

INVESTIGAÇÃO CRIMINAL: OS CRITÉRIOS DE LEGITIMIDADE PARA VALORAÇÃO DOS CONHECIMENTOS FORTUITOS EM INTERCEPTAÇÕES TELEFÔNICAS

FREDERICO DA COSTA MARQUES FARIA

DEPARTAMENTO DE POLÍCIA FEDERAL - BRASIL

TAPIR ROCHA NETO

PONTIFÍCIA UNIVERSIDADE CATÓLICA DO RIO GRANDE DO SUL -
BRASIL



RESUMO

O presente trabalho propõe uma análise acerca da investigação criminal, sobretudo em relação aos conhecimentos adquiridos durante a atividade apuratória dos órgãos persecutórios brasileiros. Com efeito, no âmbito do inquérito, a polícia obtém diversas informações que podem estar relacionadas àquele determinado caso penal, mas que também, eventualmente, podem escapar do espectro de crimes e de pessoas previamente delimitado no momento da execução das medidas investigatórias. Nesse aspecto, busca-se, pois, abordar de que forma se mostra legítima, dentro de um processo penal vinculado a um Estado Democrático de Direito, a valoração dos conhecimentos fortuitos surgidos no desenvolvimento da investigação criminal.

PALAVRAS-CHAVE: Investigação criminal. Produção de Prova. Valoração. Conhecimentos de investigação. Conhecimentos fortuitos.

1. INTRODUÇÃO

O presente trabalho tem por pretensão analisar os conhecimentos de investigação, bem como os conhecimentos fortuitos, pelo prisma da doutrina e da jurisprudência. Apesar de ser possível a ocorrência desses fenômenos em quase todo e qualquer meio de prova, a escolha de uma análise mais pormenorizada das interceptações telefônicas se justifica pela grande ocorrência neste meio de investigação (VALENTE, 2010, p. 577).

A tensão entre o interesse de uma administração funcional e eficaz da justiça, em que há o pleno esclarecimento dos delitos, e o total respeito e observância aos direitos fundamentais do investigado, nos leva a complexas decisões de ponderação que poucas vezes satisfazem ambos os lados: a persecução penal e o exercício da defesa (AMBOS, 2009).

Contudo, é necessário que se encontre um ponto de equilíbrio para que se possa, resguardando direitos fundamentais, acompanhar a evolução da tecnologia e as diferentes formas de criminalidade organizada.

2. PROIBIÇÕES DE PROVA: PRODUÇÃO E VALORAÇÃO

Sem o intuito de esgotar o tema, é necessário que tangenciemos o assunto relativo à prova para que possamos melhor compreender os desdobramentos posteriores dos institutos que de fato são o escopo deste trabalho: os conhecimentos fortuitos.

Podemos dizer que hoje é geralmente aceita a diferenciação entre as “proibições de produção de prova” e “proibições de valoração da prova” (GOSSEL, 1992, p. 399). A primeira sendo uma limitação ainda na fase de investigação dos fatos, na forma como se obtém o conhecimento e como ele passa a compor o material a ser analisado, e a segunda uma barreira impedindo que determinados fatos sejam valorados em uma sentença, chamado de princípio da descontinuidade da valoração normativa probatória.

O postulado anteriormente aceito de que “a proibição de valoração pressupõe invariavelmente a prévia identificação de uma proibição de produção” é posto sob dúvida ante as chamadas proibições de valoração independentes, isto é, aquelas que ocorrem à margem de qualquer violação nas normas de produção de prova (COSTA ANDRADE, 2006, p. 56). Uma escuta legalmente autorizada é um meio permitido de produção de prova, ou seja, o nascimento desse conhecimento/informação é lícito, o que se questiona é o uso deste conhecimento em um processo penal, seja por compor os chamados conhecimentos da investigação, seja por ser um conhecimento fortuito que se pretende compartilhar com outro processo. As proibições de valoração independentes podem surgir em um contexto de produção de prova totalmente lícito e seguindo os imperativos legais, acarretando que apenas a legitimidade de sua valoração seja questionada.

Podemos dizer que o estudo das proibições de provas compreendem dois aspectos: as proibições de métodos de investigação sobre fatos relevantes ao processo, bem como a proibição de que determinados fatos sejam levados a embasar uma sentença (GOSSEL, 1992, p. 410).

É neste contexto que julgamos orbitar as questões acerca dos conhecimentos fortuitos e sua eventual utilização em um processo penal. A análise desta admissibilidade passa necessariamente, segundo nosso entendimento, pela verificação das normas de proibição de produção e posteriormente pela possibilidade, ou não, de valoração. Como veremos na análise proposta por este trabalho, mesmo que se queira dar o mesmo resultado prático, por exemplo, a exclusão da prova, não há como fugir da constatação de que o momento de análise de um material probatório se dá, ao menos, em dois momentos distintos: o da obtenção e o da valoração ou aproveitamento em um processo penal.

3. CONHECIMENTO FORTUITO *VERSUS* CONHECIMENTO DE INVESTIGAÇÃO.

A doutrina hodiernamente costuma, de forma elucidativa, diferenciar o conhecimento fortuito e o conhecimento de investigação. Tal diferenciação afeta diretamente, como veremos adiante, a valoração, ou não, do elemento de prova colhido em uma investigação. Adiantando o que será exposto, em síntese, podemos dizer que a distinção definiria aquilo que foi obtido mediante o curso “pré-planejado” e judicialmente autorizado da investigação e o que surgiu sem aviso, sem planejamento, sem ser o objeto da investigação. Em que pese o conhecimento fortuito não ocorrer apenas nos casos de interceptações telefônicas, neste método de investigação tal fenômeno ocorre com bastante frequência, tendo em vista a impossibilidade prática de limitação do que será colhido, escutado de fato, bem como devido à amplitude desta medida que acaba por atingir diversos fatos além daquele que originou a investigação e que, portanto, embasou o pedido judicial (COSTA ANDRADE, 2006, p. 304). Portanto, é no uso da interceptação telefônica que o estudo dos conhecimentos fortuitos possui o campo mais fértil de estudo. Tendo em vista a escolha deste método de investigação para análise, é importante que se façam algumas observações iniciais para que possamos compreender as situações propostas.

Tanto na legislação alemã, quanto na portuguesa, a interceptação telefônica, para ser autorizada, deve objetivar investigar um dos crimes descritos em um rol taxativo constante de um catálogo de crimes. Ou seja, uma lista que inclui, dentre outros, tráfico de drogas, terrorismo e criminalidade organizada. Apenas um crime do catálogo pode embasar uma autorização judicial de interceptação telefônica, o que leva a concepção, portanto, de que um eventual pedido que visasse à apuração de um delito que não constasse deste catálogo, utilizando este meio de investigação, seria prontamente indeferido.

Por outro lado, no Brasil, a Lei nº 9.296/1996 limita apenas às investigações relacionadas a infrações penais punidas com pena de reclusão. Ficando de fora, portanto, infrações que prevejam prisão simples, detenção ou apenas multa. Como se pode perceber de antemão, o escopo de utilização da medida é consideravelmente maior por aqui. Podemos citar como exemplo que causa surpresa por serem passíveis de investigação através da interceptação telefônica os crimes de violação de sepultura, bigamia, falsidade ideológica, falso reconhecimento de firma, entre outros.

Feitas estas ressalvas iniciais, passemos à análise proposta das categorias descritas. Para Manuel Guedes Valente, conhecimentos de investigação seriam aqueles que compreendem os “delitos alternativos, que comprovam de modo alternativo os fatos do crime catálogo” (VALENTE, 2010, p. 564) e que os investigadores obtém por força da investigação em curso relacionados ao crime que legitimou a escuta telefônica em primeiro lugar. Seriam para o autor, portanto, os conhecimentos recolhidos por um meio lícito de investigação e que: (i) se encontram em uma relação de concurso ideal e aparente com o crime catálogo que fundamentou o recurso à escuta telefônica, (ii) que compreendem os designados delitos alternativos que comprovam de modo alternativo os fatos do crime catálogo, (iii) que compreendem crimes que, no momento em que é decidida a escuta em relação a uma associação criminosa, aparecem como constituindo a sua finalidade ou atividade, ou ainda no caso de formas de concurso de pessoas (autoria e cumplicidade) e de formas de favorecimento pessoal, auxílio material ou receptação. É dizer: fatos que façam parte da mesma unidade de ação no sentido processual, isto é, que fazem parte do mesmo “pedaço da vida” em relação ao crime catálogo que ensejou a interceptação.

Para Francisco Aguilar, a concepção de conhecimentos da investigação se baseia em uma identidade de investigação em sentido processual (AGUILAR *apud* VALENTE, 2010, p. 565). No mesmo sentido, Störmer assevera que a interceptação telefônica é baseada em um evento como um todo e não apenas em um crime catálogo de forma isolada e que só poderiam ser considerados conhecimentos fortuitos, e, portanto, fora do conceito de conhecimentos de investigação, aqueles que não façam parte da mesma unidade de ação em sentido processual (STORMER *apud* VALENTE, 2010, p. 565). É dizer: os conhecimentos obtidos que estejam no mesmo plano processual que motivou a interceptação não podem ser considerados fortuitos e, portanto, são de fato conhecimentos de investigação.

Para Manuel Costa Andrade conhecimento de investigação seria tudo aquilo que tem a ver com o(s) crime(s) objeto(s) direto(s) da investigação em curso, inclusive o concurso de pessoas (COSTA ANDRADE, 2006, p. 210). Assevera o autor que estes sempre terão pontos de conexão com o objeto do processo, em outras palavras, estarão ligados ao “caso penal” colocado sub *judice*.

Em que pese alguns autores defenderem que a definição do conhecimento fortuito poderia se dar por exclusão (WOLTER *apud* COSTA ANDRADE, 2006, p. 306), ou seja, aquilo que não seria conhecimento de investigação, a descrição do fenômeno é importante se pretendemos aprofundar minimamente no problema da legitimidade da utilização da prova em um futuro processo penal. Com relação a este ponto, podemos entender que preenchem o quadro dos conhecimentos fortuitos aqueles obtidos por meio da realização de uma interceptação telefônica lícita e judicialmente autorizada, mas que não possui conexão com o crime que fundamentou o recurso a este meio de obtenção de prova (VALENTE, 2010, p. 560), ou ainda, conforme Manuel da Costa Andrade (2006, p. 304) “fatos ou conhecimentos recolhidos fortuitamente, isto é, que não se reportam ao crime cuja investigação legitimou sua realização”. O autor simplifica didaticamente o conhecimento fortuito em interceptação telefônica da seguinte forma: “ordena-se uma escuta telefônica por um crime catálogo, mas na conversa descobrem-se outros crimes” (COSTA ANDRADE, 2006, p. 210).

Certamente não se pretende aqui o esgotamento desta matéria, porém, o que nos importa neste momento é ressaltar que conhecimentos de investigação e conhecimentos fortuitos pertencem a categorias diferentes e, portanto, não possuem tratamento processual igual (COSTA ANDRADE,

2006, p. 307). Exatamente nesta diferenciação que se apoiam os argumentos que buscam dar uma solução sobre o aproveitamento, ou não, dos elementos de prova colhidos ao longo de uma investigação criminal.

4. O CONHECIMENTO FORTUITO E SEUS LIMITES.

4.1. O QUE DIZ A DOCTRINA.

A doutrina alemã tomou a dianteira na análise a respeito da valoração dos conhecimentos fortuitos (*Zufallsfunde*). Manuel Valente (2010) analisou a doutrina alemã e identificou três posicionamentos diversos. Demonstrou que, de um lado, autores como Knauth e Prittwitz defendem a proibição da valoração de qualquer conhecimento fortuito, argumentando que a ausência de uma norma positiva autorizativa impede a sua valoração (princípio da reserva legal); de outro lado, Schünemann defende a valoração sem restrições, desde que não haja transgressões das proibições de produção de provas (para este autor, o problema restringe-se à proibição de produção de prova apenas: sendo ela lícita em sua origem, não há porque proibir sua valoração); e, em uma posição mediana, Roxin, Meyer, Wolter, entre outros, defendem que as normas restritivas de direitos fundamentais devem ser interpretadas restritivamente, não afastando a valoração dos conhecimentos fortuitos, mas apontando o catálogo de crimes, ou a conexão com um crime do catálogo, como limitador. Esta última posição é majoritária e defende a utilização do princípio da proporcionalidade, que tem que valer tanto para a autorização da escuta quanto para a utilização das conversas interceptadas.

Deve haver uma ideia de “necessidade de investigação”, ou seja, impõe-se uma exegese de necessidade ou desnecessidade da valoração dos conhecimentos fortuitos. É dizer: a possibilidade de valoração perpassaria por um juízo de hipotética repetição de intervenção (interceptação) no novo processo.

Para Rogall, deve haver uma probabilidade qualificada, ou seja, deve haver grande probabilidade de que o tribunal, caso soubesse do crime e dos seus agentes cujas informações foram obtidas através de conhecimentos fortuitos, ordenaria a execução da medida de interceptação telefônica (VALENTE, 2010, p. 593).

A legislação alemã foi alterada em 1992 positivando a permissão de valoração dos conhecimentos fortuitos desde que “necessários ao esclarecimento de um delito mencionado no § 100a” (VALENTE, 2010, p. 598) (crimes do catálogo).

Para permitir a valoração, alguns autores demandam uma “conexão” entre o fato investigado e o fato apurado fortuitamente. A solução dada por Francisco Aguilar (2004) seria a aplicação dos preceitos do art 24 do código de Processo Penal Português que descreve os casos de conexão¹.

A primeira crítica a esta posição parte de Aury Lopes Jr. (2014, p. 597), para quem o alegado “interesse probatório” deveria ter causado a reunião dos processos, com base no art 76, III do CPP² e, se assim não foi feito, é porque não existia essa importância em comum. Segundo o autor, a decisão judicial que autoriza o afastamento dos direitos fundamentais, como o uso de interceptação telefônica, é ato plenamente vinculado e limitado. A decisão é, ao mesmo tempo, vinculada ao pedido e vinculante em relação ao material colhido, já que o ato de investigação está restrito à apuração do crime que ensejou a decisão judicial. Isto seria decorrência do princípio da especialidade (LOPES JUNIOR, 2014, p. 598).

Em resumo, ao utilizarmos o material probatório produzido por uma interceptação telefônica autorizada para investigação do delito de tráfico de drogas para a comprovação de um eventual crime de sonegação, estaríamos diante de um ilegal desvio causal da prova. Assevera-se ainda que o desvio causal não está restrito apenas ao fato apurado, mas também ao sujeito investigado. A utilização do material probatório feriria tanto o

1 Portugal. Decreto Lei 78/87. Código de Processo Penal. Competência por Conexão.

Art 24. Casos de conexão:

1 Há conexão de processos quando:

- a) O mesmo agente tiver cometido vários crimes através da mesma acção ou omissão;
- b) O mesmo agente tiver cometido vários crimes, na mesma ocasião ou lugar, sendo uns causa ou efeito dos outros, ou destinando-se uns a continuar ou a ocultar os outros;
- c) O mesmo crime tiver sido cometido por vários agentes em comparticipação;
- d) Vários agentes tiverem cometido diversos crimes em comparticipação, na mesma ocasião ou lugar, sendo uns causa ou efeito dos outros, ou destinando-se uns a continuar ou a ocultar os outros; ou
- e) Vários agentes tiverem cometido diversos crimes reciprocamente na mesma ocasião ou lugar.

2 - A conexão só opera relativamente aos processos que se encontrarem simultaneamente na fase de inquérito, de instrução ou de julgamento.

2 Brasil. Decreto-Lei 3689/41. Código de Processo Penal. Art. 76. A competência será determinada pela conexão: [...] III - quando a prova de uma infração ou de qualquer de suas circunstâncias elementares influir na prova de outra infração.

princípio da especialidade quanto à vinculação da prova. Com relação ao uso desta prova obtida com desvio causal, o autor mudou posicionamento anteriormente defendido. Em 2011, defendia que esta poderia servir apenas como starter de investigação do novo crime (como notícia de crime), ou seja, do conhecimento fortuito obtido poder-se-ia iniciar uma nova investigação e dentro desta ser buscado o embasamento para novas buscas, interceptações e outros meios de investigação. Isto é, com base na informação colhida em um desvio causal, iniciar nova investigação de crime e, somente assim, construir a prova deste novo delito. (LOPES JUNIOR, 2011, p. 573).

Mudando o seu posicionamento, em 2014, Lopes Junior passou a questionar se de fato, tais interceptações poderiam ser usadas como *starter* de uma nova investigação, já que – segundo ele – estaríamos diante de uma prova ilícita por derivação e sua utilização no início de uma investigação acabaria por contaminar todos os atos praticados em sua continuação. Contudo, ressalva o autor, isso não impediria que fosse realizada prisão em flagrante, caso esse desvio causal resultasse no encontro de materiais que constituíssem o próprio corpo de delito de crime permanente, como, por exemplo, armas e drogas (LOPES JUNIOR, 2014, p. 600).

Em sentido diverso, Manuel Guedes Valente (2010, p. 67) defende que os conhecimentos fortuitos não constituem proibição absoluta de valoração, da mesma forma que não defende que todo e qualquer elemento de prova colhida em uma investigação seja, sempre e sem exceção, conhecimento de investigação. O autor conclui que os conhecimentos fortuitos obtidos por interceptação telefônica podem ser valorados desde que (i) se destinem à prova de um dos crimes do catálogo; (ii) que se mostrem indispensáveis e necessários a esse esclarecimento e que, face um juízo de “hipotética repetição de intromissão” – estado de necessidade investigatório – se verifique uma probabilidade qualificada de que, em havendo aquele processo autônomo, se recorreria à interceptação e gravação das comunicações por se mostrar de “grande interesse para a descoberta da verdade ou para a prova” e; (iii) que os conhecimentos – com grande influência da doutrina espanhola, conforme veremos em seguida – sejam comunicados imediatamente ao juiz que autorizou ou ordenou a diligência processual (VALENTE, 2010, p. 608).

Costa Andrade (2006, p. 311), por sua vez, acaba não incluindo esse quarto critério apresentado por Manuel Valente. Com efeito, o autor

defende a valoração dos conhecimentos fortuitos desde que se respeitem os seguintes pressupostos: (i) o conhecimento fortuito deve, como exigência mínima, reportar-se a um crime do catálogo ou a crime conexo ao crime do catálogo; (ii) deve-se fazer intervir as exigências complementares do estado de necessidade da investigação, assegurando que os operadores não criem fraudes ao regime das escutas; (iii) nos casos de associação criminosa, mesmo quando não se consiga provar o crime de associação criminosa, se devem valorar os conhecimentos fortuitos que se relacionem com os crimes *finalidade* ou *atividade* da associação, desde que a associação seja pelo menos posta à acusação pelo órgão acusatório.

Ainda no âmbito da doutrina portuguesa, existe uma terceira corrente, trabalhada por Francisco Aguilar (2004), que parece estar mais alinhada à questão do princípio da especialidade da prova que deve reger o processo penal (conforme vimos anteriormente, através do estudo trazido por Aury Lopes Jr.). O autor defende a tese da impossibilidade de valoração de conhecimentos fortuitos – na linha dos alemães Knauth e Prittwitz – com o fundamento da reserva legal (não existindo lei que legitime a valoração dos conhecimentos fortuitos em meio de prova extremamente lesivo a direitos fundamentais, a proibição da valoração da prova é medida que se impõe). Ele considera então que a eficácia dos conhecimentos fortuitos “limitar-se-á à aquisição de uma *notitia criminis* que dará origem ao surgimento de um novo procedimento criminal” (AGUILAR *apud* VALENTE, 2004, p. 601).

No âmbito da doutrina espanhola, Tomas López Frago (1994, p. 82) aduz que existem três grandes problemas jurídicos envolvendo as interceptações telefônicas no sistema jurídico atual. O primeiro diz respeito à proibição das provas ilícitas, em relação ao qual a dificuldade existiria quando a violação ao direito fundamental ao sigilo das comunicações se produz a partir de uma violação a normas processuais: a despeito de terem sido cumpridas todas as exigências legais para a execução da medida, a violação acaba incidindo na esfera do direito de defesa do acusado. O segundo problema refere-se aos efeitos que uma prova obtida ilicitamente pode gerar em outras diligências subsequentes. E o terceiro está ligado aos *descubrimientos causales*, que – como vimos alhures – dizem respeito aos conhecimentos adquiridos a partir de uma interceptação telefônica lícita, mas que não correspondem aos fins pelos quais a medida investigatória foi adotada e/ou que acabam afetando pessoas em relação às quais não se havia ordenado a investigação. O problema, portanto, para o autor espanhol,

está em definir pela possibilidade ou impossibilidade de utilização de tais conhecimentos no âmbito do processo criminal.

Assim como Francisco Aguilar, Tomás López Fragoso (1994) aponta para o critério processual da conexão e, para isso, busca – a partir do artigo 17 da LECRIM (*Ley de Enjuiciamiento Criminal*)³ – definir qual o grau de relação que é necessário entre o delito casualmente obtido e aquele pelo qual a interceptação telefônica foi executada legalmente, para que seja viável a utilização dos *descubrimientos causales*. Em seguida, o autor refere que, no âmbito do processo penal espanhol, as interceptações telefônicas devem sempre ser autorizadas por uma autoridade judicial, que obrigatoriamente deve utilizar-se do critério da proporcionalidade para a adoção dessa medida restritiva, isto é, o juiz precisará analisar se a medida é realmente necessária e se não existe outro meio menos gravoso para atingir o mesmo fim investigatório desejado.

Tais premissas, conforme ressalta o autor espanhol, não de ser levadas em consideração para a avaliação dos *descubrimientos causales*, cujo problema deve ser analisado a partir de dois importantes aspectos: o primeiro de que a interceptação telefônica impede separar as conversas que tenham relação com o objeto da investigação das demais que são realizadas no telefone monitorado. O segundo, por sua vez, no sentido de que os conhecimentos obtidos casualmente supõem uma aquisição sem uma efetiva autorização judicial, vindo-se violado, por conseguinte, o conjunto de garantias fundamentais que se concretizam a partir de tal permissão do magistrado, sobretudo o direito de defesa do acusado, que dificilmente poderá controlar a legalidade da medida invasiva.

Assim, revelar-se-ia necessária uma análise restritiva sobre a possibilidade de utilização e de valoração dos *descubrimientos causales*. Tomás López Fragoso propõe em sua obra (1994), na mesma linha trabalhada por Francisco Aguilar (2004) e agora questionada por Aury Lopes Jr (2014), que

3 “Artículo 17. Consideráanse delitos conexos:

- 1.º Los cometidos simultáneamente por dos o más personas reunidas, siempre que éstas vengan sujetas a diversos Jueces o Tribunales ordinarios o especiales, o que puedan estarlo por la índole del delito.
- 2.º Los cometidos por dos o más personas en distintos lugares o tiempos si hubiera precedido concierto para ello.
- 3.º Los cometidos como medio para perpetrar otros, o facilitar su ejecución.
- 4.º Los cometidos para procurar la impunidad de otros delitos.
- 5.º Los diversos delitos que se imputen a una persona al incoarse contra la misma causa por cualquiera de ellos, si tuvieren analogía o relación entre sí, a juicio del Tribunal, y no hubiesen sido hasta entonces sentenciados.”

o único efeito possível que pode produzir o conhecimento fortuito – fora dos casos de conexão – é a de uma *notitia criminis*, a qual poderá dar lugar ao início de uma investigação independente que poderá vir a comprovar a informação obtida casualmente. Portanto, os *descubrimientos causales* não poderão ser utilizados como fonte de prova, mas isso não significa que não tenham nenhuma consequência jurídica. É dizer: segundo o autor, os sujeitos que obtêm tais conhecimentos deverão, imediatamente, comunicar ao juiz e invocar a instauração de um novo processo criminal, onde serão realizadas diligências prévias e que, de acordo com o caso, poderá dar ensejo a uma nova interceptação telefônica, busca e apreensão, etc.

Na doutrina argentina, Juan Tapia (2002) estabelece também um estudo dos *descubrimientos accidentales* no âmbito das buscas domiciliares e das interceptações telefônicas, ambos meios de obtenção de prova restritivos de direitos fundamentais: o primeiro atinge a inviolabilidade do domicílio, enquanto que o segundo alcança a do sigilo das comunicações. De início, o autor trabalha – assim como Aury Lopes Jr. – com o princípio de *especialidad* no sentido de que, enquanto estão sendo praticadas as diligências, deve haver uma necessária identidade entre o delito objeto da investigação e o fato que se investiga. Isso impede que existam autorizações judiciais genéricas capazes de conceder uma permissão em branco para a violação de direitos fundamentais das pessoas.

A partir disso, propõe um critério objetivo de valoração dos *descubrimientos accidentales* que valha tanto para as buscas domiciliares, como para as interceptações telefônicas. Ou seja: busca responder o seguinte questionamento: que valor probatório deve outorgar-se aos *descubrimientos accidentales* legitimamente obtidos? Visando responder a indagação, Tapia analisa o critério adotado na doutrina alemã (“conexão objetiva-subjetiva”), segundo o qual não seria possível valorar aqueles descobrimentos totalmente independentes do delito investigado no processo (critério objetivo) e que se refiram a um terceiro que não é sujeito passivo da medida investigativa, isto é, que não seja considerado suspeito (autor ou partícipe) da prática do crime que impulsionou a medida ou de delito conexo a ele (critério subjetivo).

Para o autor argentino, essa restrição, para além de estar acobertada pelo princípio da especialidade da prova, encontra amparo constitucional

no exercício do direito de defesa, o qual permite a verificação da legalidade (controle formal), da fundamentação (controle material) e da proporcionalidade da decisão do juiz que permite a medida restritiva de direitos fundamentais. Assim, conclui Juan Tapia que, se os *descubrimientos accidentales* permitem aferir a existência de um novo delito conexo ao crime investigado e imputável ao sujeito passivo da diligência, não há problema algum em sua posterior valoração como prova. Mas isso não significa, contudo, que não haja necessidade de estabelecer parâmetros objetivos: em primeiro lugar, assim como entende o espanhol Lopez Fragoso, afirma que deve dar-se imediato conhecimento ao órgão jurisdicional que decretou a medida originária e, em segundo lugar, nos casos em que não haja flagrância de cometimento do delito, se deverá requerer ao magistrado uma nova ordem de busca domiciliar ou uma nova autorização para incluir os diálogos obtidos.

4.2. O QUE DIZ A JURISPRUDÊNCIA.

4.2.1. JURISPRUDÊNCIA ALEMÃ:

Na Alemanha, o tribunal de Hamburgo, no ano de 1972, foi chamado a se pronunciar a respeito da valoração dos conhecimentos fortuitos no âmbito de escuta telefônica judicialmente produzida. Naquela ocasião, foi proferida decisão que descrevia que os conhecimentos sobre outros crimes seria uma “consequência adicional extremamente óbvia” e, ainda, que a determinação legal de destruição das gravações não se dá ao final da investigação do crime legitimador, mas quando se revelarem desnecessárias e inúteis “para a perseguição criminal” de qualquer crime (VALENTE, 2010, p. 583).

Já o Supremo Tribunal Federal alemão (BGH), em 1976, decidiu que a expressão perseguição criminal não poderia ser entendida como qualquer perseguição, o que englobaria até uma ação criminoso não constante do catálogo de crimes. E complementou alegando que “a valoração só é admissível se e na medida em que os factos conhecidos no âmbito de uma escuta telefônica [...] estão em conexão com a suspeita de um crime do catálogo no sentido deste preceito” (VALENTE, 2010, 584). Ou seja, seria admitida a valoração dos conhecimentos fortuitos desde que fossem relativos a crimes conexos a “um” crime do catálogo e não necessariamente ao crime que legitimou a medida em primeiro lugar. Daí decorrendo o princípio da

“proibição de valoração dos conhecimentos fortuitos que não estejam em conexão com um crime catálogo” (AGUILAR, 2004, p. 31).

Mesmo com essa decisão da corte alemã, ainda pairava a dúvida quanto ao fato de que estar conexo com “um” crime catálogo indicaria que não precisaria ser, necessariamente, o crime que legitimou a medida em primeiro lugar. Em 1978, o Supremo Tribunal Federal alemão esclareceu a questão e admitiu que a conexão dos conhecimentos fortuitos poderia ser em relação a qualquer crime do catálogo e não apenas àquele que embasou a medida. E mais ainda, entendeu ainda aquela corte que “o facto de em julgamento se apurar como infundada a acusação pelo crime de associação criminosa não impede a valoração dos conhecimentos relativos aos crimes de associação criminosa” (VALENTE, 2010, p. 585).

Já em 1998, a corte alemã definiu como regra “a valoração dos conhecimentos fortuitos relativos aos delitos do § 100 a da StPO”, ou seja, dos crimes do catálogo. Porém, mesmo assim, o tribunal ainda entendeu que, caso haja “estreita referência” (*enger bezug*) com o crime de catálogo que legitimou a decisão judicial que autorizou a escuta, poderão ser valorados os conhecimentos fortuitos (VALENTE, 2010, p. 586).

4.2.2. JURISPRUDÊNCIA PORTUGUESA:

A jurisprudência portuguesa tem acompanhado, ao menos no caso dos conhecimentos fortuitos em escutas telefônicas, a jurisprudência alemã (VALENTE, 2010, p. 589). Depois de alguma turbulência da doutrina e jurisprudência, foi estabelecido um certo consenso de que “só podem ser valorados os conhecimentos fortuitos se forem também crimes de catálogo” (COSTA ANDRADE, 2006, p. 211), ou seja, tudo aquilo que for apurado sobre crimes que eventuais investigações não poderiam utilizar o recurso da interceptação telefônica (isto é, fora dos crimes legitimadores previstos na lei) não poderá ser valorado. A exceção ficaria por conta dos crimes conexos aos crimes catálogo (VALENTE, 2010, p. 591).

O critério para considerar a conexão tem sido o do artigo 24 do CPP português: a exigência de uma “unidade processual investigatória”. Inexistindo a dita conexão e arquivado o inquérito quanto aos crimes de catálogo, não

podem, os conhecimentos obtidos com as escutas legalmente autorizadas, ser valorados em relação ao crime que subsiste e que não é do catálogo⁴.

O Supremo Tribunal de Justiça, no ano de 2012, decidiu no sentido de que deve ser ainda respeitada a condição subjetiva dos conhecimentos fortuitos, ou seja, que deve estar em causa uma escuta a um arguido, a um suspeito, intermediário ou vítima – nestes dois últimos casos com as condições da lei, porém a condição de suspeito e arguido pode surgir durante a própria execução da escuta. Contudo, aquele tribunal asseverou que, para que se possa utilizar a prova nestes casos, deve ser comprovada a indispensabilidade desta e que se conclua que sem o uso dela não se chegaria aos autores ou à materialidade⁵.

4.2.3. JURISPRUDÊNCIA ESPANHOLA:

Tanto o Tribunal Constitucional, quanto o Tribunal Supremo, têm-se pronunciado no sentido de que qualquer conhecimento fortuito deve ser imediatamente informado ao juiz para que profira nova decisão e, ainda, que obrigatoriamente se observe o princípio da proporcionalidade, sendo necessário que a escuta se ajuste às exigências e prescrições legais e constitucionais (PEREZ *apud* VALENTE, 2010, p. 588).

Com isso, podemos dizer que há um permanente controle judicial da investigação. Isto é: a não comunicação ao juiz do conhecimento fortuito caracteriza uma ingerência ilegítima, o que, segundo o Tribunal Constitucional e o Tribunal Supremo, acarreta uma “proibição de valoração de provas obtidas com a violação de direitos fundamentais” (VALENTE, 2010, p. 588).

A comunicação do conhecimento fortuito pode gerar uma nova autorização judicial e até mesmo o início de uma nova investigação criminal. O que nos leva a crer que a solução espanhola tem sido pela salvaguarda da

4 Decisão proferida no processo 35/08.5JAPRT.P1 no Tribunal da Relação do Porto em 18/06/2014.. Relatora Min. MARIA DOLORES SILVA E SOUSA. Acessado em 29/09/2014: <http://www.dgsi.pt/jtrp.nsf/56a6e7121657f91e80257cda00381fdf/38881727249ad8d580257d0a0050df7b?OpenDocument&Highlight=0,conhecimentos,fortuitos,escuta,telef%C3%B4nica>.

5 Decisão proferida no dia 08/02/2012 no processo 157/09.5JAFAR.E1.S1 da relatoria do Ministro Souto de Moura. Acessado em 29/09/2014: <http://www.dgsi.pt/jstj.nsf/954f0ce6ad9dd8b980256b5f003fa814/971895cf49acdffd80257a7e003ce0f2?OpenDocument>.

informação obtida na medida em que se busca uma “ratificação” da ordem anterior, ou uma nova apreciação/decisão judicial.

4.2.4. JURISPRUDÊNCIA BRASILEIRA.

O Superior Tribunal de Justiça tem se posicionado no sentido de que não há qualquer necessidade de se provar conexão entre os crimes investigados e aqueles que eventualmente sejam desvelados por uma interceptação telefônica. Assim sendo, o conhecimento fortuito de prática delituosa durante a realização de interceptações de conversas telefônicas legalmente autorizadas não exige a conexão para que se dê prosseguimento às investigações relativas ao fato novo. Na realidade, as decisões colocam como obrigação do Estado a apuração de crimes dos quais toma ciência, já que “o Estado não pode quedar-se inerte ao tomar conhecimento de suposta prática de crime”⁶.

Outras decisões alegam que a conexão entre o crime investigado não é exigível para crimes em andamento ou futuros, apenas para os pretéritos. Já que, havendo notícia, obtida através de escuta legalmente autorizada, de prática futura de conduta delituosa, o Estado está obrigado a agir para impedir o resultado⁷.

O Supremo Tribunal Federal, na chamada “Operação Anaconda”, considerou pedido de diligências complementares, para apurar a prática de “outros crimes”, requeridas no bojo da denúncia, como legítimos tendo em vista que naquela ocasião foram notificados os acusados⁸.

5. CONSIDERAÇÕES FINAIS

A diferenciação entre conhecimentos de investigação e os chamados conhecimentos fortuitos parece ser ponto essencial na resolução do problema em questão. Isto porque, ao definirmos o que está inserido na investigação e o que é alheio a ela, estamos dando o passo inicial no sentido do aproveitamento, ou não, do que foi produzido como conhecimento.

6 STJ - APn 510 / BA AÇÃO PENAL 2007/0297050-1, julgado em 21/08/2013.

7 STJ - HC 69552 / PR HABEAS CORPUS 2006/0241993-5, julgado em 06/02/2007. Rel. Min. Felix Fischer.

8 STF - HC 84224 / DF - DISTRITO FEDERAL HABEAS CORPUS julgado em 27/02/2007. Relator(a): Min. GILMAR MENDES.

Outro ponto que parece de crucial importância é a diferenciação entre proibições de produção de prova e proibições de valoração de prova, o chamado princípio da descontinuidade da valoração normativa probatória. A simples categorização da prova como “ilícita” não parece suprir as diferentes situações que surgem nas complexas investigações atuais. A prova é ilícita na sua origem ou assim o é por que não pode ser aproveitada no processo instaurado? A questão parece revelar um ponto crucial.

A mera exclusão total de todo e qualquer conhecimento fortuito parece encontrar obstáculos de difícil transposição no mundo real. Imaginemos um caso em que no decorrer de uma interceptação telefônica judicialmente autorizada com o objetivo de investigar uma quadrilha de tráfico de drogas é identificada a prática de um sequestro. A informação veio à tona através da interceptação telefônica do celular de um dos investigados pela quadrilha que se encontrava preso em regime fechado em uma instituição prisional. Ocorre que a conversa que desvelou o caso somente foi interceptada porque o detento que de fato teve seu sigilo afastado emprestou seu celular para um companheiro de cela que, apesar de não ter qualquer conexão criminosa com seu companheiro ou mesmo com o tráfico de drogas, fazia parte de uma quadrilha especializada em sequestros. As informações levantadas com o afastamento do sigilo, e somente elas, permitiram que a polícia identificasse o autor do crime. Sabendo que nenhuma outra prova levou à identificação da autoria do fato, pergunta-se: não poderá ser utilizado esse elemento de prova advindo de um conhecimento fortuito? A prova testemunhal das vítimas, caso os eventos se desenrolassem sem a atuação da polícia, nunca seria colhida. Ou seja, a própria prova testemunhal das vítimas decorre diretamente da interceptação telefônica.

A solução para a questão dos conhecimentos fortuitos não parece residir na sua total exclusão ou aceitação sem qualquer critério mediano. Não parece ser possível que consigamos respostas defensáveis ao adotarmos posições extremadas para qualquer um dos lados. Por isso, entendemos que, na linha do que vem pregando a doutrina espanhola e argentina – encabeçadas por López Frago e Juan Tapia – e parte da doutrina portuguesa – liderada por Francisco Aguilar –, a resposta ao questionamento sobre a possibilidade de utilização dos conhecimentos fortuitos perpassa por uma imediata comunicação à autoridade judicial que autorizou a medida investigatória originária, para que ela – tratando a comunicação como uma verdadeira *notitia criminis* – determine a instauração de um novo procedimento

criminal que vise à identificação da autoria e materialidade daquele novel crime que fortuitamente se teve conhecimento pelos agentes persecutórios. Isso permitirá, para além do controle judicial contemporâneo acerca do desenvolvimento da investigação (ou seja, daquilo que efetivamente está sendo apurado), que a parte investigada tenha condições de examinar – ainda que futuramente – a legitimidade dos meios de investigação, isto é, se foram executados e deferidos de acordo com as normas legais e constitucionais que regem as medidas persecutórias adotadas.

FREDERICO DA COSTA MARQUES FARIA

MESTRE EM CIÊNCIAS CRIMINAIS PELA FACULDADE DE DIREITO DA
PONTIFÍCIA UNIVERSIDADE CATÓLICA DO RIO GRANDE DO SUL.

AGENTE DA POLÍCIA FEDERAL.

E-MAIL: FARIA.FCMF@DPF.GOV.BR

TAPIR ROCHA NETO

MESTRE EM CIÊNCIAS CRIMINAIS PELA FACULDADE DE DIREITO DA
PONTIFÍCIA UNIVERSIDADE CATÓLICA DO RIO GRANDE DO SUL.

ADVOGADO CRIMINAL.

E-MAIL: TAPIRNETO@GMAIL.COM

**CRIMINAL INVESTIGATION: THE LEGITIMACY
CRITERIA FOR VALUATION OF RANDOM KNOWLEDGE
IN TELEPHONE INTERCEPTS**

ABSTRACT

This paper proposes an analysis of the criminal investigation especially regarding the treatment of the knowledge acquired in criminal investigations by Brazilian law enforcement institutions. During investigation, the police may get a variety of information related to a particular case that may, eventually, escape the range of crimes and suspects previously defined by the court order. In this aspect, this work tries to analyze how to adjust the use of this sort of knowledge to a Democratic Rule of Law state.

KEYWORDS: Criminal investigation. Production of evidence. Valuation. Investigation knowledge. Serendipity.

LA INVESTIGACIÓN CRIMINAL: LOS CRITERIOS DE LEGITIMIDAD PARA LA VALORACIÓN DEL CONOCIMIENTO FORTUITOS EN ESCUCHAS TELEFÓNICAS

RESUMEN

Este artículo propone un análisis de la investigación criminal, especialmente en relación a los conocimientos adquiridos durante actividad investigativa de los órganos de persecución brasileños. De hecho, durante la investigación, la policía obtiene diversas informaciones, que pueden estar relacionadas con la causa penal determinada, sino también eventualmente puede escapar de la gama de delitos y personas previamente definidos en el momento de la ejecución de las medidas de investigación. En este sentido, por lo tanto, el objetivo es hacer frente a la forma de como se muestra legítima, en un proceso penal vinculado a un Estado Democrático, la valoración de los conocimientos fortuitos que surgen en el desarrollo de la investigación criminal.

PALABRAS CLAVE: Investigación Criminal. Prueba de producción. Valoración. Conocimiento de la investigación. Conocimiento fortuito.

6. BIBLIOGRAFIA

AMBOS, Kai. Las prohibiciones de utilización de pruebas en el proceso penal alemán – fundamentación teórica y sistematización. **Revista Eletrônica Política Criminal**, N° 7, A1-7, pp. 1-51. Santiago. 2009. http://www.politicacriminal.cl/n_07/a_1_7.pdf.

AGUILAR, Francisco. **Dos Conhecimentos Fortuitos Obtidos Através de Escuta Telefônica**. Coimbra. Almedina. 2004.

COSTA ANDRADE, Manuel da. **Das Escutas Telefônicas**. Versão retirada do gravador, correspondente à intervenção oral do autor, publicada em I Congresso Processual Penal. Coimbra, Editora Almedina, 2005. p. 215 a 244. Publicada no Brasil em FARIA COSTA, José de e MARQUES DA SILVA, Marco Antônio (organizadores). **Direito Penal Especial, Processo Penal e Direitos Fundamentais – Visão Luso-Brasileira**. São Paulo, Editora Quartier Latin do Brasil, 2006.

COSTA ANDRADE, Manuel da. **Sobre As Proibições de Prova em**

- Processo Penal.** Coimbra, Editora Almedina. 2006.
- FRAGOSO, Tomás López. Descubrimientos Casuales en las Intervenciones Telefónicas como Medidas Coercitivas en el Proceso Penal. In: **Revista del Instituto Bartolome de Las Casas.** Madrid. Número 2. Año 1. p. 81-89. Março. 1994.
- GOSSEL, Karl-Heinz. As Proibições de Prova no Direito Processual Penal da República Federal da Alemanha. In **Revista Portuguesa de Ciências Criminais.** Julho/Setembro. 1992.
- LOPES JUNIOR, Aury. **Direito Processual Penal e sua Conformidade Constitucional – volume I.** 7ª ed. Rio de Janeiro, Editora Lúmen Juris, 2011.
- LOPES JUNIOR, Aury. **Direito Processual Penal.** 11ª ed. São Paulo, Editora Saraiva, 2014.
- TAPIA, Juan F. Descubrimientos Accidentales en el Curso de un Registro Domiciliario o una Intervención de Comunicaciones. El Problema de Los Hallazgos Casuales o “Causales”? In: **Revista de Derecho Penal.** Buenos Aires. p. 669-684. 2002.
- VALENTE, Manuel Monteiro Guedes. **Processo Penal – Tomo I.** 3ª edição, Coimbra. Editora Almedina. 2010.



