

Coordenação

Daniel de Resende Salgado ■ Luís Felipe
Schneider Kircher ■ Ronaldo Pinheiro de Queiroz

ALTOS ESTUDOS SOBRE A PROVA NO PROCESSO PENAL

AUTORES

Andrey Borges de Mendonça	Júlio Carlos Motta Noronha
Bruno Calabrich	Lívia Nascimento Tinôco
Carlos Edinger	Luís Felipe Schneider Kircher
Daniel de Resende Salgado	Luis Fernando de Moraes Manzano
Daniel Marchionatti Barbosa	Luiz Fernando Bugiga Rebellato
Daniel Zaclis	Marcelo Vinicius Vieira
Danilo Knijnik	Pedro Jorge do Nascimento Costa
Douglas Fischer	Raecler Baldresca
Fábio Ramazzini Bechara	Rafael Braem Velasco
Frederico Valdez Pereira	Rodrigo Telles de Souza
Gustavo Badaró	Ronaldo Pinheiro de Queiroz
Gustavo Torres Soares	Sérgio Cruz Arenhart
Isac Barcelos Pereira de Souza	Thiago Pierobom de Ávila
Jaqueline Ana Buffon	Vitor de Paula Ramos
Jordi Ferrer Beltrán	Vladimir Aras

**Prefácio de Antonio
Magalhães Gomes Filho**

**Apresentação de Rogério
Schietti Cruz**

 EDITORA
JusPODIVM
www.editorajuspodivm.com.br

Coordenação

Daniel de Resende Salgado ■ Luís Felipe
Schneider Kircher ■ Ronaldo Pinheiro de Queiroz

ALTOS ESTUDOS SOBRE A PROVA NO PROCESSO PENAL

AUTORES

Andrey Borges de Mendonça	Júlio Carlos Motta Noronha
Bruno Calabrich	Lívia Nascimento Tinôco
Carlos Edinger	Luís Felipe Schneider Kircher
Daniel de Resende Salgado	Luis Fernando de Moraes Manzano
Daniel Marchionatti Barbosa	Luiz Fernando Bugiga Rebellato
Daniel Zaclis	Marcelo Vinicius Vieira
Danilo Knijnik	Pedro Jorge do Nascimento Costa
Douglas Fischer	Raecler Baldresca
Fábio Ramazzini Bechara	Rafael Braem Velasco
Frederico Valdez Pereira	Rodrigo Telles de Souza
Gustavo Badaró	Ronaldo Pinheiro de Queiroz
Gustavo Torres Soares	Sérgio Cruz Arenhart
Isac Barcelos Pereira de Souza	Thiago Pierobom de Ávila
Jaqueline Ana Buffon	Vitor de Paula Ramos
Jordi Ferrer Beltrán	Vladimir Aras

2020



EDITORA
JusPODIVM

www.editorajuspodivm.com.br

Biblioteca Particular
Gustavo Badaró
Tombo N° 8149

O compartilhamento de dados obtidos por meio de interceptação telefônica

Daniel de Resende Salgado¹

Ronaldo Pinheiro de Queiroz²

Sumário. 1. Introdução; 2. Elementos de informação e elementos de prova – diferenças; 3. Compartilhamento de elementos produzidos em investigação – diferenças entre prova emprestada e circulação de elementos de informação; 4. Compartilhamento dos dados obtidos por meio de interceptação telefônica; 4.1. Os elementos obtidos ao acaso em interceptação telefônica; 4.2. Compartilhamento e valoração dos elementos obtidos ao acaso em interceptação telefônica; 4.2.1. Compartilhamento de conhecimentos de investigação para procedimento diverso e sua valoração; 4.2.2. Os efeitos probatórios dos conhecimentos fortuitos; 4.2.2.1. Compartilhamento de conhecimentos fortuitos para outra investigação; 4.2.2.2. Compartilhamento e valoração de conhecimentos fortuitos em processo já em curso; 5. Considerações finais

1. INTRODUÇÃO

No presente texto, buscaremos discutir a possibilidade de compartilhamento e de valoração, em feito secundário, dos elementos obtidos por meio de interceptação telefônica.

1. Procurador da República. Mestrando em Processo Penal pela USP. Ex-secretário de Pesquisa e Análise do Gabinete do Procurador-Geral da República (2013-2017). Foi membro auxiliar do Conselho Nacional do Ministério Público (2011-2013). Ex-membro do Grupo de Trabalho com objetivo de auxiliar o Procurador Geral da República na análise dos desdobramentos das investigações relacionadas à Lavajato (2016-2017). Foi membro do Conselho Penitenciário no Estado de Goiás. Ex-coordenador do Núcleo Criminal e de Controle Externo da Atividade Policial no MPF/GO. Professor e orientador pedagógico de cursos da Escola Superior do Ministério Público da União (ESMPU). Coorganizador das obras “prova no enfrentamento à macrocriminalidade” e “controle externo da atividade policial pelo Ministério Público”, ambas lançadas pela juspodivm.
2. Procurador Regional da República. Foi membro do Grupo de Trabalho para acompanhamento das investigações do Caso Lava Jato perante o Supremo Tribunal Federal. Ex-Secretário Executivo da 5ª Câmara de Coordenação e Revisão (Combate à Corrupção) do Ministério Público Federal. Doutor e mestre em Direito pela PUC-SP. Foi professor adjunto do Curso de Direito da UFRN (2009-2018). Professor e orientador pedagógico da ESMPU. Foi integrante do Grupo Executivo da Secretaria de Cooperação Jurídica Internacional da Procuradoria Geral da República. Ex-coordenador do Núcleo Combate à Corrupção no MPF/RN. Ex-Procurador Regional dos Direitos do Cidadão em Mato Grosso. Ex-Presidente do Conselho Penitenciário do RN. Foi integrante da Força Tarefa do Caso Ararath (MT) e do Caso Penatenaico (DF).

Para tanto, no primeiro item deste trabalho levantaremos as diferenças entre elementos de prova e elementos de informação, abordando, inclusive, aquilo que a doutrina considera como prova pré-constituída e prova constituenda. Em seguida, distinguiremos a prova emprestada da chamada circulação de elementos de informação, tratando-as como espécies do gênero compartilhamento de dados.

Mais adiante, entraremos nas discussões atinentes ao compartilhamento de elementos obtidos em interceptação telefônica. Abordaremos, como cume analítico, as descobertas ao acaso, diferenciando os conhecimentos de investigação dos conhecimentos fortuitos, institutos que, apesar de incluídos no gênero “descobertas ocasionais”, são categorias diversas e, em consequência, demandam tratamento processual igualmente diverso.

Por fim, desenvolveremos as diferenças quanto à admissão de compartilhamento para procedimento/processo diverso e a consequente valoração, quando admissível, das duas mencionadas espécies de descobertas casuais.

2. ELEMENTOS DE INFORMAÇÃO E ELEMENTOS DE PROVA - DIFERENÇAS

No curso do esforço investigativo, por meio de procedimento administrativo que, na prática, se desenvolve sem a dialética necessária entre acusação e defesa³, são em regra produzidas informações aptas a subsidiar a peça a ser ofertada pelo órgão acusatório ou a alicerçar a decretação, pelo juiz, de medida de natureza cautelar⁴. Tais dados objetivos desvelados durante a investigação, ainda fora de um contraditório, não constituem prova⁵ em sentido técnico, mas terão valor, no procedimento inquisitorial, de *meros elementos informativos*⁶.

3. MAGALHÃES GOMES FILHO, Antonio; BADARÓ, Gustavo Henrique. Prova e Sucedâneo de prova no processo penal brasileiro. *Revista Brasileira de Ciências Criminais*. São Paulo, Revista dos Tribunais, mar/abr. 2007, n. 65, p. 193.
4. MAGALHÃES GOMES FILHO, Antonio. Limites ao compartilhamento de provas no processo penal. *Revista Brasileira de Ciências Criminais*, São Paulo, n. 122, p. 43-61, ago. 2016. p. 58.
5. Sem desconsiderar o caráter polissêmico da prova, como bem abordado por MAGALHÃES GOMES FILHO (Notas sobre a terminologia da prova (reflexos no processo penal brasileiro). In: YAR-SHELL, Flávio Luiz; MORAES, Maurício Zanoide (coords.). *Estudos em homenagem à professora Ada Pellegrini Grinover*. São Paulo: DPJ, 2005, p. 304).
6. Consoante AURY LOPES JUNIOR, os atos praticados em investigação esgotam sua eficácia probatória com a admissão da acusação (LOPES JUNIOR, Aury. *Sistemas de Investigação Preliminar no Processo Penal*. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2001, p. 119).

Mesmo os dados totalmente produzidos extraprocessualmente de forma antecipada, só serão considerados tecnicamente provas se validados processualmente, por meio do controle de sua confiabilidade ou autenticidade⁷ a ser realizado a partir do exercício de contraditório sobre tais elementos. Pode-se distinguir, dessa forma, provas pré-constituídas, geradas previamente, mas de necessária validação no processo por meio do contraditório, daquelas chamadas provas constituídas, cuja constituição e produção se dá no processo⁸. Temos, como exemplo da primeira, as provas documentais e, da segunda, as provas testemunhais. Portanto, o contraditório, seja *para a prova*, seja *sobre a prova*, fundamenta toda a estrutura processual.

Assim, ao lembrar as lições de MICHELE TARUFFO, GUSTAVO BADARÓ aduz que a regra segundo a qual a prova deve ser produzida em contraditório vale para as provas constituídas, que são criadas no processo. Por seu turno, as chamadas provas pré-constituídas, o importante é que o contraditório seja garantido, não para a formação da prova, mas para que as partes possam influenciar sobre sua futura valoração⁹. Essa é uma questão importante: não se pode valorar como *prova* o que juridicamente não tem o caráter de tal¹⁰.

Em vista disso, o artigo 155 do Código de Processo Penal com claro escopo de sublinhar a relevância da *prova*, realça a diferença entre esta e elementos de informação ao estabelecer que o “juiz formará sua convicção pela livre apreciação da prova produzida em contraditório judicial, não podendo fundamentar sua decisão exclusivamente nos elementos informativos colhidos na investigação, ressalvadas as provas cautelares, não repetíveis e antecipadas.” Nota-se que ao tornar explícita tal distinção, o legislador ressalta que a observância do contraditório é verdadeira condição da *existência da prova*¹¹.

Especialmente durante a fase investigatória, é possível, ademais, a realização de certos atos que tem por escopo alcançar elementos que depois

7. TARUFFO, Michele. *La prova dei fatti giuridici*, Milano: Guiuffrè, 1992, p. 352.

8. BADARÓ, Gustavo Henrique. Prova emprestada no processo penal e a utilização de elementos colhidos em Comissões Parlamentares de Inquérito. São Paulo, *Revista Brasileira de Ciências Criminais*, v. 106, 2014, p. 167/168.

9. BADARÓ, Gustavo Henrique. Prova emprestada..., p. 169/170.

10. MUÑOZ CONDE, Francisco. *La búsqueda de la verdad en el proceso penal*, 3ª ed. Buenos Aires: Hamurabi, 2007, p. 78.

11. MAGALHÃES GOMES FILHO, Antonio. Provas – Lei 11.690, de 09.06.2008, In Maria Thereza Rocha de Assis (Coord). *As reformas no Processo Penal. As novas Leis de 2008 e os Projetos de Reforma*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2008, p. 250.

serão levados ao processo para serem submetidos a um contraditório diferido. Tais atos são chamados por MAGALHÃES GOMES FILHO de meios de pesquisa ou de investigação de prova. São seus escólios¹²:

"Os meios de pesquisa ou investigação dizem respeito a certos procedimentos (em geral, extraprocessuais) reguladas pela lei, com o objetivo de conseguir provas materiais e que podem ser realizados por outros funcionários (policiais, por exemplo).

Com base nisso, o Código de Processo Penal italiano de 1988 disciplinou, em títulos diferentes, os *mezzi di prova* (testemunhos, perícias, documentos), que se caracterizam por oferecer ao juiz resultados probatórios diretamente utilizáveis na decisão, e os *mezzi di ricerca della prova* (inspeções, buscas e apreensões, interceptações de conversas telefônicas) que não são por si fonte de conhecimento, mas servem para adquirir coisas materiais, traços ou declarações dotadas de força probatória, e que também podem ter como destinatários a polícia judiciária ou o Ministério Público.

Outra importante distinção, ressaltada por Paolo Tonini, reside na *surpresa* que quase sempre acompanha a realização dos procedimentos de investigação, sem a qual seria inviável a obtenção de fontes de prova (...)"

O Código de Processo Penal e as leis especiais disciplinam os meios de pesquisa de prova ao estabelecerem diretrizes para assegurar que o conhecimento da fonte de prova e/ou dos elementos gerados seja compatível com o quadro de referência axiológica contido na carta política nacional, visando, sobretudo, a resguardar o núcleo essencial de direitos fundamentais, como a intimidade, a inviolabilidade domiciliar, a vida privada.

Sob esses pilares conceituais será discutida a possibilidade de se utilizar e valorar, em determinadas investigações ou processos, elementos de convicção e dados legitimamente adquiridos/produzidos a partir de base procedimental diversa.

3. COMPARTILHAMENTO DE ELEMENTOS PRODUZIDOS EM INVESTIGAÇÃO - DIFERENÇAS ENTRE PROVA EMPRESTADA E CIRCULAÇÃO DE ELEMENTOS DE INFORMAÇÃO

MAGALHÃES GOMES FILHO sustenta que a introdução de material probatório no processo é um verdadeiro direito subjetivo com a mesma natureza constitucional e o mesmo fundamento dos direitos de ação e de defesa¹³. Para o autor, o conteúdo deste direito envolve os seguintes momentos: a- investigação; b- propositura; c- admissão; d- produção; e- valo-

12. MAGALHÃES GOMES FILHO, Antonio. Notas..., p. 309.

13. MAGALHÃES GOMES FILHO, Antonio. *Direito à prova no processo penal*. São Paulo: RT, 1997, p. 84.

ração¹⁴. Sendo a prova um direito, apesar da existência de limites políticos, lógicos e epistêmicos à sua admissibilidade, a regra deve ser a da inclusão de todos os elementos relevantes para o acerto fático¹⁵.

Quanto a chamada prova emprestada, a doutrina vem entendendo-a como o aproveitamento de atividade probatória anteriormente desenvolvida, mediante traslado dos elementos que a documentaram¹⁶, para também gerar efeitos em outro processo, em atenção ao direito à prova das partes ou em razão de economia processual¹⁷.

GUSTAVO BADARÓ elenca os requisitos para que a prova originária de um processo possa ser validamente trasladada a outro: a- que a prova do primeiro processo tenha sido produzida perante um juiz natural; b- que a prova produzida no primeiro processo tenha possibilitado o exercício do contraditório perante a parte no segundo processo; c- que o objeto da prova seja o mesmo nos dois processos; d- que o âmbito de cognição do primeiro processo seja o mesmo do segundo processo¹⁸, ou seja, a prova produzida com cognição sumária não pode ser transportada para um processo de cognição plena, ressalvados os meios de obtenção ou as medidas cautelares de produção antecipada de prova. Outrossim, tem como característica ser trasladada em forma de documento¹⁹, mas não vale como tal, mantendo, potencialmente, seu valor probatório original, conforme produzido no primeiro processo²⁰ (por exemplo, o depoimento de uma testemunha é juntado ao segundo processo sob a forma documental, mas não terá o valor de prova documental, mas de prova testemunhal, tal como no primeiro processo²¹).

Entretanto, a noção de *compartilhamento*, no nosso entender, é mais abrangente se comparada à definição de empréstimo de prova. A relação

14. MAGALHÃES GOMES FILHO, Antonio. *Direito...*, p. 86/89.

15. TARUFFO, Michele. *La prova...*, p. 351.

16. TALAMINI, Eduardo. Prova emprestada no processo civil e penal. *Revista de Informação Legislativa*. Brasília, a 35, v. 140, out/dez, 1998, p. 146.

17. ALENCAR, Claudio Demczuk. O uso da prova emprestada no processo penal. *Revista de Informação Legislativa*. Brasília, a 49, n. 193, jan/mar, 2012, p. 285.

18. BADARÓ, Gustavo Henrique. Prova emprestada..., p. 163/167.

19. FABIO BECHARA sustenta que a prova emprestada não seria prova documental, mas mera documentação de uma prova produzida em outro feito. Somente teria natureza documental se, na sua origem, fosse também documental (BECHARA, Fábio Ramazzini. *Cooperação jurídica internacional em matéria penal: eficácia da prova produzida no exterior*. São Paulo: Saraiva, 2011, p. 124).

20. TALAMINI, Eduardo. Prova emprestada..., p. 146/147.

21. BEZERRA LOPES, Anderson. *Os conhecimentos fortuitos de prova no processo penal*. Belo Horizonte: De Plácito Editora, 2016, p. 146.

estabelecida entre eles é de conteúdo e continente, gênero e espécie. Em poucas palavras, o empréstimo de prova pode ser entendido como uma espécie de *compartilhamento* de elementos produzidos (ou validados, no caso de provas pré-constituídas) em processo sob o crivo do contraditório. A circulação de elementos de informação é também uma espécie de *compartilhamento* de dados, mas daqueles produzidos em procedimento investigativo.

Destarte, a considerar o ora aduzido, pode-se afirmar, em regra, que o traslado de dados objetivos produzidos durante a fase de investigação (elementos de investigação) para outro procedimento investigatório²², não pode ter o mesmo tratamento processual das provas emprestadas. Isso porque, além de tais elementos não serem considerados provas no sentido técnico, pois ainda não são dados de conhecimento submetidos ao contraditório²³ para a produção da prova ou sobre o elemento antecipadamente produzido, a própria fase investigatória tem o escopo específico de produzir, como já averbado, elementos de informação aptos a sustentar a *opinio delicti* do acusador ou alicerçar uma decisão cautelar do magistrado.

Dessa forma, em regra não há óbices na *circulação de elementos de informação* entre os diversos procedimentos investigatórios, mormente pela ausência, apesar da necessária observância à perfeição lógica, de grandes formalidades, seja pela falta de um rito preestabelecido²⁴, seja pela liberdade na eleição/formulação de hipóteses (e tentativa de sua confirmação) que circunscreve toda primeira fase do procedimento persecutório. E, onde as hipóteses fáticas são estabelecidas de forma mais ampla, mister a interlocução e troca de informações entre os diversos órgãos que as detêm justamente para confirmar, refutar ou redesenhar as linhas de investigação. Portanto, não há dificuldade em reconhecer uma maior elasticidade para o traslado e intercâmbio de elementos de informação entre diferentes investigações. Em outras palavras, tais dados são compartilháveis e, em regra, o são por quem detém a gestão desses elementos ainda não submetidos ao contraditório, seja ele, em caso de investigação criminal, o Ministério Público ou a autoridade policial.

22. Alguns princípios fundamentais da formação das provas são também aplicáveis na fase investigativa, como princípio da pertinência/relevância ou o princípio que exige a tutela da liberdade moral da pessoa na produção da prova (GALANTINI, Novella. Inossanza di limiti probatori e consequenze sanzionate. In Ubertis (org.). *La conoscenza del fatto nel processo penale*. Milano: Giuffrè, 1992, p. 178/179).

23. MAGALHÃES GOMES FILHO, Antonio. *Limites...*, p. 58.

24. SAAD, Marta Cristina Cury. *O direito de defesa no inquérito policial*. São Paulo: Ed. RT, 2004, p. 246/247.

Não é por outra razão que o artigo 3º, VIII, da Lei 12.850/13 incentiva a cooperação entre os diversos órgãos e instituições federais, estaduais ou municipais, na busca de informações de interesse da investigação, tratando-a como meio de obtenção de prova²⁵.

No mesmo sentido, o direito italiano, ao que parece, autoriza expressamente a possibilidade de transmigração de atos de conteúdo investigativo entre órgãos do Ministério Público em investigações coligadas, com a possibilidade de ser solicitada, nos termos do artigo 117 do CPP²⁶, cópia de atos referentes a outros procedimentos penais. O artigo 371 do CPP²⁷, por seu turno, prevê expressamente, em investigações relacionadas, alicerçado em princípios como da economia processual e da eficácia investigativa, a coordenação e viabilidade de trocas de informação entre membros diversos do Ministério Público.

Há, contudo, meios de obtenção de prova praticados durante a investigação submetidos à reserva de jurisdição, como as interceptações telefônicas, que, em razão de determinados limites decorrentes da presença de valores constitucionais superiores, o aproveitamento, em outro inquérito ou processo, dos elementos desvelados em processo ou inquérito primário²⁸, pode conter restrições. Nesses casos, falar em transmigração de tais dados significa dizer que o resultado do uso de instrumentos cognitivos formados em outro procedimento venha a ser utilizado diante de um juiz novo, diverso daquele que, responsável pela análise do pedido de restrição de direitos fundamentais, autorizou a utilização do meio de pesquisa da prova, a fim de que medidas, que não foram primitivamente autorizadas por quem receberá tais elementos, passem a também ter eficácia no processo ou procedimento *ad quem* (processo de destino). Cabe, assim, avaliar

25. Art. 3º, VIII, da Lei 12.850/13. Em qualquer fase da persecução penal, serão permitidos, sem prejuízo de outros já previstos em lei, os seguintes meios de obtenção da prova: VIII - cooperação entre instituições e órgãos federais, distritais, estaduais e municipais na busca de provas e informações de interesse da investigação ou da instrução criminal.

26. Art. 117 CPP. 1. Fermo quanto disposto dall'articolo 371, quando è necessario per il compimento delle proprie indagini, il pubblico ministero può ottenere dall'autorità giudiziaria competente, anche in deroga al divieto stabilito dall'articolo 329, copie di atti relativi ad altri procedimenti penali e informazioni scritte sul loro contenuto. L'autorità giudiziaria può trasmettere le copie e le informazioni anche di propria iniziativa.

27. Art. 371 do CPP. 1. Gli uffici diversi del pubblico ministero che procedono a indagini collegate, si coordinano tra loro per la speditezza, economia ed efficacia delle indagini medesime. A tali fini provvedono allo scambio di atti e di informazioni nonché alla comunicazione delle direttive rispettivamente impartite alla polizia giudiziaria. Possono altresì procedere, congiuntamente, al compimento di specifici atti.

28. MAGALHÃES GOMES FILHO, Antonio. Limites..., p. 59.

os lindes de admissão de compartilhamento e, se admissíveis, de valoração dos dados desvelados por intermédio do mencionado meio de obtenção de prova.

4. COMPARTILHAMENTO DOS DADOS OBTIDOS POR MEIO DE INTERCEPTAÇÃO TELEFÔNICA

A doutrina nacional se digladia, em razão dos limites dispostos no artigo 5º, XII, da Constituição Federal²⁹ e no art. 1º da Lei 9.296/96³⁰, quanto à possibilidade de se admitir a transmigração dos elementos obtidos durante o curso de interceptação telefônica do procedimento originário a outro diverso. Enquanto alguns autores, como EDUARDO TALAMINI³¹, sustentam que, se aberta a possibilidade, investigações poderiam ser utilizadas como pretexto para uso de prova ilícita, outros como ADA GRINOVER, SCARANCE FERNANDES e MAGALHÃES GOMES FILHO³² admitem o traslado da prova, ao sustentarem, em resumo, que, uma vez rompida de forma lícita a intimidade, nada mais resta a preservar.

O Supremo Tribunal Federal já enfrentou o problema do compartilhamento de elementos obtidos em interceptação telefônica, inclusive para procedimentos não penais, na Questão de Ordem no Inquérito 2424/RJ, DJ de 20.10.2011. Em voto condutor no mencionado *leading case*, o Ministro Cezar Peluso sustentou que a interpretação do artigo 5º, XII, da Constitui-

29. Art. 5º, XII, da CF. É inviolável o sigilo da correspondência e das comunicações telegráficas, de dados e das comunicações telefônicas, salvo, no último caso, por ordem judicial, nas hipóteses e na forma que a lei estabelecer para fins de investigação criminal ou instrução processual penal.

30. Art. 1º da Lei 9.296/96. A interceptação de comunicações telefônicas, de qualquer natureza, para prova em investigação criminal e em instrução processual penal, observará o disposto nesta Lei e dependerá de ordem do juiz competente da ação principal, sob sigilo de justiça.

31. "É, portanto, absolutamente inaproveitável para qualquer outro fim a gravação que não diga respeito à comprovação da situação apresentada ao juiz quando se requer a interceptação - ainda que se preste à comprovação de outros fatos. Essa mesma diretriz há de vigorar para as gravações que interessem à situação investigada e sejam levadas ao processo penal: apenas este caso serão utilizáveis - não se permitindo seu empréstimo para outras finalidades, mediante empréstimo de prova (TALAMINI, Eduardo. Prova emprestada..., p. 158).

32. "(...) de nossa parte, pensamos ser possível o transporte de prova. O valor constitucionalmente protegido pela vedação das interceptações telefônicas é a intimidade. Rompida esta, lícitamente, em face do permissivo constitucional, nada mais resta a preservar. Seria uma demasia negar-se a recepção da prova assim obtida, sob a alegação de que estaria obliquamente vulnerado o comando constitucional. Ainda aqui, mais uma vez, deve prevalecer a lógica do razoável (...). Nessa linha de interpretação, cuidados especiais devem ser tomados para evitar que o processo penal sirva exclusivamente como meio oblíquo para legitimar a prova no processo civil. Se o juiz perceber que esse foi o único objetivo da ação penal, não deverá admitir a prova na causa cível (GRINOVER, Ada Pelegrini, MAGALHÃES GOMES FILHO, Antonio. SCARANCE FERNANDES, Antonio. *As nulidades no Processo Penal*. 9ª ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2006, p. 119-120).

ção Federal e artigo 1º da Lei 9.296/96 deve discernir dois âmbitos semânticos correspondentes a duas regras distintas: o da “*produção da prova*” inerente aos resultados documentais da interceptação e o do seu “*uso processual*”. Aduz o magistrado que, no aspecto da “*produção*” da prova, a restrição constitucional tem por escopo preservar a intimidade, que não se confunde com o “*uso*” lícito da prova consistente nos dados retóricos obtidos com a violação lícita de tal direito individual. Afirma, ademais, que não se pode conceber insultoso à Constituição Federal nem à lei o entendimento de que o dado oriundo de interceptação telefônica lícita, autorizada e realizada em procedimento criminal, possa ser devidamente trasladado a outros procedimentos com cariz diverso, como os cíveis ou os disciplinares, para subsidiá-los.

Durante os debates, o mencionado Ministro afirma que tendo a norma caráter excepcional e singular, ela só autoriza a obtenção dos elementos, por interceptação telefônica, para fins penais. Entretanto, tal norma admite, em razão do próprio valor protegido pela exceção constitucional, que o dado desvelado possa ser excepcionalmente “*usado*”, por exemplo, para fins não penais, já que não se trata de hipótese de tornar a quebrar o sigilo, pois não há um novo afastamento de sigilo se este já se encontra quebrado.

Em diversos outros precedentes, a Suprema Corte nacional reafirma que os elementos colhidos em interceptação telefônica devidamente autorizada pelo juízo competente podem ser compartilhados para fins de instruir processo criminal ou mesmo administrativo disciplinar contra investigados (HC 102.293/RS, Relator Ministro Ayres Brito, DJ 19.12.2011), desde que, autorizados pelo juízo gestor da prova (Inq. 3.965/DF, relator Ministro Teori Zavascki, DJ 6.12.2016), seja franqueado o seu acesso visando a assegurar as garantias ao contraditório e à ampla defesa. Ressaltam, entretanto, que a condenação não deve se alicerçar exclusivamente naqueles dados, servindo estes para ratificar os demais elementos de convicção produzidos (HC 114.074/SC, Relatora Ministra Rosa Weber, DJ 27.05.2013)³³.

33. Posicionamento isolado, tomado por maioria e que não se encontra alicerce em outros precedentes do Pretório Excelso, foi esposado no agravo regimental ao inquérito 3014/PR, relator Ministro Marco Aurélio, DJ 23.09.2013, onde, em sua ementa, se lê o seguinte: “PROVA – INTERCEPTAÇÕES TELEFÔNICAS – COMPARTILHAMENTO – IMPROPRIEDADE. Consoante dispõe o inciso XII do artigo 5º da Constituição Federal, mostra-se inadequado o compartilhamento de prova que, no campo da exceção – afastamento da privacidade –, implicou interceptação telefônica determinada por órgão judicial e para efeito específico, ou seja, investigação criminal ou instrução processual penal.” Entretanto, como não foi disponibilizado o inteiro teor do acórdão, não é possível aferir as razões esposadas pelos Ministros.

O Superior Tribunal de Justiça também se debruçou sobre o tema. No Recurso em Habeas Corpus nº 52.209/RS, publicado em 27.11.2014, o Ministro Jorge Mussi, em seu voto condutor, seguindo entendimento do Pretório Excelso, sustenta que, embora as interceptações telefônicas só possam ser autorizadas durante a investigação ou processo criminal, o certo é que, uma vez autorizada judicialmente, de forma lícita, seu conteúdo pode ser utilizado para fins de imposição de pena na seara administrativa-disciplinar. Valendo-se do princípio da proporcionalidade, assevera não se mostrar razoável que conversas gravadas, cujo teor torna-se público com a prolação de uma sentença condenatória, não possam ser aproveitadas em outras esferas.

Na Itália, o Código de Processo Penal de 1930, após introdução do artigo 226-*quater* pelo artigo 5º da Lei de 8 de abril de 1974, em um primeiro momento previa a inadmissibilidade de utilização dos elementos de interceptação, *com o valor de prova*, em procedimento diverso³⁴. Após, com o advento do art. 8º do Decreto Lei nº 59 de 1978, houve previsão da possibilidade de utilização em outro processo, para fins probatórios, dos resultados das interceptações, mas observando-se certas limitações³⁵. Mesmo com a vedação inicial da utilização dos elementos como se prova fosse, a jurisprudência italiana vinha ratificando a possibilidade de ocasional utilização do resultado de interceptações telefônicas autorizadas legitimamente como fatos históricos aptos a subsidiar o convencimento do Ministério Público para o exercício de outra ação penal³⁶, posição esta, contudo, contestada por parte da doutrina da época³⁷.

Com a reforma de 1988, o artigo 270, *comma* 1, do CPP italiano passou a estabelecer que o resultado das interceptações não podem ser utilizados em procedimentos diversos, salvo se resultarem indispensáveis

34. Reza o dispositivo: "le notizie contenute nella predette registrazioni e verbali non possono essere utilizzate quali prove in procedimenti diversi da quelli per i quali sono state raccolte."

35. O artigo modificado previa que "Le notizie contenute nelle predette registrazioni e nei predetti verbali possono essere utilizzate quali prove in procedimenti diversi da quelli per i quali sono state raccolte, se si riferiscono a reati per i quali il mandato di cattura è obbligatorio anche per taluno soltanto degli imputati."

36. Cass. Pen. Sez. II, 06 de dezembro de 1978, Mucciaccia, in Cass. Pen. 1980, p. 819, onde se lê: "Le intercettazioni telefoniche, legittimamente eseguite, non possono essere utilizzate come prove in procedimenti diversi da quelli per i quali furono autorizzate. È, tuttavia, consentito utilizzare le notizie, come fatti storici, che permettano al p.m. l'esercizio dell'azione penale, tendente ad accertare l'esistenza di un reato e l'autore di esso, sempre a condizione che si tratti di notizie raccolte durante intercettazioni telefoniche legittime".

37. BOSSETTO, Gabriele. Osservazioni in tema d'inutilizzabilità effettiva delle intercettazioni telefoniche non utilizzabili, in *Rivista penale*, an. 108, fasc. 7-8, 1982, p. 641.

para o acerto dos delitos para os quais é obrigatória a prisão em flagrante³⁸. A partir da leitura de tal artigo de forma isolada, alguns autores passaram a entender, em cotejo com os antigos dispositivos do Código Rocco, que a vontade do legislador foi a de vedar qualquer utilização dos elementos produzidos a partir de interceptação telefônica em processo ou procedimento pré-processual diversos dos originários³⁹. Outros doutrinadores⁴⁰, contudo, apontam que uma interpretação sistemática permite concluir que os elementos desvelados em interceptação telefônica são passíveis de admissão, em outro procedimento, não como prova, mas como *notitia criminis*, em especial considerando-se o mencionado dispositivo e o conteúdo previsto nos artigos 330⁴¹, 347⁴², 371⁴³, todos do mesmo diploma legal, que conferem à polícia e ao Ministério Público a obrigação de agirem ao se depararem com notícia de prática criminosa e a compartilharem informações quando há investigações correlatas.

Considerando-se tais posicionamentos, os limites impostos pela proibição prevista no artigo 270, *comma* 1, do Código de Processo Penal Italiano, seriam somente para migração a *procedimento diverso* dos resultados da interceptação telefônica como *elementos de prova*. Em outras palavras, haveria uma diferença entre o uso processual-probatório e o uso investigativo, em outro procedimento, dos elementos de conhecimento desvelados em interceptação telefônica.

-
38. Artigo 270 do CPP. Utilizzazione in altri procedimenti. 1. I risultati delle intercettazioni non possono essere utilizzati in procedimenti diversi da quelli nei quali sono stati disposti, salvo che risultino indispensabili per l'accertamento di delitti per i quali è obbligatorio l'arresto in flagranza.
39. DE LEO, Francesco. Vecchio e nuovo in materia di intercettazioni telefoniche riguardanti reati non previsti nel decreto di autorizzazione, in *Foro Italiano*, vl. 112, Parte Seconda: Giusprudenza Penale, 1989, p. 23.
40. CALMON, Alberto. *Le intercettazioni nel processo penale*. Milano: Giuffrè, 1996, p. 283.
41. Art. 330 do CPP. Acquisizione delle notizie di reato. 1. Il pubblico ministero e la polizia giudiziaria prendono notizia dei reati di propria iniziativa e ricevono le notizie di reato presentate o trasmesse a norma degli articoli seguenti.
42. Art. 347 do CPP. Obbligo di riferire la notizia del reato. 1. Acquisita la notizia di reato, la polizia giudiziaria, senza ritardo, riferisce al pubblico ministero, per iscritto, gli elementi essenziali del fatto e gli altri elementi sino ad allora raccolti, indicando le fonti di prova e le attività compiute, delle quali trasmette la relativa documentazione.
43. Art. 371 do CPP. Rapporti tra diversi uffici del pubblico ministero. 1. Gli uffici diversi del pubblico ministero che procedono a indagini collegate, si coordinano tra loro per la speditezza, economia ed efficacia delle indagini medesime. A tali fini provvedono allo scambio di atti e di informazioni nonché alla comunicazione delle direttive rispettivamente impartite alla polizia giudiziaria. Possono altresì procedere, congiuntamente, al compimento di specifici atti.

Com o escopo de ampliar a possibilidade de circulação probatória, precedentes da Corte de Cassação estipularam uma noção *substancial* do que é *procedimento diverso*. Destarte, se um ulterior ilícito foi relevado no contexto da mesma situação penalmente relevante que, *na origem*, legitimou a atividade de interceptação telefônica, não se reconhece a proibição contida no art. 270 do CPP italiano⁴⁴.

Assim, para fins da proibição contida no mencionado dispositivo, a jurisprudência daquele país acentua que não se insere no conceito de *procedimento diverso* as investigações estritamente conexas e relacionadas sob o perfil objetivo e probatório do crime para o qual o meio de obtenção de prova foi autorizado. A diversidade do procedimento deve ser entendida em sentido substancial, não ligada a dado puramente formal do número de inscrição no registro da notícia do crime, mas referível ao conteúdo da mesma *notitia*, ou seja, ao fato criminoso em relação ao qual estão em curso as investigações necessárias para o exercício da ação penal⁴⁵.

Dito de outra forma, valeriam como prova em outro procedimento os elementos desvelados em interceptação telefônica quando estão em correspondência com o objeto específico da investigação, mas teriam valor de notícia de fato quando necessária sua utilização em procedimento investigatório *substancialmente* diverso já iniciado ou a iniciar.

Ao que parece, tal entendimento desenvolvido pelo direito italiano quanto à admissão do compartilhamento de elementos desvelados em interceptação telefônica legítima se amolda ao entendimento desenvolvido em regra pelo direito brasileiro. Como aduzido, apesar da cizânia doutrinária, nossa Corte Constitucional já afirmou a possibilidade de transmigração probatória de elementos produzidos em interceptação telefônica lícita de um processo a outro, inclusive na esfera cível e administrativo-disciplinar, especialmente quando necessária a provar o mesmo fato.

Dessa forma, a definição trazida pelos italianos de procedimento substancialmente diverso ajuda a justificar a admissão dos dados produzidos a partir da interceptação telefônica autorizada lícitamente pelo juízo crimi-

44. Cass., Sez. VI, 16 de março de 2004, Morelli, in Guida dir. 2004, n. 33, 81, pelo qual "la nozione di 'diverso procedimento'...non si estende fino a escludere la possibilità di utilizzazione delle intercettazioni in procedimenti concernenti indagini strettamente connesse e collegate, sotto il profilo oggettivo, probatorio e finalistico al reato in ordini al quale il mezzo di ricerca della prova è stato disposto. Devendosi anzi precisare che la diversità del procedimento di cui parla l'art. 270 deve assumere rilievo di carattere sostanziale e no può essere ricollegata a dati meramente formali, quali la materiale distinzione degli incartamenti relativi ai due procedimenti o il loro diverso numero di iscrizione nel registro delle notizie di reato".

45. Cass., Sez. IV, 19 janeiro de 2010, Verdoscia, in Mass Uff n. 245.977.

nal em procedimentos que apuram os mesmos fatos, mas em outras searas de interesse estatal. Suponha-se, por exemplo, que determinado servidor público venha a responder por crime de corrupção a partir de elementos obtidos por meio de interceptação telefônica. A ação civil por ato de improbidade administrativa e o procedimento administrativo correicional, apesar de serem procedimentos com consequências diversas, tem instauração alicerçada em fatos substancialmente análogos àqueles relacionados à interceptação telefônica. Nesse caso, o Estado pode conhecer do mesmo fato sob uma ótica diversa, a partir de outra área de seu interesse. Em consequência, os elementos produzidos na seara criminal podem ser trasladados a esses procedimentos cíveis e correicionais que possuam objeto similar.

4.1. Os elementos obtidos ao acaso em interceptação telefônica⁴⁶

Questão que merece aprofundamento é a relativa à possibilidade de admissão em outro processo/procedimento e a consequente valoração de dados que, nas interceptações telefônicas, são obtidos ao acaso, fora dos lindes objetivos e subjetivos⁴⁷ traçados pelo magistrado em sua decisão inicial.

Destarte, o juízo, ao autorizar tal meio de pesquisa de prova, deve, por determinação normativa, traçar os seus lindes subjetivos e objetivos. Entretanto, as interceptações telefônicas podem alcançar fatos não indicados na decisão, mas desvelados no curso da medida, os quais estarão (ou não) diretamente relacionados ao objeto que ensejou a sua autorização. Sendo técnica de investigação dirigida a descobrir conteúdo de comunicação, não há como se afastar do envolvimento de uma pessoa fora do universo de suspeitos abrangido pela decisão judicial. Por outro lado, a necessidade de se prostrar no tempo, para eficiência do esforço investigativo, aumenta as chances de se alcançar, objetiva e subjetivamente, elementos diversos dos inicialmente esperados.

Nesse aspecto, os achados ocasionais vem sendo tratados diversamente pela doutrina que se debruça sobre o tema: aquelas descobertas decor-

46. O núcleo deste item e do item subsequente foi desenvolvido por um dos autores no texto intitulado "Considerações acerca do conhecimento ao acaso a partir das interceptações telefônicas e o foro por prerrogativa de função no STF - análise dogmática e dos precedentes da Suprema Corte" In: SALGADO, Daniel de Resende e QUEIROZ, Ronaldo Pinheiro. *A prova no enfrentamento à macrocriminalidade*. 3ª ed. Salvador: Ed. Juspodvm, 2019, p. 471/504.

47. A descoberta pode ser objetiva se recair sobre outros fatos, conexos ou não ao crime que se investiga, como também pode ser subjetiva, quando recai sobre outras pessoas, coautoras ou partícipes do crime investigado, autoras de delito conexo ou autor, coautor ou partícipe de outro crime sem conexidade, interlocutor ou terceiro referido.

rentes da mesma linha histórica dos fatos que originaram a investigação são chamadas de conhecimentos de investigação (*Untersuchungserkenntnissen*); e aqueles achados que não possuem vínculo ou um liame, quer por conexão, quer por continência, aos fatos que originaram a investigação primitiva são denominados de conhecimentos fortuitos (*Zufallsfunde*)⁴⁸. GUEDES VALENTE assim apresenta seus escólios sobre conhecimentos de investigação⁴⁹:

“aqueles que, recolhidos por meio de escuta telefônica lícita, se encontram em uma relação de concurso ideal ou aparente com o crime catálogo que fundamentou o recurso à escuta telefônica, que compreendem os designados delitos alternativos que comprovam de modo alternativo os factos do crime catálogo que, no âmbito dos crimes que fundamentam a autorização relativamente ao crime de associação criminosa, que constituem a finalidade ou a atividade daquela, i.e., como afirma RIESS, estes conhecimentos da investigação ‘integram o processo histórico que, a seu tempo, ofereceu o motivo para uma ordem legítima de escuta (...)’”

Portanto, os elementos captados ao acaso são considerados conhecimentos de investigação quando se vinculam diretamente aos fatos delituosos que alicerçaram a autorização de interceptação telefônica. Dito de outra forma, é necessário que se encontrem dentro de uma unidade de ação, em sentido processual⁵⁰.

Por seu turno, no conhecimento fortuito o dado colhido não possui relação objetiva com o fato que originou a interceptação telefônica. Por exclusão, todo fato que não tenha vínculo, quer por conexão, quer por continência, com o que legitimou a interceptação, é conhecimento fortuito. Sobre o tema, GUEDES VALENTE assim averba⁵¹:

“(...) preenchem o quadro dos conhecimentos fortuitos – *Zufallsfunde* – os factos ou conhecimentos recolhidos por meio da realização legal de interceptação ou gravação de comunicações e/ou conversações telefônicas (...) e que não se reporta ao crime que fundamentou o recurso ao meio de obtenção de prova em curso ou ‘a qualquer outro delito (pertencente ou não

48. Alguns autores dão outra denominação. Sustentam que as descobertas conexas e as não conexas com o fato primário devem ser tratadas como encontros fortuitos ou serendipidade. O encontro fortuito de fato conexo é, por alguns, chamado de serendipidade ou encontro fortuito de primeiro grau. O de fatos não conexos é denominado encontro fortuito ou serendipidade de segundo grau. Vide, por exemplo, GOMES, Luiz Flávio; SANCHES, Rogério. *Legislação Criminal Especial. Coleção Ciências Criminais*, vl. 06. São Paulo: Ed. RT, 2009, p. 475/476.

49. GUEDES VALENTE, Manoel Monteiro. *Conhecimentos Fortuitos: A busca pelo equilíbrio Apuleiano!* Coimbra: Almedina, 2006, p. 80.

50. AGUILAR, Francisco. *Dos conhecimentos fortuitos obtidos através de escutas telefônicas – contributo para o seu estudo nos ordenamentos jurídicos alemão e português*. Coimbra: Almedina, 2004, p. 18.

51. GUEDES VALENTE, Manoel Monteiro. *Conhecimentos Fortuitos...*, p. 74.

ao catálogo legal) que esteja baseado na mesma situação histórica de vida daquele', ou, na construção mais simples e clara de COSTA ANDRADE 'factos ou conhecimentos recolhidos fortuitamente, isto é, que não se reportam ao crime cuja investigação legitimou a sua realização.'"

Destarte, a partir dessa construção dogmática, vislumbra-se que há uma distinção central entre os conhecimentos fortuitos (conhecimentos que não se reportam aos crimes que legitimaram a escuta e que se encontram fora da cadeia dos fatos e autores investigados) e conhecimentos da investigação (conhecimentos que, ao invés, se relacionam, de forma consequencial, à investigação em curso).

Pode-se concluir, assim, que a delimitação conceitual dos conhecimentos de investigação se faz por recurso ao critério de unidade de investigação (conexão ou continência), que se alicerça nos lindes estatuídos pelos artigos 76⁵² e 77 do Código de Processo Penal brasileiro. Por sua vez, a definição dos conhecimentos fortuitos é residual, ou seja, os fatos que não se alinham ao conceito de conhecimentos de investigação integram a sua categoria.

Dessa forma, no gênero descobertas ocasionais, os conhecimentos fortuitos e os conhecimentos de investigação são categorias diversas e, em consequência, merecerão tratamento processual igualmente diverso. Tal diferenciação, por óbvio, justifica a demarcação distinta de regimes jurídicos. Destarte, mesmo se partirmos do pressuposto de que a prova primária, da qual se originou a autorização judicial, foi produzida licitamente⁵³, tal distinção trará reflexos na possibilidade (ou não) de compartilhamento do elemento obtido ao acaso e de sua consequente valoração⁵⁴.

52. Faz-se a ressalva, como também o faz ANDERSON BEZERRA LOPES, à conexão instrumental ou probatória (art. 76, III, do CPP) "cujo conteúdo é extremamente vago e aberto, permitindo ao intérprete de plantão um grau de discricionariedade incompatível com uma definição restritiva de conhecimento fortuito." (BEZERRA LOPES, Anderson. *Os conhecimentos fortuitos...*, p. 199/200).

53. "Suponhamos que os fatos diferentes do fato delitivo objeto da interceptação telefônica judicialmente autorizada tenham sido descobertos durante a interceptação, de maneira imprevista. Tendo em vista a imprevisão ou casualidade da descoberta, durante diligência lícita, não vemos como a atribuição do caráter ilícito à prova assim obtida possa dissuadir a polícia ou outro órgão de não mais requerer ou realizar a interceptação, pois não haveria como dissuadir alguém de descobrir algo que é imprevisível. Além do que não há qualquer abuso ou intenção na descoberta fortuita dos fatos diversos". (FEITOZA, Denilson. *Direito Processual Penal - Teoria, crítica e praxis*. 5ª ed. Niterói: Editora Impetus, 2007, p. 684).

54. Não há dúvidas de que o encontro casual só pode ser valorado na medida em que a interceptação telefônica da qual foi decorrente não seja ilegal. Se a escuta for originariamente ilegal, é latente a existência de uma proibição de valoração da prova derivada de uma anterior produzida de forma espúria.

4.2. Compartilhamento e Valoração dos elementos obtidos ao acaso em interceptação telefônica

4.2.1. Compartilhamento de conhecimentos de investigação para procedimento diverso e sua valoração

Não restam dúvidas de que a valoração dos conhecimentos produzidos lícitamente que se relacionam a uma investigação em curso (conhecimentos de investigação), no mesmo procedimento em que são produzidos, não é vedada. Assim, ao se verificar que os elementos encontrados ao acaso estão inseridos dentro da mesma linha histórica, com a existência de identidade/congruência entre o fato desvelado e a atividade investigada, tais elementos consequenciais são valoráveis pelo juízo competente, justamente por se conectarem aos fatos que motivaram a medida. Em resumo, os conhecimentos de investigação podem ser valorados nos autos para qual foi destinada a autorização da interceptação telefônica, em face de sua imbricação objetiva ou finalística com a matéria fática sob investigação⁵⁵.

Partindo-se dessa premissa, os conhecimentos de investigação tanto podem ser valorados em razão do investigado que se encontra sob interceptação, como contra qualquer terceiro em contato com o imputado (desde que o meio de comunicação interceptado esteja sob utilização da pessoa sobre a qual recai a escuta), tudo em face da relação de conexidade com o objeto inicial em investigação nos autos onde foi autorizada a escuta telefônica. Dessa forma, mantém-se o postulado de que uma lícita produção de prova conduz a sua lícita valoração⁵⁶.

Por outro lado, parece-nos que, em regra, uma vez internalizado no processo e submetido ao contraditório *sobre* o que fora obtido, também

55. O Tribunal da Relação do Porto, no acórdão de 12/12/2007, Autos n.º 0744715; Relator: ARTUR OLIVEIRA, entendeu que: "A possibilidade de valoração dos conhecimentos da investigação não é ofensiva da Constituição da República Portuguesa, porque se esta protege, por um lado, os vários aspectos da vida privada (artigos 32º/8 e 34º/1 e 4, ambos da CRP), por outro lado, também comete aos tribunais a missão de administrar a justiça, assegurando a defesa dos direitos e interesses legalmente protegidos, reprimindo a violação da legalidade democrática e dirimindo os conflitos de interesses públicos e privados (art. 202.º, n.º 1 e 2 da CRP)".

56. É nesse sentido o seguinte precedente do Supremo Tribunal Federal (STF: HC 83.515/RS, Tribunal Pleno, Relator Ministro Nelson Jobim, DJ 04/05/2005): "Uma vez realizada a interceptação telefônica de forma fundamentada, legal e legítima, as informações e provas coletadas dessa diligência podem subsidiar denúncia com base em crimes puníveis com pena de detenção, desde que conexos aos primeiros tipos penais que justificaram a interceptação. Do contrário, a interpretação do art. 2º, III, da Lei 9.296 levaria ao absurdo de concluir pela impossibilidade de interceptação para investigar crimes apenas com reclusão quando forem estes conexos com crimes punidos com detenção".

recebido no segundo processo com o mesmo caráter do primeiro processo: elemento de informação e/ou fonte de prova⁶⁰.

4.2.2. Os efeitos probatórios dos conhecimentos fortuitos

No curso da captação da comunicação telefônica também podem surgir fatos distintos da situação objeto da investigação e que não possuem vínculos objetivos com os crimes que os legitimaram (conhecimentos fortuitos). Nesses casos, há múltiplos entendimentos quanto aos efeitos probatórios dos dados desvelados ao acaso⁶¹.

Na doutrina estrangeira, há quem espouse a tese da recusa integral de validade de tais elementos⁶², como existem aqueles que sustentam que os conhecimentos fortuitos seguirão o mesmo regime de valoração dos conhecimentos de investigação⁶³. Outros entendem que a valoração deve estar condicionada a determinados pressupostos que, na verdade, procuram efetivar as diversas dimensões do princípio da razoabilidade⁶⁴ e, ainda, há aqueles que observam que se o crime revelado fortuitamente for daqueles para os quais a interceptação é admissível, a prova fortuitamente encontrada terá validade, mas, caso não, a prova não poderá ser utilizada para nenhuma finalidade, nem mesmo como notícia de crime ou fonte de prova para nova investigação⁶⁵.

60. BEZERRA LOPES, Anderson. *Os conhecimentos fortuitos...*, p. 149.

61. Tal estudo foi desenvolvido de forma mais aprofundada no já mencionado texto intitulado "Considerações acerca...", p. 471/504.

62. Prittwitz, segundo FRANCISCO AGUILAR, postula o entendimento de que "a valoração dos conhecimentos fortuitos resultantes de escutas telefônicas carece de correspondente norma permissiva". Para tal autor, a valoração deve limitar-se aos crimes dos quais foi ordenada a escuta, não havendo a possibilidade de valoração dos conhecimentos fortuitos (AGUILAR, Francisco. *Dos conhecimentos fortuitos...*, p. 44).

63. Schünemann, segundo FRANCISCO AGUILAR. Nesse sentido, o mencionado autor assevera: "Todos os conhecimentos fortuitos seriam, desse modo, susceptíveis de valoração por força da realização, conforme a lei, da escuta telefônica. Ou seja, conhecimentos de investigação e conhecimentos fortuitos seguiriam o mesmo destino jurídico: a valoração, contanto que a escuta telefônica obedecesse aos requisitos legais."

64. Por exemplo, para GUEDES VALENTE (*Conhecimentos fortuitos...*, p. 57) a valoração dos conhecimentos fortuitos implica "a vivência do princípio da proporcionalidade lato sensu ornado com os seus corolários que lhe reforçam a textura e limitam uma valoração desmedida e arbitrária".

65. Com base na importação do conceito norte-americano de *expectation of privacy* e levando em consideração também o critério norte-americano denominado *Katz test*, Ricardo Sadi assevera que "ao manter comunicações com um interlocutor de sua escolha, a expectativa de privacidade do indivíduo (cuja existência é inegável) só poderá ser frustrada pelo Estado para amealhar elementos probatórios relativos àqueles crimes em relação aos quais a lei, clara, pública, acessível e prévia, admita interceptação, sob pena de faltar a necessária previsibilidade ao indivíduo e, assim, ser a interferência estatal ilegítima, porquanto reprovada no *Katz test*. A nosso ver, portanto,

No direito português, por exemplo, a corrente que parece ter mais ressonância é a que reconhece ter os achados fortuitos o efeito de *notitia* de fato. Segundo tal doutrina, a proibição de valoração dos elementos de informação desvelados alcança, tão somente, a negação de seus efeitos probatórios, mas não a negação dos efeitos investigatórios⁶⁶. Assim, são aproveitados como subsídios para uma nova investigação, como bem aduz CARLOS ADÉRITO TEIXEIRA ao afirmar que elementos serviriam de revelação para o desencadeamento de um novo procedimento investigatório, mas não possuiriam valor probatório⁶⁷.

Na doutrina nacional, alguns autores direcionam-se no sentido de que, em caso da inexistência de relação causal entre o fato descoberto ao acaso e o objeto da investigação que motivou a autorização para monitoramento, os elementos encontrados fortuitamente, ou seja, desconectados do crime sob investigação, devem ser reconhecidos como *notitia* de fato, a serem utilizados pela autoridade competente para início de uma nova investigação, dada a impossibilidade de sua absorção pela causa primária. Tal entendimento é esposado, mais ou menos na mesma linha, entre outros, por RENATO BRASILEIRO⁶⁸, LENIO STRECK⁶⁹, LUIZ FLAVIO GOMES/SILVIO MACIEL⁷⁰ e AURY LOPES JUNIOR⁷¹. Nesse diapasão, reconhecem a eficácia de notícia-crime aos conhecimentos fortuitos, sob o entendimento de que a descoberta não pode ser prova. Ao negarem seus efeitos probatórios, passam a se aproximar do entendimento de que a consequência jurídica decorrente do conhecimento fortuito é a de servir

a prova fortuitamente encontrada por meio de interceptação telefônica só terá validade se o crime que ela revelar for daqueles que admita interceptação, independentemente denexo causal ou de conexão com o crime que ensejou a medida. Caso não resta atendido esse pressuposto, a prova não poderá ser utilizada para nenhuma finalidade, nem mesmo como notícia de crime ou fonte de prova para nova investigação" (SADI, Ricardo. *A interceptação das comunicações telemática no processo penal*. Belo Horizonte: D'Placito Editora, 2016, p. 293).

66. RODRIGUES, Claudio Lima. Da valoração dos conhecimentos fortuitos obtidos durante a realização de uma escuta telefônica. www.verbojuridico.com/ficheiros/doutrina/penal/claudiorodrigues_conhecimentosfortuitos.pdf, Acesso em 01/05/2015, p. 218.
67. TEIXEIRA, Carlos Adérito. "Escutas telefônicas: a mudança de paradigma e os velhos e os novos problemas", *Revista do CEJ*. Lisboa, n.º 9, 2008, p. 272/273.
68. LIMA, Renato Brasileiro. *Manual de Processo Penal*, VI. Niterói, Rio de Janeiro: Impetus, 2011, p. 1.087.
69. STRECK, Lenio Luiz. *As Interceptações Telefônicas e os Direitos Fundamentais – Constituição, Cidadania e Violência – A lei 9.296/96 e seus reflexos penais e processuais*. 2ª ed, revista e ampliada. Porto Alegre: Editora Livraria do Advogado, 2001, p. 123/130.
70. GOMES, Luiz Flávio; MACIEL, Silvio. *Interceptação Telefônica – Comentários à Lei 9.296, de 24.07.1996*. São Paulo: Ed. RT, 2012, p. 106/110.
71. LOPES JUNIOR, Aury. *Direito processual penal*. 10ª ed. São Paulo: Saraiva, 2013, p. 588/589.

como alicerce a uma diversa investigação, tendo o mesmo valor que se confere a uma *notitia de fato*.

Outros autores defendem a possibilidade de valoração como prova dos conhecimentos fortuitos, sustentando que não há quaisquer distinções entre os efeitos decorrentes destes e daqueles oriundos dos conhecimentos de investigação. Nesse sentido, caminham, sem divergências substanciais, a título de exemplo, ORLANDO FACCINI NETO⁷², DOUGLAS FISCHER/EUGENIO PACCELI⁷³, THIAGO PIEROBOM⁷⁴.

4.2.2.1. *Compartilhamento de conhecimentos fortuitos para outra investigação*

Deveras, como um dos autores já concluiu em outro trabalho⁷⁵, o entendimento de que os conhecimentos fortuitos terão o valor que se confere originariamente às *notitias de fato*, sejam como fonte de prova ou como elemento de informação, parece ser o mais apto a equilibrar as exigências comunitárias na prevenção e repressão da criminalidade com o interesse do cidadão em não ter seus direitos afetados para além do indispensável à consecução dos intentos sociais⁷⁶.

Assim, a partir do tratamento analítico preliminar da evidência primária oriunda da interceptação telefônica, em princípio causadora de rompimento da normalidade, os atores da persecução criminal têm o dever-poder⁷⁷ de iniciar um novo procedimento investigatório, objetivando, com a

72. FACCINI NETO, Orlando. Prova ao acaso – os conhecimentos fortuitos nas escutas telefônicas, os limites do Direito e as vanidades normativas – Portugal e Brasil. *Revista Jurídica Lex*, n. 58, jul-ago/2012, p. 394/395.

73. PACELLI, Eugênio. FISCHER, Douglas. *Comentários ao Código de Processo Penal e sua Jurisprudência*. 6ª ed. São Paulo: Atlas, 2014, p. 349/351 e 1440/1441.

74. ÁVILA, Thiago André Pierobom. *Provas ilícitas e proporcionalidade*. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2007, p. 221.

75. SALGADO, Daniel de Resende. Considerações acerca..., p. 471/504.

76. SALGADO, Daniel de Resende. Considerações acerca..., p. 483.

77. HABEAS CORPUS. FALSIDADE IDEOLÓGICA. INTERCEPTAÇÃO AMBIENTAL POR UM DOS INTERLOCUTORES. ILICITUDE DA PROVA. INOCORRÊNCIA. REPORTAGEM LEVADA AO AR POR EMISSORA DE TELEVISÃO. NOTITIA CRIMINIS. DEVER-PODER DE INVESTIGAR. (...) Gravação clandestina realizada pelo alistando, a pedido de emissora de televisão, que levou as imagens ao ar em todo o território nacional por meio de conhecido programa jornalístico. O conteúdo da reportagem representou notitia criminis, compelindo as autoridades ao exercício do dever-poder de investigar, sob pena de prevaricação. 2. A ordem cronológica dos fatos evidencia que as provas, consistentes nos depoimentos das testemunhas e no interrogatório do paciente, foram produzidas em decorrência da notitia criminis e antes da juntada da fita nos autos do processo de sindicância que embasou o Inquérito Policial Militar. 3. A questão posta não é de inviolabilidade das comunicações, e sim da proteção da privacidade e da própria honra, que não constitui direito absoluto, devendo ceder em

realização de diligências, reunir novos elementos para comprovação dos supostos delitos apontados na notícia. Esses novos elementos que robusteceriam a *notitia* de fato poderão ser apreciados pela autoridade judiciária competente, tanto para servir de fundamentação a novas interceptações telefônicas, como também para subsidiar outras medidas invasivas. Em resumo, os conhecimentos fortuitos podem prevalecer como fonte⁷⁸ a ser utilizada para revelação de outros meios de prova⁷⁹, ou mesmo, em algumas hipóteses, ter o seu peso equiparado ao de um elemento de informação, mas não como elemento de prova autônomo.

Destarte, podem, como referido, ser aproveitados como baldrame para o início de um novo procedimento investigatório. Esses parecem ser os escólios, por exemplo, de FRANCISCO AGUILAR, ao concluir que⁸⁰ "(...) torna-se possível a atribuição de uma relevância investigatória aos conhecimentos fortuitos: poderão estes ser utilizados apenas e só como *notitia criminis* no caso de inexistir ainda um processo que tenha por objecto esses mesmos fatos."

Outrossim, poderá, em regra⁸¹, ser compartilhado, em qualquer momento, desde que autorizado pelo juízo que determinou a interceptação telefônica, para robustecer linha de investigação já traçada ou estabelecer outra hipótese investigativa em procedimento diverso. Entendimento nesse sentido, um pouco mais amplo daquele adotado por FRANCISCO AGUILAR, é o esposado por CARLOS ADÉRITO TEIXEIRA ao aduzir que "as pistas de investigação, por definição, não servem de prova, mas apenas de revelação, informação ou pista para se desencadear uma investigação, dando

prol do interesse público. (Precedentes). (HC 87341 / PR. HABEAS CORPUS; Relator(a): Min. EROS GRAU; DJ de 03/03/2006; Órgão Julgador: Primeira Turma).

78. "Fala-se em fonte de prova para designar as pessoas ou coisas das quais pode-se conseguir a prova (*rectius*: o elemento de prova), resultando disso a sua usual classificação em fontes pessoais (testemunhas, vítima, acusado e peritos) e fontes reais (documentos, em sentido amplo)" (MAGALHÃES GOMES FILHO, Antonio. Notas..., p. 308).

79. "Outra coisa são os denominados meios de prova, ou seja, os instrumentos ou atividades por meio dos quais os dados probatórios (elementos de prova) são introduzidos e fixados no processo (produção da prova). São, em síntese, os canais de informação de que se serve o juiz. Assim, quando se fala em prova por testemunho ou prova documental indica-se que a representação do fato foi conseguida por meio do testemunho ou do documento". (MAGALHÃES GOMES FILHO, Antonio. Notas..., p. 308/309).

80. AGUILAR, Francisco. *Dos conhecimentos fortuitos...*, p. 108.

81. Sustenta-se "em regra" porque podem existir casos de indeferimento de interceptação telefônica e a tentativa de transportar, a estas investigações, elementos produzidos em outra investigação onde teria sido autorizada a utilização daquele meio de obtenção de prova. Faltaria, nessas hipóteses, o controle judicial relativo a, por exemplo, gravidade do delito (punível com reclusão) e a indispensabilidade da interceptação.

*corpo à notícia do crime que permite instaurar um inquérito, ou alargar a investigação de um processo (sic) existente*⁸².

Na Itália, a doutrina defende, como já referido, que o material captado seja utilizado pelo Ministério Público como notícia de fato, como início para novas e diversas investigações, ponto de partida para, a partir dela, se buscar novos dados, uma vez que os limites impostos pela norma do art. 270 do CPP italiano se referem à utilização dos resultados da interceptação telefônica, em *processos diversos*, como elementos de prova, mas não como *notitia criminis*⁸³.

Recentemente, o Supremo Tribunal Federal, no bojo do MS 34.751/CE⁸⁴, reafirmou a aptidão dos achados fortuitos para dar sustentáculo à instauração de procedimento diverso daquele de onde se originou. No caso em tela, foi descoberto, fortuitamente, possível crime de corrupção perpetrado por promotor de justiça do Estado do Ceará, no transcurso de investigações sobre desaparecimento e morte de frentista. Discutiu-se, então, o compartilhamento, de forma paulatina e fragmentada, de tais elementos descobertos fortuitamente em interceptação telefônica com o Procurador-Geral de Justiça daquele Estado, de quem seria a atribuição para a apuração dos fatos.

O Ministro Alexandre de Moraes, em voto de revisão, entre outras orientações, firma entendimento de que *“por se tratarem de delitos totalmente autônomos, não era possível reunir em uma única investigação o desaparecimento do frentista e o suposto crime praticado pelo ora impetrante (o promotor de justiça).”* Assim, a partir do fundamento do Ministro, pode-se intuir que os dados desvelados fortuitamente são utilizáveis como baldrame ao início de uma nova investigação ou para subsidiar uma investigação já instaurada relativa aos fatos revelados fortuitamente.

82. TEIXEIRA, Carlos Adérito. Escutas telefônicas..., p. 272/273.

83. “Qualora un’intercettazione venga regolarmente autorizzata in relazione a una determinata ipotesi criminosa ed emergano dal suo contesto degli elementi che ne richiamino un’altra non sorgono dubbi sul fatto che tali indicazioni costituiscano delle valide notizie di reato, idonee all’iscrizione nel relativo registro e all’instaurazione di un’indagine preliminare (...). (BRUNO, Pierfrancesco. *Intercettazioni di comunicazioni o conversazioni. Digesto delle Discipline Penalistiche*. 4.ed. Torino : UTET, 2001, v. VII, p. 201). Segundo Pierfrancesco Bruno, a interpretação que exclui essa utilização confunde as atribuições típicas do Ministério Público com a valoração que compete à magistratura: “le regole del contraddittorio non escludono che il primo possa condurre un’indagine preliminare e, eventualmente, formulare l’imputazione sulla base di informazioni e materiali il cui uso è precluso al secondo” (BRUNO, Pierfrancesco. *Intercettazioni...*, p. 202).

84. STF: MS 34.751/CE, Primeira Turma, DJ 24.09.2018.

Com isso, conclui-se que tal linha doutrinal limita o compartilhamento dos elementos desvelados em conhecimento fortuito à seara investigatória, entendendo possível, em sentido mais amplo, a utilização em investigações já instauradas, ou, em sentido mais restrito, o uso para dar início a uma nova investigação⁸⁵.

Contudo, partindo-se das premissas já desenvolvidas, questão ainda mais árdua é saber se seria admissível o compartilhamento de tais elementos e, se admissíveis, qual seria o peso a ser conferido a eles em outro processo criminal já em curso.

4.2.2.2. *Compartilhamento e valoração de conhecimentos fortuitos em processo já em curso*

Como aduzido, os elementos fortuitos dizem respeito a fatos ou pessoas que não se encontram inseridos nos lindes históricos do objeto da investigação que originou a interceptação telefônica. Cada ato de violação à intimidade, autorizada pelo juízo competente em sede da mencionada técnica especial de investigação, deveria ter o seu fundamento e a sua justificação no decreto judicial originário. Entretanto, isso não acontece em relação aos elementos desvelados ao acaso. É sob a lente dos princípios do contraditório e da ampla defesa que deve ser avaliada a possibilidade da circulação de conhecimentos fortuitos revelados em interceptação telefônica para processo já em curso.

Com efeito, as interceptações são meios de obtenção de prova incompatíveis com o contraditório para a formação da prova, mormente porque, por óbvio, sua eficácia seria comprometida se o investigado fosse pré-informado da sua execução. Contudo, também é certo que o contraditório, entendido como o direito ao exame e contraexame dos elementos introduzidos no processo, capaz de influenciar efetiva e substancialmente a decisão judicial, é um direito de todo e qualquer acusado. Nesse sentido, mesmo reconhecendo a possibilidade de um contraditório diferido, o processo não pode ser considerado equânime se o acusado não exerce de forma plena, adequada e suficiente esse direito, tendo, por exemplo, a redução de seu direito de contestação⁸⁶. Da mesma forma, impossibilitando-se o exercício completo do direito à prova (direito de defender-se provando), a defesa não é exercida em sua amplitude.

85. Isso a depender do alcance que se conferir ao conceito de *notitia criminis* (nesses casos, o juízo realizado na sua valoração, pelo titular da ação penal, vai do possível ao provável).

86. FERRAJOLI Luigi. *Direito e Razão. Teoria do Garantismo Penal*. São Paulo: Ed. RT, 2002, p. 77.

Vistas tais premissas, não se há de negar que a inserção de trechos específicos em processo outro, decorrente desse tipo de descoberta fortuita em procedimento originário, limita o contraditório, método escolhido para validação da prova sobre elementos já pré-constituídos, pois restringe ao acusado a possibilidade de discutir a regularidade ou idoneidade de sua produção ou, até mesmo, a potencial relevância de outros elementos complementares àquele compartilhado. De fato, pode-se, por exemplo, ser determinada, com base no artigo 9º da Lei 9.296/96⁸⁷, a destruição de trechos de gravações que se creem, em sede originária, irrelevantes, mas que poderiam, em tese, ser relevantes ao processo para o qual se quer migrar os conhecimentos desvelados fortuitamente, sofrendo o acusado em outro processo os efeitos de escolhas exercida em procedimento no qual não pode intervir⁸⁸. Em consequência, o imputado estaria impedido de ter acesso ao resultado da interceptação em sua inteireza, perdendo trechos muitas vezes importantes, em uma potencial avaliação contextual, aos fins de sua defesa. Isso ocorre, em grande parte, porque a descoberta de tais elementos é realizada em procedimento onde há uma determinada hipótese investigatória que, em regra, não será equivalente à imputação que originou o processo diverso.

Há, portanto, limitação à publicidade, impedindo o acusado de ter acesso a informações potencialmente importantes produzidas na investigação originária, contraditá-las e contribuir para a formação da convicção do juiz no processo a que se encontra submetido⁸⁹. Assim, não se pode negar que o aproveitamento de dados desvelados fortuitamente significa contrabandar um ato epistemologicamente dotado de um valor que não o teria em outro processo e não o tem justamente porque é constituído em decorrência de uma investigação diversa daquela que subsidiou o enunciado fático existente em processo ulterior⁹⁰.

87. Art. 9º da Lei 9.296/96. A gravação que não interessar à prova será inutilizada por decisão judicial, durante o inquérito, a instrução processual ou após esta, em virtude de requerimento do Ministério Público ou da parte interessada. Parágrafo único. O incidente de inutilização será assistido pelo Ministério Público, sendo facultada a presença do acusado ou de seu representante legal.

88. Eduardo Talamini defende que é "absolutamente inaproveitável para qualquer outro fim a gravação que não diga respeito à comprovação da situação apresentada ao juiz quando se requer a interceptação – ainda que se preste à comprovação de outros fatos. Essa mesma diretriz há de vigorar para as gravações que interessem à situação investigada e sejam levadas ao processo penal: apenas neste serão utilizáveis – não se permitindo seu emprego a outras finalidades, mediante empréstimo de prova." (TALAMINI, Eduardo. Prova emprestada..., p. 158).

89. PRADO, Geraldo. *Sistema acusatório: a conformidade constitucional das leis processuais penais*. 3ª ed. Rio de Janeiro: Lumen Iuris, 2001, p. 122.

90. DE CARO, Agostino. La Circolazione Probatoria como deroga ulteriore ao princípio del contraddittorio. Disponível em http://vm3942.cloud.seeweb.it/LMG-01/ProcPenale/Seminari/DeCaro/Circolazione_probatoria/Circolazione_probatoria.pdf. Acesso em 27/05/2018.

Evita-se, desse modo, em razão dos núcleos de valores como a liberdade, o segredo das comunicações e os próprios princípios do contraditório e ampla defesa, fazer uso transversal indiscriminado⁹¹, em processo diverso, já devidamente instaurado, de tais conhecimentos desvelados ao acaso, devendo, em razão disso, ser estabelecidos limites tanto para a sua admissão, quanto à sua valoração.

Nesse aspecto, pode ocorrer, por exemplo, que o juízo a quem se solicita a admissão dos dados de conhecimento fortuito tenha indeferido a interceptação telefônica antes solicitada no bojo da investigação criminal que serviu de suporte à acusação. Nesse caso, limites políticos e lógicos⁹², mais do que critérios epistemológicos, impedem a admissibilidade de compartilhamento dos elementos obtidos por interceptação telefônica em outra investigação. Destarte, tais dados podem até ter potencial cognitivo para auxiliar reconstrução dos fatos, mas se não houve, após avaliação judicial preventiva de proporcionalidade, preenchimento dos requisitos autorizativos da medida previstos na Lei 9.296/96, parece-nos que prevalece a proteção de outros valores relacionados às liberdades públicas já sopesados pelo juízo originariamente competente, a impedir qualquer aproveitamento no processo que preside do que fora revelado em outro, exceto, por óbvio, se tal elemento venha a demonstrar inocência do já acusado.

Ressalvada tal hipótese, tendo em vista que a regra deve ser a inclusão dos elementos, típicos ou atípicos⁹³, relevantes ao acerto fáctico⁹⁴, parece-nos que os dados desvelados fortuitamente podem, em princípio, ser aportadas ao processo já instaurado. Contudo, tal elemento terá, considerado em seu momento atomístico⁹⁵, um menor peso valorativo, em razão, inclusive, da acima mencionada restrição ao contraditório ple-

91. DI CHIARA, Giuseppe. Note in tema di circolazione di atti investigativi e probatori tra procedimenti diversi, in *Foro Italiano*, 1992, II, p. 77.

92. BADARÓ, Gustavo Henrique. Direito à prova e os limites lógicos de sua admissão: os conceitos de pertinência e relevância. In BEDAQUE, José Roberto dos Santos; CINTRA, Lia Carolina Batista; EID, Elei Pierre (coord). *Garantismo Processual*. Brasília: Gazeta Jurídica, 2016, p. 229.

93. Michele Taruffo aduz: "(...) il giudice ha il potere di utilizzare a fine probatori tutto ciò che può servire a conoscere i fatti della causa, anche se no si tratta di mezzi di prova "tipici" disciplinati dalla legge. Diventano così utilizzabili diversissime "prove atipiche": da documenti della natura più varia (diversi dall'atto pubblico e dalla scrittura privata) alle prove assunte in altro processo" (TARUFFO, Michele. *Libero convincimento del giudice: I. Enciclopedia Giuridica Treccani*. Roma: Treccani, v. XVIII, 1990, p. 5).

94. Segundo Badaró, "a regra é a admissão (...) é preferível o excesso na admissão da prova, ao invés de sua inadmissão: in dubio pro probatione". (BADARÓ, Gustavo Henrique. *Direito à prova...*, p. 250).

95. O enfoque atomístico da valoração ocupa-se de cada dado probatório particular de forma analítica. Segundo Michele Taruffo "é orientado a considerar um a um, cada caso individual e seus

no, aproximando-se do valor conferido a um elemento de informação. Em outras palavras, se permitida sua admissão, pode servir para influenciar a decisão como auxílio e reforço corroborativo, desde que convergentes com os demais elementos adquiridos em pleno contraditório; ou para viabilizar o confronto quanto a credibilidade, contradições ou divergências de conteúdo em cotejo às provas devidamente produzidas. Repisa-se que não poderão ser valoradas como provas plenas, pois assim não o são, em face da impossibilidade de se viabilizar um contraditório amplo e efetivo. Portanto, tais dados, por possuírem eficácia probatória inferior, são passíveis de fundamentar, no máximo, uma inferência provável, mesmo porque o controle da interceptação e, destarte, na formação dos conhecimentos fortuitos, não foi viabilizado pelo juízo do segundo processo. Ora, se os elementos de informação não justificam, por si sós, uma condenação, por inobservância do contraditório pleno, o que dizer da transposição para outro processo de elementos com características similares?⁹⁶ Justamente por isso, eventual sentença condenatória não poderá se fundar, exclusivamente ou de modo decisivo, em tais dados compartilhados, sem outros elementos que as alicercem. Essa limitação apriorística visa a corrigir dificuldades epistemológicas decorrentes da limitação à defesa ao pleno contraditório, reequilibrando uma balança que, em tese, penderia para o lado da acusação.

Note-se, à vista disso, que menor peso probatório ao dado não estaria vinculado à confiabilidade em si de tais elementos fortuitos na reconstrução dos fatos, mas se dá em razão do próprio processo de formação da prova, onde o contraditório pleno é elemento integrativo essencial. Tal conclusão que, de certa forma, restringe a atividade cognitiva do juiz, demonstra que o contexto valorativo, apesar de, em regra, ser epistêmico e livre (desde que racional), nessa situação assim não o é integralmente⁹⁷.

elementos de prova específicos." (TARUFFO, Michele. *A prova*. Tradução de João Gabriel Couto. São Paulo: Marcial Pons, 2014, p. 139).

96. HEBER DE MORAES, Paulo e LOPES, João Batista. *Da prova penal*. Campinas: Copola, 1992, p. 46.
97. Em um cenário de inferências probatórias puramente epistêmica "um processo judicial inicia-se com as alegações das partes, desenvolve-se na fase probatória e termina após a valoração racional com uma decisão que se justifica num robusto conjunto de informações que corrobora aquelas alegações. Terminada a produção das provas, o juiz teria respostas sobre os fatos alegados. Nesse passo, estaria apto a formular a sua decisão com base num exercício cognitivo pleno; isto é, sem constrangimento de regras que predeterminam o rendimento probatório de determinados elementos de prova (...)" (MATIDA, Janaina; HERDY, Rachel. *As inferências probatórias: compromissos epistêmicos, normativos e interpretativos*. In CUNHA, Jose Ricardo (coord). *Epistemologias Críticas do Direito*. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2016, p. 219).

A título de exemplo, no Recurso em Habeas Corpus nº 56.744/RS, publicado em 10/06/2015, onde também se discutia o compartilhamento de elementos fortuitos colhidos durante interceptação telefônica para embasar processo administrativo disciplinar em face de servidor que não era originariamente investigado criminalmente (portanto, desvelado fortuitamente), o ministro convocado para o STJ, Leopoldo de Arruda Raposo, sustentou que *“se a autoridade policial, em decorrência de interceptações telefônicas legalmente autorizadas, tem notícia do cometimento de novos ilícitos por parte daqueles cujas conversas foram monitoradas ou mesmo de terceiros, é sua obrigação e dever funcional apurá-los, ainda que não possuam liame algum com os delitos cuja suspeita originariamente ensejou a quebra de sigilo telefônico.”* Portanto, reconhece a possibilidade de compartilhamento e uso dos dados obtidos fortuitamente para fins investigativos.

Entretanto, durante o voto, vai além. Sem fazer distinção entre conhecimentos fortuitos e conhecimentos de investigação, sustenta que inexistente qualquer óbice à utilização de tais elementos desvelados fortuitamente em *“ação penal instaurada”*. Com isso, pode-se inferir que entende valoráveis quando inseridos em ação já em curso, apesar de o acórdão não discutir seu peso. Mais adiante, volta a sustentar que *“não se exige que a decisão que autoriza o compartilhamento de provas indique precisamente àqueles contra quem as evidências poderão ser utilizadas, uma vez que o objetivo do empréstimo das evidências já coletadas é justamente subsidiar novas investigações, ou então processos correlatos, como administrativos disciplinares referentes aos fatos apurados.”* Repisa-se que o mencionado precedente enfrentou a questão relacionada à admissão dos elementos produzidos em uma investigação à outra ou a outro processo, mas não a questão relativa a sua valoração (ou não) como prova.

5. CONSIDERAÇÕES FINAIS

Durante as investigações, são produzidos dados aptos a subsidiar a peça acusatória ou alicerçar a decisão judicial. Tais dados, denominados pelo Código de Processo Penal de elementos informativos (art. 155 do CPP), possuem efeitos processuais diversos daqueles chamados de elementos de prova, para cuja constituição é essencial o contraditório.

A introdução do material probatório no processo é um direito subjetivo com a mesma natureza dos direitos de ação e defesa. Daí, em nosso sistema, a regra deve ser a inclusão de todos os elementos relevantes para o acerto do fato. Assim, em face do direito à prova e por questão de economia processual, o dado produzido em um procedimento pode vir a gerar efeito em outro.

No decorrer do esforço investigativo, não há óbices na circulação e intercâmbio de elementos de informação produzidos em investigações diversas. Tal prática, inclusive, é incentivada por nosso ordenamento jurídico, como se pode observar do artigo 3º, VIII, da Lei 12.850/13. Entretanto, há hipóteses em que o dado é obtido a partir da restrição de direitos fundamentais, com a devida autorização judicial, após atendimento de determinados requisitos, como é o caso das interceptações telefônicas.

Em casos tais, apesar da cizânia doutrinária, os Tribunais de Vértice já admitiram o compartilhamento dos dados desvelados em interceptação telefônica com outros procedimentos e investigações cíveis e correicionais, mormente quando os fatos, apesar de apurados em outras searas de interesse do Estado, possuem substancialmente o mesmo objeto contido no procedimento criminal utilizado como base à autorização do uso da técnica especial de investigação.

É comum, entretanto, durante as interceptações telefônicas, a contingência de interlocutores e falas. Por óbvio, é impossível prospectar, quando da medida autorizativa do monitoramento, com quem e sobre o que o suspeito travará diálogos. Contudo, em face de esse meio de obtenção de prova intervir na esfera privada do indivíduo, seja ele investigado, seja ele interlocutor, importante estabelecer os limites de admissão, de compartilhamento e de valoração dos dados produzidos casualmente.

Destarte, quando o conhecimento ao acaso estiver inserido dentro da mesma linha histórica da investigação originária, é definido como conhecimento de investigação. Em tais casos, os dados produzidos podem ser valorados, no mesmo processo, tanto em relação ao investigado, como a terceiro em contato com o imputado, em face da relação de conexidade ou continência. Mantêm-se, assim, o postulado de que uma lícita produção de prova conduz a sua lícita valoração. Nesse caso, não haveria vedação de transmigração de tais dados como prova, quando devidamente submetidos ao contraditório, mesmo a procedimentos cíveis ou disciplinares, ou, na fase pré-processual, como elementos de informação. Portanto, o compartilhamento de tais dados para outros autos, com a devida transferência de sigilo, pode ser entendido como inserido, a depender do momento em que se viabiliza o compartilhamento, dentro do conceito de empréstimo probatório.

Se, por exclusão, os achados não são conexos ou continentes com o escopo investigatório, são entendidos como conhecimentos fortuitos. Nesses casos, não há um alinhamento doutrinário e jurisprudencial claro quanto ao regime jurídico de tais descobertas casuais. Alguns entendem que não podem ser valorados; outros sustentam que só serão aptos a viabilizar o

início de uma investigação; outros, ainda, que, sendo *notitia criminis*, tanto podem ensejar o início de uma investigação, como podem ser utilizados como elemento para robustecer investigação já existente ou alterar a hipótese investigativa inicial; e alguns ainda aduzem que a tais dados são aplicáveis o mesmo regime jurídico dos conhecimentos de investigação. Nossa posição é a de que os conhecimentos fortuitos têm o mesmo peso que originariamente é conferido às notícias de fato.

Em assim sendo, não há dúvidas de que tais elementos podem ser aproveitados como base para dar início a outra investigação ou ser compartilháveis com procedimento investigativo já instaurada, desde que devidamente determinado pelo juízo originário que autorizou a uso da técnica especial de investigação.

A questão procelosa acontece quanto se discute a inserção de elementos desvelados fortuitamente em outro processo já em curso. Não se pode, em razão dos núcleos de valores como a liberdade, o segredo das comunicações e o princípio do contraditório e da ampla defesa, fazer uso transversal indiscriminado de tais elementos, em processo específico já devidamente instaurado. Devem, assim, ser estabelecidos limites tanto à sua admissão e, quando admissíveis em outro processo, à sua valoração.

Nessa hipótese, não é admissível o compartilhamento dos dados desvelados fortuitamente quando, mesmo tendo potencial cognitivo para auxiliar na reconstrução dos fatos em processo ulterior, o juízo natural de processo *ad quem* já tenha antes decidido pela impossibilidade de autorização da interceptação telefônica, em avaliação prévia. Contudo, ressalvada tal hipótese, pode ser admissível o compartilhamento, mas os dados compartilháveis não são passíveis de fundamentar, sozinhos, um decreto condenatório, uma vez que, em análise atomística, possuem eficácia probatória próxima a de um elemento de informação, em face da impossibilidade de ser submetido a um contraditório amplo e efetivo. Apenas servem, assim, de auxílio ou reforço, desde que convergentes, aos demais elementos produzidos em contraditório forte, mesmo porque o controle da interceptação e, destarte, da formação dos conhecimentos fortuitos, não foi viabilizado pelo juízo do processo para onde os elementos obtidos em procedimento originário serão compartilhados.