



UNIVERSIDADE FEDERAL DA PARAÍBA
CENTRO DE CIÊNCIAS JURÍDICAS - CCJ
DEPARTAMENTO DE CIÊNCIAS JURÍDICAS – DCJ/SR
CURSO DE GRADUAÇÃO EM DIREITO

HELDER CANDEIA CAVALCANTE

**O ENCONTRO FORTUITO DAS PROVAS NA INTERCEPTAÇÃO TELEFÔNICA E
SUA VALIDADE PROBATÓRIA**

SANTA RITA – PB

2018

HELDER CANDEIA CAVALCANTE

**O ENCONTRO FORTUITO DAS PROVAS NA INTERCEPTAÇÃO TELEFÔNICA E
SUA VALIDADE PROBATÓRIA**

Trabalho de Conclusão de Curso
apresentado ao Curso de Bacharelado em
Direito, do Centro de Ciências Jurídicas, da
Universidade Federal da Paraíba, como
exigência parcial para obtenção do título
de Bacharel em Direito. Orientador
Professor Me. Marcelo Fernandez Cardillo
de Moraes Urani.

SANTA RITA – PB

2018

Catálogo na publicação
Seção de Catalogação e Classificação

C376e Cavalcante, Helder Candeia.

O encontro fortuito das provas na interceptação telefônica e sua validade probatória / Helder Candeia Cavalcante. - Santa Rita, 2018.

44 f.

Orientação: Marcelo Fernandez Cardillo Urani.

Monografia (Graduação) - UFPB/CCJ-DCJ.

1. Provas Ilícitas. 2. Interceptação Telefônica. 3. Encontro fortuito de Provas. 4. Serendipidade. I. Urani, Marcelo Fernandez Cardillo. II. Título.

UFPB/CCJ

HELDER CANDEIA CAVALCANTE

**O ENCONTRO FORTUITO DAS PROVAS NA INTERCEPTAÇÃO TELEFÔNICA E
SUA VALIDADE PROBATÓRIA**

Trabalho de Conclusão de Curso
apresentado ao Curso de Bacharelado em
Direito, do Centro de Ciências Jurídicas, da
Universidade Federal da Paraíba, como
exigência parcial para obtenção do título
de Bacharel em Direito. Orientador
Professor Me. Marcelo Fernandez Cardillo
de Moraes Urani.

Data da Aprovação: Santa Rita – PB, 08/11/2018

Orientador: Marcelo Fernandez Cardillo de Moraes Urani.

BANCA EXAMINADORA:

Prof.º Orientador – Me. Marcelo Fernandez Cardillo de Moraes Urani.

Dr. Leonam Baesso da Silva Liziero
1º Examinador

Me. Danielle da Rocha Cruz
2º Examinador

Dedico este trabalho primeiramente a Deus, por ser essencial em minha vida.

Aos meus pais (Seu Mininho e Dona da Guia), meus irmãos, minha esposa Lúcia, meu filho Pedro e a toda minha família que, com muito carinho e apoio, não mediram esforços para que eu chegasse até esta etapa da minha vida.

AGRADECIMENTOS

Ao Professor orientador Marcelo Fernandez Urani, pelo desprendimento em ajudar-me na conclusão deste trabalho.

Aos amigos e colegas da faculdade pelo incentivo e apoio para continuar na árdua e prazerosa missão de estudar durante seis anos juntos.

Sumário

RESUMO.....	i
ABSTRACT.....	ii
1.0 INTRODUÇÃO.....	1
2.0 A IMPORTÂNCIA DA PROVA NA EFICÁCIA DO PROCESSO CRIMINAL.....	3
2.1 CONCEITOS, FINALIDADES E MEIOS DE OBTENÇÃO DE PROVA NA PERSECUÇÃO CRIMINAL.....	4
2.2 LIMITES AO PODER JUDICIAL DE VALORAÇÃO DA PROVA E O SISTEMA CONSTITUCIONAL DE GARANTIAS.....	8
2.3 O PRINCÍPIO DA LIBERDADE PROBATÓRIA E AS PROVAS ILÍCITAS.....	13
2.4 O PRINCÍPIO DA PROPORCIONALIDADE E AS PROVAS ILÍCITAS.....	16
2.5 A FLEXIBILIZAÇÃO DA PROVA ILÍCITA <i>PRO REO E PRO SOCIETATE</i>	19
3.0 INTERCEPTAÇÃO DE COMUNICAÇÕES TELEFÔNICAS (LEI 9.296/96).....	26
3.1 CONCEITOS, LIMITES E FINALIDADES DA INTERCEPTAÇÃO DAS COMUNICAÇÕES TELEFÔNICAS.....	27
3.2 A INTERCEPTAÇÃO TELEFÔNICA E O PRINCÍPIO DA PROPORCIONALIDADE...	31
4.0 A SERENDIPIDADE NO DIREITO PENAL BRASILEIRO.....	33
4.1 A SERENDIPIDADE NA INTERCEPTAÇÃO TELEFÔNICA.....	34
4.2 A VALIDADE DA PROVA FORTUITA POR INTERCEPTAÇÃO TELEFÔNICA NA DOCTRINA E JUSRISPRUDÊNCIA PÁTRIA.....	36
5.0 CONSIDERAÇÕES FINAIS.....	40
6.0 REFERÊNCIAS.....	42

RESUMO

Este artigo pretende apresentar uma análise sobre a legitimidade e o uso da prova fortuita, em sede de interceptação de comunicações telefônicas nas investigações criminais e instruções processuais penais. A inadmissibilidade das provas ilícitas no processo é uma salvaguarda do cidadão, no entanto, existem situações em que a flexibilização se faz necessária, sob pena de desigular o direito subjetivo de punir do Poder Público e as garantias conferidas aos cidadãos. A Lei Maior passou a tratar de forma expressa da permissibilidade da interceptação telefônica em seu artigo 5º, inciso XII, desfazendo parte das controversas que existiam em torno do presente assunto. Alicerçado no entendimento de prova proposto pelo processo penal brasileiro e a Lei 9.296/96, dissensos doutrinários e jurisprudenciais, aponta-se a importância de regulamentar a prova fortuita. Não há consenso na doutrina e nem na jurisprudência sobre a validade deste tipo de prova, seguimos na busca de um alinhamento majoritário de opiniões, regulamentando e facilitando a comunicação de provas fortuitas entre processos, em especial a interceptação telefônica.

Palavras chaves: Provas Ilícitas; Interceptação Telefônica; Encontro fortuito de provas; Serendipidade.

ABSTRACT

This article intends to present an analysis about the legitimacy and use of proofs find fortuitously, the theory of evidence gathering, interception of phone communications in criminal investigations and criminal procedural instructions. The inadmissibility of the illegal evidence is a protection for the citizen, however, there are situations in which flexibility is necessary, otherwise the subjective right to punish by the State and the guarantees granted to citizens can be prejudiced. The Greater Law began to treat the permissibility of telephone interception in its article 5, subsection XII, undoing part of the controversies that existed around the present subject. Based on the understanding of proof proposed by the Brazilian Code of Criminal Procedure and Law 9.296/96, dissenting doctrine and jurisprudence, it is pointed out the importance of regulating the find fortuitously proof. There is no consensus in the doctrine or in the jurisprudence on the validity of this type of evidence, we continue in the search for a majority alignment of opinions, regulating and facilitating the communication of fortuitous evidence between processes, especially telephone interception.

Keywords: Illicit Proofs; Interception of Phone calls; Fortuitous gathering of evidence; Serendipity.

1. INTRODUÇÃO

Segundo (SIQUEIRA, 2016), Serendipidade nada mais é do que o encontro fortuito de provas relativas a fato delituoso diverso daquela situação objeto das investigações. No decorrer das investigações podem surgir outros fatos penalmente relevantes envolvendo a mesma ou outras pessoas, com os mesmos fatos. Eis a serendipidade, do inglês *Serendipity*, descobrir coisas por acaso, procurar algo e encontrar coisa diversa.

No curso de uma investigação criminal é comum a prática da interceptação telefônica para construção probatória. Novos autores ou novos fatos delituosos, diversos daquele objeto inicial da investigação, podem ser descobertos. O Direito Processual Penal Brasileiro, bem como a Lei de Interceptações Telefônicas, traz parâmetros que definem as regras de validade destas provas.

Prova é o resultado da produção de meios e atos praticados no processo que buscam convencer um juiz sobre a veracidade de um fato. Existe um direito a produção de prova, como um direito fundamental, vinculado ao princípio da verdade real e garantias da ação como à garantia do contraditório.

Fonte de prova serve para designar as pessoas ou coisas das quais se consegue a prova, podem ser pessoais ou reais. Tem origem do fato delituoso em si, sendo anteriores ao processo. Sua introdução no processo ocorre através dos meios de prova, que são os instrumentos, regulados por lei no Código de Processo Penal nos art. 155 e seguintes. Se desenrolam com a participação e conhecimento das partes. Os meios de prova podem ser lícitos ou ilícitos, sendo permitidos como meio de provas somente as primeiras, obtidas sem violação a normas constitucionais ou legais.

As interceptações telefônicas são exemplos de meios de investigação e são reguladas pela Lei 9.296/96. Deve ser entendida como ação de captar a comunicação alheia, tomando conhecimento de seu conteúdo. Interceptação de comunicações telefônicas, de qualquer natureza, para prova em investigação criminal e em instrução processual penal, observarão o disposto na Lei de Interceptação Telefônica, e dependerão de ordem do juiz competente da ação principal, sob sigilo de justiça.

Produzidas sem comunicação anterior a parte oposta, para que produzam seus resultados precisam do efeito do desconhecimento da observação.

Devem ser observados os direitos ao contraditório, bem como a regularidade da produção destas provas. Serão observados posteriormente, logo seja concluída a diligência. Eventuais vícios quanto ao meio de prova têm como consequência a nulidade da prova produzida. Ilegalidades tangente à produção de meio de obtenção de prova, a consequência será o reconhecimento de sua inadmissibilidade no processo.

A Constituição Federal autoriza a interceptação das comunicações telefônicas em seu art. 5º, XII, não incorrendo em violação ao princípio de não produzir prova contra si mesmo e nem da proibição da autoincriminação, desde que respeitadas as determinações legais.

Discute-se muito sobre o encontro fortuito de elementos probatórios em relação a outros fatos delituosos na interceptação telefônica autorizada, para apurar crime mais grave servir de elementos probatórios ao longo da diligência referentes a outras infrações penais ou pessoas.

A validade destas provas logradas está condicionada à maneira como foram efetuadas as diligências, não deve haver desvio de finalidade, bem como as circunstâncias. Diversos são os posicionamentos doutrinários e dos tribunais.

2.0 A IMPORTÂNCIA DA PROVA NA EFICÁCIA DO PROCESSO CRIMINAL

O atual sistema persecutório brasileiro é compreendido como um sistema acusatório, sobretudo após a Constituição Federal de 1988, que em seu artigo 129, inciso I, dispõe ser atividade privativa do Ministério Público promover a ação penal pública, o que afastaria qualquer possibilidade de persecução pelo órgão julgador. Embora não haja uma classificação doutrinária unânime, por declaração do STF como pode ser compreendido na interpretação do acórdão daquele Tribunal, a Constituição Federal se orienta por um sistema penal acusatório, separando as tarefas de investigar e acusar e, de outro, a função propriamente jurisdicional. Busca preservar a imparcialidade do Judiciário, essa separação promove a paridade de armas entre acusação e defesa.

Em uma ordem jurídica fundada no reconhecimento, afirmação e proteção dos direitos fundamentais, não há como recusar a estrutura basilar do princípio da inadmissibilidade das provas ilícitas, sobretudo, porque essa estrutura se destina a proteger os jurisdicionados contra investidas arbitrárias do Poder Público.

No Brasil, que tem sofrido flexibilização ao que se refere à prova ilícita e sua vedação de uso, recentemente, com a reforma do Código de Processo Penal no ano de 2008, ocorreu uma evolução no tratamento jurídico dispendido às provas ilícitas, passou-se a flexibilizar o seu uso, admitindo-o em favor do réu ou até mesmo contra ele com base no princípio da proporcionalidade.

No plano das provas ilícitas derivadas, o Código de Processo Penal passou a incorporar teorias que flexibilizaram sua vedação. Desta forma, o art. 157, § 1º flexibilizou o uso da prova ilícita derivada com as teorias da fonte independente, da descoberta inevitável e do nexo causal atenuado.

Nesse sentido, o problema de pesquisa consiste no seguinte questionamento: as provas decorrentes de serendipidade nas interceptações telefônicas são consideradas válidas no processo penal?

A Lei 11.690/2008 trouxe uma modificação no conteúdo do art. 157 do CPP, demarcando novos contornos para a interpretação das provas ilícitas.

Em primeiro lugar, tomou-se como gênero a expressão provas ilícitas, do qual surgem as espécies: as obtidas em violação a normas constitucionais ou legais. Naturalmente, constituem provas ilegais as que afrontam qualquer norma da legislação ordinária, por isso, envolvem tanto as penais quanto as processuais penais. (NUCCI 2014, p. 315)

A doutrina pesquisada nesse trabalho não é unânime quanto à consideração de ilicitude em relação à prova produzida com violação à norma processual penal por compreender que na ocorrência de ilicitude, estar-se-ia diante de nulidade da prova.

Adotou-se, o sistema da prova ilícita por derivação nos termos do art. 157, § 1.º do Código de Processo Penal, admitindo-se o critério da prova separada nos termos do art. 157, §§ 1.º e 2.º do Código de Processo Penal.

2.1 Conceitos, finalidades e meios de obtenção de prova na persecução criminal

O conceito de prova equivale a finalidade para a qual ela é produzida. Aponta a verdade dos fatos ou a resposta que se busca sobre fatos do processo. O que e como ocorrem e o que deles resultou.

Renato Brasileiro, (2017, p. 463) define prova como:

Atividade probatória: consiste no conjunto de atividades de verificação e demonstração, mediante as quais se procura chegar à verdade dos fatos relevantes para o julgamento. Nesse sentido, identifica-se o conceito de prova com a produção dos meios e atos praticados no processo visando ao convencimento do juiz sobre a veracidade (ou não) de uma alegação sobre um fato que interesse à solução da causa.

As provas no Processo Penal, para Dellaqua (2017) são regulamentadas no ordenamento jurídico brasileiro pelo Código de Processo Penal nos artigos 156, 209 e 234, sendo os dispositivos pertinentes à produção de provas pelas partes, pelos magistrados ou até por terceiros, como no caso de peritos.

Como um dos princípios norteadores que regem o direito processual penal brasileiro é a busca da verdade real, ou seja, a confirmação de um fato. Adota o sistema exemplificativo, aceitando provas nominadas e inominadas, que são dirigidas ao juiz.

A análise desse princípio inicia-se pelo conceito de verdade, que é sempre relativa, conclui-se que a verdade real, ou seja, a verdade objetiva, aquela que corresponde perfeitamente com o acontecido no plano real (Nucci, 2014, p. 85) é inalcançável, portanto o que se busca alcançar com a produção de provas é a realidade mais aproximada da verdade possível, o fiel retrato da realidade do crime.

Material ou real é a verdade que mais se aproxima da realidade, estando em jogo direitos fundamentais do homem, como liberdade, vida, e até mesmo honra, que podem ser afetados seriamente por uma condenação criminal, deve o juiz sair em busca da verdade material, aquela que mais se aproxima do que realmente aconteceu.

Para Oliveira (2012), a prova judiciária tem a finalidade da reconstrução dos acontecimentos investigados nos autos, visando a maior compatibilidade possível com a realidade dos fatos.

Renato Brasileiro (2016, p. 790) ensina que a obtenção da prova segue procedimentos regulamentados, meios de obtenção de provas materiais, referindo-se à procedimentos regulados por lei. Os meios de obtenção de prova, ou seja, os meios de investigação objetivam conseguir provas materiais como busca e apreensão; interceptação telefônica, e que podem ser realizados por outros funcionários que não o juiz. O autor cita como outros exemplos de meios de investigação a infiltração de agentes, prevista tanto na Lei nº 11.343/06 (art. 53, inciso I), quanto na Lei nº 12.850/13 (arts. 10 a 14).

Essa distinção entre meios de prova e meios de obtenção de prova também é importante quando se aponta as consequências de eventuais irregularidades ocorridas quando do momento de sua produção, conforme aponta Renato Brasileiro (2016, p. 790), eventuais vícios quanto aos meios de prova terão como consequência a nulidade da prova produzida. Esta atividade é considerada endoprocessual. Quanto ao meio de obtenção de provas, quando detectada ilegalidades neste processo terá como consequência o reconhecimento de sua inadmissibilidade no processo, diante da violação de regras relacionadas à sua obtenção conforme disposto no art. art. 5º, LVI da Constituição Federal, com o consequente desentranhamento dos autos do processo nos termos do art. 157, caput do Código de Processo Penal.

O objetivo das provas, é descrito por Pacelli (2017, p.174) que afirma o objetivo da prova judiciária é claramente definido quando busca reconstruir fatos investigados no processo com a maior veracidade possível.

Os meios de prova são, de acordo com Renato Brasileiro (2017, p. 466), instrumentos através dos quais as fontes de prova são introduzidas no processo, ou seja, são perscrutadas perante o juiz, com conhecimento e a participação das partes. Ocorrem endoprocessualmente. O objetivo basilar é estabelecer elementos

probatórios no processo. Enquanto as fontes de prova são anteriores ao processo e extraprocessuais, os meios de prova somente existem no processo.

As provas influenciarão na dosimetria da sanção penal, na confirmação do incidente do evento delituoso ou não, na responsabilidade criminal, por essa razão precisa uma constatação apurada de cada prova exibida, com o escopo de que a dúvida seja solucionada de maneira que se busque a juridicidade.

Renato Brasileiro (2016, p. 828) afirma que a vedação da utilização das provas ilícitas vai além vai além da proteção aos direitos e garantias fundamentais, “a vedação das provas ilícitas também funciona como uma forma de controle da regularidade da persecução penal, atuando como fator de inibição e dissuasão à adoção de práticas probatórias ilegal”.

Nessa linha, como destaca com propriedade o Min. Celso de Mello, referindo-se às provas ilícitas, “a ação persecutória do Estado, qualquer que seja a instância de poder perante a qual se instaure, para revestir-se de legitimidade, não pode apoiar-se em elementos probatórios ilicitamente obtidos, sob pena de ofensa à garantia constitucional do “*due process of law*”, que tem, no dogma da inadmissibilidade das provas ilícitas, uma de suas mais expressivas projeções concretizadoras no plano do nosso sistema de direito positivo.

Renato Brasileiro (2016, p. 829) aponta que a Constituição Federal veda em seu artigo 5º, LVI, por incompatibilidade, com os princípios que regem uma sociedade fundada em bases democráticas, a admissibilidade de qualquer prova cuja obtenção, pelo Poder Público, seja originada de transgressão a cláusulas de ordem constitucional. Qualquer elemento probatório que resulte de violação do direito material ou processual, não deverá prosperar em matéria de atividade probatória.

Vale salientar que os acontecimentos conhecidos e públicos não requerem ser provados, tais acontecimentos que são notórios, isto é, qualquer pessoa comum tem acesso a informação, tem ciência do fato, não precisando que tais acontecimentos sejam objetos de prova. Ao contrário do que se designa objeto da prova, que são os fatos aludidos, a ocorrência, que se busca imputar por meio do Ministério Público. Rangel (2006, p.381) argumenta sobre tal diferenciação: “o objeto da prova é a coisa, a ocorrência, o acontecimento que precisa ser de conhecimento do magistrado, para que ele possa prolatar um juízo de valor”. Para o autor não há que se confundir objeto de prova com meio de prova. Este significa que fatos ou coisas devem ser provados, pois, fatos notórios não necessitam ser provados.

A finalidade do Processo Penal através de suas provas é a busca da veracidade dos acontecimentos. Se diferencia da verdade a todo custo, isso devido a verdade almejada de toda maneira poderia ofender certos preceitos constitucionais e do Processo Penal sendo empregados principalmente formas ilícitas e ilegítimas caso fossem permissíveis, daí aparecem uma limitação ao preceito constitucional da liberdade dos meios de prova, sobretudo com disposições legais no Código de Processo Penal em seus artigos 155, 158, 406, §2º, 475 e no artigo 5º, LVI da Lei Maior.

Os meios de prova acabam servindo, tanto direta quanto indiretamente, para a confirmação da veracidade nos autos, o entendimento dominante, os limites embasados nos direitos fundamentais expressos na Carta Magna, bem como nos preceitos gerais do Processo Penal Brasileiro.

Para Aury Lopes Júnior (2014, p. 389) o processo penal é um mecanismo instrumento de reconstrução de um determinado fato histórico de maneira mais fiel possível, instruindo o julgador com conhecimento do fato. São as provas os meios através dos quais se fará essa reconstrução do crime, sempre um fato do passado, oferecendo condições ao magistrado para que exerça sua atividade recognitiva, para que possa, desta maneira, convicto e legitimado proferir assim a sentença.

O Processo Penal abarca uma controvérsia fática, havendo imputação de acontecimentos penalmente relevantes pelo Ministério Público ou querelante, e a negativa de tais acontecimentos pela defesa do réu. Operar a reconstrução verídica dos fatos de acordo com as regras regulamentadoras da investigação, a admissão, a produção e a valoração das provas é desafiador (BADARÓ, 2012).

O processualista Rangel (2006, p.382) adverte que, “os meios de prova são todos os meios utilizados (de forma direta ou indireta), para que o magistrado conheça a verdade real dos acontecimentos, estejam eles constantes na norma legal ou não”.

A admissibilidade dos meios de prova, de acordo com Reis e Gonçalves (2013, p. 318) é estabelecida por exclusão: em princípio, tudo aquilo que, direta ou indiretamente, possa servir para formar a convicção acerca da ocorrência de um fato é aceito como meio de prova.

Vale lembrar que toda a persecução criminal, seja por materialidade e autoria, bem como as condições e da forma como aconteceu um determinado fato ilícito, se fundamenta na busca por provas. Um dos mecanismos empregados para a produção

de tais elementos é a interceptação de comunicações telefônicas, com previsão legal no artigo 5º, inciso XII da atual Carta Magna e regimentada pela Lei nº. 9.296/1996, que na redação do artigo 2º, prevê apenas que será admitida a interceptação.

2.2 Limites ao poder judicial de valoração da prova e o sistema constitucional de garantias

O Estado brasileiro mantém o monopólio da administração do Poder Judiciário no campo penal, almejando a busca, por intermédio do processo penal, a solução da lide, ou para o caso penal. É daí que surge a relevância do Direito Penal Objetivo que, não ser de coação direta ou autoaplicável, requer o avanço e evolução do processo.

A atividade do Poder Público, da persecução criminal, busca, por intermédio de um devido processo penal, estabelecer uma formalidade em sua execução, sequência e modo, a reconhecer ou validar o poder sancionatório, não sem descuidar da necessária submissão dos privilégios constitucionais.

Renato Brasileiro (2016, p. 828) alude que finalidade do processo, que é a apuração dos fatos e das responsabilidades e de servir como instrumento para a aplicação do direito penal objetivo, não pode prescindir do respeito aos direitos e garantias fundamentais, sob pena de deslegitimação do sistema punitivo.

O Poder Público almeja a busca da evidência e da certeza dos acontecimentos é que aparece a problemática, visto que não pode desempenhar seu poder ilimitadamente sobre as pessoas, sob o risco de acabar ofendendo as garantias que têm por escopo de harmonizar e equilibrar o tratamento conferido aos sujeitos processuais parciais, principalmente pensando-se na situação do investigado ou acusado que, por caráter, abrange a posição mais instável na lide e perante o Poder Público. De outra forma, não pode ser omissa e não procura elucidar os acontecimentos.

Ferrajoli (2002, p.39) por sua vez comenta que:

[...] diremos que as garantias legais e processuais, além de garantias de liberdade, são também garantias de verdade; e que saber e poder concorrem em medida diversa no juízo, segundo aquelas sejam mais ou menos realizáveis e satisfeitas.

A Carta Magna de 1988 desenvolveu garantias e preceitos norteadores do Direito, o Código Penal e o Código de Processo Penal que irão materializar o curso processual, expressando indubitavelmente o sistema acusatório de garantias, possibilitando a existência jurídica do processo e da validade dos atos executados.

Para Nucci (2014) a hegemonia da Constituição sobre todo o sistema normativo é uma realidade inerente ao próprio processo de criação da Lei Fundamental, alicerçado sobre a vontade do povo, detentor do poder constituinte originário.

Corolário do modelo jurídico e processual constitucional é o preceito constitucional do devido processo legal amparado no artigo 5º, inciso LIV da Lei Maior, conforme estabelece que, “ninguém será privado da liberdade ou de seus bens sem o devido processo legal”. Fica evidente que o poder de um cidadão é menor quando comparado ao do Poder do Estado, e este preceito visa equilibrar estas forças, não admitindo que o Estado exerça seu poder sobre uma pessoa sem que seja precedido de um processo que tenha garantido que as ações tomadas ou penalidades aplicadas a tal indivíduo serão legítimos.

Para Renato Brasileiro (2016, p. 581), com a implantação do sistema de provas tarifadas, todas provas passaram a ter valor predefinido em lei, compreendendo que determinados meios de prova têm valor probatório fixado em abstrato pelo legislador ficando a cargo do magistrado apreciar o conjunto probatório e lhe atribuir o valor conforme estabelecido pela lei ... “cada prova possui um valor preestabelecido, deixando o magistrado vinculado dosimetricamente às provas apresentadas, que deve se limitar a uma soma aritmética para sentenciar”.

O Aury Lopes Júnior (2014, p. 392), ensina que existem diferentes modos de construção do convencimento admitidos pelo Direito Processual, permitindo relacionarmos o regime legal das provas e o sistema processual adotado; sendo a gestão da prova a espinha dorsal do processo penal. Através do conhecimento do fato, sem que passe por cima de direitos e garantias individuais na admissibilidade das provas, influi a opção pelo sistema acusatório ou inquisitório, na medida em que intrinsecamente relacionado o trinômio admissibilidade-limites-sistema adotado. Tanto a admissão quanto a aquisição da prova estão nas mãos do juiz no sistema inquisitório, não havendo uma separação do agente. Para o autor, quando um mesmo juiz vai atrás da prova, é elementar que ele não pode valorar a licitude do próprio ato no momento da admissibilidade dessa mesma prova no processo; contudo, no

sistema (neo)inquisitório como o nosso, é assim que ocorre, trazendo à baila o questionamento da capacidade de que uma mesma pessoa exercer funções tão opostas de maneira neutra e clara, como um terceiro faria.

Para Aury Lopes Júnior (2014, p. 393) pois é uma inquisição reformada ao manter a iniciativa probatória nas mãos do juiz, observando o princípio inquisitivo que funda o sistema inquisitório.

A questão é de suma relevância quando compreendemos que o sistema processual brasileiro é (neo)inquisitório (pois o art. 156, e tantos outros, atribui a iniciativa probatória ao juiz) e que possui, como agravante, a prevenção como causa de fixação da competência, de modo que o juiz-ator da fase pré-processual será o mesmo que, pela regra do art. 83 do CPP, irá atuar na fase processual (admitindo, portanto, a prova que ele mesmo colheu). Ao lado disso, o sistema brasileiro admite algumas práticas probatórias absolutamente incompatíveis com um processo penal constitucional, como os exames criminológicos, os diagnósticos sobre a interioridade do agente (como as pseudoavaliações sobre a personalidade, a “periculosidade” etc.) e outras provas desse estilo. Trata-se de passatempos introspectivos neoinquisitoriais, incompatíveis com um processo penal minimamente evoluído.

Aury Lopes Júnior afirma que a neoinquisição coexiste com o sistema acusatório quando se observa algumas características em comum a ambos os sistemas como a publicidade, oralidade, defesa, contraditório, porém não há que se falar em pós-inquisitorial. Pós, define o fim de um e início de outro, para o autor não há que se falar em superação do sistema que antecede.

Para Aury Lopes Júnior. (2014, p. 393) o Direito Penal não só pune como também declara a liberdade do cidadão inocente, fundamental quando se trata de analisar o art. 156 do CPP, que atribui poderes instrutórios ao juiz antes mesmo de haver processo, fundando assim um sistema inquisitório substancialmente inconstitucional.

No sistema acusatório o juiz mantém uma posição de espectador, sem iniciativa probatória. Forma sua convicção através dos elementos probatórios trazidos ao processo pelas partes (e não dos quais ele foi atrás).

O ritual judiciário, aponta Aury Lopes Júnior (2014, p. 393), constitui-se de discurso, no sistema acusatório, forma é garantia. O art. 156, I do Código de Processo Penal, o qual permite a determinação, de ofício, mesmo antes de iniciada a ação penal, da produção de provas antecipadas, atribuindo poderes investigatórios ao juiz,

maculando a garantia da imparcialidade, princípio basilar do processo penal e do sistema acusatório.

O juiz não possui discricionariedade para decidir contra a expressa previsão legal. Embora o Código de Processo Penal não tenha adotado o sistema de provas tarifadas, alguns dispositivos legais evidenciam sua existência. O sistema legal ou de prova tarifada, tem predefinido o valor de cada prova de maneira hierárquica, inexistindo valoração para cada caso concreto. Temos como exemplos o art. 158 do Código de Processo Penal, impede que a confissão do acusado, nos crimes que deixam vestígios, supra a falta de exame de corpo de delito, art. 232, parágrafo único, ainda do referido código, pois condiciona a validade da fotografia do documento a sua autenticação, artigo 237, continuando com a referência do mesmo código que declara que as públicas-formas só terão valor quando conferidas com o original, em presença da autoridade.

No sistema Processual Penal, classificam-se os sistemas de valoração de prova em três partes, como ensinam Távora e Araújo (2016, p. 286), a primeira é a íntima convicção do juiz, a segunda a prova tarifada e a terceira a persuasão racional:

- I) Sistema da certeza judicial ou íntima convicção: o juiz é livre para decidir, sem a necessidade de motivar, e pela visível dificuldade de controle, pode valer-se do que não está nos autos. É, de regra, afastado do nosso ordenamento, subsistindo no Tribunal do Júri, quanto à atividade dos jurados. Com efeito, o jurado - considerado juiz leigo pelo nosso ordenamento jurídico, decide sem fundamentar suas decisões.
- II) Sistema da certeza legislativa ou prova tarifada: a lei preestabelece o valor de cada prova, cabendo ao juiz ajustar a decisão ao regramento normativo. O magistrado é despidido da análise crítica, e a lei pode inclusive indicar a prova necessária para demonstrar determinado fato. O art. 158 do CPP é um resquício do sistema em exame, ao exigir o exame de corpo de delito para demonstrar a materialidade nas infrações que deixam vestígios.
- III) Sistema do livre convencimento motivado ou persuasão racional: existe liberdade judicial para decidir, respeitando-se a necessária motivação, à luz daquilo que foi trazido nos autos do processo. É o sistema reinante no Brasil.

A liberdade na apreciação das provas indica que não há hierarquia probatória, sendo o juiz aquele a definir a importância das mesmas durante a instrução processual, vez que não pode se basear somente nas provas produzidas na fase de inquérito por ser o mesmo parte de uma fase inquisitória.

No sistema da livre apreciação do juiz ou sistema do livre convencimento motivado (ou da persuasão racional do juiz), que é o sistema adotado no Brasil, o magistrado tem ampla liberdade na valoração das provas, como explica Renato Brasileiro (2017, p. 518), tendo, porém, a obrigatoriedade de fundamentar sua

decisão. O sistema restitui ao juiz discricionariedade no momento da valoração das provas, seja de maneira isolada ou em conjunto, baseados em sua íntima convicção, desde que tais provas estejam no processo, e sejam admitidas pela lei e submetidas a um prévio juízo de credibilidade, não podendo ser ilícitas ou ilegítimas.

À discricionariedade de avaliação das provas e a obrigatoriedade de motivação por parte do magistrado, no sistema da prova tarifada, permite às partes confirmar que a convicção do juiz foi realmente baseada no material probatório constante dos autos, como também analisar os motivos legais que levaram o magistrado a firmar sua conclusão. Permite que, em grau de recurso, se faça o eventual reexame em face de novos argumentos apresentados. Com base neste princípio, todas as decisões judiciais devem ser motivadas, sob pena de nulidade.

Somente o Poder Judiciário pode determinar a interceptação telefônica sob pena de nulidade, nos ensinamentos de Renato Brasileiro (2015, p. 149):

Na esteira da maioria das legislações estrangeiras, a Constituição Federal (art. 5º, XII) e a Lei nº 9.296/96 (art. 1º, caput, e art. 5º) conferem exclusividade ao Poder Judiciário para determinar a interceptação das comunicações telefônicas. Essa regra só não vigora nas hipóteses de Estado de Defesa (CF, art. 136, § 1º, I, c) e de Estado de Sítio (CF, art. 139, III). A autorização para a interceptação está condicionada, portanto, à prévia autorização do juiz competente da ação principal, decisão esta que deve ser devidamente fundamentada, sob pena de nulidade (CF, art. 93, IX).

Ainda que com posterior consentimento, não é válida como prova a interceptação realizada sem a prévia autorização e deve ser autorizada por juízo competente. Ensina Renato Brasileiro (2015, p. 150) que o juiz competente para a decretação da interceptação telefônica é o juiz constitucional ou legalmente previsto para conhecer e julgar determinado tipo de litígio, sendo necessária sua ordem para concretização da medida.

Considerando que a interceptação telefônica é medida cautelar que visa à obtenção de prova em investigação criminal ou instrução processual penal, conforme estabelecido na Constituição Federal em seu art. 5º, XII, o juiz competente para emití-la deve ser dotado de jurisdição penal, podendo todo e qualquer juiz criminal, em tese, conceder a ordem de interceptação, em qualquer âmbito da Justiça. Não estando o juiz no exercício de competência criminal, não está autorizado a conceder a interceptação telefônica.

Na realização das atividades direcionadas a persecução criminal, o Poder Público deve sempre almejar ponderar seu agir, o qual deve ser sistematizado com base no seu agir, o qual deve estar fundamentado nos preceitos éticos e políticos de submissão aos direitos e garantias fundamentais. E para isso, é de essencial relevância o respeito e submissão às garantias constitucionais, criminais e processuais, a delimitar a atuação e o desempenho do poder punitivo do Estado.

2.3 O princípio da liberdade probatória e as provas ilícitas

O princípio da liberdade probatória tem previsão legal no artigo 198 do Código de Processo Penal Brasileiro, sendo entendido como o direito das partes de declararem e comprovarem os acontecimentos significativos ao processo, fazendo uso de qualquer meio de prova.

A liberdade se situa na ampla e indubitável chance de se provar tudo, e por todas as formas, desde que obedeça aos ditames prescritos no Código de Processo Penal Brasileiro e pela Lei Maior. O direito à prova não é absoluto, a própria Constituição Federal impõe limites e o artigo 157 do Código Processual Penal vigente, que conceitua prova ilícita.

As provas ilícitas, assim entendidas, obtidas em violação a normas constitucionais ou legais, devem ser desentranhadas do processo.

Não existe previsão Constitucional de maneira expressa sobre a inadmissibilidade da utilização no processo de provas obtidas por meios ilícitos (CF, art. 5º, LVI), nem qualquer conceito de provas ilícitas, ou regramento legal acerca das consequências de sua utilização no processo. Neste tocante discorre Renato Brasileiro (2016, p. 829), que diante do silêncio da Constituição Federal, a doutrina nacional sempre se baseou na lição do italiano Pietro Nuvolone para conceituar prova ilegal, e também para distinguir as provas obtidas por meios ilícitos daquelas obtidas por meios ilegítimos. Será considerada ilegal sempre que sua obtenção se der por meio de violação de normas legais ou de princípios gerais do ordenamento.

Prova obtida por meios ilegais deve funcionar como o gênero, do qual são espécies as provas obtidas por meios ilícitos e as provas obtidas por meios ilegítimos. A prova será considerada ilícita quando for obtida através da violação de regra de direito material (penal ou constitucional). Portanto, quando houver a obtenção de prova em detrimento de direitos que o

ordenamento reconhece aos indivíduos, independentemente do processo, a prova será considerada ilícita.

Sobre as provas ilícitas, a Constituição Federal e sua utilização no Processo Penal, discorre Abade (2014, p. 241):

A doutrina aceita uma única hipótese de aceitação de prova vedada (tanto ilícita como ilegítima): quando a prova ilicitamente ou ilegítimamente obtida serve para beneficiar determinado acusado (prova ilícita *pro reo*). Admite-se essa aceitação em razão da aplicação do critério da proporcionalidade no exercício do direito de defesa, quando a utilização de prova obtida ilicitamente for a única forma de provar a inocência do réu. Pondera-se que entre a proibição do uso da prova ilícita e o princípio da inocência, deve prevalecer o último. Por outro lado, a mesma flexibilização não é aceita *pro societate*.

Tal preceito fixa que o impedimento da produção de provas deve estar constante na norma legal, eis que não o for, é provável a elaboração de provas em sua integralidade. A busca da verdade impossibilita o refreamento à liberdade probatória, sob pena de malograr o interesse do Poder Público na aplicação da norma legal.

Percebe-se que o elenco de provas apresentada no Título VII do Código de Processo Penal Brasileiro é tão-somente exemplificativo, tendo a total probabilidade de cultivo ou exibição de provas inominadas, que não prognosticadas na norma legal.

Segundo Avolio (2003, p.25), o direito de prova é ligado à alegação e ao indício dos acontecimentos, possibilitando ao magistrado atestar a verdade dos fatos trazidos ao conhecimento em juízo a fim de afastar, de maneira razoável, as imprecisões sobre a verdade dos acontecimentos.

O direito à prova, na forma como se conhece hoje em dia, resulta de uma evolução jurisprudencial, que provocou a evolução do conceito. Na Corte Alemã, o direito das partes de apresentarem os meios de prova, chamado *Rechtliches Gehor* foi resultante de uma decisão prolatada em 1957. Para Avolio (2003, p.31) passou a entender que:

Poder supremo do magistrado de produzir provas *ex officio* não exclui nem diminui o poder autônomo das partes indicarem meios de prova dos quais gostaria de se valer. Acolheu-se o primeiro elemento importante de garantia; o direito certo, livre e garantido de ao menos requerer provas, exercitando, assim, o direito das partes, de influírem no convencimento judicial.

Já o tribunal italiano, desejando garantir um papel ativo às partes, e depois de defrontar deficiências incongruentes ao direito de prova, passou a enumerar-se no preceito que designava que:

A tutela jurisdicional das situações jurídicas garantidas pelo ordenamento é inconstitucionalmente rejeitada ou limitada ao suprimir-se ou limitar-se à parte o poder processual de representar ao juiz a realidade dos fatos que lhe sejam favoráveis, ou ao negar-se ou restringir-se o direito de exhibir os meios representativos daquela realidade (AVOLIO, 2003, p. 33)

Por volta de 1969, a Corte Federal da Alemanha consolidou a afirmação de que sempre que expressiva a prova deve ela ter sua produção estabelecida e imposta pelo juiz, considerando o assunto a relevância e atenção especial no campo jurisdicional.

Mesmo não existindo no Código de Processo Penal Brasileiro a expressa liberdade de tais meios como prova, é possível a utilização como analogia o previsto no estatuto civil, tendo em conta que ainda em matéria criminal não há um sistema firme e inflexível de taxatividade dos meios de prova.

Como no Processo Penal brasileiro vige o princípio da verdade real, não há limitação dos meios de prova. A busca da verdade pelo juiz, demanda que os requisitos da prova em sentido objetivo se reduzam ao mínimo, possibilitando às partes utilizar-se com maior acesso aos meios de prova.

Visando o processo penal o interesse público ou social de reprimenda a práticas criminosas, qualquer barreira de acesso à prova causa danos aplicação da lei.

É preciso que se observe, no entanto, que a liberdade probatória não garante liberdade absoluta de modo de produção de prova, intervindo ainda na limitação da atividade probatória do magistrado.

Tal liberdade não é absolutamente e totalmente extensa. Deve se observar as restrições impostas para a acusação, bem como para a defesa.

2.4 O princípio da proporcionalidade e as provas ilícitas

O preceito da proporcionalidade surgiu do direito norte americano, no qual é exibido com a designação de princípio da razoabilidade ou do interesse predominante.

No entanto, alcançou-se o seu ápice no direito alemão, que emprega a intitulação, princípio da proporcionalidade.

Mesmo não estando previsto expressamente na Constituição Federal, aparece inserido materialmente dentro do princípio do devido processo legal (art. 5º, LIV). Renato Brasileiro (2016, p. 75), diz que para revestir de segurança e consistência à aplicação do princípio da proporcionalidade, doutrina e jurisprudência determinaram alguns pressupostos e requisitos que devem ser atendidos para que o princípio pudesse ser aplicado de maneira coerente e legítima.

O princípio da proporcionalidade, essencial à racionalidade do Estado Democrático de Direito e imprescindível à tutela mesma das liberdades fundamentais, proíbe o excesso e veda o arbítrio do Poder, extraindo a sua justificação dogmática de diversas cláusulas constitucionais, notadamente daquela que veicula, em sua dimensão substantiva ou material, a garantia *do due process of law*.

Princípio da proporcionalidade da pena, determina que a pena não pode ser superior ao grau de responsabilidade pela prática do fato, devendo ser medida pela culpabilidade do autor. Daí dizer-se que a culpabilidade é a medida da pena. É o requisito da proporcionalidade entre a gravidade do perigo que ameaça o bem jurídico do agente ou alheio e a gravidade da lesão causada pelo fato necessitado.

Para Renato Brasileiro (2016, p. 75-77), ainda existem pressupostos intrínsecos e extrínsecos, sendo o da judicialidade e da motivação, adequação, necessidade e proporcionalidade em sentido estrito. O princípio da proporcionalidade também possui requisitos extrínsecos e intrínsecos. Subdividem-se os primeiros nos requisitos da judicialidade e da motivação; os segundos, na adequação (ou idoneidade), necessidade e proporcionalidade em sentido estrito.

Por judicialidade compreende-se a exigência que as limitações aos direitos fundamentais somente possam ocorrer por decisão do órgão jurisdicional competente. Quanto à motivação, em se tratando de decisões das quais resultem restrições a direitos fundamentais, quando o cidadão poderá impugnar o ato, caso entenda ilegal ou inconstitucional, será por meio da fundamentação da decisão judicial que se poderá determinar quais os motivos de fato e de direito levados em consideração pelo magistrado para a formação de seu convencimento.

Será considerada adequada quando a medida restritiva for apta a atingir o fim proposto, não sendo permitida afronta a direitos fundamentais se o meio adotado não se mostrar apropriado à consecução do resultado pretendido.

A necessidade ou exigibilidade, também conhecido como princípio da intervenção mínima ou da proibição de excesso determina que, dentre várias medidas restritivas de direitos fundamentais idôneas a atingir o fim proposto, deve o Poder Público escolher a menos gravosa, ou seja, aquela que menos interfira no direito de liberdade e que ainda seja capaz de proteger o interesse público para o qual foi instituída.

Para Renato Brasileiro (2016, p.78) por força do princípio da proporcionalidade em sentido estrito, entre os valores em conflito – o que demanda a adoção da medida restritiva e o que protege o direito individual a ser violado – deve preponderar o de maior relevância.

O princípio da proporcionalidade demanda que seja feito um delicado exame de ponderação entre o bem lesionado e o bem que alguém pode ser privado, como aduz Greco (2017, p. 154), sempre que um desequilíbrio acentuado for percebido nesta relação, a proporcionalidade deve ser aplicada.

Este princípio visa o equilíbrio entre direitos fundamentais e interesses da coletividade, comedindo o caráter absoluto da inadmissibilidade das provas prevista na Constituição Federal.

Renato Brasileiro (2017, p. 506) explica que o princípio da proporcionalidade está intrinsecamente ligado com o devido processo legal, e que dele emanam as seguintes prerrogativas:

a) direito ao processo (garantia de acesso ao Poder Judiciário); b) direito à citação e ao conhecimento prévio do teor da acusação; c) direito a um julgamento público e célere, sem dilações indevidas; d) direito ao contraditório e à plenitude de defesa (direito à autodefesa e à defesa técnica); e) direito de não ser processado e julgado com base em leis *ex post facto*; f) direito à igualdade entre as partes; g) direito de não ser processado com fundamento em provas revestidas de ilicitude; h) direito ao benefício da gratuidade; i) direito à observância do princípio do juiz natural; j) direito ao silêncio (privilegio contra a autoincriminação); 1) direito à prova; e m) direito de presença e de “participação ativa” nos atos de interrogatório judicial dos demais litisconsortes penais passivos, quando existentes.

O princípio da proporcionalidade, em seu entendimento contemporâneo, consiste em uma delimitação ao poder estatal, com o escopo de assegurar a plenitude ou integridade física e moral dos que lhe estão sob sua égide.

Avolio (2003, p. 55) argumenta que para que o Estado atenda aos interesses da maioria de maneira a respeitar os direitos fundamentais, faz-se necessária a

existência de normas que regulem sua atividade, e como Estado de Direito, tenha sua autonomia e independência respeitadas, mesmo que signifique, em alguns casos, nem mesmo a vontade da maioria seja capaz de suprimir a vontade do Estado, quando da aplicação do princípio da proporcionalidade, reconhecendo e utilizando seu princípio regulador na tomada de decisões.

Os meios de prova podem ser lícitos ou ilícitos. Para Renato Brasileiro (2016, p. 790), somente os primeiros podem ser admitidos pelo magistrado, dispondo o art. 157 do CPP que são inadmissíveis as provas ilícitas, assim entendidas as obtidas em violação a normas constitucionais ou legais, devendo ser desentranhadas dos autos do processo. Os meios ilícitos compreendem aqueles que forem expressamente proibidos por lei, e aqueles considerados os imorais, antiéticos, atentatórios à dignidade e à liberdade da pessoa humana e aos bons costumes, bem como os contrários aos princípios gerais de direito.

A prova é considerada ilícita quando colhida de forma escusa, contrariando normas legais ou princípios jurídicos. São, de acordo com Renato Brasileiro (2016, p. 835), provas ilícitas por derivação, os meios probatórios que, não obstante produzidos, validamente, em momento posterior, encontram-se afetados pelo vício da ilicitude originária, que a eles se transmite, contaminando-os, por efeito de repercussão causal. Sobre provas ilícitas por derivação, Medina (2016):

“Há provas ilícitas por derivação, ou seja, aquelas que, em si mesmas, lícitas, resultam, no entanto, de outra que se acha contaminada, na origem, por vício de ilicitude. A jurisprudência da Suprema Corte americana formulou a teoria dos *“frutos da árvore envenenada”* (*“fruits of the poisonous tree”*), que corresponde a esse tipo de prova. Será o caso, por exemplo, de prova produzida a partir de captação clandestina ou interceptação de conversa telefônica. Quando se verifica que a prova obtida nessas condições não poderia ter sido colhida de forma autônoma, há que ser repelida, com base na referida teoria. E assim já tem feito, em nosso país, o Supremo Tribunal Federal”.

Destarte, o que ocorre quando uma prova é obtida com infração a um regramento jurídico? Há duas teorias: I – o interesse do Poder Público em elucidar a verdade que deve sempre prevalecer, independente da forma como foi conseguida a prova, sujeitando-se o infrator às penalidades da conduta praticada; II – não se pode admitir uma conduta antijurídica permitindo que quem praticou dele tire algum benefício causando detrimento a outrem.

Deverão ser analisados os valores afetados pela conduta criminosa frente aos valores violados quando utilizada a prova ilícita.

O magistrado deve apreciar se a medida é fundamental, averiguando se a transgressão se explica por necessidade autêntica, que torne a conduta da parte escusável, ou se, pelo contrário, a alegação poderia ser provada através das formas regulares, tendo a contravenção provocado detrimento superior ao benefício levado aos autos processuais (OLIVEIRA, 2012).

Faz-se mister a análise da relatividade entre os direitos e garantias individuais e coletivos vez que os direitos fundamentais particulares fazem parte do interesse coletivo, e a segurança jurídica da sociedade tem por base manter e abraçar os direitos individuais.

2.5 A Flexibilização da prova ilícita *pro reo* e *pro societate*

É regra a inadmissibilidade das provas angariadas por meios escusos e ilegal, constituindo a recomendação absolutamente predominante. No entanto, dois institutos hoje em dia merecem maior ênfase, visto que seu alcance pode modificar a instrução processual.

Em vista de tal entendimento a prova de inocência do réu deve ser sempre aproveitada, em quaisquer circunstâncias, pois em Estado de direito não há como se conceber a ideia da condenação de alguém que o Estado acredita ser inocente.

A prova que venha a ser obtida de maneira ilícita, em matéria criminal, quando benéfica ao réu, isto é, *pro reo*, vem, de maneira sistemática, admitida, pois, a proteção jurisdicional ponderada pelo Poder Público é de trazer aos autos uma justa saída ou solução, se condenar um inocente o ente estatal deixaria de prestar seu fundamento de soberania injustiças.

Para Renato Brasileiro (2016, p. 858) a doutrina vem admitindo a possibilidade da utilização da prova ilícita quando produzida em benefício do acusado, em razão do princípio da proporcionalidade, pois compreende-se que o direito de defesa previsto constitucionalmente no artigo 5º, LV e o princípio da presunção de inocência igualmente previsto em mesmo artigo, inciso LVII, devem prevalecer quando confrontados com o direito de punir. Inadmissível que alguém seja condenado injustamente por ter sua inocência comprovada por meio de uma prova obtida por

meios ilícitos. O Estado não pode punir um inocente, o que poderia acarretar a impunidade do verdadeiro culpado. Quando o acusado pratica um ato ilícito para se defender de modo efetivo no processo penal, não se compreende como ilícito este ato, pois estaria agindo em legítima defesa, impossibilitando, assim que a prova produzida por ele nesta tentativa seja considerada ilícita.

Para Oliveira (2012) em que pesem todos os debates sobre a flexibilização da vedação constitucional às provas ilegais, uma coisa já parece estar materializada: a aplicação do preceito da proporcionalidade no desempenho do direito de defesa abre a possibilidade de se admitir a prova ilícita em benefício do acusado, principalmente no processo penal e quando for o único meio de provar a inocência do mesmo, pois os direitos fundamentais, não podem ser compreendidos em sentido absoluto, diante da natural limitação proveniente do preceito de sua conveniência, que requer a interpretação harmônica e universal das liberdades constitucionais.

O aproveitamento desse tipo de prova em benefício do acusado, está mais no comportamento desse agente que a produziu de um estado de necessidade de provar sua inocência, sendo até esta conduta ser uma exclusão de antijuridicidade criminal.

Eugênio Pacelli (2017, p. 40) explica que a força normativa deste princípio decorre da Constituição Federal de 1988, do sistema de garantias fundamentais, obrigando os órgãos estatais a agirem com maior zelo no exercício de suas funções, sejam administrativas, investigatórias, judiciárias e acusatórias. Com o decreto 678/92, Pacto de San José da Costa Rica, resultante da Convenção Americana de Direitos Humanos (art. 8º, 4), passou a expressamente, ter força legal. Forçosos da necessidade de preservar a segurança jurídica na adequada regulamentação do funcionamento das instituições públicas responsáveis pela administração da Justiça, vedando a revisão para a sociedade impedindo que uma pessoa possa ser julgada mais de uma vez por fato do qual já tenha sido absolvido por decisão transitada em julgado. Para Eugênio Pacelli (2017, p. 40) “ainda que a aludida absolvição tenha ocorrido em razão de erro judiciário no julgamento, decorrente de equívoco na apreciação das provas e dos fatos, por injustiça ou qualquer outro vício possível”.

A teoria da prova ilícita favorável ao condenado passa a ter maior poder admissão quase que predominante quando é conquistada com infringência a direitos fundamentais seus ou de terceiros.

Para Eugênio Pacelli, (2017, p. 94), o aproveitamento da prova com exclusão da ilicitude poderá ocorrer em razão da presença de fatos e/ou circunstâncias que

afastam a ilicitude da ação praticada, como também em razão de nem sequer se ter por configurada a hipótese de violação de qualquer direito e, por isso, não configurada a hipótese da ilicitude.

Existe ainda, conforme explica Renato Brasileiro (2016, p. 858), análise sobre a obtenção da prova ter sido feita pelo próprio interessado, por pessoa diversa que tenha conhecimento da situação e obtenção por terceiro alheio à necessidade de obtenção de prova *pro reo*. Quando a obtenção da prova é feita pelo próprio interessado (o acusado), ou mesmo por outra pessoa que tenha conhecimento da situação de necessidade, o caso será de exclusão da ilicitude desde que presente o estado de necessidade. Vez que a prova seja obtida por terceiros sem o conhecimento da necessidade, ou mesmo sem a existência da necessidade ela poderá ser validamente aproveitada no processo, em favor do acusado, ainda que ilícita a sua obtenção. A condenação de quem se sabe e se julga inocente, pela qualidade probatória da prova obtida ilicitamente, seria uma violação ao Direito, ainda que justificando sua proteção.

Tourinho Filho (2010, p. 232) argumenta que:

Na verdade, se a inadmissibilidade das provas ilícitas está no capítulo destinado aos direitos e garantias fundamentais do homem, não pode repugnar à comum consciência jurídica o fato de a defesa conseguir por meio ilícito prova que demonstre a inocência do imputado. Poder-se-á, então, dizer: *male captum, bene retentum* (...) “É preciso que nos pratos afilados da balança sejam pesados os bens jurídicos envolvidos, e, à evidência, a tutela do direito de liberdade do indivíduo *es un valor más importante para la sociedad* que a tutela do outro bem protegido pela proteção do sigilo. Assim, uma interceptação telefônica, mesmo ao arrepio da lei, se for necessariamente essencial a demonstrar a inocência do acusado, não pode ser expungida dos autos. Entre o sigilo das comunicações e o direito de liberdade, este supera aquele.

Através do Princípio da proporcionalidade, em combinação com o princípio da presunção de inocência (CF, art. 5º, LVII) e o direito de defesa (CF, art. 5º, LV) o réu tem equilíbrio de poder com o Estado, sobrepondo seus direitos sobre o direito de punir, frente à uma prova ilícita.

Conforme aduz Renato Brasileiro (2017, p. 509), considerando que a norma constitucional da inadmissibilidade da utilização no processo de provas obtidas por meios ilícitos (CF, art. 5º, LVI) representa uma limitação ao direito de punir do Estado, conclui-se que o juiz pode, com base em uma prova ilícita, proferir uma sentença absolutória, por conta da aplicação do princípio da proporcionalidade:

De fato, seria inadmissível que alguém fosse condenado injustamente pelo simples fato de sua inocência ter sido comprovada por meio de uma prova obtida por meios ilícitos. Noutro giro, ao Estado não pode interessar a punição de um inocente, o que poderia acarretar a impunidade do verdadeiro culpado. Além disso, quando o acusado pratica um ato ilícito para se defender de modo efetivo no processo penal, conclui-se que sua atuação não seria ilícita, eis que amparada pela legítima defesa, daí porque não seria possível concluir-se pela ilicitude da prova.

A prova ilícita *pro societate* ocorre quando há uma utilização de provas ilícitas em favor da sociedade, também baseado no princípio da proporcionalidade, com base no princípio da isonomia, a igualdade substancial na persecução criminal. Para Renato Brasileiro (2016, p. 859) a aplicação do princípio da proporcionalidade também autoriza a utilização de prova ilícita em favor da sociedade, como no caso do crime organizado, que detém força superior às Polícias e ao Ministério Público, restabelecendo-se, baseado da isonomia, a igualdade substancial na persecução criminal, vez que, em muitas situações, a criminalidade organizada se encontra, muitas vezes, melhores munidos que a polícia.

É fora de dúvida que atualmente, no Brasil, certos traficantes de drogas estão muito mais bem armados que a polícia e, provavelmente, não lhes será mais difícil que a ela, nem lhes suscitará maiores escrúpulos, munir-se de provas por meios ilegais. Exemplo óbvio é o da coação de testemunhas nas zonas controladas pelo narcotráfico: nem passa pela cabeça de ninguém a hipótese de que algum morador da área declare à polícia, ou em juízo, algo diferente do que lhe houver ordenado o 'poderoso chefe' local. (BRASILEIRO, 2016, p. 859).

Porém, apenas em situações mais extremas este tipo de prova é aceita, a fim de não dar ao Estado o poder de infringir direitos fundamentais. Neste tocante Renato Brasileiro (2017, p. 511) diz que prevalece o entendimento de que o direito às provas primarem sobre liberdades públicas de maneira indistinta pode criar um perigoso precedente à preservação dos direitos e garantias individuais. Não sendo possível estabelecer-se qualquer vedação probatória, pois todas as provas, mesmo que ilícitas, poderiam ser admitidas no processo, em prol da busca da verdade e do combate à criminalidade. A prova ilícita *pro societate*, requer fundamentação coerente e, sobretudo na sua utilização fundamentada no preceito da proporcionalidade.

Mesmo não estando o princípio da proporcionalidade previsto expressamente na Constituição Federal, está inserido no aspecto material do princípio do devido processo legal.

A leitura da jurisprudência dos Tribunais Superiores pátrios não autoriza conclusão afirmativa quanto à tese da admissibilidade das provas *ilícitas pro societate* com base no princípio da proporcionalidade. Prevalece o entendimento de que admitir-se a possibilidade de o direito à prova prevalecer sobre as liberdades públicas, indiscriminadamente, é criar um perigoso precedente em detrimento da preservação de direitos e garantias individuais: não seria mais possível estabelecer-se qualquer vedação probatória, pois todas as provas, mesmo que ilícitas, poderiam ser admitidas no processo, em prol da busca da verdade e do combate à criminalidade, tornando letra morta o disposto no art. 5º, LVI, da Constituição Federal. (BRASILEIRO, 2016, p. 861).

A prova, mesmo que produzida de maneira ilegal, pode ser fundamental, pois pode ser a prova determinante que leva ao desfecho, inocentando uma determinada pessoa que erroneamente foi acusada pela prática de uma transgressão. Cada caso e cada prova deve ser sopesada.

O Supremo Tribunal Federal sobre prova ilícita e o princípio da proporcionalidade e o interesse público, afirmou:

Objecção de princípio – em relação à qual houve reserva de Ministros do Tribunal – à tese aventada de que à garantia constitucional da inadmissibilidade da prova ilícita se possa opor, com o fim de dar-lhe prevalência em nome do princípio da proporcionalidade, o interesse público na eficácia da repressão penal em geral ou, em particular, na de determinados crimes: é que, aí, foi a Constituição mesma que ponderou os valores contrapostos e optou – em prejuízo, se necessário da eficácia da persecução criminal – pelos valores fundamentais, da dignidade humana, aos quais serve de salvaguarda a proscrição da prova ilícita: de qualquer sorte – salvo em casos extremos de necessidade inadiável e incontornável – a ponderação de quaisquer interesses constitucionais oponíveis à inviolabilidade do domicílio não compete a posteriori ao juiz do processo em que se pretenda introduzir ou valorizar a prova obtida na invasão ilícita, mas sim àquele a quem incumbe autorizar previamente a diligência. (BRASILEIRO, 2016, p. 861).

Aury Lopes Júnior (2014, p. 423) defende que existe um ilegal desvio causal da prova autorizada para apuração de um crime e utilizada para punição de outro. Inadmissível que seja limitado acesso a um direito fundamental do réu e mais tarde esta mesma prova seja utilizada contra terceiros, sem negar a viabilidade de que a prova obtida a partir do desvio causal sirva como *starter* da investigação do novo crime, sendo considerada como fonte de prova, porém, não como prova.

Para o autor, mais grave seria a prática da ilegalidade da utilização da prova no segundo processo e este tiver sido instaurado para apuração do delito previsto no art. 2º da Lei n. 8.137/90 com pena de detenção (recordemos que o art. 2º, III, da Lei n. 9.296/96 veda a interceptação telefônica quando o fato for apenado com detenção).

Imaginemos que em determinado processo seja autorizada a interceptação telefônica do réu “A” e, na execução dessa medida, venha a ser obtida uma conversa que incrimine um terceiro “C” por outro delito. É válida essa prova em relação a “C”? Em situação similar, assim entendeu o STF, pois se a autorização judicial limitava o sigilo das comunicações de determinados réus, permitindo a interceptação de suas conversas telefônicas, parece-nos óbvio que o sigilo de terceiros não está abrangido por essa medida, pois a autorização judicial obviamente não os alcança. Já constitui uma violência ilegítima, mas inevitável diante da natureza do instrumento probatório empregado, que terceiros tenham suas conversas com o réu gravadas. Isso é inevitável, compreende-se. (LOPES JUNIOR, 2014, p. 423)

Em relação a terceiros o produto dessa interceptação telefônica não pode ser utilizado em virtude da violação da especialidade e vinculação da prova, em situação similar à da questão assemelha-se à da prova emprestada.

Contrário à aceitação da doutrina que admite que este tipo de prova obtida sirva de *starter* de uma nova investigação, Aury Lopes Junior defende que a prova obtida fortuitamente, a prova será ilícita derivada gerando o que ele chama de paradoxo insuperável: (2014, p. 424) “a prova é ilícita (despida de valor probatório, portanto) em um processo, mas vale(ria) como notícia-crime em outro”. Ora, partindo do Princípio da Legalidade, a investigação tem que iniciar a partir de prova lícita e não de uma prova ilícita, sob pena de contaminar todos os atos praticados na continuação investigativa.

Renato Brasileiro (2016, p. 831) ainda aponta a distinção entre provas obtidas por meios ilícitos e por meios ilegítimos, expressivas são as súmulas 48, 49 e 50 das Mesas de Processo Penal, dirigidas por Ada Pellegrini Grinover, e vinculadas ao Departamento de Direito Processual da Faculdade de Direito da Universidade de São Paulo. Dispõe as súmulas referidas:

Súmula 48: “Denominam-se ilícitas as provas colhidas com infringência a normas e princípios de direito material”; súmula 49: “são processualmente inadmissíveis as provas ilícitas que infringem normas e princípios constitucionais, ainda quando forem relevantes e pertinentes, e mesmo sem cominação processual expressa”; súmula 50: “podem ser utilizadas no processo penal as provas ilicitamente colhidas, que beneficiem a defesa”.

Renato Brasileiro (2016, p. 833) aponta ainda que alguns autores ainda definem a existência de provas que são simultaneamente obtidas por meios ilícitos e ilegítimos, ou seja, violam norma material e processual em seu processo de obtenção.

3.0 INTERCEPTAÇÃO DE COMUNICAÇÕES TELEFÔNICAS (Lei nº 9.296/96)

No intuito de clarear a compreensão da Lei 9.296/1996, é preciso diferir a comunicação que se dá por via telefônica e da conversa entre presentes. Em ambas devem ser analisadas a presença de interferência de terceiros na conversa, ou se, foi um dos interlocutores que registrou o seu ato de comunicação. Badaró (2012, p. 348) discrimina o quadro de situações a serem consideradas; a comunicação telefônica, com interferência de um terceiro, sem o conhecimento dos interlocutores, denominada interceptação telefônica; a comunicação telefônica, com interferência de um terceiro, com o conhecimento de um dos interlocutores, denominada escuta telefônica; a terceira a comunicação telefônica gravada por um dos interlocutores, sem a ciência da outra parte, chamada gravação telefônica clandestina; a conversa entre presentes, interceptada por um terceiro não participante, sem o conhecimento dos interlocutores, chamada interceptação ambiental e a conversa entre presentes, gravada por um dos interlocutores, sem o conhecimento do outro, chamada gravação ambiental.

Como as interceptações das comunicações telefônicas são frequentemente empregadas no processo penal, relevante que se defina, mesmo que de maneira breve, as formas de sua aplicação.

A literatura jurídica exhibe a interceptação telefônica como sendo a gravação, por parte de um terceiro, o diálogo entre duas pessoas que não tem a ciência de tal performance ou desempenho. Contudo, se um dos sujeitos souber da escuta telefônica essa não perde o seu cunho de interceptação. É da natureza da interceptação a existência da participação de um terceiro, que como explica Renato Brasileiro (2016, p. 723) vem a conhecer o conteúdo de uma comunicação telefônica alheia.

Com a promulgação da Lei 9.296/96 as interceptações telefônicas passaram a ser legalizadas. Segundo o Sistema Nacional de Controle de Interceptações Telefônicas do Conselho Nacional de Justiça (SNCIT/CNJ), em 2015, havia 98.224 ofícios em andamento com pedidos de interceptação de telefones e endereços eletrônicos e uma média de 24.000 alvos monitorados por mês, o que revela como é frequente a utilização dessa técnica de investigação.

3.1 Conceitos, limites e finalidades da interceptação das comunicações telefônica

Interceptação telefônica nas palavras de Renato Brasileiro (2015, p. 138) “Consiste na captação da comunicação telefônica de outra pessoa por um terceiro, sem o conhecimento de nenhum dos comunicadores”. Perante a Lei 9.296/96, interceptar uma comunicação não quer dizer interrompê-la ou impedi-la, a interceptação telefônica é o ato de captar a comunicação alheia, tomando conhecimento de seu conteúdo, com a participação de uma terceira pessoa que passa a ter ciência do conteúdo de uma comunicação alheia.

O crime de interceptação telefônica não se encontra mais descrito no art. 151, § 1º, II, parte final, do CP, e sim no art. 10 da Lei 9.296/96, com a seguinte redação:

Constitui crime realizar interceptação de comunicações telefônicas, de informática ou telemática, ou quebrar segredo da Justiça, sem autorização judicial ou com objetivos não autorizados em lei. Pena: reclusão, de dois a quatro anos, e multa.

A interceptação telefônica é um “meio de obtenção da prova”, e não um “meio de prova”. BADARÓ (2012, p. 347) não se trata de instrumento destinado a provar um fato alegado. Interceptar a conversa, por si só, não demonstra ao juiz fato juridicamente relevante para o processo. Os dados apreendidos impropriamente (o conteúdo da conversa), estes, sim, quando levados ao processo, poderão constituir prova. Por meio da interceptação telefônica são obtidos elementos de prova (o conteúdo da conversa).

Consistente em um meio de obtenção de prova, trata-se de uma apreensão indireta de sinais fonéticos e não de instrumento destinado a provar um fato alegado, conforme os ensinamentos de Badaró (2012, p. 353) a interceptação telefônica, em si, não tem nenhum valor probatório por não ser um meio de prova, mas um meio de obtenção de prova, já o resultado da interceptação telefônica, isto é, os sinais fonéticos que foram impropriamente apreendidos, serão registrados e depois transcritos, sendo o laudo de degravação ou transcrição juntado aos autos. Este laudo será avaliado como meio de prova.

Avolio (2003, p. 91), sobre interceptações telefônicas, bem como as suas consequências penais, argumenta que:

Juridicamente, as interceptações, *lato sensu*, podem ser entendidas como ato de interferência nas comunicações telefônicas, quer para impedi-las – com consequências penais - quer para delas apenas tomar conhecimento – nesse caso, também com reflexos no processo. Em sentido estrito, a interceptação telefônica é a obtenção ou recepção do diálogo telefônico por um terceiro, sem o conhecimento dos interlocutores (AVOLIO, 2003, p. 106).

A interceptação das comunicações telefônicas não deve ser confundida com a quebra do sigilo de dados telefônicos, conforme aduz Renato Brasileiro (2015, p. 243):

Enquanto a interceptação de uma comunicação telefônica diz respeito a algo que está acontecendo, a quebra do sigilo de dados telefônicos guarda relação com chamadas telefônicas pretéritas, já realizadas. A quebra do sigilo de dados telefônicos está relacionada aos registros documentados e armazenados pelas companhias telefônicas, tais como data da chamada telefônica, horário da ligação, número do telefone chamado, duração do uso ("lista-régua"), etc.

A Lei de Interceptações Telefônicas, prevê em seu artigo 1º, caput, a violação da intimidade da pessoa humana, desde que mediante prévia autorização judicial, para prova de processo criminal e em instrução penal, sob segredo de justiça, prevê também a criminalização da interceptação quando obtida de forma ilegal, tutelando os bens jurídicos do cidadão.

Com o advento da Constituição de 1988, o texto referente ao instituto da interceptação limitou a interceptação telefônica ao atendimento dos pressupostos nela expressa, quais sejam: ordem judicial que a estabeleça nas situações expressos na norma legal e para o uso nas investigações criminais ou em alguma instrução processual penal. Levantando questionamentos sobre a redação do artigo 57, inciso II, alínea e, do Código Brasileiro de Telecomunicações e se existiria ou não a precisão de edição de uma norma específica a sustentar o magistrado a permitir que se realize a interceptação telefônica.

Em que pese um dos pressupostos de permissão ser a descrição com nitidez da situação objeto da investigação com a consequente indicação e qualificação dos investigados (em tal situação, salvo impossibilidade manifesta), parte-se do pressuposto que o diálogo interceptado ocorrerá entre, no mínimo, dois comunicadores, de forma que é possível que um deles nada tenha a ver com o fato que motivou a medida investigativa, podendo então serem descobertos novos autores e novos delitos, inúmeros do inicialmente investigado. A esse fenômeno a literatura jurídica designa como sendo 'serendipidade' ou encontro fortuito de provas ou também descoberta ao acaso e tempos semelhantes. (ANSELMO, 2016).

Controvérsias que acabaram por dividir a jurisprudência, de um lado os seguidores do entendimento da incansável busca da verdade real, que sustentam o emprego de provas legítimas conhecidas como ilícitas em benefício da sociedade e de outro lado, os que sustentam a corrente da fruta da árvore envenenada, autorizando a utilização de provas que advenham de provas provenientes daquelas consideradas como ilícitas.

Frente à interpretação dada, fez-se indispensável a elaboração de uma lei regulamentadora de limites e hipóteses em que sejam aceitas como prova as interceptações telefônicas. Até a promulgação da Lei n.º 9.296/96 as gravações de comunicações telefônicas eram consideradas provas obtidas de forma ilícita, não sendo aceitos como meio de prova processual. Com a nova lei, alguns posicionamentos mudaram, sob o fundamento de que não há garantias individuais de forma absoluta.

O inciso XII do art. 5º da Constituição Federal preconiza ser inviolável o sigilo da correspondência e das comunicações telegráficas, de dados e das comunicações telefônicas, salvo, no último caso, por ordem judicial, nas hipóteses e na forma que a lei estabelecer para fins de investigação criminal ou instrução processual penal.

O dispositivo trata de comunicação postal ou de correspondência; comunicação telegráfica; comunicação de dados; comunicação telefônica. Prevalece o entendimento de que a quebra do sigilo por ordem judicial, refere-se, apenas, à comunicação telefônica, não estando inclusa a gravação, pois, não se considera como violação a ação de um dos interlocutores gravar uma conversa entre ele e outra pessoa. Esta gravação é considerada lícita, mesmo em casos em que não tenha sido obtida a ordem judicial.

A interceptação telefônica bem como a escuta telefônica são abrangidas pela Constituição Federal, submetendo-se a Lei 9.296/96, passando a ter contornos mais práticos com a aplicação dos princípios da proporcionalidade e da razoabilidade.

A lei não define as hipóteses em que é cabível a interceptação telefônica, mas os casos em que não se pode decretar tal medida (art. 2º). Trata-se, pois, de requisitos negativos (BADARÓ, 2012, p. 355).

Sendo a liberdade de comunicação a regra, explica Badaró (2012, p. 355) mais fácil seria o legislador disciplinar expressamente as hipóteses cabíveis da quebra de sigilo telefônico, ao invés de elencar hipóteses excludentes, e permitir em todas as demais, abrindo espaço para diversas interpretações. Estes requisitos negativos são:

indícios razoáveis de autoria; a prova não pode ser produzida por outros meios se não o da interceptação, o terceiro é o fato investigado constituir infração penal punida, no máximo, com pena de detenção.

O primeiro requisito negativo, de acordo com Badaró (2012, p. 355), é haver “indícios razoáveis de autoria ou participação em infração penal” (art. 2º, I). Compreende-se por indícios razoáveis mais que uma simples suspeita ou possibilidade de o investigado ser autor do crime. Deve existir um grau de probabilidade relativo à autoria. O segundo requisito negativo é “a prova não poder ser feita por outros meios disponíveis” (art. 2º, II), ou seja, o pedido de interceptação “conterá a demonstração de que a sua realização é necessária à apuração de infração penal”. A impossibilidade deve ser justificada com a demonstração de que a investigação é inviável por outros meios, por exemplo, a busca e apreensão, o reconhecimento pessoal, as provas testemunhais, a obtenção dos registros das ligações telefônicas etc. Finalmente, o terceiro requisito negativo é “o fato investigado constituir infração penal punida, no máximo, com pena de detenção” (art. 2º, III). Ou seja, a interceptação telefônica somente será cabível no caso de crimes punidos com reclusão, sendo inviável nas contravenções penais e nos crimes punidos com detenção.

Deve haver um grande grau de probabilidade e não simples possibilidade de indício de autoria. Faz-se necessário apontar de maneira fundamentada a necessidade da utilização da interceptação telefônica, apontando o porquê da impossibilidade da utilização de outros meios de prova. Será cabível no caso de crimes punidos com reclusão. Podem ocorrer casos em que delitos que não são graves, mas que, em razão de particularidades da forma de seu conhecimento, somente podem ser investigados mediante interceptação telefônica.

O art. 5º da Lei nº 9.296/96 diz que a interceptação telefônica não poderá exceder o prazo de 15 (quinze) dias, renovável por igual tempo uma vez, desde que reste comprovada a indispensabilidade do meio de prova. A doutrina e os tribunais ainda diferem em posicionamento quanto ao número de vezes a diligência pode ser renovada.

Para Renato Brasileiro (2015, p. 164) a execução da diligência não pode ultrapassar o limite de 15 (quinze) dias iniciados do dia em que a medida é efetivada, não podendo o juiz conceder a autorização por prazo inferior. Para renovação do prazo da interceptação, esta deve se dar antes do decurso do prazo fixado na decisão

originária, evitando-se a interrupção da interceptação. Não pode haver intervalos de tempo entre uma prorrogação e outra sob pena de nulidade.

Somente a autoridade policial, no exercício de funções de polícia judiciária, tem poder para conduzir os procedimentos de interceptação, podendo requisitar serviços de técnicos especializados às concessionárias de serviço público. Como ensina Badaró (2012, p. 356), o Ministério Público poderá requerer a diligência durante a investigação ou ao longo do processo sem haver a necessidade inquérito policial em curso, desde que hajam elementos de informação demonstrando a real necessidade da informação à investigação criminal. Outra possibilidade é a decretação de ofício pelo juiz competente da ação principal (art. 1º, caput, Lei no 9.296/1996).

3.2 A interceptação telefônica e o princípio da proporcionalidade

Por versar sobre de medida probatória de natureza cautelar, a interceptação telefônica deve ser analisada a cada caso, sua necessidade deve ser estudada baseada nos fatos. É tênue a linha que separa o acatamento ao direito de liberdade do indivíduo com o dever do Estado em combater à prática de crimes. O princípio da proporcionalidade serve para analisar indispensabilidade da violação da intimidade e privacidade do cidadão.

Para Carivali (2007, p. 90), existindo um embate entre princípios, é importante que se defina uma relação de precedência condicionada, através da análise das circunstâncias do caso, daí então decidir qual princípio precederá o outro.

O artigo 2º da Lei n.º 9.296/96 determina o cabimento da violação das comunicações telefônicas, a fumaça do bom direito e o perigo de demora. São casos em que houver indícios razoáveis de autoria ou participação, impossibilidade de colheita de provas por outros meios e quando o fato investigado constituir infração penal punida com pena de reclusão.

Compreende-se a necessidade de não haver outros meios de obtenção de prova disponíveis, e não apenas materialmente indisponíveis, mas meios legais-processuais. Meras suspeitas de um crime não são indícios suficientes para autorização da interceptação, deve haver uma prévia investigação, embora não seja o inquérito policial uma obrigatoriedade. A requisição que solicita a interceptação da comunicação telefônica deve vir acompanhada de ricos indícios e fatos, além da manifestação policial, para que possa ser analisada com base no princípio da

proporcionalidade, ou seja, deve ser possível obter um juízo de valor, analisando as provas juntadas ao requerimento.

A interceptação, por estar condicionada ao princípio da proporcionalidade, deve sempre buscar outras formas menos gravosas para que a prova processual seja colhida.

Mantendo esta linha de compreensão, Greco Filho (1996, p. 14-15) expõe que a possibilidade de interceptação telefônica com relação a todos os crimes de reclusão precisa ser restringida, porque é uma gama muito ampla de crimes incluindo vários que não se justificaria quebra de sigilo das comunicações telefônicas, recaindo ainda, em muitos casos, a desproporcionalidade da pena cominada.

O entendimento majoritário mantém o posicionamento de apenas admitir a prova *pro reo* pelo princípio da proporcionalidade.

É aceita a admissibilidade da prova emprestada, desde que o processo penal tenha seu desenvolvimento entre as mesmas partes. Para Grinover (1997, p. 194) O valor constitucionalmente protegido pela vedação das interceptações telefônicas é a intimidade, uma vez que lícitamente violada, frente a legitimidade constitucional, não há mais nada que se reste preservar. Para a autora, seria demais negar uma prova assim obtida sob a alegação de que estaria fragilizando o comando constitucional. sob pena da irrazoabilidade.

4.0 A SERENDIPIDADE NO DIREITO PENAL BRASILEIRO

Serendipidade é o encontro fortuito de provas relativas a fato delituoso diverso daquela situação objeto das investigações

Declaram Távora e Araújo (2016, p.289), Serendipidade consiste em fazer descobertas que sejam relevantes ao acaso investigado. Em matéria de processo penal, é o encontro casual de provas.

No caso da interceptação telefônica ocorreria quando esta é decretada para a investigação de determinado crime e, no decorrer das conversas captadas, é descoberto outro crime. Podemos citar o exemplo em que se decreta a interceptação telefônica para produção de prova em investigação sobre crime de tráfico de drogas e, no decorrer das conversas, descobre-se que os traficantes "lavam" o dinheiro proveniente do tráfico.

No decorrer das investigações podem surgir outros fatos penalmente relevantes envolvendo a mesma ou outras pessoas, com os mesmos fatos. Eis a serendipidade, do inglês *Serendipity*, descobrir coisas por acaso, procurar algo e encontrar coisa diversa.

Fundamental, ainda, neste tocante é compreender o conceito de prova emprestada, e nos ensinamentos de Nucci (2014, p 315) é a aquela produzida em outro processo e, através da reprodução documental, juntada no processo criminal pendente de decisão. O juiz deverá ser cauteloso ao analisar a origem e forma de obtenção desta prova em seu processo de origem a fim de não macular o processo atual. Nessa verificação deve-se abranger o direito ao contraditório e apurar se as mesmas partes estavam envolvidas no processo em que a prova foi efetivamente produzida.

Renato Brasileiro (2017, p. 546) brilhantemente explica a Serendipidade no processo Penal:

Teoria do encontro fortuito (ou casual) de provas (serendipidade): é utilizada nos casos em que, no cumprimento de uma diligência relativa a um delito, a autoridade policial casualmente encontra provas pertinentes à outra infração penal, que não estavam na linha de desdobramento normal da investigação. Fala-se em encontro fortuito de provas quando a prova de determinada infração penal é obtida a partir de diligência regularmente autorizada para a investigação de outro crime. Nesses casos, a validade da prova inesperadamente obtida está condicionada à forma como foi realizada a diligência: se houve desvio de finalidade, abuso de autoridade, a prova não deve ser considerada válida; se o encontro da prova foi casual, fortuito, a prova é válida.

No curso de uma investigação criminal é comum a prática da interceptação telefônica para construção probatória. Novos autores ou novos fatos delituosos, diversos daquele objeto inicial da investigação, podem ser descobertos. O Direito Processual Penal Brasileiro, bem como a Lei de Interceptações Telefônicas, traz parâmetros que definem as regras de validade destas provas.

A discussão sobre a relação entre o fato investigado e o fato encontrado fortuitamente, deve ser objeto de análise apenas quando a infração penal for pretérita. Quando se discute infrações futuras, o objeto passa a ser a licitude ou não do meio de prova encontrado da conduta criminosa.

4.1 A Serendipidade na interceptação telefônica

O encontro fortuito de uma prova de crime diverso daquele investigado pela interceptação telefônica, de maneira geral, tem sido considerado válida.

É possível que, autorizada a interceptação em relação a um crime (p. ex.: tráfico de drogas), se descubra a ocorrência de outro delito. Também pode ocorrer que, autorizada a diligência em relação a um investigado, se descubra que o crime foi cometido com a participação de um segundo indivíduo. Ou seja, pode haver a descoberta fortuita de crimes e a descoberta fortuita de autores ou partícipes, mesmo que se conclua, ao final, pela inocência do investigado que, originalmente, era o alvo da interceptação telefônica a descoberta fortuita de crimes, desde que guarde relação de conexão ou continência com o crime que, originariamente, justificou a medida. (BRASILEIRO, 2016, p. 848).

A teoria do encontro fortuito é muito adequada e benéfica nos casos de interceptações telefônicas, de acordo com Renato Brasileiro (2016, p. 849), pois é comum que no curso de uma interceptação telefônica regularmente autorizada pelo juiz competente para investigar crime punido com pena de reclusão, sejam descobertos elementos probatórios relativos a outros delitos e/ou outros indivíduos. Não havendo o desvio de finalidade no cumprimento da diligência, os elementos obtidos são válidos.

Lorena Siqueira (2016, p. 22) aponta que a finalidade do fenômeno é buscar auxiliar o meio investigatório nas diligências, por meio dela busca-se validar novas provas que não poderiam ser obtidas de outra maneira que sejam relevantes ao processo investigatório. Na busca de preservar alguns direitos constitucionais como

proibição das provas ilícitas, a dignidade e intimidade da pessoa humana, a presunção de inocência, devido processo legal, entre outros, o Direito Processual Penal Brasileiro não permite alguns meios probatórios. A influência das descobertas fortuitas pode ser percebida principalmente em medidas cautelares, que visam à produção de provas, como por exemplo, a busca e apreensão e a interceptação telefônica.

O encontro fortuito de elementos probatórios em relação a outros fatos e /ou pessoas, possibilita a utilização destes elementos colhidos casualmente ao longo da diligência. Nesses casos, a validade da prova inesperadamente obtida está condicionada à forma como foi realizada a diligência: se houve ou não desvio de finalidade (Renato Brasileiro, 2017, p. 546).

Parte da doutrina entende que, desde que previamente autorizada, o encontro fortuito de provas, praticados pelo mesmo agente, vale como legítimo meio probatório, desde que haja conexão entre as infrações penais.

Neste tocante, Aury Lopes Júnior (2014), aduz que parte da doutrina procura situar a questão num ponto “médio”, admitindo a ilicitude em situações como desvio do objeto da interceptação ou busca autorizada, mas considerando que nem toda prova obtida em relação a crime diverso daquele da autorização será ilícita. A corrente que defende este posicionamento utiliza o critério do “crime conexo”. Para admissão de prova obtida a partir de desvio causal em crime conexo faz-se necessário definir claramente o conceito de crime conexo em matéria de especialidade da prova.

Serve a sistemática do art. 76 do CPP? Se considerarmos que a conexão implica reunião das infrações penais para julgamento simultâneo, a prova passará a integrar o mesmo processo. Logo, se o caso penal de determinado processo é composto por dois crimes conexos, ainda que a medida probatória restritiva de direitos fundamentais seja determinada para apurar apenas um dos crimes, é inevitável que o material probatório ingresse no processo regido pelo princípio da comunhão da prova, de modo que passará a ser “prova do processo”, podendo ser utilizada por ambas as partes e em relação a todos os fatos lá apurados. Nossa restrição diz respeito à abertura do conceito “conexão” na sistemática do CPP e aos eventuais abusos a que pode – essa abertura – dar azo. (LOPES JÚNIOR, 2014, p. 434)

A descoberta posterior do envolvimento de terceiro com o mesmo crime investigado, caracterizará continência por cumulação subjetiva nos termos do art. 77, inciso I do Código de Processo Penal, também será válido como prova, posicionamento este defendido pelo STJ.

Há o posicionamento de que a inexistência de conexão ou continência, os elementos não podem ser valorados como prova. Para Renato Brasileiro (2015, p. 158) é válida a prova se se descobre fato delitivo conexo com o investigado, mas desde que de responsabilidade do mesmo sujeito passivo. Quando o fato não é conexo ou se versa sobre outra pessoa, não vale a prova, tratando-se de prova nula. O autor explica que esta prova não se torna inútil, pode ser aproveitada como fonte de prova, ou seja, dela pode originar-se uma nova investigação.

Chamada de *notitia criminis*, a abertura de uma nova investigação independente da primeira, não havendo que se falar em prova ilícita primária ou derivada, pois a interceptação sendo lícita e regularmente decretada pela autoridade judiciária competente, não há que se falar em contaminação.

4.2 A validade da prova fortuita obtida por interceptação telefônica na doutrina e jurisprudência pátria.

Perseguindo poder-dever de punir do Estado, jurisprudência e doutrina caminham desenhando limites e definindo critérios de aceitação da Teoria da Serendipidade quanto à interceptação telefônica.

O foco da teoria do encontro fortuito de provas é a determinação da validade do meio de prova obtido através da interceptação telefônica para condenação de pessoas identificadas casualmente no decorrer da investigação, sendo estas diversas do objeto da investigação, ou fato criminoso distinto ao amparado por autorização judicial.

Observância do “critério da conexão” para a admissibilidade de provas encontradas fortuitamente é a posição atualmente adotada pelo STJ e pelo STF acerca do tema, bem como de parte dos doutrinadores. Se o crime descoberto não possui qualquer tipo de conexão com o crime investigado, esta interceptação não valerá como meio de prova.

Nesse sentido, o informativo 539 do Superior Tribunal de Justiça:

DIREITO PROCESSUAL PENAL. DESCOBERTA FORTUITA DE DELITOS QUE NÃO SÃO OBJETO DE INVESTIGAÇÃO. O fato de elementos indiciários acerca da prática de crime surgirem no decorrer da execução de medida de quebra de sigilo bancário e fiscal determinada para apuração de outros crimes não impede, por si só, que os dados colhidos sejam utilizados para a averiguação da suposta prática daquele delito. Com efeito, pode

ocorrer o que se chama de fenômeno da serendipidade, que consiste na descoberta fortuita de delitos que não são objeto da investigação. Precedentes citados: HC 187.189-SP, Sexta Turma, DJe 23/8/2013; e RHC 28.794-RJ, Quinta Turma, DJe 13/12/2012. HC 282.096-SP, Rel. Min. Sebastião Reis Júnior, julgado em 24/4/2014.

Para o STJ, somente exige-se conexão quando tratar-se de delitos pretéritos, tanto por não haver prescrição legal exigindo, quanto por não poder o Estado se mostrar inerte quando já ciente de que um crime será praticado da violação de direitos fundamentais.

A jurisprudência vem aceitando a utilização como provas lícitas as informações obtidas através de interceptações telefônicas devidamente autorizadas e realizadas dentro das normas estabelecidas. Para que isso ocorra é necessário que o novo delito seja conexo com o fato ou com o sujeito originariamente investigado, ainda que o crime fortuitamente descoberto seja apenado com detenção, passando, a aceitar também as provas que não estão vinculadas ao crime originário. Nos crimes em que sejam conexos fatos ou mesmo os indivíduos da investigação criminal, aplica-se o Princípio da Serendipidade.

[...] em alguns julgados do STJ, sequer tem sido imposta como obrigatória a existência de conexão ou continência entre as infrações penais: havendo o encontro fortuito de notícia da prática futura de conduta delituosa, durante a realização de interceptação telefônica devidamente autorizada pela autoridade competente, não se deve exigir a demonstração da conexão entre o fato investigado e aquele descoberto, a uma, porque a própria Lei nº 9.296/96 não a exige, a duas, pois o Estado não pode se quedar inerte diante da ciência de que um crime vai ser praticado e, a três, tendo em vista que se por um lado o Estado, por seus órgãos investigatórios, violou a intimidade de alguém, o fez com respaldo constitucional e legal, motivo pelo qual a prova se consolidou lícita. A discussão a respeito da conexão entre o fato investigado e o fato encontrado fortuitamente só se coloca em se tratando de infração penal pretérita, porquanto no que concerne às infrações futuras o cerne da controvérsia se dará quanto à licitude ou não do meio de prova utilizado e a partir do qual se tomou conhecimento de tal conduta criminosa. (BRASILEIRO, 2015, p. 160).

Aqueles que se posicionam contrários a Serendipidade na interceptação telefônica defendem que prova encontrada por fortuito não poderá ser utilizada no processo sem previsão ou autorização proferida pela autoridade judicial, devendo ser obtida de forma lícita e fundamentada contra pessoa determinada. A prova obtida através do cumprimento das diligências deve corresponder ao fundamento apresentado e que serviu de base para decisão autorizadora da medida.

Já no posicionamento favorável a utilização da prova obtida fortuitamente através de interceptação telefônica, defende que a prova sendo obtida lícitamente, preenchendo os requisitos prescritos em lei, pode ser aproveitada em outros processos, não sendo considerada contaminada, favorecendo as investigações.

Para Lorena Siqueira (2016, p. 27), com a aplicação do Princípio da Serendipidade as provas que surgem ao mero acaso podem ser validadas nas investigações, de maneira a assegurar a concretização da justiça. Sendo a interceptação realizada nos limites da lei, o que dela advier deve ser considerado como consequência do respeito a ordem jurídica.

Segundo Lorena Siqueira (2016, p. 33) para a doutrina majoritária a Serendipidade dá-se em dois graus:

O 1º se trata daquele em que há uma conexão ou continência em relação ao fato inicial ao qual se desencadeou a investigação, sendo assim esses novos fatos seriam válidos e podendo ser utilizados como provas. Já no 2º grau não há relação de conexão ou continência, não podendo assim utilizar-se dos elementos como meio probatórios, eles apenas se destinariam à uma *notitia criminis*, dando ensejo a uma outra futura investigação. [...] Assim, serão utilizadas em nosso ordenamento jurídico apenas as provas que surgirem ao acaso, de modo fortuito, e que possuam uma conexão, ou mesmo uma continência, com aquelas já discriminadas anteriormente nas investigações. As que não se enquadrarem nesse limite não são totalmente descartadas, pois, poderão servir como *notitia criminis*, ensejando um novo processo e assim uma nova investigação, onde então será legalmente fundamentada.

Renato Brasileiro (2017, p. 547) evidencia a visão dos Tribunais brasileiros quando expõe que, uma vez realizada a interceptação telefônica de forma fundamentada, legal e legítima, as informações e provas coletadas dessa diligência podem servir de base para uma denúncia alicerçada em crimes puníveis com pena de detenção, desde que conexos aos primeiros tipos penais que justificaram a interceptação.

Aponta Renato Brasileiro (2015, p. 159): “Na visão do STJ, é lícita a prova de crime diverso, obtida por meio de interceptação de ligações telefônicas de terceiro não mencionado na autorização judicial de escuta, desde que relacionada com o fato criminoso objeto da investigação”.

A jurisprudência vem aceitando a utilização como provas lícitas as informações obtidas através de interceptações telefônicas devidamente autorizadas e realizadas dentro das normas estabelecidas. Para que isso ocorra é necessário que o novo delito seja conexo com o fato ou com o sujeito originariamente investigado, ainda que o

crime fortuitamente descoberto seja apenado com detenção, passando, a aceitar também as provas que não estão vinculadas ao crime originário. Nos crimes em que sejam conexos fatos ou mesmo os indivíduos da investigação criminal, aplica-se o Princípio da Serendipidade.

Torna-se relevante que os julgados sejam uniformizados a fim de garantir segurança jurídica as partes do processo criminal.

5.0 CONSIDERAÇÕES FINAIS

No decorrer evolutivo do Direito nos deparamos com inúmeras mudanças nos meios de valoração da prova até se chegar ao sistema do livre convencimento motivado, sistema este utilizado atualmente. O processo penal brasileiro admite todos os meios legais de prova, a fim de restar demonstrada a verdade real dos fatos, dominante em nosso sistema processual o princípio da liberdade probatória. As provas produzidas devem sempre respeitar as garantias constitucionais prerrogativas de todos os cidadãos, como os direitos à intimidade e à privacidade.

Embora esteja previsto na Constituição direito à inviolabilidade da intimidade e da privacidade da pessoa humana, não possuem caráter absoluto, podendo ser relativizados quando em confronto com outros direitos ou valores de dimensão constitucional, tendo o próprio constituinte estabelecido hipóteses de flexibilização destes direitos ao realizar uma reserva legal.

Para que ocorra a relativização destes direitos, observar-se-á o princípio da proporcionalidade, fazendo-se uma análise de qual bem jurídico tutelado deve se sobrepor entre os interesses que se encontram em conflito. Derivando deste princípio, o sistema brasileiro não admite as provas obtidas de forma ilícita, em desrespeito as garantias constitucionais de inviolabilidade e formalidades legais e materiais. O constituinte estabeleceu através da criação de uma lei infraconstitucional a possibilidade da utilização de interceptação telefônica legalmente, com a elaboração da Lei n.º 9.296/1996.

Assim, as provas obtidas a partir da quebra de sigilo somente são consideradas lícitas quando da sua coleta sejam observadas as exigências previstas na legislação que regulamenta as interceptações telefônicas. É muito comum durante o curso das investigações, serem colhidas informações referentes a novos fatos ou a pessoas diversas daquelas que deram origem a medida, caracterizando o encontro fortuito. A validade desta prova obtida como resultado deste encontro fortuito vem sendo alvo que questionamentos e controvérsias, tanto doutrinária, quanto jurisprudencial.

Em meio às teses levantadas pelos autores estudados, nota-se a maioria da doutrina e jurisprudência, inclusive a maioria Tribunais Superiores, determina que para ser considerada válida a prova obtida por meio do encontro causal, a existência de conexão entre os fatos ou pessoas inicialmente investigadas e aqueles fortuitamente descobertos. Entretanto, os posicionamentos dos Tribunais Superiores não se

encontram em total uniformidade, sendo proferidas decisões que admitem a utilização dos elementos colhidos, mesmo que não guardem qualquer vinculação com o objeto inicial da interceptação telefônica e independentemente da pena privativa de liberdade cominada ao delito fortuitamente descoberto.

Esta linha de posicionamento vem se adequando ao contexto prático atual, que considera um contrassenso dar início a todo um novo procedimento investigatório para obtenção de provas que já foram obtidas durante a quebra de sigilo, fazendo-se necessária apenas a complementação destas evidências, gerando economia de tempo e recursos públicos.

6.0 REFERÊNCIAS

ABADE, Denise Neves. **Processo Penal**. São Paulo: ed. Método, 2014.

ANSELMO, Marcelo. **A interceptação das comunicações e o encontro fortuito**. Consultor Jurídico. Disponível em: <http://www.conjur.com.br/2016-mai-03/academia-policiainterceptacao-comunicacoes-encontros-fortuitos>. Acesso em: 29.ago.2018.

AVOLIO, Luiz Francisco Torquato. **Provas ilícitas**. 3. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2003.

BADARÓ, Gustavo Henrique Righi Ivahy. **Processo penal [recurso eletrônico]** Rio de Janeiro: Campus: Elsevier, 2012.

CARIVALI, Leonel Fagundes. **A instrumentalidade da lei das interceptações telefônicas e a proteção ao direito fundamental à intimidade**. Canoas: Ulbra, 2007.

DELLAQUA, Leonardo Goldner. **Provas ilícitas “pro societate” no processo penal**. Publicado em 2017. Disponível em: < <https://jus.com.br/artigos/56215/provas-ilicitas-pro-societate-no-processo-penal> >. Acessado em 15 de julho de 2018.

FERRAJOLI, Luigi. **Direito e razão : teoria do garantismo penal** / Luigi Ferrajoli. - São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2002.

GONÇALVES, Victor Eduardo Rios. **Direito penal esquematizado: parte especial**, 6. ed. São Paulo: Saraiva, 2016.

GRECO, Rogério. **Curso de Direito Penal: Parte Geral**, volume I, 19. ed. Rio de Janeiro: Impetus, 2017.

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

GRINOVER, Ada Pellegrini. **As provas Ilícitas na Constituição**. São Paulo: Livro de Estudos Jurídicos, 1989.

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

LIMA, Renato Brasileiro de. **Competência Criminal**. Salvador: Editora JusPodivm, 2010.

_____. **Código de Processo Penal Brasileiro Comentado**. 2ª ed. revisada e atualizada. Salvador: Editora JusPodivm, 2017.

_____. **Legislação Criminal Especial Comentada**. 3ª ed. revisada, ampliada e atualizada. Salvador: Editora Jus Podivm, 2015.

_____. **Manual de Processo Penal: volume único** 4. ed. rev., ampl. e atual. – Salvador: Ed. JusPodivm, 2016.

MEDINA, Paulo Roberto de Gouvea. **Teoria Geral do Processo**. 2. ed. rev., ampliada e atual. Salvador: Ed. JusPodivm, 2016.

NUCCI, Guilherme de Souza. **Manual de Processo Penal e Execução Penal**. 11ª ed. rev. e atual. – Rio de Janeiro: Forense, 2014.

OLIVEIRA, Rogerio Lemes de. **Prova ilícita *pro reo* e *pro societate***. Publicado em 2012. Disponível em: <<https://www.webartigos.com/artigos/prova-ilicita-pro-reo-e-pro-societate/85637>>. Acessado em 15 de julho de 2018.

PACELLI, Eugênio. **Curso de Processo Penal**. 21ª edição. São Paulo: Atlas, 2017.

RANGEL, Paulo C. **Direito Processual Penal**, 11ª ed. Rio de Janeiro: Ed. Lumen Iuris, 2006.

SIQUEIRA, Lorena Isadora, **O princípio da serendipidade no direito processual penal brasileiro**. Minas Gerais: Ed. Prospectiva, 2016.

SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA. **Informativo de Jurisprudência**. Disponível em: <https://ww2.stj.jus.br/jurisprudencia/externo/informativo/?acao=pesquisarumaedio&livre=@>. Acesso em: 23.ago.2018.

TÁVORA, Nestor e ARAÚJO, Fábio Roque. **Código de Processo Penal para concurso**. 7ª ed. Salvador: Ed. JusPodivm, 2016.

TOURINHO FILHO. Fernando da Costa. **Processo Penal 1**. 32ªed. São Paulo: Saraiva, 2010.