

ENCONTRO FORTUITO DA PROVA: CONSIDERAÇÕES SOBRE A INCIDÊNCIA DE CAUTELAS PROBATÓRIAS NOS CRIMES CONTRA A ORDEM ECONÔMICA

Luiz Antonio Câmara

Doutor em Direito das Relações Sociais e Mestre em Direito Público pela UFPR. Professor Titular de Processo Penal na Faculdade de Direito do UNICURITIBA. Advogado criminal.

Jorge Sebastião Filho

Mestre em Direito Empresarial e Cidadania pelo UNICURITIBA Especialista em Direito Processual Penal e Ciências Penais pela PUC/PR Professor de Direito Processual Penal Advogado Criminal.

Sumário 1 - Introdução. 2 - A necessidade de delimitação do fato objeto da investigação nas medidas cautelares probatórias. 3 - Encontro fortuito de provas e seus limites na medida cautelar probatória de busca e apreensão. 4 - Encontro Fortuito de provas e seus limites na medida cautelar probatória de interceptações telefônicas. 5 - Considerações finais. 6 - Referências bibliográficas.

Resumo

O presente trabalho demonstra a necessidade de delimitação do objeto e dos sujeitos da investigação frente às medidas cautelares probatórias de busca e apreensão (busca domiciliar) e interceptação das comunicações telefônicas através do estudo das teorias do *encontro fortuito de provas* ou *desvio de vinculação causal* na execução das referidas medidas cautelares. Objetiva, ainda, demonstrar as possibilidades de utilização do material probatório obtido fortuitamente ou com desvio de vinculação, sem que haja violação às garantias fundamentais à intimidade e privacidade, bem como demonstrar que as decisões que autorizam as medidas cautelares probatórias não podem servir de instrumento de efetivação de uma política de segurança

pública, sob pena de violação ao devido processo legal, atentando para o fato de que tais medidas se decretam preponderantemente quando se tem como objeto de investigação ou processo infrações penais contra a ordem econômica.

Palavras-chave: Encontro fortuito de provas. Medidas cautelares probatórias. Busca e Apreensão. Interceptação Telefônica.

ABSTRACT

The present work seeks to show the object delimitation's need as well as the subjects of investigation as they relate to evidentiary precautionary measures of search and seizure (home search) and wiretapping through the study of theories such as *fortuitous finding* in the execution of those referred precautionary measures. Seeks also, to demonstrate the possibilities of utilizing evidence material acquired accidentally or with deviation of binding, as long as it doesn't violate fundamental guarantees such as intimacy and privacy, as well as to demonstrate that the decisions that authorizes evidentiary precautionary measures cannot serve as instrument of realization of public security policies, under penalty of violation of the Principle of Due Process of Law.

Key-Words: Fortuitous Finding, Evidentiary Precautionary Measures, Search and Seizure, Wiretapping

1 - Introdução

O processo penal brasileiro adota medidas cautelares probatórias ou meios de obtenção de prova destinados à busca da materialidade dos delitos investigados.

Diante das novas modalidades de delitos decorrentes do incremento da criação de tipos penais ligados à criminalidade econômica, intensificou-se a utilização por parte do Estado, de medidas invasivas e violadoras de direitos fundamentais, especialmente as medidas cautelares probatórias de busca e apreensão (busca domiciliar) e interceptação das comunicações telefônicas.

Sendo de larga utilização estas medidas, tornou-se cada vez mais intensa a necessidade de delimitação do objeto e dos sujeitos das investigações, visando evitar que o Estado se utilize de decisões judiciais para concretização de buscas domiciliares e interceptações telefônicas como verdadeiras cartas brancas para efetivação de uma política de segurança pública, em detrimento às garantias fundamentais à privacidade e intimidade.

Contudo, muito constantemente no âmbito de concretização das referidas medidas dá-se o encontro de provas de infrações penais diversas daqueles que motivaram a decretação das medidas cautelares probatórias. Surge, então, a necessidade de um estudo da teoria do *encontro fortuito de provas* ou *desvio de vinculação causal* de forma a delimitar a utilização do material probatório obtido fortuitamente ou com desvio de vinculação.

O ponto de difícil ultrapassagem se dá relativamente à limitação da atuação dos agentes estatais no cumprimento do mandado de busca e apreensão (especialmente quando esse decorre de interceptação telefônica) e à validade ou não da prova encontrada fortuitamente. Ambos os pontos constituem objeto de abordagem e debate nesse artigo.

2 - A necessidade de delimitação do fato objeto da investigação nas medidas cautelares probatórias

As medidas cautelares probatórias no processo penal brasileiro não apresentam regramento próprio ou sistematizado tal qual ocorre com as medidas cautelares pessoais após a reforma operada pela Lei 12.403 de 04.05.2011¹ e, parcialmente, como as medidas cautelares de natureza real, chamadas *acautelatórias* pelo legislador processual penal. Não há, portanto, na legislação processual penal uma teoria geral das medidas cautelares probatórias, cabendo aos atores jurídicos, através de raciocínios analógicos, buscar respaldo na teoria geral das cautelares pessoais para estabelecer os limites de aplicação destas medidas².

Evidencia-se no art. 282 do Código de Processo Penal, com sua nova redação dada pela Lei 12.403/11, regras gerais relativas às medidas cautelares pessoais, delimitando seu âmbito de aplicação e estabelecendo seus critérios de aplicação, extraíndo-se deste dispositivo legal os princípios norteadores desta categoria de cautelares, quais sejam: necessidade, adequação, proporcionalidade e subsidiariedade³.

Em que pese estarem estes dispositivos dirigidos às cautelares pessoais, cabe aqui a aplicação destas regras gerais, para se estabelecer um paralelo com as medidas cautelares probatórias, visando dar-lhes um melhor direcionamento.

No tocante à finalidade da busca domiciliar, o art. 240, § 1º, do Código de Processo Penal traz um rol que define claramente que a medida visa à obtenção de provas da infração penal. Destacam-se, a título exemplificativo, o contido na alínea “b”: “apreender coisas achadas ou obtidas por meios

¹ A propósito de tais medidas, v. CÂMARA, Luiz A. **Prisão e Liberdade Provisória - Medidas Cautelares Pessoais**. Curitiba: Juruá, 2011. V., ainda, CÂMARA, Luiz A. (coord.) **Crimes Empresariais - Não Auto incriminação, Cautelas Pessoais e Sigilo Processual**. Curitiba: Juruá, 2012.

² Nesse sentido, com maior aprofundamento sobre o ponto, v. SEBASTIÃO FILHO. Jorge. **Interceptações Telefônicas**. Curitiba: Juruá, 2012.

³ Para uma maior especificação sobre os princípios e seu raio de ação, v. CÂMARA, *op. cit.* pp. 100-118.

criminosos” e alínea “e”: “descobrir objetos necessários à prova da infração ou à defesa do réu”.

No mesmo sentido o art. 1º da Lei 9.296/96 deixa claro que a finalidade da interceptação de comunicação telefônica de qualquer natureza serve “para prova em investigação criminal e em instrução processual penal”, só admitindo sua aplicação quando a prova não “puder ser feita por outros meios disponíveis”, conforme art. 2º, II do referido diploma legal.

Constata-se, assim, que tanto a busca e apreensão como as interceptações telefônicas são mecanismos de obtenção de provas de natureza cautelar que servirão como instrumento para alcançar um fim vinculado ao processo principal, ou seja, a busca da prova da infração penal.

Com relação à medida cautelar probatória de busca e apreensão, o Código de Processo Penal, em seu art. 243, estabelece os requisitos do mandado, dentre eles (inciso II) a necessidade de “*mencionar o motivo e os fins da diligência*”. Destaca-se, aí, a necessidade de delimitação do objeto da investigação e delimitação da prova a ser produzida e sua vinculação à situação fática geradora da decretação da medida.

Ao cuidar do tema PACELLI DE OLIVEIRA⁴ destaca que devem ser consideradas ilícitas as provas de infração penal que não tenham estrita relação com o mandado de busca e apreensão expedido, evitando, dessa forma o incentivo à prática do abuso de autoridade.

É essencial, ainda, conforme disposto no art. 243, I, do Código de Processo Penal, a indicação do local (casa) objeto da diligência e o nome do seu respectivo proprietário ou morador e, no caso da busca pessoal, o nome da pessoa sobre a qual recairá a diligência.

A não indicação no mandado do local para realização da diligência significa que o ingresso naquela residência não está autorizado⁵ e, por consequência, a prova obtida será considerada ilícita.

⁴ OLIVEIRA, Eugênio Pacelli de. **Curso de Processo Penal**. 11 ed. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2009, p. 368

⁵ OLIVEIRA, Eugênio Pacelli de. **Curso de Processo Penal**. 11 ed. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2009, p. 368

Nas interceptações telefônicas, a *provisionalidade* ou *faticidade* (características inerentes às medidas cautelares) se fazem presentes na Lei 9.296/96, quando no parágrafo único do artigo 2º, exige que: “Em qualquer hipótese deve ser descrita com clareza a situação objeto da investigação, inclusive com a identificação e qualificação dos investigados, salvo impossibilidade manifesta, devidamente justificada”.

Como assevera AVOLIO, “se a interceptação não repousasse sobre um fato delituoso certo e determinado, daria margem a abusos, ferindo-se de morte a garantia do sigilo telefônico”.⁶

Acrescenta-se o posicionamento de GRECO FILHO, que esclarece: “Mera suspeita ou fatos indeterminados não autorizam a interceptação”⁷.

Assim, a Lei vincula à existência das medidas cautelares probatórias à co-existência da situação fática que as originou, tornando-as limitadas a seu objeto principal. Trata-se de uma delimitação objetiva do fato que se quer comprovar⁸.

Não basta que se delimite o fato que se quer investigar, mas também os sujeitos da investigação, ou seja, contra quem será determinada a medida de busca e apreensão ou interceptação telefônica.

É essencial, portanto, que se delimite, tanto no pedido formulado quanto na decisão de decretação, a situação fática objeto da medida e seus sujeitos, até mesmo porque é da situação fática que serão extraídos os pressupostos probatórios: a existência de indícios razoáveis de autoria ou participação em

⁶ AVOLIO, Luiz Francisco Torquato. **Provas Ilícitas. Interceptações telefônicas, ambientais e gravações clandestinas**. 4ª. ed. rev. e ampl. São Paulo : Editora Revista dos Tribunais, 2010, p. 227

⁷ GRECO FILHO, Vicente. **Interceptação telefônica**. Considerações sobre a Lei n. 9.296, de 24 de julho de 1996. 2ª. ed., rev., atual. e ampl., (com a colaboração de João Daniel Rassi), 3ª. tiragem. São Paulo : Saraiva, 2008, p. 28

⁸ LIMA, Renato Brasileiro de. **Manual de Processo Penal, V I**. Niterói, Rio de Janeiro : Impetus, 2011, p. 1083

infração penal punida com reclusão⁹ ou fundadas razões que autorizem a busca domiciliar.¹⁰

Conclui-se, portanto, que nas medidas cautelares probatórias, diante da interferência na esfera de intimidade e privacidade do indivíduo, faz-se necessária a delimitação dos fatos e sujeitos objeto da investigação e da produção probatória, gerando uma vinculação ao procedimento principal, pois, as medidas cautelares têm caráter instrumental e não podem ter um fim em si mesmas.

Tanto a definição do fato objeto da investigação como do sujeito passivo da busca e apreensão e da interceptação telefônica conduzirão para a solução de problemas que surgem no curso da materialização das medidas cautelares probatórias, denominados de *encontro fortuito* de outros fatos ou de outros envolvidos¹¹, ou, ainda, do *desvio da vinculação causal*¹², o que será objeto de análise mais detida no tópico seguinte.

⁹ GOMES, Luiz Flávio. MACIEL, Silvio. **Interceptação Telefônica**. Comentários à Lei 9.296, de 24.07.1996. São Paulo : Editora Revista dos Tribunais, 2011, p. 103

¹⁰ DUTRA, Luciano. **Busca e Apreensão Penal – da legalidade às ilegalidades cotidianas**. Florianópolis: Conceito Editorial, 2007, p. 64.

¹¹ Luiz Flávio GOMES e Silvio MACIEL utilizam a expressão “encontro fortuito, assim definido: “O encontro fortuito pode ser denominado de *serendipidade*: trata-se de um neologismo que significa “algo como sair em busca de uma coisa e descobrir outra (ou outras), às vezes até mais interessante e valiosa. Vem do inglês *serendipity* (de acordo com o Dicionário Houaiss), onde tem o sentido de descobrir coisas por acaso. *Serendip* era o antigo nome da ilha do Ceilão (atual Sri Lanka). A palavra foi cunhada em 1754 pelo escritor inglês Horace Walpole, no conto de fadas *Os três príncipes de Serendip*, que sempre faziam descobertas de coisas que não procuravam”. (grifo no original) (GOMES, Luiz Flávio. MACIEL, Silvio. **Interceptação Telefônica**. Comentários à Lei 9.296, de 24.07.1996. São Paulo : Editora Revista dos Tribunais, 2011, p. 106)

¹² Aury LOPES JUNIOR, trata do tema sob o enfoque do desvio da vinculação causal e do princípio da especialidade da prova. (LOPES JUNIOR, Aury. **Direito Processual Penal e sua conformidade constitucional**. v I, 3ª. ed., Rio de Janeiro : Lumen Juris, 2008, p. 539)

3 - Encontro fortuito de provas e seus limites na medida cautelar probatória de busca e apreensão

A medida cautelar de busca e apreensão corresponde a meio de obtenção de prova e, como tal, é instrumento utilizado pelas autoridades para investigar e recolher no processo os meios de prova para solução do caso penal.

Contudo, é importante ressaltar que esse meio de obtenção de prova implica em restrição de direitos fundamentais. Há, em tais medidas, especialmente quando cumpridas em residências, evidente lesão aos direitos fundamentais de privacidade e intimidade. A propósito, BARICHELLO¹³ assinala que “quando do cumprimento de uma medida cautelar de busca e apreensão, representantes do Estado adentram a um domicílio, com autorização judicial, invadindo a privacidade do acusado, expondo sua intimidade à coletividade”.

Por isso a demanda de autorização judicial para que tenham lugar. Com a mediação judicial se objetiva que o sacrifício dos direitos individuais em destaque seja o menor possível.

Assim, nenhuma medida cautelar terá validade se não for submetida ao controle jurisdicional, em respeito ao princípio do *due process of law*, consagrado no art. 5º, LIV da Constituição Federal¹⁴.

Trata-se de uma reserva de jurisdição¹⁵, necessária ao controle das medidas cautelares que somente poderão ser aplicadas para atingir sua finalidade instrumental.

¹³ BARICHELLO, Tito L. **A busca e apreensão domiciliar no Processo Penal e os Crimes Contra a Ordem Econômica**. Revista Jurídica do UNICURITIBA n° 23 - 2009-2.

¹⁴ LOPES JUNIOR, Aury. **Direito Processual Penal e sua conformidade constitucional**. v II, 6ª. ed., Rio de Janeiro : Lumen Juris, 2011, p. 63

¹⁵ LIMA, Renato Brasileiro de. **Manual de Processo Penal, V I**. Niterói, Rio de Janeiro : Impetus, 2011, p. 1070

Portanto, a decisão autorizativa da medida excepcional deve limitar o ato policial ao contexto jurídico e fático do seu deferimento. O cumprimento da medida deverá sempre estar restrito à apuração do crime que ensejou a decisão.

No estudo dos meios de obtenção de provas na esfera criminal, um dos princípios que regem o tema é o da *especialidade*. A propósito, destaque-se a seguinte passagem doutrinária:

“Ello significa, que la resolución judicial se otorga para una investigación específica y determinada, es decir, es una resolución especialmente otorgada para ese objeto de investigación concreto y no para outro”.¹⁶

Esse princípio, portanto, retrata uma vinculação causal, “em que a autorização judicial para a obtenção da prova naturalmente vincula a utilização naquele processo (e em relação àquele caso penal)”.¹⁷ Portanto, a decisão está vinculada ao pedido e é vinculante em relação ao material apreendido, estando a busca e apreensão restrita à apuração daquele crime que ensejou a decisão judicial.

A respeito da delimitação do conteúdo do mandado, LOPES JUNIOR leciona:

“Deve ser delimitado o objeto ou objetos buscados, para evitar um substancialismo inquisitório. Se o que se busca é uma arma, que se faça a busca direcionada para isso, não estando a autoridade policial autorizada a buscar e apreender documentos, cartas ou computadores”¹⁸.

¹⁶ ECHARRI CASI, Fermín Javier. Prueba ilícita: conexión de antijuridicidad y hallazgos casuales. *In Revista del Poder Judicial*. Madrid, nº 69, p.261-301, 2003. p.287.

¹⁷ LOPES JUNIOR, Aury. **Direito Processual Penal e sua Conformidade Constitucional**. Vol. I. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2011. p.569.

¹⁸ LOPES JUNIOR, Aury. **Direito Processual Penal e sua Conformidade Constitucional**. Vol. I. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2011. p. 706/707.

A observância dos limites definidos no mandado de busca e apreensão é essencial, pois seu descumprimento acarreta na violação deslegitimada do domicílio do investigado, violando, assim, o artigo 5º, inciso XI, da Constituição Federal, com evidente lesão não autorizada do direito à privacidade e intimidade.

Sobre esse aspecto, TAPIA¹⁹ ensina que a ingerência estatal no momento de cumprimento da ordem judicial suprime o direito a intimidade do indivíduo com um único objetivo: de permitir que as agências policiais obtenham os meios de prova previamente identificados e taxativamente descritos (apreender uma arma de fogo, gravar diálogos vinculados ao fato investigado, etc.).

O autor destaca que em um Estado Democrático, os registros domiciliares e as interceptações telefônicas não devem dirigir-se à descoberta de crimes em geral, mas servem para embasar a investigação preparatória daqueles fatos puníveis que constituam o objeto de um processo judicial em curso.²⁰

O doutrinador ainda destaca a “obligación de *indicar el delito perseguido* para no convertir la diligencia en una actuación de búsqueda ilimitada e indiscriminada de datos.”²¹

¹⁹ TAPIA, Juan F. **Descubrimientos Accidentales em el curso de um registro domiciliário o una intervención de comunicaciones. El problema de los hallazgos casuales? O “causales”?**. In Revista Del Derecho Penal. Buenos Aires: Instituto de Ciencias Penales, p.673.

²⁰ TAPIA, Juan F. **Descubrimientos Accidentales em el curso de um registro domiciliário o una intervención de comunicaciones. El problema de los hallazgos casuales? O “causales”?**. In Revista Del Derecho Penal. Buenos Aires: Instituto de Ciencias Penales, p.673.

²¹ TAPIA, Juan F. **Descubrimientos Accidentales em el curso de um registro domiciliário o una intervención de comunicaciones. El problema de los hallazgos casuales? O “causales”?**. In Revista Del Derecho Penal. Buenos Aires: Instituto de Ciencias Penales, p.674.

A busca, desse modo, “não surge aleatória, indeterminada ou indeterminável, mas se vincula com o que importa para a originária persecução penal, que ensejou a ordem de busca”.²²

Sublinhe-se que a situação em que, ao se buscar provas para um determinado crime, são encontradas provas atinentes a outras infrações penais, é denominada pela doutrina como *encontro fortuito de prova*. Conforme PACHELLI DE OLIVEIRA, “fala-se em encontro fortuito quando a prova de determinada infração penal é obtida a partir de busca regularmente autorizada para a investigação de outro crime”.²³

Descrevendo o que seria essa hipótese, o autor acima citado exemplifica:

“Quando, na investigação de um crime contra a fauna, por exemplo, agentes policiais, munidos de mandado judicial de busca e apreensão, adentram em determinada residência para o cumprimento da ordem, espera-se, e mesmo exige-se (art. 243, II, CPP), que a diligência se realize exclusivamente para a busca de animais silvestres. Assim, se os policiais passam a revirar as gavetas ou armários da residência, é de se ter por ilícitas as provas de infração penal que não estejam relacionadas com o mandado de busca e apreensão. Em semelhante situação, como é óbvio, o local revistado jamais abrigaria o objeto do mandado judicial.”²⁴

O principal objetivo dessa restrição é o controle judicial da atuação dos agentes policiais, pois, em caso contrário, o mandado de busca e apreensão permitiria que a casa da pessoa investigada fosse devassada sem qualquer critério. A autorização judicial para a entrada na casa limita a colheita de provas relativas a crime previamente determinado, o que significa dizer que o ingresso na residência para outra finalidade não está autorizado.

²² PITOMBO, Cleunice A. Valentim Bastos. **Da Busca e da Apreensão no Processo Penal**. 2. Ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2005. p.109.

²³ OLIVEIRA, Eugênio Pacelli de. **Curso de Processo Penal**. 11 ed. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2009, p. 322.

²⁴ OLIVEIRA, op. cit, p. 322.

A respeito da validade da prova obtida em decorrência de encontro fortuito ou casual (decorrente de interceptação telefônica e de cumprimento de mandado de busca) há na doutrina e na jurisprudência diversas formas de visualização.

Cabe destacar, de início, o magistério de CAMARGO ARANHA²⁵ que defende o ponto de vista de que a prova encontrada fortuitamente não poderá ser, de forma alguma, utilizada no processo, já que não estava prevista na investigação e, tampouco, na autorização proferida pela autoridade judicial. Justifica este autor sua posição sublinhando que a prova obtida através do cumprimento destas diligências deve corresponder ao fundamento apresentado e que serviu de base para decisão autorizadora da medida. Do contrário, se estaria utilizando de uma prova ilícita quanto ao modo como colhida, já que foge dos preceitos legais que exigem um pedido com fundamentação certa, contra pessoa determinada, e que, como tal, serviu de base à autorização judicial concedida.

COSTA ANDRADE, ao lecionar sobre o entendimento da Suprema Corte Alemã (BGH) acerca de conhecimentos fortuitos de provas entende que só é possível o aproveitamento de uma prova encontrada quando se investiga outro crime se houver conexão entre os dois delitos: “Estava lançado o princípio da proibição de valoração dos conhecimentos fortuitos <<que não estejam em conexão com um crime do catálogo>>”.²⁶

Ainda, continua o autor: “na doutrina aceita-se generalizadamente a tese da jurisprudência, segundo a qual << a valoração dos conhecimentos fortuitos só é possível no interior da classe dos crimes do catálogo >>”.²⁷

Saliente-se que tal raciocínio pode - e deve – ser utilizado não somente nos casos de interceptação telefônica, quando ao se investigar um crime se descobre a prova de outro como, também, nas situações de cumprimento de

²⁵ ARANHA, Adalberto José Q. T. de Camargo. **Da prova no processo penal**. 7.ed. São Paulo: Saraiva, 2006. p. 295.

²⁶ ANDRADE, Manuel da Costa. **Sobre as Proibições de Prova em Processo Penal**. Coimbra: Coimbra, 2006. p.308.

²⁷ ANDRADE, op. cit., p.309/310.

mandados de busca, quando destinada aquela à colheita da prova de um certo tipo de crime, descobre-se a prova de outro. Com mais razão ainda se chega à conclusão de que o raciocínio serve, também, para aquelas situações em que há interceptações telefônicas e em decorrência destas se expede mandado de busca e no cumprimento deste se encontra objeto que, a princípio, demonstraria a prática de infração penal diversa daquela para a qual existem investigações em decorrência das quais se emitiu a ordem judicial.

Com relação ao encontro fortuito de provas em interceptações telefônicas, far-se-á análise mais detida logo adiante.

Ainda conforme o magistério do autor português atrás citado, por “crimes do catálogo” entendem-se aqueles crimes elencados no mandado de busca e apreensão, ou que estejam diretamente relacionados a eles, o que significa dizer que não pode ser valorada a prova atinente àqueles crimes que não guardam qualquer relação com o delito que originou a expedição do mandado.

Ressalte-se que não é razoável qualquer autorização legal ou judicial que propicie o descobrimento genérico de infrações penais. Isso implicaria conceder autorizações em branco para violação dos direitos fundamentais das pessoas. A propósito, o Supremo Tribunal Federal, no julgamento de *Habeas Corpus* de grande repercussão nacional, firmou o entendimento de que o cumprimento de mandados de busca e apreensão indiscriminadamente violam frontalmente dispositivos constitucionais e constituem verdadeiras devassas às vidas dos cidadãos:

“AFRONTA ÀS GARANTIAS CONSTITUCIONAIS CONSAGRADAS NO ARTIGO 5º, INCISOS XI, XII E XLV DA CONSTITUIÇÃO DO BRASIL. De que vale declarar, a Constituição, que “a casa é asilo inviolável do indivíduo” (art. 5º, XI) se moradias são invadidas por policiais munidos de mandados que consubstanciem verdadeiras cartas brancas, mandados com poderes de a tudo devassar, só porque o habitante é suspeito de um crime? Mandados expedidos sem justa causa, isto é sem especificar o que se deve buscar e sem que a decisão que determina sua expedição seja precedida de perquirição quanto à possibilidade de adoção de meio menos gravoso para chegar-se ao mesmo fim. **A polícia é autorizada, largamente, a apreender tudo quanto possa vir a consubstanciar prova de qualquer crime, objeto ou não da investigação. Eis aí o que se pode chamar de autêntica “devassa”.** Esses mandados ordinariamente autorizam a apreensão de computadores, nos quais

fica indelevelmente gravado tudo quanto respeite à intimidade das pessoas e possa vir a ser, quando e se oportuno, no futuro usado contra quem se pretenda atingir. De que vale a Constituição dizer que "é inviolável o sigilo da correspondência" (art. 5º, XII) se ela, mesmo eliminada ou "deletada", é neles encontrada? **E a apreensão de toda a sorte de coisas, o que eventualmente privará a família do acusado da posse de bens que poderiam ser convertidos em recursos financeiros com os quais seriam eventualmente enfrentados os tempos amargos que se seguem a sua prisão. A garantia constitucional da personalidade da pena (art. 5º, XLV) para nada vale quando esses excessos tornam-se rotineiros.**²⁸
(destaques nossos)

Traçado esse quadro e considerando posições do Egrégio Supremo Tribunal Federal a respeito do assunto, é razoável concluir que no encontro casual da prova esta é, em regra, inválida. Afasta-se a proibição de validação da prova quando demonstrada a existência de conexão entre as infrações antes investigadas e aquela cuja descoberta foi casual.

É claro que se pode lançar objeção ao raciocínio traçado nas linhas anteriores com a afirmação no sentido de que aceita a argumentação expendida, o Estado, através dos órgãos policiais, não poderia, exemplificativamente, colher prova (e realizar a prisão em flagrante) em caso de encontro fortuito de grande quantidade de drogas voltada ao tráfico, decorrendo o encontro casual de interceptação telefônica e de posterior expedição de mandado de busca para apreensão de documentos comprobatórios de fraude caracterizadora de outro delito, como o de evasão de divisas. Entretanto, ressalte-se que o raciocínio a ser feito reclama aplicação do *princípio da proporcionalidade*: ainda que o tráfico de drogas não seja conexo aos crimes investigados é possível a realização de flagrante (com conseqüente validação da prova). E isso por dois motivos: a) A altíssima lesividade da conduta; b) O crime de tráfico de entorpecentes demanda aplicação de pena de pena de reclusão o que, conforme a lei 9.296/96 autoriza interceptação telefônica.

²⁸ STF - HC 95009, Relator(a): Min. EROS GRAU, Tribunal Pleno, julgado em 06/11/2008, DJe-241 DIVULG 18-12-2008 PUBLIC 19-12-2008 EMENT VOL-02346-06 PP-01275 RTJ VOL-00208-02 PP-00640. Tal decisão se refere ao caso Dantas-Opportunity.

4 - Encontro Fortuito de provas e seus limites na medida cautelar probatória de interceptações telefônicas

Conforme explanado anteriormente, o art. 2º, parágrafo único da Lei 9.296/96 exige, de forma explícita, a delimitação do fato objeto da investigação e seus sujeitos. Na interpretação de ARAÚJO DA SILVA, duas conclusões decorrem do referido dispositivo legal:

(...) a decisão judicial que deferi-la deve esclarecer os seus exatos limites, evitando assim eventuais abusos na apuração de fatos desconexos com o objeto da investigação ou relacionados a terceiros estranhos à apuração criminal, e somente será possível sua admissão para a persecução de crimes em andamento, não se prestando a medida para a investigação de infrações que sequer tiveram início de execução, sob pena do direito à intimidade, que deve ser entendido como regra, restar demasiadamente vulnerado.²⁹

A exigência contida no art. 2º, parágrafo único, da Lei 9.296/96, visa evitar “diligências indeterminadas”, sendo a delimitação da “situação objeto da investigação”, do “fato investigado”, do “fato objeto da prova”, do “fato que se quer comprovar”,³⁰ requisito imprescindível para decretação da medida.

Em análise comparativa, a validação da prova encontrada fortuita ou casualmente decorrente de interceptação telefônica é regulada pelo Direito alemão, dando-se dentro de certos limites, dentre eles o de que o crime descoberto componha um rol expressamente determinado (contido no § 100a do Código de Processo Penal tedesco) e que guarde relação com aquele

²⁹ SILVA, Eduardo Araújo da. **Crime Organizado**. Procedimento Probatório. 2ª ed., São Paulo : Atlas, 2009, p. 92

³⁰ GOMES, Luiz Flávio. MACIEL, Silvio. **Interceptação Telefônica**. Comentários à Lei 9.296, de 24.07.1996. São Paulo : Editora Revista dos Tribunais, 2011, p. 104

investigado. A propósito, o magistério de CLAUS ROXIN, eminente catedrático da Universidade de Munique:

“Para los llamados hallazgos casuales, esto es, para los conocimientos que no conciernen al hecho punible con relación al cual fue ordenada la vigilancia telefónica, el § 100,b, V, establece una regulación especial en virtud de la cual la valoración entra en consideración solo para comprobar los hechos de la lista del § 100ª o **delitos relacionados con ellos.**”³¹

Segundo LOPES JUNIOR, o material probatório obtido através da medida cautelar de interceptação telefônica está vinculado ao crime objeto da decisão que autorizou a medida. Há, assim, uma limitação ao uso indiscriminado deste material:

Inicialmente, é preciso compreender que o ato judicial que autoriza, por exemplo, a obtenção de informações bancárias, fiscais ou telefônicas – com o sacrifício do direito fundamental respectivo – é **plenamente vinculado e limitado**. Há todo um contexto jurídico e fático necessário para legitimar a medida que institui uma “especialidade” da medida. (...) Essa decisão, ao mesmo tempo em que está **vinculada ao pedido** (imposição do sistema acusatório), é **vinculante em relação ao material colhido**, pois a busca e apreensão, interceptação telefônica, quebra de sigilo bancário, fiscal, etc, está restrita à apuração daquele crime que ensejou a decisão.³² (grifo no original)

O princípio da especialidade da prova e sua vinculação causal, segundo LOPES JUNIOR³³, visam evitar investigações abertas e indeterminadas,

³¹ ROXIN. Claus. *Derecho Procesal Penal*. Trad. de Gabriel E. Córdoba e Daniel R. Pastor. Buenos Aires: Editores del Puerto, 2000, p. 202.

³² LOPES JUNIOR, Aury. **Direito Processual Penal e sua conformidade constitucional**. v I, 3ª. ed., Rio de Janeiro : Lumen Juris, 2008, p. 539

³³ LOPES JUNIOR, Aury. **Direito Processual Penal e sua conformidade constitucional**. v I, 3ª. ed., Rio de Janeiro : Lumen Juris, 2008, p. 540

afastando o “substancialismo inquisitorial”³⁴ que ocorre quando há um desvio de foco no fato objeto da investigação com o fim de abranger todo e qualquer ilícito porventura praticado pelo acusado.

Assim, duas hipóteses podem ocorrer em relação ao desvio de vinculação causal da prova: a) autorização para interceptação telefônica para apurar determinado delito e no curso da medida são descobertas outras infrações praticadas pelo sujeito passivo da interceptação; b) autorização para interceptação telefônica para apurar determinado delito e no curso da medida surge a descoberta de outras infrações penais praticadas por terceiro.

Na primeira hipótese, segundo assevera LOPES JUNIOR, trata-se de um “ilegal desvio causal da prova autorizada”³⁵. O autor aponta como absurda a hipótese de, por exemplo, ser autorizada interceptação telefônica para apurar crime de tráfico de drogas e sendo revelada hipótese de crime de sonegação fiscal, ser este material probatório utilizado para dar início a outro processo visando punir o acusado por este segundo delito.³⁶

Da mesma forma, em se tratando de delitos praticados por terceiro (segunda hipótese) contra os quais não foi autorizada a medida cautelar de interceptação telefônica, LOPES JUNIOR³⁷ repudia a utilização do material probatório, pois, segundo o autor, a própria gravação das conversas de terceiros com o acusado já constitui grave violação ao direito à intimidade (o que no caso da interceptação telefônica é inevitável), não sendo legítima a utilização destas conversas como material probatório para incriminar o terceiro interlocutor contra o qual não foi autorizada e devidamente fundamentada a decisão.

³⁴ LOPES JUNIOR, Aury. **Direito Processual Penal e sua conformidade constitucional**. v I, 3ª. ed., Rio de Janeiro : Lumen Juris, 2008, p. 540

³⁵ LOPES JUNIOR, Aury. **Direito Processual Penal e sua conformidade constitucional**. v I, 3ª. ed., Rio de Janeiro : Lumen Juris, 2008, p. 541

³⁶ LOPES JUNIOR, Aury. **Direito Processual Penal e sua conformidade constitucional**. v I, 3ª. ed., Rio de Janeiro : Lumen Juris, 2008, p. 541

³⁷ LOPES JUNIOR, Aury. **Direito Processual Penal e sua conformidade constitucional**. v I, 3ª. ed., Rio de Janeiro : Lumen Juris, 2008, p. 541-542

Apesar de repudiar a utilização indiscriminada de provas obtidas com desvio de vinculação causal em interceptação telefônica, LOPES JUNIOR conclui que o material obtido poderá ser utilizado como “*starter*” ou “notícia-crime” para dar início a novas investigações:

(...) sem negar a possibilidade de que a prova obtida a partir do desvio causal, sirva como *starter* da investigação do novo crime (se preferir, como notícia-crime), sendo assim uma “fonte de prova”, mas não como “prova”. Não será “a” prova, mas um elemento indiciário para o início da investigação, de modo que nova investigação pode ser instaurada e novas buscas, interceptações, etc. podem ser adotadas. **Mas a prova desse crime deve ser construída de forma autônoma.**³⁸ (grifou-se)

Outros doutrinadores que tratam do tema, dentre eles SCARANCE FERNANDES, GOMES e MACIEL, tentam encontrar um ponto médio para solução do “encontro fortuito de outros fatos ou de outros envolvidos”, levando em consideração a existência de “conexão”³⁹ entre o fato objeto da interceptação telefônica e os novos fatos detectados.

Para SCARANCE FERNANDES⁴⁰, o material probatório obtido em interceptação telefônica regularmente autorizada, somente terá valor em relação a outros fatos ou sujeitos não determinados na decisão que autorizou a medida, se existir conexão entre o crime investigado e os fatos obtidos

³⁸ LOPES JUNIOR, Aury. **Direito Processual Penal e sua conformidade constitucional**. v I, 3ª. ed., Rio de Janeiro : Lumen Juris, 2008, p. 543

³⁹ LOPES JUNIOR admite com ressalva a utilização das regras de conexão como justificativa para autorizar a utilização das provas obtidas a partir do desvio causal: “As regras da conexão podem ser admitidas como forma de relativizar o princípio da especialidade da prova, mas exigem sempre uma leitura restritiva desse conceito, bem como a demonstração da real existência dos elementos que a compõe. **O que não se pode tolerar é a fraude de etiquetas, onde a conexão é engendrada para permitir o desvio da vinculação causal imposta pelo princípio da especialidade.**” (grifou-se) (LOPES JUNIOR, Aury. **Direito Processual Penal e sua conformidade constitucional**. v I, 3ª. ed., Rio de Janeiro : Lumen Juris, 2008, p. 545-546)

⁴⁰ FERNANDES, Antonio Scarance. **Processo Penal Constitucional**. 5ª. ed. rev. atual. e ampl. São Paulo : Editora Revista dos Tribunais, 2007 – p. 109-110

fortuitamente. Aqueles fatos que não forem conexos servem, ao menos, como fonte de prova ou *notitia criminis*, para dar início a uma nova investigação e até mesmo uma nova interceptação telefônica independente⁴¹.

Nessa mesma linha são os ensinamentos de GOMES e MACIEL⁴², quando afirmam que para aproveitamento da prova obtida através de interceptação telefônica, é necessário que haja “identidade”, “congruência” entre o fato e o sujeito passivo indicados na decisão e o fato e o sujeito passivo concretamente investigados, sendo que qualquer desvio do princípio da congruência ou da identidade deve ser levado ao conhecimento do juiz para que realize o efetivo controle judicial desta nova situação.

Admitem GOMES e MACIEL o aproveitamento do material probatório obtido através de encontro fortuito em interceptação telefônica desde que haja conexão ou continência entre o fato objeto da investigação e os novos fatos encontrados. Assim, concluem os autores:

(...) se o fato objeto do “encontro fortuito” é conexo ou tem relação de continência (concurso formal) com o fato investigado, é válida a interceptação telefônica como meio probatório. Essa prova deve ser valorada pelo juiz. (...) Também, se é descoberto o envolvimento de outra pessoa no mesmo crime investigado (a continência do art. 77 do CPP), também é válido tal meio probatório.⁴³

Para os autores por último citados caso o material encontrado não tiver nenhuma relação de conexão com o fato investigado ou quando os fatos cometidos por terceiros não tenham nenhuma relação de continência com o

⁴¹ Seguindo este posicionamento POLASTRI LIMA aponta como “melhor o meio termo” adotado por Scarance Fernandes, invocando ao final de sua exposição o princípio da proporcionalidade para justificar a utilização do material probatório em crime diverso, em especial quando se tratam de crimes graves como o seqüestro ou o homicídio. (LIMA, Polastri Marcellus. **Tutela cautelar no processo penal**. Lumen Juris : Rio de Janeiro, 2005, p. 313)

⁴² GOMES, Luiz Flávio. MACIEL, Silvio. **Interceptação Telefônica**. Comentários à Lei 9.296, de 24.07.1996. São Paulo : Editora Revista dos Tribunais, 2011, p. 107

⁴³ GOMES, Luiz Flávio. MACIEL, Silvio. **Interceptação Telefônica**. Comentários à Lei 9.296, de 24.07.1996. São Paulo : Editora Revista dos Tribunais, 2011, p. 108

investigado, não poderá ser utilizado como meio probatório, tratando-se, nesta hipótese, de “encontro fortuito de segundo grau”⁴⁴, servindo apenas como *notitia criminis* para dar início a novas investigações⁴⁵.

Postura semelhante também é adotada por GRECO FILHO⁴⁶, que admite o aproveitamento da prova obtida em encontro fortuito resultante de interceptação telefônica, desde que a nova infração detectada não se enquadre nas limitações contidas no art. 2º da Lei 9.296/96 e que haja uma relação com o primeiro fato investigado, seja por conexão, continência ou concurso de crimes⁴⁷. Acrescenta o autor que seria uma limitação excessiva não permitir a utilização do material obtido em encontro fortuito, uma vez que a atividade criminosa, especialmente a organizada, não se limita a uma especialidade de crime. Ressalta, porém, que mesma nestas hipóteses é necessária a vinculação com o fato principal.

⁴⁴ GOMES, Luiz Flávio. MACIEL, Silvio. **Interceptação Telefônica**. Comentários à Lei 9.296, de 24.07.1996. São Paulo : Editora Revista dos Tribunais, 2011, p. 108

⁴⁵ No mesmo sentido, LIMA: “(...) se a interceptação telefônica conduzir a descoberta de fatos sem que haja qualquer hipótese de conexão ou continência, os elementos aí obtidos não podem ser valorados como *prova* pelo magistrado, o que não impede, todavia, sua utilização como *notitia criminis* para deflagrar novas investigações”. (grifo no original) (LIMA, Renato Brasileiro de. **Manual de Processo Penal, V I**. Niterói, Rio de Janeiro : Impetus, 2011, p. 1087)

⁴⁶ GRECO FILHO, Vicente. **Interceptação telefônica**. Considerações sobre a Lei n. 9.296, de 24 de julho de 1996. 2ª. ed., rev., atual. e ampl., (com a colaboração de João Daniel Rassi), 3ª. tiragem. São Paulo : Saraiva, 2008, p. 36-38

⁴⁷ Luiz Flávio GOMES diverge do entendimento de GRECO FILHO, quanto à utilização do critério de concurso formal para aproveitamento da prova obtida em encontro fortuito. Assim leciona: “Como vimos, cremos que o critério da conexão seja válido para resolver a questão. Mas só nas hipóteses de conexão e continência (estritamente interpretadas) é que a prova será válida. **No nosso entendimento não parece acertada a ampliação para qualquer hipótese de concurso de crimes. Em muitas ocasiões, no concurso material, por exemplo, não contaremos com nenhum tipo de conexão apta ao aproveitamento da interceptação**” (grifou-se) (GOMES, Luiz Flávio. MACIEL, Silvio. **Interceptação Telefônica**. Comentários à Lei 9.296, de 24.07.1996. São Paulo : Editora Revista dos Tribunais, 2011, p. 109)

No tocante ao critério da conexão ou continência LOPES JUNIOR⁴⁸ admite que em determinados casos a prova encontrada em desvio causal possa ser utilizada, porém os conceitos de “conexão” adotados pela sistemática do CPP devem ser interpretados restritivamente de forma a não dar azo a eventuais abusos de interpretação, especialmente quando tratar-se de conexão probatória (art. 76, III do CPP) ou conexão objetiva ou teleológica (art. 76, II do CPP), onde o aproveitamento da prova somente poderá ocorrer quando concretamente evidenciadas tais hipóteses.

Outras hipóteses comentadas por LOPES JUNIOR⁴⁹ são a conexão intersubjetiva (art. 76, I, do CPP) e a continência (art. 77, I, do CPP). Na primeira hipótese o autor assevera que a viabilidade da utilização da prova está relacionada à intersubjetividade concursal (concurso de agentes), exemplificando que a busca e apreensão realizada na casa de um dos có-reus, pode gerar material probatório em relação a todos. Situação semelhante ocorre em relação à continência, pois, segundo o autor, “a prova obtida de um dos réus passará a integrar o processo no qual também figura(m) o(s) có-reu(s).”⁵⁰

Sobre a conexão e continência, finaliza LOPES JUNIOR⁵¹ afirmando sua posição de que a prova obtida em desvio causal não poderá atingir a terceiro, ressaltando que nos casos de conexão e continência comentados, o có-reu não se trata de terceiro, mas sim parte no processo.

Assim, para os doutrinadores referenciados, o critério da “conexão” ou “continência”⁵² pode servir como balizador para o aproveitamento da prova

⁴⁸ LOPES JUNIOR, Aury. **Direito Processual Penal e sua conformidade constitucional**. v I, 3ª. ed., Rio de Janeiro : Lumen Juris, 2008, p. 544

⁴⁹ LOPES JUNIOR, Aury. **Direito Processual Penal e sua conformidade constitucional**. v I, 3ª. ed., Rio de Janeiro : Lumen Juris, 2008, p. 545

⁵⁰ LOPES JUNIOR, Aury. **Direito Processual Penal e sua conformidade constitucional**. v I, 3ª. ed., Rio de Janeiro : Lumen Juris, 2008, p. 545

⁵¹ LOPES JUNIOR, Aury. **Direito Processual Penal e sua conformidade constitucional**. v I, 3ª. ed., Rio de Janeiro : Lumen Juris, 2008, p. 545

⁵² Ainda que em breve manifestação, AVOLIO concorda com os demais doutrinadores sobre o critério da conexão ou continência. (AVOLIO, Luiz Francisco Torquato. **Provas Ilícitas**.

oriunda de encontro fortuito ou obtida por desvio causal. Tratando-se de fatos não conexos, o material servirá como *notitia criminis* para investigação de novos fatos.

Contudo, alguns doutrinadores adotam postura e critérios diversos a respeito do tema.

Para CAMARGO ARANHA⁵³ nem mesmo a existência de conexão entre o fato objeto da interceptação e novo fato seria suficiente para autorizar a utilização da prova obtida, sendo que sustenta sua posição com base nos argumentos de DAMÁSIO DE JESUS⁵⁴, para o qual, a prova obtida através de encontro fortuito não é válida em nenhuma hipótese. Complementando sua exposição, CAMARGO ARANHA⁵⁵ sustenta que a única hipótese possível de utilização da prova seria a descoberta de novo suspeito em relação ao mesmo fato objeto da decisão que autorizou a interceptação telefônica.

Outra postura é a adota por PRADO⁵⁶ que aponta dois critérios para análise do encontro fortuito: só se admite a interceptação telefônica em crimes punidos com reclusão; e, o princípio da obrigatoriedade da ação penal pública incondicionada.

Interceptações telefônicas, ambientais e gravações clandestinas. 4ª. ed. rev. e ampl. São Paulo : Editora Revista dos Tribunais, 2010, p. 230)

⁵³ ARANHA, Adalberto José Q. T. de Camargo. **Da prova no Processo Penal.** 7ª ed., rev. e atual., São Paulo : Saraiva, 2008, p 295

⁵⁴ JESUS, Damásio Evangelista de. **Valor da prova obtida por escuta telefônica.** Boletim IBCCRIM, São Paulo, v. 1, n. 9, out. 1993, p. 24, *apud*, ARANHA, Adalberto José Q. T. de Camargo. **Da prova no Processo Penal.** 7ª ed., rev. e atual., São Paulo : Saraiva, 2008, p 295

⁵⁵ ARANHA, Adalberto José Q. T. de Camargo. **Da prova no Processo Penal.** 7ª ed., rev. e atual., São Paulo : Saraiva, 2008, p 296

⁵⁶ PRADO, Geraldo. **Limite às Interceptações Telefônicas: a Jurisprudência do Superior Tribunal de Justiça no Brasil e a Alteração Introduzida no Código de Processo Penal Português (Lei nº 48/2007).** In: Processo Penal do Brasil e de Portugal : estudo comparado. As reformas portuguesa e brasileira. Org. L. G. Grandinetti Castanho de Carvalho. Coimbra : Ed. Almedina, 2009, p. 134

Inicialmente PRADO⁵⁷ esclarece que não poderá ser utilizada a prova obtida em encontro fortuito proveniente de interceptação telefônica, se a nova infração penal descoberta não for punida com pena de reclusão (ex.: contravenções penais, crimes punidos com detenção, infrações de menor potencial ofensivo), pois, este é o limite estabelecido no art. 2º, inciso III da Lei 9.296/96 que deve ser interpretado restritivamente.⁵⁸

O segundo critério adotado por PRADO⁵⁹ é o princípio da obrigatoriedade da ação pública incondicionada, princípio que, segundo o autor, não se restringe somente à ação penal, estendendo-se à investigação preliminar, por interpretação do contido no art. 5º, I, do Código de Processo Penal⁶⁰. Assim, para PRADO⁶¹, uma vez detectada a existência de crime que se procede mediante ação pública incondicionada, ainda que em encontro fortuito no curso de interceptação telefônica, é dever da autoridade policial

⁵⁷ PRADO, Geraldo. **Limite às Interceptações Telefônicas: a Jurisprudência do Superior Tribunal de Justiça no Brasil e a Alteração Introduzida no Código de Processo Penal Português (Lei nº 48/2007)**. In: Processo Penal do Brasil e de Portugal : estudo comparado. As reformas portuguesa e brasileira. Org. L. G. Grandinetti Castanho de Carvalho. Coimbra : Ed. Almedina, 2009, p. 134

⁵⁸ No mesmo sentido LOPES JUNIOR considera ilegal a utilização da prova quando o novo crime investigado por desvio causal não for punido com pena de reclusão, citando como exemplo o delito descrito no art. 2º da Lei 8.137/90. (LOPES JUNIOR, Aury. **Direito Processual Penal e sua conformidade constitucional**. v I, 3ª. ed., Rio de Janeiro : Lumen Juris, 2008, p. 541).

⁵⁹ PRADO, Geraldo. **Limite às Interceptações Telefônicas: a Jurisprudência do Superior Tribunal de Justiça no Brasil e a Alteração Introduzida no Código de Processo Penal Português (Lei nº 48/2007)**. In: Processo Penal do Brasil e de Portugal : estudo comparado. As reformas portuguesa e brasileira. Org. L. G. Grandinetti Castanho de Carvalho. Coimbra : Ed. Almedina, 2009, p. 135

⁶⁰ Cujo teor é o seguinte: ““Nos crimes de ação pública o inquérito policial será iniciado: I - de ofício; (...).”

⁶¹ PRADO, Geraldo. **Limite às Interceptações Telefônicas: a Jurisprudência do Superior Tribunal de Justiça no Brasil e a Alteração Introduzida no Código de Processo Penal Português (Lei nº 48/2007)**. In: Processo Penal do Brasil e de Portugal : estudo comparado. As reformas portuguesa e brasileira. Org. L. G. Grandinetti Castanho de Carvalho. Coimbra : Ed. Almedina, 2009, p. 135

investigar o novo crime⁶² (por força do princípio da obrigatoriedade) independentemente da existência de conexão ou continência com o crime objeto da interceptação telefônica.

Em contrapartida, AVOLIO⁶³ apresenta forte restrição à utilização do material obtido em encontro fortuito relativo à interceptação telefônica, mesmo com a finalidade de servir apenas como *notitia criminis* para início de novas investigações. Para o autor, somente seria cabível a utilização do material para dar azo à nova investigação em casos em que fosse admissível a prisão em flagrante por tratar-se de crime permanente (ex.: seqüestro), ou para adoção de medida urgente como a desativação de uma bomba ou evitar a consumação de delito grave⁶⁴, invocando-se, nestes casos, o princípio da proporcionalidade. Finaliza afirmando que a autorização indiscriminada do resultado da

⁶² No mesmo sentido, FEITOZA: “Quanto às infrações penais sujeitas à ação penal pública incondicionada, a própria autoridade policial ou o Ministério Público que estão tomando ciência da outra infração penal já tem o dever de agir de ofício.” (FEITOZA, Denilson. **Direito Processual Penal. Teoria, Crítica e Práxis**. 7ª ed, ver, ampl., e atual. de acordo com as Leis 11.983/2009, 12.015/2009; 12.030/2009; 12.033/2009 e 12.037/2009. Niterói, RJ : Impetus, 2010, p. 824)

⁶³ AVOLIO, Luiz Francisco Torquato. **Provas Ilícitas. Interceptações telefônicas, ambientais e gravações clandestinas**. 4ª. ed. rev. e ampl. São Paulo : Editora Revista dos Tribunais, 2010, p. 230-231

⁶⁴ A proposta de AVOLIO assemelha-se ao sistema italiano, onde se admite qualquer encontro fortuito, desde que o fato descoberto constitua infração em que a prisão em flagrante seja obrigatória. Assim explica TONINI: “Em regra, os resultados das interceptações são utilizáveis como prova somente no âmbito do procedimento em que são determinadas. Permanecem, no entanto, utilizáveis como *notitia criminis* para outros procedimentos. **Todavia, podem ser utilizadas em outros procedimentos quando forem indispensáveis para a averiguação dos delitos para os quais é obrigatória a prisão em flagrante** (art. 270 do CPP).” (TONINI, Paolo. **A prova no processo penal italiano**. Tradução de Alexandra Martins, Daniela Mróz. São Paulo : Editora Revista do Tribunais, 2002, p. 252)

interceptação em relação a outros fatos configura a chamada “interceptação prospectiva”⁶⁵, de todo repudiável.

Postura bastante distinta das já apresentadas é adotada por FEITOZA⁶⁶, que admite a utilização do material probatório resultante de encontro fortuito ou desvio causal em interceptação telefônica, ainda que não exista conexão com o fato objeto da interceptação e independentemente da espécie de pena ou gravidade do novo crime apurado. O autor vale-se do argumento de que estaria cumprida a finalidade da medida cautelar estabelecida em lei (Art. 1º da Lei 9.296/96), ou seja, obtenção de prova em investigação criminal ou instrução processual penal. Assim, dispensa-se a utilização do princípio da proporcionalidade.

Por fim, cabe citar o posicionamento adotado por PACELLI DE OLIVEIRA em relação à “teoria do encontro fortuito de provas”. Ao iniciar sua explanação, o autor salienta:

Fala-se em encontro fortuito quando a prova de determinada infração penal é obtida a partir da busca regularmente autorizada para a investigação *de outro crime*. (...)

A teoria, embora, em um primeiro exame, possa parecer um excessivo zelo com a tutela do devido processo legal, justifica-se plenamente. (...)⁶⁷

Conclui o autor, em primeira análise que “a teoria, portanto, presta-se a justificar a adoção de medidas acautelatórias em favor da proteção do direito à

⁶⁵ AVOLIO, Luiz Francisco Torquato. **Provas Ilícitas. Interceptações telefônicas, ambientais e gravações clandestinas**. 4ª. ed. rev. e ampl. São Paulo : Editora Revista dos Tribunais, 2010, p. 231

⁶⁶ FEITOZA, Denilson. **Direito Processual Penal. Teoria, Crítica e Práxis**. 7ª ed, ver, ampl., e atual. de acordo com as Leis 11.983/2009, 12.015/2009; 12.030/2009; 12.033/2009 e 12.037/2009. Niterói, RJ : Impetus, 2010, p. 823-824

⁶⁷ OLIVEIRA, Eugênio Pacelli de. **Curso de Processo Penal**. 15ª. Edição, rev. e atual. Rio de Janeiro : Lumen Juris, 2011, p. 367

intimidade e/ou privacidade, de modo a impedir o incentivo à prática do abuso de autoridade”⁶⁸, conforme já apontado anteriormente.

Porém, ao tratar da medida cautelar probatória de interceptação telefônica e sua aplicação no campo da chamada criminalidade *macroeconômica* ou criminalidade organizada, PACELLI DE OLIVEIRA adota postura bastante diversa em relação à aplicação da teoria do encontro fortuito de provas, sob o argumento de que a teoria não pode transformar-se em “instrumento de salvaguarda de atividades criminosas”.

São os seguintes argumentos adotados pelo autor para justificar a possibilidade de utilização do material obtido fortuitamente em interceptação telefônica e que diga respeito a outros crimes diversos daquele objeto da medida cautelar, quando tratar-se de investigações relacionadas à criminalidade organizada ou macroeconômica:

(...) quando, no curso de determinada investigação criminal, é autorizada judicialmente a interceptação telefônica em certo local, com a conseqüente violação da intimidade das pessoas que ali se encontram, não vemos por que recusar a prova ou a informação relativa a *outro crime* ali obtida. A tanto não se prestaria a teoria do encontro fortuito, dado que a sua finalidade e *ratio essendi* nem de longe seria atingida. Em tal situação, se até as conversas mais íntimas e pessoais dos investigados e das pessoas que ali se encontrassem estariam ao alcance do conhecimento policial, por que não o estaria a notícia referente à prática de outras infrações penais?⁶⁹

Ora, não é a conexão que justifica a licitude da prova. O fato, de todo relevante, é que, uma vez franqueada a violação dos direitos à privacidade e à intimidade dos moradores da residência, não haveria razão alguma para a recusa de provas de quaisquer outros delitos, punidos ou não com reclusão. Isso porque, uma coisa é a justificação para a *autorização* da quebra de sigilo; tratando-se de violação à intimidade, haveria mesmo de se acenar com a gravidade do crime. Entretanto, outra coisa é o aproveitamento do conteúdo da intervenção autorizada; tratando-se de material relativo à prova de

⁶⁸ OLIVEIRA, Eugênio Pacelli de. **Curso de Processo Penal**. 15ª. Edição, rev. e atual. Rio de Janeiro : Lumen Juris, 2011, p. 368

⁶⁹ OLIVEIRA, Eugênio Pacelli de. **Curso de Processo Penal**. 15ª. Edição, rev. e atual. Rio de Janeiro : Lumen Juris, 2011, p. 368

crime (qualquer crime), não se pode mais argumentar com a *justificação* da medida (interceptação telefônica), mas, sim, com a *aplicação* da lei.⁷⁰ (grifo no original)

Em que pese o posicionamento adotado pelo autor, refuta-se o argumento de que, diante dessa nova modalidade de delinquência (criminalidade organizada e macroeconômica), justifica-se o emprego de medidas invasivas e violadoras de direitos fundamentais, com aplicação de regras distintas, o que levaria, conforme LOPES JUNIOR, a uma “perigosa aproximação com o maniqueísmo (e reducionismo) do “direito (processual) penal do inimigo”⁷¹.

Assim, ainda que a interceptação telefônica seja um instrumento legal de obtenção de provas, deve ser usada nos estritos limites de sua legalidade, afastando-se interpretações que levem à violação desmedida de direitos e garantias fundamentais. Cabe destacar a lição de PRADO ao tratar dos limites à interceptação telefônica:

O emprego da técnica na investigação de crimes violentos, **ou derivados da criminalidade organizada, nacional ou transnacional, ou ainda de crimes socioeconômicos cujos autores não são aqueles, a rigor, selecionados pelo Sistema Penal acentua a sedução e parece justificar a medida.** Isso, porém, não pode encobrir o que realmente ocorre: **a supressão da intimidade do investigado.** Essa intimidade e, mais, a inviolabilidade das suas comunicações telefônicas são direitos fundamentais! (grifou-se)⁷²

⁷⁰ OLIVEIRA, Eugênio Pacelli de. **Curso de Processo Penal**. 15ª. Edição, rev. e atual. Rio de Janeiro : Lumen Juris, 2011, p. 369

⁷¹ LOPES JUNIOR faz severa crítica aos argumentos utilizados por PACELLI para justificar uma postura diferenciada na aplicação da teoria do encontro fortuito de provas em relação à criminalidade organizada ou macrocriminalidade. (LOPES JUNIOR, Aury. **Direito Processual Penal e sua conformidade constitucional**. v I, 3ª. ed., Rio de Janeiro : Lumen Juris, 2008, p. 539-540)

⁷² PRADO, Geraldo. **Limite às Interceptações Telefônicas: a Jurisprudência do Superior Tribunal de Justiça no Brasil e a Alteração Introduzida no Código de Processo Penal Português (Lei nº 48/2007)**. In: *Processo Penal do Brasil e de Portugal : estudo comparado*. As

A interceptação telefônica ou qualquer outro meio de obtenção de provas não poder servir como instrumento de prevenção de riscos ou perigos, nem servir como instrumento de uma política criminal securitária.⁷³

Conclui-se, então, que a faticidade ou provisionalidade são características ou princípios de grande relevância no estudo das interceptações telefônicas, diante dos reflexos aqui explanados. Constata-se na Lei 9.296/96 a necessidade de delimitação fática do objeto da interceptação e de seus sujeitos, evitando ampliar de forma indiscriminada a utilização do material probatório obtido através desta medida cautelar.

5 - Considerações finais

O presente artigo teve como objeto o estudo das teorias do *encontro fortuito de provas e desvio de vinculação causal* quando da concretização de medidas cautelares probatórias de busca e apreensão e interceptação das comunicações telefônicas.

Preliminarmente, demonstrou-se a extrema necessidade de delimitação do fato e dos sujeitos objetos da investigação e a vinculação do material probatório obtido em relação a esses fatos e sujeitos.

As medidas cautelares probatórias, diante de seu caráter instrumental, devem ter um objetivo principal (obtenção da prova da infração penal) e estão sempre vinculadas a esse objetivo principal, jamais podendo ter um fim em si mesmas.

reformas portuguesa e brasileira. Org. L. G. Grandinetti Castanho de Carvalho. Coimbra : Ed. Almedina, 2009, p. 119

⁷³ HASSEMER, Winfried. **Direito Penal Libertário**. Tradução de Regina Greve. Coord. e Supervisor Luiz Moreira. Belo Horizonte : Del Rey, 2007, p 129-130

Portanto, a finalidade instrumental das medidas cautelares probatórias deve estar bem delimitada na decisão que as autoriza, tratando-se do necessário controle jurisdicional do ato.

Demonstrou-se que as medidas cautelares probatórias de busca e apreensão e interceptação das comunicações telefônicas exigem a aplicação do princípio da *provisionalidade* ou *faticidade*, ou seja, somente será possível a decretação de tais medidas quando demonstrada uma situação fática concreta que as autorize, gerando uma vinculação a essa situação fática.

Contudo, buscou-se demonstrar a necessidade de interpretação e análise em relação aos limites de utilização do material probatório obtido fortuitamente ou com desvio de vinculação causal na concretização das medidas cautelares probatórias ora referenciadas.

Assim, constatou-se que somente podem ser consideradas lícitas as provas obtidas com estrita vinculação ao objeto e sujeitos determinados na decisão que autoriza a busca e apreensão ou interceptação telefônica.

Havendo encontro fortuito de outros fatos ou sujeitos, ou desvio da vinculação causal, somente poderão ser aproveitadas as provas obtidas com relação a fatos “conexos” (conexão ou continência) com a situação fática objeto das medidas.

Tratando-se de fatos não conexos ou de terceiros não relacionados com o fato originário, os elementos probatórios servirão como *notitia criminis* para novas investigações, observando-se os demais requisitos autorizadores das medidas cautelares.

6. Referências bibliográficas.

ANDRADE, Manuel da Costa. **Sobre as Proibições de Prova em Processo Penal**. Coimbra: Coimbra, 2006.

ARANHA, Adalberto José Q. T. de Camargo. **Da prova no Processo Penal**. 7ª ed., rev. e atual., São Paulo : Saraiva, 2008.

AVOLIO, Luiz Francisco Torquato. **Provas Ilícitas. Interceptações telefônicas, ambientais e gravações clandestinas**. 4ª. ed. rev. e ampl. São Paulo : Editora Revista dos Tribunais, 2010.

BARICHELO, Tito L. **A busca e apreensão domiciliar no Processo Penal e os Crimes Contra a Ordem Econômica**. Revista Jurídica do UNICURITIBA – nº 23 – 2009-2.

CALAMANDREI, Piero. **Introdução ao Estudo Sistemático dos Procedimentos Cautelares**. Tradução: Carla Roberta Andreasi Bassi. Campinas, Servanda, 2000.

CÂMARA, Luiz A. **Prisão e Liberdade Provisória - Medidas Cautelares Pessoais**. Curitiba: Juruá, 2011.

- (coord.) **Crimes Empresariais - Não Auto incriminação, Cautelas Pessoais e Sigilo Processual**. Curitiba: Juruá, 2012.

DUTRA, Luciano. **Busca e Apreensão Penal** – da legalidade às ilegalidades cotidianas. Florianópolis : Conceito Editorial, 2007.

ECHARRI CASI, Fermín Javier. Prueba ilícita: conexión de antijuridicidad y hallazgos casuales. *In Revista del Poder Judicial*. Madrid, nº 69, p.261-301, 2003.

FEITOZA, Denilson. **Direito Processual Penal. Teoria, Crítica e Práxis**. 7ª ed, ver, ampl., e atual. de acordo com as Leis 11.983/2009, 12.015/2009; 12.030/2009; 12.033/2009 e 12.037/2009. Niterói, RJ : Impetus, 2010.

FERNANDES, Antonio Scarance. **Processo Penal Constitucional**. 5ª. ed. rev. atual. e ampl. São Paulo : Editora Revista dos Tribunais, 2007.

GOMES, Luiz Flávio. MACIEL, Silvio. **Interceptação Telefônica**. Comentários à Lei 9.296, de 24.07.1996. São Paulo : Editora Revista dos Tribunais, 2011.

GOMES, Luiz Flávio. MARQUES, Ivan Luis. Coordenação. **Prisão e Medidas Cautelares**. Comentários à Lei 12.403, de 4 de maio de 2011. São Paulo : Editora Revista dos Tribunais, 2011.

GRECO FILHO, Vicente. **Interceptação telefônica**. Considerações sobre a Lei n. 9.296, de 24 de julho de 1996. 2ª. ed., rev., atual. e ampl., (com a colaboração de João Daniel Rassi), 3ª. tiragem. São Paulo : Saraiva, 2008.

HASSEMER, Winfried. **Direito Penal Libertário**. Tradução de Regina Greve. Coord. e Supervisor Luiz Moreira. Belo Horizonte : Del Rey, 2007, p 129-130.

JESUS, Damásio Evangelista de. **Valor da prova obtida por escuta telefônica**. Boletim IBCCRIM, São Paulo, v. 1, n. 9, out. 1993, p. 24, *apud*, ARANHA, Adalberto José Q. T. de Camargo. **Da prova no Processo Penal**. 7ª ed., rev. e atual., São Paulo : Saraiva, 2008.

LIMA, Polastri Marcellus. **Tutela cautelar no processo penal**. Lumen Juris : Rio de Janeiro, 2005.

LIMA, Renato Brasileiro de. **Manual de Processo Penal, V I**. Niterói, Rio de Janeiro : Impetus, 2011.

LOPES JUNIOR, Aury. **Direito Processual Penal e sua conformidade constitucional**. v I, 3ª. ed., Rio de Janeiro : Lumen Juris, 2008.

LOPES JUNIOR, Aury. **Direito Processual Penal e sua conformidade constitucional**. v II, 6ª. ed., Rio de Janeiro : Lumen Juris, 2011.

MARQUES, José Frederico. **Elementos de direito processual penal – volume IV –** Campinas : Bookseller, 1998.

OLIVEIRA, Eugênio Pacelli de. **Curso de Processo Penal**. 11 ed. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2009.

OLIVEIRA, Eugênio Pacelli de. **Curso de Processo Penal**. 15ª. Edição, rev. e atual. Rio de Janeiro : Lumen Juris, 2011

PRADO, Geraldo. **Limite às Interceptações Telefônicas: a Jurisprudência do Superior Tribunal de Justiça no Brasil e a Alteração Introduzida no Código de Processo Penal Português (Lei nº 48/2007)**. In: **Processo Penal do Brasil e de Portugal : estudo comparado. As reformas portuguesa e brasileira**. Org. L. G. Grandinetti Castanho de Carvalho. Coimbra : Ed. Almedina, 2009.

PITOMBO, Cleunice A. Valentim Bastos. **Da Busca e da Apreensão no Processo Penal**. 2. Ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2005.

ROXIN. Claus. *Derecho Procesal Penal*. Trad. de Gabriel E. Córdoba e Daniel R. Pastor. Buenos Aires: Editores del Puerto, 2000.

SEBASTIÃO FILHO. Jorge. **Interceptações Telefônicas**. Curitiba: Juruá, 2012.

SILVA, Eduardo Araújo da. **Crime Organizado**. Procedimento Probatório. 2ª ed., São Paulo : Atlas, 2009.

TAPIA, Juan F. **Descubrimientos Accidentales em el curso de um registro domiciliário o una intervención de comunicaciones. El problema de los hallazgos casuales? O “causales”?**. In Revista Del Derecho Penal. Buenos Aires: Instituto de Ciencias Penales, 2002-2.

TONINI, Paolo. **A prova no processo penal italiano**. Tradução de Alexandra Martins, Daniela Mróz. São Paulo : Editora Revista do Tribunais, 2002.