conexão para determinar a admissibilidade ou inadmissibilidade dos *conhecimentos fortuitos*, mas sem expressa referência aos dispositivos do Código de Processo Penal que regulamentam a conexão e a continência (critérios modificadores da competência): Antonio Scarance Fernandes, *Processo penal...*, pp. 109-10; Ada Pellegrini Grinover, Antonio Scarance Fernandes, Antonio Magalhães Gomes Filho, *As nulidades...*, p. 221. Por outro lado, há quem se refira expressamente aos critérios dos arts. 76 e 77 do Código de Processo Penal, mas sem atentar para a situação específica da conexão instrumental ou probatória (art. 76, III): Vicente Greco Filho,

Em terceiro lugar, e já no que se refere aos requisitos de admissibilidade da medida de interceptação telefônica, tem especial relevo para o tema dos *conhecimentos fortuitos* aqueles previstos no art. 2º, incs. I e III, e § único.

Quanto ao requisito do art. 2º, inc. I, no sentido de que a medida não poderá ser autorizada quando “não houver indícios razoáveis da autoria ou participação em infração penal”, temos que tal requisito não resta cumprido em relação ao *conhecimento fortuito subjetivo*,³⁸ pois, no ato legitimador da medida, não há um juízo de ponderação dos valores em conflito quanto à infração penal e ao indivíduo que eram inicialmente ignorados e foram fortuitamente descobertos, de modo que sua obtenção corre à margem de qualquer avaliação judicial, impedindo o necessário exame de proporcionalidade da medida. Em outras palavras, caso a medida revele fontes de provas relativas a crimes sem conexão com o objeto da investigação e relacionadas a terceiros, entendemos que tais conhecimentos são destituídos de eficácia probatória por descumprimento do *requisito extrínseco subjetivo da judicialidade*.³⁹

O mesmo vale para o *conhecimento fortuito objetivo*, quer dizer, a descoberta de fontes de provas relativas ao mesmo indivíduo da interceptação telefônica, mas quanto a crime excluído da *situação histórica de vida* da investigação, porquanto a medida não foi autorizada para tal finalidade. Aqui o déficit não é de *judicialidade*, mas sim de *motivação*, pois houve análise judicial para restrição ao direito fundamental do investigado, mas a *motivação* da decisão não incluía o contexto fático do conhecimento fortuito.⁴⁰

Interceptação telefônica: considerações sobre a Lei n. 9.296, de 24 de julho de 1996, 2ª ed., São Paulo: Saraiva, 2008, pp. 35-8; Luiz Flávio Gomes, Raúl Cervini, *Interceptação telefônica: Lei 9.296, de 24.07.96*, São Paulo: Revista dos Tribunais, 1997, p. 194. Por fim, há quem observe a necessidade de uma leitura restritiva do critério da conexão, previsto no art. 76, do Código de Processo Penal, é o caso de Aury Lopes Júnior (*Direito processual penal e sua conformidade constitucional*, 5ª ed., Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2010, p. 580): “Entre os incisos do art. 76 do CPP, por exemplo, temos a chamada conexão probatória (inciso III), extremamente abrangente. Nela, o interesse probatório vai muito além de qualquer relação de prejudicialidade penal, permitindo um amplo espaço de discricionariedade judicial. Daí por que, nesse ponto, a leitura deve ser restritiva, somente se admitindo o aproveitamento em casos de conexão evidente”.

³⁸ A respeito do conceito de *conhecimento fortuito objetivo* e *subjetivo*, vide Capítulo 3.2 *supra*.

³⁹ Cf. Capítulo 1.7.4 *supra*.

⁴⁰ Cf. Capítulo 1.7.5 *supra*. Em sentido semelhante é o entendimento de Adalberto José Q. T. de Camargo Aranha (*Da prova no processo penal*, 7ª ed., São Paulo: Saraiva, 2008, p. 295) e Vicente Greco Filho (*Interceptação telefônica: considerações sobre a Lei n. 9.296, de 24 de julho de 1996*, 2ª ed., São Paulo: Saraiva, 2008, p. 37): “O que não se admite (inclusive o mesmo ocorre no direito estrangeiro) é a utilização da interceptação em face de fato em conhecimento fortuito e desvinculado do fato que originou a providência”. Há quem admita todos os resultados probatórios da medida de interceptação telefônica, independentemente da existência de conexão ou de o crime ser punido com reclusão: Eugênio Pacelli de

Quanto ao requisito do art. 2º, § único, que estabelece a necessidade de que seja descrita “com clareza a situação objeto da investigação, inclusive com a indicação e qualificação dos investigados, salvo impossibilidade manifesta, devidamente justificada”, temos que tal dispositivo possibilita a admissão dos *conhecimentos da investigação* em relação a terceiros e/ou a crimes não previstos na decisão autorizadora da medida de interceptação telefônica, mas que possuam *conexão*⁴¹ com o objeto da investigação, ou seja, os *conhecimentos da investigação derivados*.⁴² No entanto, é essencial que a posterior imputação dos *conhecimentos da investigação derivados* seja feita em conjunto aos *conhecimentos da investigação primitivos*.

Isto significa que não poderão ser utilizados os *conhecimentos da investigação derivados* a título de *prova emprestada* em outro processo, pois isto implicaria “quebra” do nexo de conexão entre eles e os *conhecimentos da investigação primitivos*.⁴³

Quanto ao requisito do art. 2º, inc. III, é importante frisar que o catálogo de crimes definidos pelo legislador reflete uma opção de política legislativa, de modo que o operador do direito não pode desconsiderar esse fato e admitir os *conhecimentos fortuitos* de crimes excluídos desse catálogo. E o mesmo raciocínio vale para os *conhecimentos da investigação derivados* que não se reportem a um crime do catálogo.⁴⁴ Ademais, há o controle operado pela regra da proporcionalidade, que também aponta para um déficit de legalidade na admissão desses *conhecimentos*, por infringência ao *pressuposto formal da legalidade*, porquanto a interceptação das comunicações telefônicas não é legalmente autorizada para tais crimes.⁴⁵

Oliveira (*Curso de processo penal*, 12ª ed., Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2009, p. 354; Guilherme de Souza Nucci, *Leis penais e processuais penais comentadas*, 3ª ed., São Paulo: Revista dos tribunais, 2008, pp. 732-3).

⁴¹ Valendo lembrar que tal conexão deve ser identificada utilizando os critérios dos arts. 76, incs. I e II, e 77, incs. I e II, ambos do Código de Processo Penal.

⁴² Cf. Capítulo 3.5.2.1 *supra*.

⁴³ Cf. Capítulo 3.5.2.1 *supra*.

⁴⁴ Nesse mesmo sentido, exigindo o nexo entre os crimes e que o crime seja punido com reclusão: Vicente Greco Filho, *Interceptação telefônica: considerações sobre a Lei n. 9.296, de 24 de julho de 1996*, 2ª ed., São Paulo: Saraiva, 2008, pp. 37-8. Adalberto José Q. T. de Camargo Aranha (*Da prova no processo penal*, 7ª ed., São Paulo: Saraiva, 2008, p. 295-6) também admite o resultado probatório em tal hipótese, mas não menciona se é necessário que o crime seja punido com reclusão.

⁴⁵ Cf. Capítulo 3.5.2.1 *supra*. Com muita clareza, Geraldo Prado (*Limite às interceptações telefônicas e a jurisprudência do Superior Tribunal de Justiça*, 2ª ed., Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2006, pp. 60-1) bem situa a questão sob a perspectiva constitucional, concluindo pela invalidade dos resultados probatórios que se refiram a contravenções penais ou a crimes não punidos com reclusão: “A interceptação não é admitida para

Por último, quanto aos *conhecimentos fortuitos objetivos e subjetivos* que se refiram a crimes inseridos no catálogo (art. 2º, inc. III), entendemos que sua admissão depende de expressa regulamentação legal. Aqui, o déficit de legalidade se deve à falta de norma legal autorizando a valoração específica dos *conhecimentos fortuitos*, ainda que eles se reportem a um crime do catálogo.

Todavia, até que haja disciplina legal do tema, há uma *exceção* a essa regra geral de inadmissibilidade dos *conhecimentos fortuitos* de crimes incluídos no catálogo: se o *conhecimento fortuito* revelar, *primo ictu oculi*, uma situação de flagrância delitiva.⁴⁶ Nessa hipótese, uma análise sistemática da Constituição Federal autoriza a restrição ao direito fundamental, pois embora não haja expressa previsão de intervenção no âmbito de proteção do direito fundamental sem ordem judicial (tal como ocorre com a ressalva do flagrante delito no art. 5º, inc. XI, da Constituição, ao direito à inviolabilidade domiciliar), é certo que o art. 5º, inc. LXI, excepciona a necessidade de ordem escrita e fundamentada para que alguém seja preso quando há situação de flagrância delitiva: “LXI - ninguém será preso senão em flagrante delito ou por ordem escrita e fundamentada de autoridade judiciária competente, salvo nos casos de transgressão militar ou crime propriamente militar, definidos em lei”. Se na hipótese do flagrante delito o legislador constituinte autorizou a restrição ao direito à liberdade de locomoção sem a necessidade de prévia ordem judicial, então cremos que essa mesma hipótese autoriza a restrição ao direito à inviolabilidade das comunicações telefônicas sem a necessidade da ordem judicial em relação aos *conhecimentos fortuitos*. No entanto, essa mesma análise sistemática aponta para a necessidade de, nessa hipótese, restringir a admissibilidade dos *conhecimentos fortuitos* aos crimes do catálogo, tendo em vista que o art. 5º, XII, autoriza a restrição à inviolabilidade do sigilo das comunicações telefônicas “nas hipóteses e na forma que a lei estabelecer”.

a prova de infrações penais não punidas com reclusão. Ou seja, partindo do pressuposto de que a Constituição da República pode instituir fontes autônomas de justificação para determinados comportamentos e não admitir a justificação de outros, por critérios que os constituintes julgaram razoáveis, o legislador ordinário cumpriu a sua missão reguladora e estabeleceu que as informações derivadas de interceptação só servem com prova de crimes punidos com reclusão. Assim, muito embora a informação sobre o crime punido com detenção exista (ou sobre a contravenção penal ou ainda acerca da infração penal de menor potencial ofensivo) e tenha sido obtida de modo lícito, pois a interceptação estava autorizada por juiz criminal, esta informação não será válida como prova dessas infrações e não poderá servir de base para a condenação”.

⁴⁶ Nesse sentido: Luiz Francisco Torquato Avolio, *Provas ilícitas: interceptações telefônicas, ambientais e gravações clandestinas*, 5ª ed., São Paulo: Revista dos Tribunais, 2012, p. 189.

Em síntese, no âmbito das medidas de interceptação das comunicações telefônicas reguladas pela Lei nº. 9.296/96, são admissíveis para fins probatórios os *conhecimentos da investigação primitivos e derivados*, desde que se reportem a um dos crimes que possibilitam a realização do meio de obtenção de prova, nos termos do art. 2º, inc. III. Tais conhecimentos incluem tanto os crimes inicialmente ignorados e relacionados ao mesmo indivíduo alvo da medida, quanto os terceiros inicialmente ignorados e relacionados ao mesmo crime ou a outros crimes, desde que seja possível estabelecer *conexão* ou *continência* entre os *conhecimentos da investigação primitivos* e os *conhecimentos da investigação derivados*, isto é, eles devem estar inseridos na mesma *situação histórica de vida* da investigação.

Por outro lado, são inadmissíveis os *conhecimentos fortuitos objetivos e subjetivos*. No caso dos *conhecimentos fortuitos objetivos e subjetivos* de crimes excluídos do catálogo, a inadmissibilidade decorre de um déficit de *legalidade* (pressuposto formal da regra da proporcionalidade),⁴⁷ pois o legislador ordinário inadmite a restrição ao direito fundamental em tais hipóteses. No caso dos *conhecimentos fortuitos objetivos e subjetivos* de crimes incluídos no catálogo, a inadmissibilidade também decorre de um déficit de legalidade, mas por conta da falta de norma legal autorizando a valoração específica dos *conhecimentos fortuitos*, ainda que eles se reportem a um crime do catálogo.⁴⁸

Por último, duas questões não disciplinadas pela Lei nº. 9.296/96 merecem ser mencionadas. A primeira diz respeito à possibilidade de utilização dos *conhecimentos fortuitos* a título de prova emprestada e a segunda sobre a sua utilização como notícia-crime para deflagrar nova investigação.

Em ambos os casos, conforme já exposto,⁴⁹ entendemos que a falta de disciplina legal dos *conhecimentos fortuitos* impede a sua utilização tanto a título de prova emprestada quanto a título de notícia-crime para a deflagração de novas investigações,⁵⁰ quer dizer, eles não possuem qualquer eficácia probatória.

⁴⁷ Cf. Capítulo 1.7.2 *supra*.

⁴⁸ Cf. Capítulo 3.5.2.1 *supra*.

⁴⁹ Capítulos 3.5.2.1 e 3.5.3 *supra*.

⁵⁰ Em sentido contrário, admitindo a utilização do *conhecimento fortuito* para subsidiar notícia-crime: Aury Lopes Júnior, *Direito processual penal e sua conformidade constitucional*, 5ª ed., Rio de Janeiro: Lumen

4.3.2.2. Sem um catálogo de crimes: a busca domiciliar

No ordenamento jurídico brasileiro, uma espécie de meio de obtenção de prova sem um catálogo de crimes é a *busca domiciliar*, regulada pelo art. 240, § 1º, do Código de Processo Penal. Trata-se de medida que restringe o pleno exercício de diversos direitos fundamentais,⁵¹ dentre eles a inviolabilidade do domicílio, prevista no art. 5º, inc. XI, da Constituição Federal.

Considerando que essa medida é admitida para qualquer crime, a situação dos *conhecimentos fortuitos* surgidos no âmbito desse meio de obtenção de prova é diversa daquela identificada na interceptação das comunicações telefônicas, porquanto desaparece a celeuma envolvendo o catálogo de crimes.

Portanto, aqui já não subsistem as críticas desenvolvidas no item anterior⁵² acerca do descumprimento do *pressuposto formal da legalidade*.

Agora, toma relevo a análise dos requisitos extrínsecos *subjetivo* (judicialidade) e *formal* (motivação da decisão), pois a medida restritiva de direito fundamental carece de *judicialidade* e, por conseguinte, de *motivação*, no tocante aos *conhecimentos fortuitos*.

Quando é autorizada judicialmente uma medida de busca domiciliar, toma-se como válida, em juízo de probabilidade, a hipótese de investigação, pois há predominância de elementos convergentes sobre os elementos divergentes.⁵³

Ocorre que o pressuposto fático tomado como base para a decisão está relacionado à *situação histórica de vida* que poderá ensejar um *conhecimento da investigação*, mas, ao

Juris, 2010, p. 578-9; Luiz Flávio Gomes, Raúl Cervini, *Interceptação telefônica: Lei 9.296, de 24.07.96*, São Paulo: Revista dos Tribunais, 1997, p. 195.

⁵¹ Cf. Capítulo 5.1 *supra*.

⁵² Cf. Capítulo 5.2.2.1 *supra*.

⁵³ O art. 240, § 1º, do Código de Processo Penal, fala em “fundadas razões”, o que, segundo Cleunice Bastos Pitombo (*Da busca e da apreensão no processo penal*, 2ª ed., São Paulo: Revista dos Tribunais, 2005, p. 128) significa “motivos concretos, fortes indícios da existência de elementos de convicção (seja da acusação ou da defesa), que se possam achar na casa, a qual se pretenda varejar”.

contrário, não toma em consideração nenhum contexto fático relacionado ao *conhecimento fortuito*. Isto porque a medida restritiva de direito fundamental não é autorizada para o fim de obter o *conhecimento fortuito*, mas tão-somente o *conhecimento da investigação*.

Se, conforme já exposto,⁵⁴ as medidas restritivas de direitos fundamentais ostentam um caráter excepcional e estão submetidas ao *princípio da especialidade*, isto significa que elas não são autorizadas de modo a pesquisar o cometimento de crimes “em geral”, mas sim para levar aos autos da investigação *fontes de prova* relativas aos fatos indicados na notícia-crime e, por conseguinte, na decisão autorizadora da busca domiciliar; logo, deve existir uma identidade entre o delito objeto de investigação e o delito que *de fato* se investiga.

Como consequência, os *conhecimentos fortuitos* surgidos no curso de meios de obtenção de prova sem um catálogo de crimes são inadmissíveis como prova para fins processuais, por conta do déficit de *judicialidade* que os acompanha.⁵⁵

No entanto, assim como ocorre com os meios de obtenção de prova que possuem um catálogo de crimes, há uma *exceção* a essa regra geral de inadmissibilidade dos

⁵⁴ Capítulo 3.5.2.2.

⁵⁵ Nesse mesmo sentido é o posicionamento de Eugênio Pacelli de Oliveira (*Curso de processo penal*, 12ª ed., Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2009, p. 353) sobre o surgimento dos conhecimentos fortuito no curso de busca domiciliar: “Quando, na investigação de um crime contra a fauna, por exemplo, agentes policiais, munidos de mandado judicial de busca e apreensão, adentram em determinada residência para o cumprimento da ordem, espera-se, e mesmo exige-se (art. 243, II, CPP), que a diligência se realize exclusivamente *para a busca de animais silvestres*. Assim, se os policiais passam a revirar as gavetas ou armários da residência, é de se ter por ilícitas as provas de infração penal que não estejam relacionadas com o mandado de busca e apreensão. Em semelhante situação, como é óbvio, o local revistado jamais abrigaria o objeto do mandado judicial. Do contrário, a ação policial, em caso de mandado de busca e apreensão, fugiria do controle judicial, configurando verdadeira ilegalidade, por violação do domicílio, no ponto em que, para aquela finalidade, o ingresso na residência *não estaria autorizado*. A teoria, portanto, presta-se a justificar a adoção de medidas acautelatórias em favor da proteção do direito à intimidade e/ou privacidade, de modo a impedir o incentivo à prática do abuso de autoridade”. Cleunice Bastos Pitombo (*Da busca e da apreensão no processo penal*, 2ª ed., São Paulo: Revista dos Tribunais, 2005, p. 266-7) entende que, em tais situações, a autoridade policial deve preservar o local e providenciar uma nova autorização judicial, a fim de legitimar a apreensão do conhecimento fortuito: “pode-se afirmar que a apreensão de coisa encontrada ao acaso, sem relação com o fato investigado, resultante de busca legal, não pode ser realizada de pronto. Melhor que a autoridade policial preserve o local, providenciando a autorização judicial, para que a tomada se concretize em plena legalidade”. Com a devida vênia, entendemos que a questão não está bem situada. Conforme já exposto, se o *conhecimento fortuito* revelar situação de flagrância delitiva, deve-se realizar a apreensão e ele será válido para fins probatórios. Por outro lado, se a coisa encontrada não possuir conexão com o objeto da investigação, ela não poderá ser apreendida; caso isto ocorra, não possuirá eficácia probatória, pois constitui *conhecimento fortuito*, cujo déficit de *judicialidade* não pode ser superado sequer pela nova ordem judicial obtida às pressas, pois não haverá um juízo de ponderação entre os valores em conflito (a inviolabilidade domiciliar já foi restringida), tornando a avaliação judicial se tornará mera formalidade.

conhecimentos fortuitos: quando eles revelarem, *primo ictu oculi*, uma situação de flagrância delitiva.⁵⁶ Nesse caso, a própria Constituição brasileira autoriza a restrição à inviolabilidade domiciliar sem a prévia necessidade de controle da medida por um órgão jurisdicional (art. 5º, inc. XI).

Quanto aos *conhecimentos da investigação derivados* surgidos nesse mesmo contexto, é certo que, no controle operado pela regra da proporcionalidade não haverá o óbice da falta do *requisito extrínseco subjetivo da judicialidade*, tal como sucede com os *conhecimentos fortuitos*. Isto porque a decisão judicial autoriza a *restrição* ao direito fundamental para investigar todas as fontes de prova relacionadas à *situação histórica de vida* do fato tido por criminoso, o que inclui terceiros e/ou crimes inicialmente ignorados, mas pertencentes a esse mesmo contexto histórico. Lembrando que a definição dos *conhecimentos da investigação derivados* deve ser feita a partir dos critérios da conexão (art. 76, incs. I e II) e da continência (art. 77, incs. I e II), ambos do Código de Processo Penal.⁵⁷

Outrossim, é de se registrar que a admissibilidade dos *conhecimentos da investigação derivados* também estará sujeita a controle pelos demais requisitos da regra da proporcionalidade, quais sejam: requisitos intrínsecos (adequação, necessidade e proporcionalidade em sentido estrito).

Por último, tal como sustentamos em relação à medida de interceptação das comunicações telefônicas, a falta de disciplina legal sobre a utilização dos *conhecimentos fortuitos* tanto a título de prova emprestada quanto a título de notícia-crime impede que eles possuam qualquer eficácia probatória em outros feitos.

4.4. Repercussão processual dos conhecimentos fortuitos

⁵⁶ Nesse sentido: Aury Lopes Júnior, *Direito processual penal e sua conformidade constitucional*, 5ª ed., Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2010, p. 579.

⁵⁷ Nesse sentido é o entendimento de Antonio Scarance Fernandes (*Processo penal...*, p. 109), mas note-se que, nesse caso, aquilo que o referido autor classifica como *conhecimento fortuito* nós entendemos ser *conhecimento da investigação derivado*: “A questão, como faz a doutrina, deve ser situada num ponto médio. Em princípio, haverá ilicitude por desvio do objeto da interceptação ou busca autorizada, mas nem toda prova obtida em relação a crime diverso daquele da autorização será ilícita e, por isso, inadmissível. O critério deve ser o da existência de nexos entre os dois crimes”.

Ao longo da presente pesquisa, tratamos o tema dos *conhecimentos fortuitos* sempre em termos de sua admissibilidade ou inadmissibilidade para fins probatórios.

Considerando que, no ordenamento jurídico brasileiro, inexistente expressa previsão legal autorizando a utilização dos *conhecimentos fortuitos*, seja como prova emprestada, seja como notícia-crime deflagradora de nova investigação, e isto vale para os dois meios de obtenção de prova estudados acima (interceptação das comunicações telefônicas e busca domiciliar), não há como negar violação à *reserva legal* na sua admissão,⁵⁸ pois tais resultados probatórios são obtidos no curso de medidas restritivas de direitos fundamentais. Ademais, não há como admitir a classificação e tampouco a valoração dos *conhecimentos fortuitos* com base na consensualidade.⁵⁹

Sendo assim, se a obtenção de tais resultados probatórios não possui amparo legal, então soa claro que o seu surgimento está inserido em um contexto de *prova ilegal*.

A sanção processual prevista para as provas ilícitas é a sua inadmissibilidade, conforme previsto no art. 5º, *caput* e inc. LVI, da Constituição Federal. Isto significa que tais provas não existem no mundo jurídico, são destituídas de eficácia probatória, isto é, as fontes de provas e os elementos de informação que elas fornecerem não poderão ingressar nos autos da investigação ou da ação penal; caso isto ocorra, deverão ser desentranhados, na forma prevista pelo art. 157, *caput*, do Código de Processo Penal.

4.5. O tratamento do tema no PLS nº. 156/2008 do Senado Federal

De modo pioneiro, o Projeto de Lei de Iniciativa do Senado Federal – PLS nº. 156/2008 busca tratar dos *conhecimentos fortuitos* na legislação brasileira, porém somente no âmbito das *interceptações das comunicações telefônicas*, conforme o art. 250 do Anteprojeto de Reforma do Código de Processo Penal, elaborado pela Comissão de Juristas: “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

⁵⁸ Cf. Capítulo 1.7.2 *supra*.

⁵⁹ Cf. Capítulo 3.2 *supra*.

autoridade deverá remeter ao Ministério Público os documentos necessários para as providências cabíveis”.⁶⁰

Referido dispositivo foi objeto de várias críticas pelas entidades que enviaram propostas à Comissão de Constituição e Justiça do Senado Federal, responsável pela elaboração do Anteprojeto.

No caso do Instituto dos Advogados Brasileiros - IAB, opinou-se pela total supressão do artigo, sob o argumento de que “por fim, outro tema relevante diz respeito ao art. 250, que trata do aproveitamento da prova para fins distintos do fato delituoso para o qual a interceptação foi concedida. O projeto prevê sua aptidão para uso pelo Ministério Público para eventual produção de novo procedimento. Entende a Comissão que o material produzido e que não diga respeito exclusivamente ao fato para o qual a medida foi decretada constitui prova ilicitamente obtida, de modo que é de se suprimir o artigo 250 do projeto”.⁶¹

Em que pese os respeitáveis argumentos lançados pelo IAB, cremos que, *a priori*, não se pode cogitar da completa ilicitude do “material produzido e que não diga respeito exclusivamente ao fato para o qual a medida foi decretada”, pois, conforme já exposto,⁶² é possível que tal material constitua *conhecimento da investigação derivado* e não *conhecimento fortuito*, o que é verificado a partir dos critérios da conexão e da continência. Aliás, a previsão do dispositivo é justamente nessa linha, ao estabelecer a necessidade de que o crime descoberto e inicialmente ignorado tenha conexão com o crime que legitimou a medida de interceptação, consagrando a ideia de que a decisão autoriza o meio de obtenção de prova para investigar uma *situação histórica de vida*.

Já a proposta de redação sugerida pelo Instituto Brasileiro de Direito Processual - IBDP se mostrou mais razoável, inclusive no que se refere à sistematização, dividindo o instituto em dois dispositivos, um relativo à admissibilidade dos *conhecimentos fortuitos* e dos *conhecimentos da investigação derivados* (art. 251), e outro relativo ao seu

⁶⁰ Brasil, Senado, Comissão de Juristas responsável pela elaboração de anteprojeto de reforma do Código de Processo Penal, Brasília: Senado Federal, 2009. Disponível em: <http://www.senado.gov.br/atividade/>. Acesso em 10/01/2013.

⁶¹ Disponível em: <http://www.iabnacional.org.br/IMG/pdf/doc-2727.pdf>. Acesso em 10/01/2013.

⁶² Capítulo 3.2 *supra*.

aproveitamento como notícia-crime (art. 252). Eis os termos dos dispositivos na Emenda Modificativa n.º 63, da proposta do IBDP: “Art. 251. Os resultados das operações técnicas não poderão ser utilizados para a instrução de processos ou investigações relativos a crimes diversos daqueles para os quais a autorização foi dada, salvo quando se tratar de crime conexo ou de outro crime constante do artigo 242, hipótese em que se observará o disposto nesta seção, no que couber” e “Art. 252. Na hipótese de a quebra do sigilo das comunicações telefônicas de qualquer natureza revelar, fortuitamente, indícios de crime que não se inclua nas hipóteses do artigo 241, o juiz deverá remeter ao Ministério Público, que poderá requisitar a instauração de inquérito policial”.⁶³

Vê-se que tal proposta avança bastante em relação à redação do Anteprojeto, pois, além do critério da conexão, estabelece como critério de admissibilidade (do resultado das operações técnicas) o critério do catálogo de crimes. Tal solução consagra as ideias de que (i) a decisão autoriza o meio de obtenção de prova para investigar uma *situação histórica de vida* e (ii) somente são admissíveis os conhecimentos que se reportem a um crime do catálogo.

Uma observação importante: quando a proposta do IBDP assinala a admissibilidade dos resultados das operações técnicas relativos a “crime conexo ou de outro crime constante do artigo 242”, no primeiro caso está admitindo a utilização daquilo que entendemos por *conhecimentos da investigação derivados*, enquanto no segundo caso está admitindo, efetivamente, os *conhecimentos fortuitos*. Entendemos muito salutar a proposta, porquanto somente com essa consagração legal é possível que os *conhecimentos fortuitos* possam ter eficácia probatória.⁶⁴

Contudo, mesmo tal proposta merece algumas observações.

A primeira diz respeito à necessidade de que a *conexão* (a que se refere o dispositivo) seja estabelecida a partir de um critério legal, e isto pode ser feito com base nos parâmetros da conexão (exceto o critério da conexão instrumental ou probatória) e da continência para fins de modificação da competência, conforme já exposto neste

⁶³ Disponível em: <http://direitoprocessual.org.br/content/blocos/96/1>. Acesso em 10/01/2013.

⁶⁴ Cf. Capítulo 3.5.2.1 *supra*.

trabalho.⁶⁵ No entanto, caso o legislador ordinário discipline a admissibilidade dos *conhecimentos fortuitos*, o critério da conexão perde muito de seu sentido, visto que sua utilidade existe quando não há disciplina legal da matéria, permitindo identificar e valorar os *conhecimentos da investigação* e, por outro lado, vedar a valoração dos *conhecimentos fortuitos*. Se o legislador admitir a eficácia probatória dos *conhecimentos fortuitos*, o critério da conexão só tem utilidade se sua finalidade for permitir a valoração dos *conhecimentos da investigação derivados* que não se refiram a um dos crimes de catálogo e, por outro lado, vedar a valoração dos *conhecimentos fortuitos* que não se refiram a um crime do catálogo.

A segunda observação está intimamente ligada à primeira e diz respeito à admissibilidade dos *conhecimentos da investigação derivados* que não se reportem a um crime do catálogo. A proposta de redação elaborada pelo IBDP para o art. 251 possibilita que sejam valorados os crimes não constantes do catálogo, mas que sejam conexos ao crime para o qual a autorização foi dada, ou seja, os *conhecimentos da investigação derivados*. Conforme já exposto,⁶⁶ entendemos que tais conhecimentos não podem ser valorados pelo fato de se reportarem a um crime não constante do catálogo, revelando um déficit de legalidade (pressuposto formal da legalidade na regra da proporcionalidade). E essa mesma observação vale para a possibilidade de utilização do *conhecimento fortuito* para subsidiar notícia-crime (art. 252 da proposta do IBDP), quando ele não se reportar a um crime de catálogo; aqui também há um déficit de legalidade que impede sua utilização em uma nova investigação.

4.6. Sugestões de *lege ferenda*

Ao longo deste estudo, procuramos expor as diversas celeumas envolvendo o tema dos *conhecimentos fortuitos* surgidos durante a regular execução de um meio de obtenção de prova.

⁶⁵ Capítulo 3.2 *supra*.

⁶⁶ Capítulo 3.5.2.1 *supra*.

Há algum tempo, a doutrina vem se debruçando sobre a matéria e isto já surtiu relativo êxito, pois, em alguns países, o legislador procurou disciplinar a admissibilidade dos *conhecimentos fortuitos* para fins probatórios (p. ex.: Alemanha e Portugal).⁶⁷

No Brasil, a falta de disciplina legal do tema resulta em odiosa intervenção no âmbito de proteção de diversos direitos fundamentais do investigado e de terceiros sem que haja amparo constitucional. Por outro lado, esse cenário também impede que o Estado utilize relevantes fontes de provas e elementos de informação relacionados a condutas tidas por criminosas, mas cuja valoração é vedada, também por ofensa à *reserva legal*.

Essas constatações demonstram a necessidade de expressa regulamentação legal desses resultados probatórios.

No encerramento desta pesquisa, tomamos a liberdade de apresentar algumas sugestões de *lege ferenda*, não com o intuito de esgotar o horizonte para uma disciplina jurídica dos *conhecimentos fortuitos*, mas sim de contribuir para o debate de tema tão instigante e ainda carente de atenção por parte do legislador ordinário. Assim, consideramos relevantes para uma disciplina legal dos *conhecimentos fortuitos* os aspectos seguintes:

a) nos meios de obtenção de prova dotados de um catálogo de crimes, restringir a admissibilidade para fins de prova aos *conhecimentos fortuitos* que se refiram a um dos crimes do catálogo;

b) nos meios de obtenção de prova dotados de um catálogo de crimes, restringir a admissibilidade para fins de prova aos *conhecimentos da investigação derivados* que se refiram a um dos crimes do catálogo;

c) nos meios de obtenção de prova dotados de um catálogo de crimes, vedar a utilização dos *conhecimentos fortuitos* e dos *conhecimentos da investigação derivados* para a instrução de processos ou investigações, quando eles não se referirem a um crime do catálogo;

⁶⁷ Cf. Capítulos 3.6.1 e 3.6.4 *supra*.

d) nos meios de obtenção de prova sem um catálogo de crimes, vedar a utilização dos *conhecimentos fortuitos* para a instrução de processos ou investigações;

e) nos meios de obtenção de prova sem um catálogo de crimes, admitir a valoração dos *conhecimentos da investigação derivados*;

f) nos meios de obtenção de prova sem um catálogo de crimes, determinar que a existência de conexão entre os *conhecimentos da investigação primitivos* e os *conhecimentos da investigação derivados* seja feita a partir dos critérios da conexão e da continência (modificadores de competência), excetuando o critério da conexão instrumental ou probatória.

CONCLUSÃO

Com o encerramento desta pesquisa, é importante que apresentemos uma conclusão sobre os questionamentos lançados no início do trabalho, ainda que conclusões parciais já tenham sido antecipadas ao longo dos capítulos.

Os *conhecimentos fortuitos* de prova constituem resultados probatórios obtidos durante a execução de um meio de obtenção de prova lícito, mas que não possuem conexão objetiva (infração penal investigada) ou subjetiva (indivíduo investigado) com o contexto histórico que legitimou a realização do ato.

Por outro lado, os *conhecimentos da investigação* são os resultados probatórios obtidos durante a execução de um meio de obtenção de prova lícito e que possuem conexão objetiva (infração penal investigada) ou subjetiva (indivíduo investigado) com o contexto histórico que legitimou a realização do ato.

Os meios de obtenção de prova são atividades que, em geral, são desenvolvidas no curso da investigação criminal e têm a finalidade de pesquisar e registrar fontes de provas e elementos de informação úteis para a atividade probatória.

A execução de alguns meios de obtenção de prova pode implicar intervenção no âmbito de proteção de direitos fundamentais, hipótese em que eles devem ser considerados medidas restritivas de direitos fundamentais.

De acordo com a relevância do direito fundamental objeto de restrição, alguns meios de obtenção de prova são admitidos para a investigação de qualquer crime enquanto outros somente são admitidos para um catálogo de crimes (em geral, os mais graves).

Os direitos fundamentais são direitos humanos que, positivados formal ou materialmente, só podem ser objeto de restrição nos estreitos limites autorizados pela Constituição.

O instrumento de controle da constitucionalidade das medidas restritivas de direitos fundamentais é a regra da proporcionalidade, constituída por pressupostos (legalidade e justificação teleológica) e requisitos (judicialidade, motivação da decisão, idoneidade, necessidade e proporcionalidade em sentido estrito) que devem orientar as escolhas, decisões e ações, dos órgãos dos poderes legislativo, executivo e judiciário. Nesse contexto, o poder judiciário tem um relevante papel, pois seus órgãos são os constitucionalmente incumbidos de garantir de forma imediata a eficácia dos direitos fundamentais, razão pela qual deve ser submetida a sua avaliação a decisão sobre a *proporcionalidade* das medidas limitativas desses direitos.

As intervenções no âmbito de proteção dos direitos fundamentais que passem pelo controle da regra da proporcionalidade devem ser consideradas restrições legítimas, ao passo que as intervenções que não passem pelo mesmo filtro devem ser consideradas violações ilegítimas.

No caso das intervenções ilegítimas (violações), como estamos a tratar de normas que tutelam direitos de relevo constitucional, as eventuais irregularidades cometidas nas restrições processuais aos direitos fundamentais serão inquinadas com a pecha de ilicitude.

Os *conhecimentos fortuitos* de prova surgem como resultados probatórios excluídos do contexto investigatório, logo, também excluídos dos limites de restrição autorizados pela decisão judicial autorizadora do meio de obtenção, tornando-os intervenções ilegítimas (violações) no âmbito de proteção do direito fundamental.

No caso dos meios de obtenção de prova admitidos somente para um catálogo taxativo de crimes, devem ser consideradas intervenções ilegítimas (no âmbito de proteção do direito fundamental) não apenas os *conhecimentos fortuitos*, mas também os *conhecimentos da investigação* que não se reportem a um crime incluído no catálogo.

Considerando que tais violações de direitos fundamentais constituem provas ilícitas, inadmissíveis para fins probatórios, as fontes de provas e os elementos de informação obtidos nessas circunstâncias são destituídos de eficácia probatória.

BIBLIOGRAFIA

A

ABELLÁN, Marina Gascón, *Los hechos en el derecho: bases argumentales de la prueba*, Madrid: Marcial Pons, 1999.

AGUILAR, Francisco, *Dos conhecimentos fortuitos obtidos através de escutas telefónicas*, Coimbra: Almedina, 2004.

ALEXY, Robert, *Teoria dos direitos fundamentais*, tradução da 5ª ed. alemã por Virgílio Afonso da Silva, São Paulo: Malheiros, 2008.

ALMEIDA, Carlos Alberto Simões de, *Medidas cautelares e de polícia do processo penal, em direito comparado*, Coimbra: Almedina, 2006.

AMBOS, Kai, *Las prohibiciones de utilización de pruebas en el proceso penal alemán*, In *Prueba y proceso penal: análisis de la prueba prohibida en el sistema español y en el derecho comparado*, Valencia: Tirant to Blanch, 2008.

ANDRADE, José Carlos Vieira de, *Os direitos fundamentais na Constituição Portuguesa de 1976*, 3ª ed., Coimbra: Almedina, 2006.

ANDRADE, Manuel da Costa, *Das escutas telefónicas*, In *Direito penal especial, processo penal e direitos fundamentais: visão luso-brasileira*, São Paulo: Quartier Latin, 2006.

_____, *Sobre as proibições de prova em processo penal*, Coimbra: Coimbra Editora, 2006.

ARANHA, Adalberto José Q. T. de Camargo, *Da prova no processo penal*, 7ª ed., São Paulo: Saraiva, 2006.

ARANTES FILHO, Marcio Geraldo Britto, *A interceptação de comunicação entre pessoas presentes como meio de investigação de prova no processo penal brasileiro*, Dissertação de Mestrado, Faculdade de Direito, Universidade de São Paulo, 2011.

ÁVILA, Thiago André Pierobom de, *Provas ilícitas e proporcionalidade*, Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2007.

_____, *Provas ilícitas e proporcionalidade: uma análise da colisão entre os princípios da proteção penal eficiente e da inadmissibilidade das provas obtidas por meios ilícitos*, Dissertação de Mestrado, Faculdade de Direito, Universidade de Brasília, 2006.

AVOLIO, Luiz Francisco Torquato, *Provas ilícitas: interceptações telefônicas, ambientais e gravações clandestinas*, 5ª ed., São Paulo: Revista dos Tribunais, 2012.

B

BADARÓ, Gustavo Henrique Righi Ivahy, *Interceptação de comunicações telefônica e telemática: limites ante o avanço da tecnologia*, In *Temas para uma perspectiva crítica do direito: homenagem ao Professor Geraldo Prado*, coord. Joel Corrêa de Lima, Rubens R. R. Casara, Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2010.

_____, *Ônus da prova no processo penal*, São Paulo: Revista dos Tribunais, 2003.

_____, *Processo penal*, Rio de Janeiro: Campus Elsevier, 2012.

_____; GOMES FILHO, Antonio Magalhães, *Prova e sucedâneos de prova no processo penal brasileiro*, In *Revista Brasileira de Ciências Criminais*, n. 65, São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, mar./abr. 2007, pp. 175-208.

BARROS, Suzana de Toledo, *O princípio da proporcionalidade e o controle de constitucionalidade das leis restritivas de direitos fundamentais*, 3ª ed., Brasília: Brasília Jurídica, 2003.

BOROWSKI, Martin, *La estructura de los derechos fundamentales*, trad. por Carlos Bernal Pulido, Bogotá: Universidade Externato de Colômbia, 2003.

BRANCO, Paulo Gustavo Gonet; COELHO, Inocêncio Mártires; MENDES, Gilmar Ferreira, *Curso de direito constitucional*, 2ª ed., São Paulo: Saraiva, 2008.

BRASIL, Senado, Comissão de Juristas responsável pela elaboração de anteprojeto de Reforma do Código de Processo Penal, Brasília: Senado Federal, 2009. Disponível em: <http://www.senado.gov.br/atividade/>. Acesso em 10/01/2013.

C

CABETTE, Eduardo Luiz Santos, *Interceptações telefônicas*, Lorena: Stiliano, 2000.

CANOTILHO, José Joaquim Gomes, *Direito constitucional e teoria da constituição*, 7ª ed., Coimbra: Almedina, 2003.

CARBONE, Carlos Alberto, *Requisitos constitucionales de las intervenciones telefónicas: correspondência telefónica, informática y audiovisual intervenida judicialmente en el proceso penal*, Santa Fe: Rubinzal-Culzoni, 2008.

CASI, Fermín Javier Echarri, *Prueba ilícita: conexión de antijuridicidad y hallazgos casuales*, In *Revista del Poder Judicial*, n. 69, Madrid: Consejo General del Poder Judicial, 2003.

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

CINTRA, Antonio Carlos de Araújo; DINAMARCO, Cândido Rangel; GRINOVER, Ada Pellegrini, *Teoria geral do processo*, 24ª ed., São Paulo: Malheiros, 2008.

COELHO, Inocêncio Mártires; MENDES, Gilmar Ferreira; BRANCO, Paulo Gustavo Gonet, *Curso de direito constitucional*, 2ª ed., São Paulo: Saraiva, 2008.

COLOMER, Juan Luís Gómez, *La evolución de las teorías sobre la prueba prohibida aplicadas en el proceso español: del expansionismo sin límites al más puro reduccionismo. Una meditación sobre su desarrollo futuro inmediato*, In *Prueba y proceso penal: análisis de la prueba prohibida en el sistema español y en el derecho comparado*, Valencia: Tirant to Blanch, 2008.

COMPARATO, Fábio Konder, *A afirmação histórica dos direitos humanos*, 7ª ed., São Paulo: Saraiva, 2010.

CORDERO, Franco, *Procedimiento penal*, tomo II, trad. da 2ª ed. Italiana de *Procedura Penale*, por Jorge Guerrero, Santa Fe de Bogotá: Temis, 2000.

D

DEU, Teresa Armenta, *La prueba ilícita: un estudio comparado*, 2ª ed., Madrid: Marcial Pons, 2011.

DEZEM, Guilherme Madeira, *Da prova penal: tipo processual, provas típicas e atípicas*, Campinas: Millenium, 2008.

DINAMARCO, Cândido Rangel; CINTRA, Antonio Carlos de Araújo; GRINOVER, Ada Pellegrini, *Teoria geral do processo*, 24ª ed., São Paulo: Malheiros, 2008.

DWORKIN, Ronald, *Levando os direitos a sério*, 3ª ed., trad. por Nelson Boeira, São Paulo: Martins Fontes, 2010.

F

FERNANDES, Antonio Scarance; GRINOVER, Ada Pellegrini; GOMES FILHO, Antonio Magalhães; *As nulidades no processo penal*, 10ª ed., São Paulo: Revista dos Tribunais, 2008.

_____, *O equilíbrio na investigação criminal*, In *Estudos em homenagem à professora Ada Pellegrini Grinover*, coord. Flávio Luiz Yarshell e Maurício Zanoide de Moraes, São Paulo: DPJ, 2005, pp. 319-30.

_____, *Processo penal constitucional*, 5ª ed., São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2007.

_____, *Prova e sucedâneos de prova no processo penal*, In *Revista Brasileira de Ciências Criminais*, n. 66, São Paulo: Revista dos Tribunais, mai./jun. 2007.

FERNANDÉZ, Ricardo Rodríguez, *La intervención telefónica como restricción al derecho fundamental a la intimidad*, In *Revista Penal*, n. 5, Barcelona: Editorial Praxis, 2000.

FERNÁNDEZ-ESPÍNAR, Gonzalo, *El levantamiento del secreto de las comunicaciones telefónicas en el marco de las diligencias de investigación y aseguramiento en el proceso penal*, In *Revista Poder Judicial*, n. 32, Madrid: Consejo General del Poder Judicial, 1993.

FONSECA, Thiago Abud da, *Interceptação telefônica: a devassa em nome da lei*, Rio de Janeiro: Espaço Jurídico, 2008.

G

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

GOMES FILHO, Antonio Magalhães; *A motivação das decisões penais*, São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2001.

_____; GRINOVER, Ada Pellegrini; FERNANDES, Antonio Scarance, *As nulidades no processo penal*, 10ª ed., São Paulo: Revista dos Tribunais, 2008.

_____, *Direito à prova no processo penal*, São Paulo: Revista dos Tribunais, 1997.

_____, *Notas sobre a terminologia da prova: reflexos no processo penal brasileiro*, In *Estudos em homenagem à professora Ada Pellegrini Grinover*, coord. Flavio Luiz Yarshell e Maurício Zanoide de Moraes, São Paulo: DPJ Editora, 2005, pp. 303-18.

_____; BADARÓ, Gustavo Henrique Righi Ivahy, *Prova e sucedâneos de prova no processo penal brasileiro*, In *Revista Brasileira de Ciências Criminais*, n. 65, São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, mar./abr. 2007, pp. 175-208.

_____, *Provas: Lei 11.690, de 09.06.2008*, In *As reformas no processo penal: as novas leis de 2008 e os projetos de reforma*, coord. Maria Thereza Rocha de Assis Moura, São Paulo: Revista dos Tribunais, 2008.

GÖSSEL, Karl-Heinz, *As proibições de prova no direito processual penal da República Federal da Alemanha*, trad. do original alemão por Manuel da Costa Andrade, In *Revista Portuguesa de ciência criminal*, ano 2, fasc. 3, Lisboa: Aequitas, jul-set. 1992.

GRECO FILHO, Vicente, *Interceptação telefônica: considerações sobre a Lei n. 9.296, de 24 de julho de 1996*, 2ª ed., São Paulo: Saraiva, 2008.

_____, *Manual de processo penal*, 7ª ed., São Paulo: Saraiva, 2009.

GRINOVER, Ada Pellegrini; GOMES FILHO, Antonio Magalhães; FERNANDES, Antonio Scarance, *As nulidades no processo penal*, 10ª ed., São Paulo: Revista dos Tribunais, 2008.

_____, *Liberdades públicas e processo penal: as interceptações telefônicas*, 2ª ed., São Paulo: Revista dos Tribunais, 1982.

_____, *O conteúdo da garantia do contraditório*, In *Novas tendências do direito processual*, Rio de Janeiro: Forense Universitária, 1990.

_____, *O regime brasileiro das interceptações telefônicas* In *A marcha do processo*, Rio de Janeiro: Forense Universitária, 2000.

_____, *Prova Emprestada*, In *O processo em evolução*, Rio de Janeiro: Forense Universitária, 1996.

_____; CINTRA, Antonio Carlos de Araújo; DINAMARCO, Cândido Rangel, *Teoria geral do processo*, 24ª ed., São Paulo: Malheiros, 2008.

GROTTI, Dinorá Adelaide Musetti, *Inviolabilidade do domicílio na Constituição*, São Paulo: Malheiros, 1993.

I

INSTITUTO BRASILEIRO DE DIREITO PROCESSUAL, Comissão de membros do IBDP, Propostas de emendas ao Projeto de Lei de Código de Processo Penal - Substitutivo CCJ do Senado. Disponível em: <http://direitoprocessual.org.br/content/blocos/96/1>. Acesso em 10/01/2013.

INSTITUTO DOS ADVOGADOS BRASILEIROS, Comissão Permanente de Direito Penal, Parecer sobre a Reforma do Código de Processo Penal. Disponível em: <http://www.iabnacional.org.br/IMG/pdf/doc-2727.pdf>. Acesso em 10/01/2013.

ISASCA, Frederico, *Alteração substancial dos factos e sua relevância no processo penal português*, Coimbra: Almedina, 1995.

J

JESUS, Damásio Evangelista de, *Interceptação de comunicações telefônicas: Notas à Lei 9.296, de 24.07.1996*, In *Revista dos Tribunais*, v. 735, São Paulo: Revista dos Tribunais, jan. 1997.

L

LOPES JÚNIOR, Aury, *Direito processual penal e sua conformidade constitucional*, 5ª ed., Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2010.

_____, *Sistemas de investigação preliminar no processo penal*, 4ª ed., Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2006.

_____, *A (in)existência de poder geral de cautela no processo penal*, In Boletim IBCCRIM, ano 17, n. 203, São Paulo: IBCCRIM, out. 2009, pp. 08-9

LÓPEZ-FRAGOSO, Tomás, *Los descubrimientos casuales en las intervenciones telefónicas como medidas coercitivas en el proceso penal*, In *Derechos y libertades: revista del Instituto Bartolome de las Casas*, ano I, n. 2, Madrid: Universidad carlos III de Madrid, 1994.

M

MAÍLLO, Alfonso Serrano, *Valor de las escuchas telefónicas como prueba em el sistema español: nulidade de la prueba obtenida ilegalmente*, In *Revista Brasileira de Ciência Criminais*, v. 4, n. 15, São Paulo: Revista dos Tribunais, 1996.

MALAN, Diogo Rudge Malan, *Gravações ambientais domiciliares no processo penal*, In *Temas para uma perspectiva crítica do direito: homenagem ao Professor Geraldo Prado*, Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2010.

MARQUES, José Frederico, *Elementos de direito processual penal*, vol. I, Campinas: Bookseller, 1997.

MELLADO, José Maria Asencio, *Prueba prohibida y prueba preconstituída*, Madrid: Trivium, 1989.

MENDES, Gilmar Ferreira; COELHO, Inocêncio Mártires; BRANCO, Paulo Gustavo Gonet, *Curso de direito constitucional*, 2ª ed., São Paulo: Saraiva, 2008.

MORAES, Maurício Zanoide de, *Presunção de inocência no processo penal brasileiro: análise de sua estrutura normativa para a elaboração legislativa e para a decisão judicial*, Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2010.

N

NUCCI, Guilherme de Souza, *Leis penais e processuais penais comentadas*, 3ª ed., São Paulo: Revista dos Tribunais, 2008.

NUÑEZ, Eloy Velasco, *Presencias y ausencias – aspectos aclarados y discutidos – en materia de intervenciones telefonicas, en espera de una regulación parlamentaria del tema*, In *Actualidad penal*, n. 18-3, Madrid,: Actualidad Editorial, 1993.

NUVOLONE, Pietro, *Le prove vietate nel processo penale nei paesi di diritto latino*, In *Rivista di Diritto Processuale*, v. 21, Padova, 1966.

O

OLIVEIRA, Eugênio Pacelli de, *Curso de processo penal*, 12ª ed., Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2009.

P

PACHECO, Denilson Feitoza, *O princípio da proporcionalidade no direito processual penal brasileiro*, Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2007.

PATRÍCIO, Marta, *Sigilo das telecomunicações: uma análise comparada*, In *Sub judice: justiça e sociedade*, vol. 15/16, Lisboa: Almedina, jun-dez 1999.

PIERANGELI, José Henrique, *Processo penal: evolução histórica e fontes legislativas*, 2ª ed., São Paulo: IOB Thomson, 2004.

PITOMBO, Cleunice Bastos, *Da busca e da apreensão no processo penal*, 2ª ed., São Paulo: Revista dos Tribunais, 2005.

PRADO, Geraldo, *Limite às interceptações telefônicas e a jurisprudência do Superior Tribunal de Justiça*, 2ª ed., Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2006.

Q

QUEIROZ, Cristina M. M., *Direitos fundamentais: teoria geral*, Coimbra: Coimbra Editora, 2002.

QUERALT, Joan J., *Intervención de las telecomunicaciones en sede de investigación judicial y policial*, In *Revista Canaria de Ciencias Penales*, Instituto Iberoamericano de Política Criminal y Derecho Penal Comparado, 1998.

QUIROGA, Jacobo López Barja de, *Tratado de derecho procesal penal*, Navarra: Aranzadi, 2004.

R

RANGEL, Paulo, *Breves considerações sobre a Lei 9.296/96: interceptação telefônica*, In *Revista Brasileira de Ciências Criminais*, v. 7, n. 26, São Paulo: Revista dos Tribunais, 1999.

RODRIGUES, Benjamim Silva, *Das escutas telefônicas: a monitorização dos fluxos informacionais e comunicacionais*, Coimbra: Coimbra Editora, 2008.

ROXIN, Claus, *Derecho procesal penal*, trad. da 25ª ed. alemã por Gabriela E. Córdoba y Daniel R. Pastor, Cuenos Aires: Editores del Puerto, 2000.

S

SARLET, Ingo Wolfgang, *A eficácia dos direitos fundamentais: uma teoria geral dos direitos fundamentais na perspectiva constitucional*, 10ª ed., Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2009.

SERRANO, Nicolas Gonzalez-Cuellar, *Proporcionalidad y derechos fundamentales en el proceso penal*, Madrid: Colex, 1990.

SEVA, Antonio Pablo Rives, *La intervención de las comunicaciones en la jurisprudência penal*, Pamplona: Aranzadi, 2000.

SILVA, Germano Marques da, *Curso de processo penal*, vol. II, 4ª ed., Lisboa: Verbo, 2008.

SILVA, Virgílio Afonso da, *Direitos fundamentais: conteúdo essencial, restrições e eficácia*, São Paulo: Malheiros, 2011.

SPANGHER, Giorgio, *La disciplina italiana delle intercettazioni di conversazioni o comunicazioni*, In *Archivio Penale*, n. 1, Urbino, jan. 1994

STRECK, Lenio Luiz, *As interceptações telefônicas e os direitos fundamentais: Constituição, cidadania, violência: a Lei 9.296/96 e seus reflexos penais e processuais*, 2ª ed., Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2001.

T

TAPIA, Juan F., *Descubrimientos accidentales en el curso de un registro domiciliario o una intervención de comunicaciones: el problema de los hallazgos casuales ¿o 'causales'?*, In *Revista de derecho penal*, Buenos Aires: Instituto de Ciencias Penales, 2002.

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

TUCCI, Rogério Lauria, *Direitos e garantias individuais no processo penal brasileiro*, 3ª ed., São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2009.

V

VALENTE, Manuel Monteiro Guedes, *Conhecimentos fortuitos: a busca de um equilíbrio apuleiano*, Coimbra: Almedina, 2006.

FONTES JURISPRUDENCIAIS

BRASIL, Supremo Tribunal Federal, HC 81.260/ES, Pleno, Min. Sepúlveda Pertence, j. 14.11.2001, DJ 19.04.2002. Disponível em: www.stf.jus.br/portal/jurisprudencia. Acesso em 10/01/2013.

_____, Supremo Tribunal Federal, HC 83.515, Pleno, Min. Nelson Jobim, j. 16.09.2004, DJ 04.03.2005. Disponível em: www.stf.jus.br/portal/jurisprudencia. Acesso em 10/01/2013.

_____, Supremo Tribunal Federal, HC 84.388/SP, 2ª T., Min. Joaquim Barbosa, j. 14.12.2004, DJ 19.05.2006. Disponível em: www.stf.jus.br/portal/jurisprudencia. Acesso em 10/01/2013.

_____, Supremo Tribunal Federal, Ag. Reg. no Ag. Inst. 761.706, 1ª T., Min. Cármen Lúcia, j. 06.04.2010, DJe 29.04.2010. Disponível em: www.stf.jus.br/portal/jurisprudencia. Acesso em 10/01/2013.

_____, Supremo Tribunal Federal, HC 102.304/MG, 1ª T., Min. Cármen Lúcia, j. 25.05.2010, DJe 24.05.2011. Disponível em: www.stf.jus.br/portal/jurisprudencia. Acesso em 10/01/2013.

_____, Supremo Tribunal Federal, Ag. Reg. no Ag. Inst. 626.214/MG, 2ª T., Min. Joaquim Barbosa, j. 21.09.2010, DJe 07.10.2010. Disponível em: www.stf.jus.br/portal/jurisprudencia. Acesso em 10/01/2013.

_____, Supremo Tribunal Federal, HC 100.524/PR, 2ª T., Min. Joaquim Barbosa, j. 27.03.2012, DJe 25.05.2012. Disponível em: www.stf.jus.br/portal/jurisprudencia. Acesso em 10/01/2013.

_____, Supremo Tribunal Federal, HC 69.912/RS, Pleno, Min. Sepúlveda Pertence, j. 16.12.1993, DJ 25.03.1994. Disponível em: www.stf.jus.br/portal/jurisprudencia. Acesso em 10/01/2013.

_____, Supremo Tribunal Federal, HC 73.351/SP, Pleno, Min. Ilmar Galvão, j. 09.05.1996, DJ 19.03.1999. Disponível em: www.stf.jus.br/portal/jurisprudencia. Acesso em 10/01/2013.

_____, Supremo Tribunal Federal, HC 72.588/PB, Pleno, Min. Maurício Corrêa, j. 12.06.1996, DJ 04.08.2000. Disponível em: www.stf.jus.br/portal/jurisprudencia. Acesso em 10/01/2013.

_____, Superior Tribunal de Justiça, Ag. Rg. no Inq. 743/MG, C.E., Min. Massami Uyeda, j. 17.08.2011, DJe 10.11.2011. Disponível em: <http://www.stj.jus.br/SCON/>. Acesso em 10/01/2013.

_____, Superior Tribunal de Justiça, HC 33.462/DF, 5ª T., Min. Laurita Vaz, j. 27.09.2005, DJ 07.11.2005. Disponível em: <http://www.stj.jus.br/SCON/>. Acesso em 10/01/2013.

_____, Superior Tribunal de Justiça, HC 33.553/CE, 5ª T., Min. Laurita Vaz, j. 17.03.2005, DJ 11.04.2005. Disponível em: <http://www.stj.jus.br/SCON/>. Acesso em 10/01/2013.

_____, Superior Tribunal de Justiça, HC 69.552/PR, 5ª T., Min. Felix Fischer, j. 06.02.2007, DJ 14.05.2007. Disponível em: <http://www.stj.jus.br/SCON/>. Acesso em 10/01/2013.

_____, Superior Tribunal de Justiça, HC 72.234/PE, 5ª T., Min. Napoleão Nunes Maia Filho, j. 09.10.2007, DJ 05.11.2007. Disponível em: <http://www.stj.jus.br/SCON/>. Acesso em 10/01/2013.

FONTE METODOLÓGICA

UNIVERSIDADE DE SÃO PAULO. *Resolução FD/PÓS n. 01/2002*. Disponível em: <http://www.direito.usp.br/>. Acesso em: 21/12/2010.

DICIONÁRIO

FERREIRA, Aurélio Buarque de Holanda, *Novo dicionário da língua portuguesa*, 3ª ed., Curitiba: Positivo, 2004.