



**INTERCEPTAÇÃO
TELEFÔNICA**
OS 20 ANOS
DA LEI Nº 9.296/96

ANTONIO EDUARDO RAMIRES SANTORO

FLÁVIO MIRZA MADURO

[Orgs.]

D'PLÁCIDO
EDITORA

Art. 8º, parágrafo único, da Lei 9.296/96:

Considerações sobre sigilo, prova compartilhada, admissibilidade e valoração de elementos de informação

19

Renato Stanziola Vieira¹

“Não muda esse quadro o fato da prova ser resultante de interceptação telefônica. Sigilo absoluto sobre esta deve ser mantido em relação a diálogos de conteúdo pessoal inadvertidamente interceptados, preservando-se a intimidade, mas jamais, à luz do art. 5º, LV, e art. 93, IX, da Constituição Federal, sobre diálogos relevantes para investigação de supostos crimes contra a Administração Pública. Nos termos da Constituição, não há qualquer defesa de intimidade ou interesse social que justifiquem a manutenção do segredo em relação a elementos probatórios relacionados à investigação de crimes contra a Administração Pública.”²

¹ Mestre em Direito Constitucional pela Pontifícia Universidade Católica de São Paulo. Mestre em Direito Processual Penal pela Universidade de São Paulo. Foi professor-assistente contratado no Curso de Especialização em Direito Constitucional da PUC-SP/COGEAE, assistente de direito constitucional da Pontifícia Universidade Católica de São Paulo e professor contratado em cursos de especialização em Direito pela ESA (Escola Superior da Advocacia) de São Paulo. Advogado.

² Decisão proferida por Autoridade Judiciária da 13ª Vara Federal de Curitiba no pedido de quebra de sigilo de dados e/ou telefônicos n. 6006205-98.2016.4.04.7000/PR, aos 16.03.2016.

Introdução, delimitação e justificativa do estudo

A propósito do muitíssimo honroso convite recebido pelos coordenadores desta obra, Professores Antonio Eduardo Ramires Santoro e Flávio Mirza Maduro, para analisar aspectos da Lei Federal n. 9.296/96 em razão de seus 20 anos de vigência, escolheu-se cuidar de dois temas.

O primeiro tem assento explícito na lei de regência, e trata da guarda do sigilo “das diligências, gravações e transcrições respectivas” (art. 8º, parágrafo único, Lei 9.296/96)³. O segundo, que não foi previsto na lei, pode ser visto como uma decorrência daquele e se liga ao dístico processual penal circunscrito à admissibilidade e valoração dos elementos de informação amealhados a partir do conteúdo das conversas interceptadas.

Por haver potencial liame entre os temas, justifica-se o recorte para o estudo. Da observância ou não da guarda do sigilo das gravações e transcrições das conversas interceptadas podem surgir as consequências da admissibilidade e valoração na causa penal em que deferido o meio de obtenção de prova⁴. Mais do que isso, deve-se atentar ao eventual compartilhamento, em causas distintas, daquela fonte de informação.

Seja na primeira hipótese (fonte de informação na mesma persecução penal em que se deu o meio de obtenção de prova), seja na segunda (fonte de informação ali produzida, mas compartilhada com causa extrapenal), é imperativo se analisar em separado a admissibilidade e a valoração dos resultados obtidos com o meio de obtenção de prova que lhe dá sustentação, a interceptação telefônica.

Talvez por se tratar de questões muito pontuais, ressen-te-se a doutrina brasileira de estudo específico sobre o dever de sigilo das

³ Para Guilherme de Souza Nucci, diligência é a “realização da interceptação”, enquanto a gravação é a “registrada em fita, CD, DVD ou outro material similar e a transcrição é a “inserção em papel do conteúdo da gravação” (*Leis penais e processuais penais comentadas*. 2. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2007, p. 657).

⁴ Em razão de a medida processual de interceptação telefônica ser meio de obtenção de prova e não meio de prova, os dados sensíveis que poderão ser valorados como fonte de convencimento são aqueles hauridos do conteúdo da conversa interceptada. Enquanto com a interceptação telefônica se chega ao conteúdo da conversa (e por isso ela é meio de obtenção de prova; mas não meio de prova), do conteúdo da conversa, isto é, do resultado do meio de obtenção, pode surgir a informação processualmente relevante (esse sim, o meio de prova), que então será objeto de valoração judicial.

gravações e transcrições das interceptações telefônicas e sobre o resultado processual de sua divulgação.

Para tentar superar a frieza e aridez da abordagem teórica se escolheu analisar uma parte de complexa situação jurídica real e cuidar, como signos de sua dificuldade e importância, da decisão proferida por Autoridade Judiciária de primeiro grau de jurisdição depois referida expressamente em outras proferidas em ações constitucionais que tramitam no Supremo Tribunal Federal⁵.

O estudo não pretende se constituir em comentário de qualquer das decisões. Aqui (i) se tratará de questões que não foram o epicentro dos pedidos nos referidos feitos. Além disso, (ii) ora a questão de fundo foi a competência jurisdicional, ora não se aprofundaram no tema do sigilo e suas decorrências. E, de mais a mais, (iii) não há compromisso de se descer à concretude dos motivos que levaram inclusive ao deferimento das medidas de interceptação de conversas telefônicas pelo juízo de piso. As citadas decisões não passam de contorno ao estudo teórico e se esgotam na pretensão didática.

Tais razões bastam para desaconselhar a estrutura do estudo como análise de caso. Não é isso o que se pretende fazer e não se espera que o texto seja lido como tal. Do ponto de vista exclusivamente técnico-processual e sem qualquer apelo à origem e ao desfecho concreto das questões, contudo, cada situação entorna a abordagem.

Por isso é que depois de contextualizar a contribuição das decisões ao tema (tópico 2) se tratará do sigilo das gravações e transcrições das conversas interceptadas (tópico 3), para se chegar à análise da admissibilidade e valoração de informações decorrentes de conversas interceptadas (tópico 4).

No fim, em breves conclusões (tópico 5), serão resumidas as perspectivas seguidas no trabalho, com a apresentação de sugestão de interpretação.

Conquanto não se trate de tema novo, almeja-se apresentar, ao menos, uma diferente perspectiva de interpretação constitucional e legal.

⁵ Uma delas na Medida Cautelar no Mandado de Segurança n. 34.070, com decisão proferida em 18.03.2016 e as outras duas em decisões monocráticas proferidas na Reclamação n. 23.457, respectivamente, em 22.03.2016 e 13.06.2016. todas as decisões são facilmente acessíveis por mecanismos de consultas processuais, motivo pelo qual aqui não se mencionarão páginas das quais cada trecho foi referido e transcrito.

19.1. Contornos técnico-processuais das decisões

19.1.1. A primeira decisão

Pela decisão proferida por Autoridade Judiciária da 13ª Vara Federal da Seção Judiciária de Curitiba no pedido de quebra de sigilo de dados e/ou telefônicos n. 6006205-98.2016.4.04.7000/PR em 16.03.2016, decidiu-se levantar o sigilo inerente ao procedimento de interceptação de comunicação telefônica porque “tratando o processo de apuração de possíveis crimes contra a Administração Pública, o interesse público e a previsão constitucional de publicidade dos processos (art. 5º, LX, e art. 93, IX, da Constituição Federal), impedem a imposição da continuidade de sigilo sobre autos.”

Mesmo em se tratando de interceptação de comunicações telefônicas, entendeu-se que “o levantamento propiciará assim não só o exercício da ampla defesa dos investigados, mas também o saudável escrutínio público sobre a atuação da Administração Pública e da própria Justiça criminal. A democracia em uma sociedade livre exige que os governados saibam o que fazem os governantes, mesmo quando este buscam agir protegidos pelas sombras.”

19.1.2. A segunda decisão

Pela decisão proferida na Medida Cautelar no Mandado de Segurança 34.070 em 18.03.2016, debateu-se se “pessoa foi nomeada para o cargo de Ministro de Estado para deslocar o foro para o STF e salvaguardar-se contra eventual ação penal sem a autorização parlamentar prevista no art. 51, I, da CF”. Lembrou-se ali da figura doutrinariamente alcunhada como “ilícito atípico”⁶, na medida em que a nomeação de alguém para o cargo de Ministro de Estado significaria conduta que, malgrado formalmente perfeita, significaria desvio de finalidade.

Ali se pontuou, em referência ao juízo de valor sobre a pessoa que nomeia o terceiro para o exercício do cargo de Ministro de Estado, que “não importam os motivos subjetivos de quem pratica o ato ilícito. O vício, o ilícito, tem natureza objetiva. A bem dizer, a comprovação dos motivos subjetivos que impeliram a mandatária à prática, no caso em tela, configura elemento a mais a indicar a presença

do vício em questão, isto é, do desvio de finalidade. A rigor, não cabe investigar aqui o dolo, a intenção de fraudar a lei. Não está em questão saber se a Presidente praticou crime, comum ou de responsabilidade. Não é disso que se cuida. É exatamente esse pano de fundo que deve nortear a análise de eventual desvio de finalidade na nomeação de Ministro de Estado.”

Depois, reconheceu-se que “as impetrações são amparadas em provas produzidas no Processo 50062059820164047000, da 13ª Vara Federal de Curitiba, no qual foi determinada a interceptação de vários telefones (...)”, passando-se à menção de que “em decisão datada de 16.3, o juiz da causa levantou o sigilo das gravações, pelo que não há óbice em utilização como prova neste procedimento.”

Além da menção ao afastamento do sigilo previsto no parágrafo único do art. 8º, da Lei 9296/96 como legitimador da valoração do conteúdo das tais conversas interceptadas no procedimento de origem, lembrou-se que, no mesmo dia 16 de março de 2016, às 11h12m, aquela autoridade judiciária de piso havia determinado a “suspensão dos procedimentos” de captação das conversas, mas houve conversa captada, inclusive, às 13h32m daquele mesmo dia.

A essa última constatação se deu dúplice valoração. Por um lado o aparente vício no procedimento teria sido suplantado porque teria havido “confissão sobre a existência e conteúdo da conversa, suficiente para comprovar o fato. (...)”, motivo pelo qual haveria “uma admissão pessoal da existência da conversa e da autenticidade do conteúdo da gravação. Estamos diante de um caso de confissão extrajudicial, com força para provar a conversa e seu conteúdo, de forma independente da interceptação telefônica.” Já por outro, resgatou-se sua importância porque o tal “objetivo da Presidente da República de nomear (...)” alguém “para impedir sua prisão é revelado pela conversa seguinte, em 16.3, 13h32.”

19.1.3. As terceira e quarta decisões

A terceira decisão, proferida em sede de deferimento de medida liminar na Reclamação n. 23.457 em 22 de março de 2016, endereçou-se ao tratamento do sigilo das comunicações captadas em interceptações telefônicas.

Naquele momento processual, ao deferir a tutela de urgência, foi pontuado que “A lei de regência (Lei 9.296/1996), além de vedar expressamente a divulgação de qualquer conversação interceptada

⁶ ATIENZA, Manuel; MANERO, Juan Ruiz. *Ilícitos atípicos*. 2. ed. Madrid: Ed. Trotta, 2006, p. 12.

(art. 8º), determina a inutilização das gravações que não interessem à investigação criminal (art. 9º). Não há como conceber, portanto, a divulgação pública das conversações do modo como se operou, especialmente daquelas que sequer têm relação com o objeto da investigação criminal. Contra essa ordenação expressa, que – repita-se, tem fundamento de validade constitucional – é descabida a invocação do interesse público da divulgação ou a condição de pessoas públicas dos interlocutores atingidos, como se essas autoridades, ou seus interlocutores, estivessem plenamente desprotegidas em sua intimidade e privacidade.”

Em outra passagem se apontou que “O que se infirma é a divulgação pública das conversas interceptadas da forma como ocorreu, imediata, sem levar em consideração que a prova sequer fora apropriada à sua única finalidade constitucional legítima (“para fins de investigação criminal ou instrução processual penal”), muito menos submetida a um contraditório mínimo. A esta altura, há de se reconhecer, são irreversíveis os efeitos práticos decorrentes da indevida divulgação das conversações telefônicas interceptadas.”

Pouco tempo depois, tal decisão foi referendada majoritariamente pelos demais Ministros do Supremo Tribunal Federal, em julgamento ocorrido em 31.03.2016.

Por fim, a quarta e última decisão, que monocraticamente julgou parcialmente procedente a Reclamação n. 23.457, foi proferida aos 13.06.2016.

Dela constaram transcrições de passagens da citada autoridade judiciária de piso que, ao se reportar ao *punctum dolens* do levantamento do sigilo, asseriu que “diante da controvérsia decorrente do levantamento do sigilo e da r. decisão de V. Exa., compreendo que o entendimento então adotado possa ser considerado incorreto, ou mesmo sendo correto, possa ter trazido polêmicas e constrangimentos desnecessários.(...)” e que “o levantamento do sigilo não teve por objetivo gerar fato político-partidário, polêmicas ou conflitos, algo estranho à função jurisdicional, mas, atendendo ao requerimento do MPF, dar publicidade ao processo e especialmente a condutas relevantes do ponto de vista jurídico e criminal do investigado (...)”

Sobre a ultratividade da captação de conversas telefônicas com relação à sua autorização judicial, aquele Magistrado de piso assim se manifestou: “determinei a interrupção, por despacho de 16/03/2016, às 11:12:22 (evento 112). Entre a decisão e a implementação da

ordem junto às operadoras, colhido novo diálogo telefônico, às 13:32, juntado pela autoridade policial no evento 133. Não havia reparado antes no ponto, mas não vejo maior relevância.”

No ponto que surgiu entre as 11:12h e 13:32h daquele dia 16 de março, decidiu-se que “foi também precoce e, pelo menos parcialmente, equivocada a decisão que adiantou juízo de validade das interceptações, colhidas, em parte importante, sem abrigo judicial, quando já havia determinação de interrupção das escutas.”

Essas são as linhas de raciocínio desenvolvidas – e exclusivamente essas – que importam para a análise feita neste texto.

19.2. O sigilo das diligências, gravações e transcrições respectivas (art. 8º, parágrafo único, Lei 9.296/96)

Do quanto a doutrina processual penal brasileira se debruçou sobre esta questão, dois pontos são consensuais. O primeiro é que o sigilo imposto *ao sujeito interceptado* responde ao objetivo de se conferir eficácia ao meio de obtenção de prova. Afinal, não haveria sentido em se informar àquele contra quem foi deferida a medida, se ainda em curso. Sigilo *em face da pessoa interceptada*⁷, e temporário, portanto.

Por conta da temporariedade do sigilo surge o segundo ponto, que se liga ao seu pronto *levantamento em favor da pessoa interceptada*, para que, ao conhecer do conteúdo das conversas captadas, possa se manifestar reativamente⁸.

⁷ Deixa-se de dizer simplesmente “imputado” aqui porque, na esteira do entendimento que parece ser o mais correto, e fixado em doutrina, parece ser lícito se admitir, também, a interceptação telefônica deferida a pedido do próprio imputado. (BADARÓ, Gustavo Henrique. *Processo penal*. 3. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais. 2015, p. 511.; GRINOVER, Ada Pellegrini. O regime brasileiro das interceptações telefônicas. In: *Provas ilícitas, interceptações e escutas*. Brasília: Gazeta Jurídica. 2013, p. 439.; STRECK, Lenio Luiz. *As interceptações telefônicas e os direitos fundamentais*. Constituição – cidadania – violência. A Lei 9.296/96 e seus reflexos penais e processuais. Porto Alegre: Livraria do Advogado. 2001, pp. 78/81.; AVOGLIO, Luis Francisco Torquato. *Provas ilícitas: interceptações telefônicas e gravações clandestinas*. 3. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais. 2003, p. 184.

⁸ Institui-se o chamado “contraditório diferido”, na medida em que uma vez concluído o procedimento, como diz Badaró, poderá a defesa “discutir a prova em todos os seus aspectos, arguir a ilicitude da prova e requerer o seu desapensamento; discutir a idoneidade técnica da operação, contestar a autenticidade das gravações ou a fidelidade da degravação ao registro das conversas, negar

O consenso gira, portanto, em torno da eficácia da medida e do direito reativo ao conteúdo da interceptação telefônica, sob pontos de vista formal e substancial.

Mas há um terceiro ponto, delicado e central a este trabalho, ligado ao resguardo do sigilo do procedimento não *em face de quem foi interceptado* ou sua *abertura para tal pessoa*, mas com vistas a proteger a intimidade de qualquer um que teve a conversa colhida em interceptação telefônica. Seja o imputado ou, fortuitamente, pessoa que teve conversas suas captadas no curso de interceptação telefônica originariamente destinada a obter meios de prova atinentes a fatos atribuídos, potencialmente, a terceiros.

Esse terceiro ponto, que se constitui em questão de interpretação do âmbito de proteção do direito fundamental da intimidade de qualquer pessoa (art. 5º, X, Constituição Federal), merece aqui ser abordado.

19.2.1. Conteúdo normativo da proteção da intimidade

A intimidade é um direito fundamental e não é necessário nem próprio aqui descer às minúcias dos contornos dramáticos que a convivência em sociedade cada vez mais interligada e de forma cada vez mais rápida traz à delimitação de seu conceito.

Especificamente no campo de escolhas político-criminais, comumente a intimidade e sua congênere de privacidade têm cedido campo a políticas securitárias e preventivas das mais variadas formas e com as mais variadas justificativas⁹.

que seja um dos interlocutores etc.” (*Processo Penal*. 3. Ed. São Paulo: Revista dos Tribunais. 2015, p. 519). E na lição de Ada Pellegrini Grinover, o chamado “contraditório diferido” deve “instaurar-se tão logo se considere que o conhecimento do resultado da diligência não importará em prejuízo ao prosseguimento das investigações.” (*O regime brasileiro...*, cit., p. 442). Assim, também: Antonio Scarance Fernandes: *A Lei de interceptação telefônica*. In *Justiça Penal – 4. Críticas e sugestões*. Jacques de Camargo Penteado (coord.). São Paulo: Revista dos Tribunais. 1997, pp. 59/60. Luiz Flávio Gomes e Silvio Maciel. *Interceptação Telefônica. Comentários à Lei 9.296, de 24.07.1996*. São Paulo: Revista dos Tribunais. 2011, pp. 169/74; Wilson Lavorenti, Édson Luis Baldan e Paulo Rogério Bonini. *Leis Penais Especiais Anotadas*. 13ª. Ed. Campinas: Millennium. 2016, p. 232/3. Vicente Greco Filho. *Interceptação Telefônica. Considerações sobre a Lei n. 9.296/96*. 3. ed. São Paulo: Saraiva. 2015, pp. 58/61.

⁹ Na vasta bibliografia estrangeira sobre esse palpitante tema, destacam-se os estudos de Benjamin Goold. *Technologies of surveillance and the erosion of institutional*

E por isso a análise de dispositivos que aparentemente poderiam se esgotar na interpretação de textos infraconstitucionais – como seria se a análise do art. 8º, parágrafo único, da Lei 9.296/96 se preocupasse só com a eficácia probatória e o contraditório diferido – é insuficiente para se perceber a magnitude da questão.

O que está por trás das discussões do art. 8º, parágrafo único, da Lei 9296/96, é uma questão constitucional não só por conta do direito de defesa e da política pública de produção de elementos de informação; mas também por decorrer de uma esfera de proteção do direito fundamental da intimidade.

19.2.2. Intimidade como norma principiológica de direito fundamental¹⁰

O enfoque que possibilita analisar a projeção da proteção da intimidade na Lei 9.296/96 depende de ter como premissa a intimidade como direito fundamental.

E por ser assim se pretende discorrer sobre o enfoque da intimidade no âmbito da teoria dos princípios, tal qual tratada por Ronald Dworkin e Robert Alexy, e seguida no Brasil, no âmbito do direito constitucional, sobretudo por Virgílio Afonso da Silva.

A abordagem feita a partir da teoria dos princípios é oportuna não só porque a interpretação que nela se baseia possibilita soluções constitucionalmente adequadas para casos difíceis, como também porque se pode ver sua aplicação no problema analisado.

trust. In: AAS, Katja Franko; GUNDHUS, Helene Oppen; LOMELL, Heidi Mork. (Eds.) *Technologies of insecurity: the surveillance of everyday life*. Oxford: Routledge-Cavendish. 2009; WALDRON, Jeremy. *Torture, terror, and trade-offs: philosophy for the white house*. Oxford: Oxford University Press, 2010; ZEDNER, Lucia. *Security*. London and New York: Routledge. Taylor & Francis Group, 2009. No Brasil, por exemplo, é de se pensar na previsão dos artigos 15 a 17 da Lei 12.850/2013, que prevêem acesso direto e independente de ordem judicial, por parte de representantes do Ministério Público e Delegados de Polícia, aos chamados “dados cadastrais” em investigações afetas às nomeadas organizações criminosas. Também igualmente relevantes as previsões, no ponto, constantes do Marco Civil da Internet (Lei 12.695/2014) e os debates em torno do nomeado “PL Espião”, a partir da propositura do projeto de lei 215/2015.

¹⁰ Com ligeiras alterações, reproduzimos aqui a linha de pensamento que já foi pelo autor externada em outra oportunidade: *Paridade de armas no processo penal*. Brasília: Gazeta Jurídica. 2014, pp. 22/39. O que ali foi dito sobre a igualdade como direito fundamental vale para o congênere da intimidade.

Se hoje é certo que, dentre aqueles que se debruçam sobre os direitos fundamentais a partir do viés da teoria dos princípios, separam-se, no âmbito das normas, as chamadas regras dos princípios, cabe aqui de saída esclarecer que o que importa no tratamento que a teoria dos princípios lhes dá não decorre de sua fundamentalidade, mas sim de sua estrutura de mandamento de otimização.

Os autores que enfocaram os princípios sob o ponto de vista de sua evolução dos chamados princípios gerais do direito aos princípios fundamentais do direito constitucional¹¹ apegam-se, cada um com alguma variação na abordagem, a sínteses baseadas na fundamentalidade do princípio ao sistema (do que é exemplo, no Brasil, a doutrina de Bonavides e também, em certa medida, a de Luís Roberto Barroso¹²), na generalidade inata aos princípios, ou na lição de Celso Antonio Bandeira de Mello.¹³

¹¹ Breve resenha histórica sobre o tratamento dos 'princípios' no direito, dos chamados princípios gerais do direito aos princípios constitucionais, pode ser vista, por exemplo, em Paulo Bonavides (*Curso de direito constitucional*, 7. ed. São Paulo: Malheiros, 1997, cap. 8). De modo mais resumido, o panorama é traçado por Gilmar Ferreira Mendes, Inocêncio Mártires Coelho e Paulo Gustavo Bonet Blanco (*Curso de direito constitucional*. São Paulo: Saraiva, 2007, p. 23 e ss.). Ainda na década de 50 do século passado, Josef Esser também conferiu importante contribuição a este tema: *Principio y norma en la elaboración judicial del derecho privado*. Trad. Eduardo Valenti Fiol. Barcelona: Bosch Editores, 1961.

¹² *Interpretação e aplicação da Constituição*. 2. ed. São Paulo: Saraiva, 1998, p. 141. Também: *Curso de direito constitucional contemporâneo: os conceitos fundamentais e a construção do novo modelo*. São Paulo: Saraiva, 2009, pp. 203 e ss. Em Português: José Joaquim Gomes Canotilho. *Direito constitucional e teoria da Constituição*. Coimbra: Almedina. 2003, pp. 1159 e ss..

¹³ Para aquele autor, princípio é: "mandamento nuclear de um sistema, verdadeiro alicerce dele, disposição fundamental que se irradia sobre diferentes normas compondo-lhes o espírito e servindo de critério para sua exata compreensão e inteligência, exatamente por definir a lógica e a racionalidade do sistema normativo, no que lhe confere a tônica e lhe dá sentido harmônico." (*Curso de direito administrativo*. 8. ed. São Paulo: Malheiros, 1996, p. 545). Quando a teoria dos princípios ainda não era tão detidamente estudada no Brasil, chegou-se a publicar obra importante do ponto de vista da catalogação dos princípios: ESPÍNDOLA, Ruy Samuel. *Conceito de princípios constitucionais: elementos teóricos para uma formulação dogmática constitucionalmente adequada*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1999. Em tempos mais recentes, há repetições de abordagens que primam pela classificação dos princípios quanto à sua generalidade e abstração, como outras que primam pelo acatamento da teoria dos princípios. Ver LEITE, Georges Salomão. (Coord.). *Dos princípios constitucionais: considerações em torno das normas principiológicas da Constituição*. São Paulo: Malheiros, 2003.

A abordagem de cunho tipológico-classificatório, conquanto importante para a finalidade de eventual diagnóstico desse ou daquele "princípio" e a análise de sua "generalidade" ou "fundamentalidade", não é a aqui acatada.

Ela não tem a potencialidade de diagnosticar a forma da incidência da norma¹⁴, como aqui se pretende. Almeja-se aprimorar a análise da incidência da norma jurídica para constatar se a própria norma tem aspecto de princípio ou uma regra.

De acordo com Virgílio Afonso da Silva e sua leitura de Alexy, o conceito de princípio é "axiologicamente neutro e seu uso não expressa nenhuma opção por esta ou aquela disposição fundamental, nem por este ou aquele tipo de Constituição"¹⁵. Afinal, "uma norma é um princípio não por ser fundamental, mas por ter a estrutura de um mandamento de otimização. Por isso, um princípio pode ser um 'mandamento nuclear do sistema', mas pode também não o ser, já que uma norma é um princípio apenas em razão de sua estrutura normativa e não de sua fundamentalidade."¹⁶

A norma (*norm*) traz como espécies as regras (*rules*) e os princípios (*principles*). A regra segue o sistema do tudo-ou-nada (*all or nothing fashion*), sendo que sua incidência ou não a cada caso concreto liga-se puramente a uma questão de vigência. Com isso, a incidência de uma dada regra ao caso concreto, por si, exclui a de outras que não se amoldam perfeitamente àquela situação. Com os princípios, por outro lado, a dimensão é de valor, de peso, e a incidência de um deles não necessariamente afasta a incidência de outro.

Como apregoa Virgílio Afonso da Silva, "o principal traço distintivo entre regras e princípios é a estrutura dos direitos que essas normas garantem. No caso das regras, garantem-se direitos (ou se impõem deveres) definitivos, ao passo que no caso dos princípios são garantidos direitos (ou são impostos deveres) *prima facie*."¹⁷

¹⁴ Há autores, como Virgílio Afonso da Silva, que dizem ser uma concepção *débil* a que distingue princípios de regras apenas pelo critério de grau ou generalidade, e seguem a chamada concepção *forte* da distinção, que é a apregoada pela teoria dos princípios, do que aqui se tratará (*A constitucionalização do direito: os direitos fundamentais nas relações entre particulares*. São Paulo: Malheiros. 2005, p. 31 e nota de rodapé n. 8).

¹⁵ Princípios e regras: mitos e equívocos acerca de uma distinção. *Revista Latino-Americana de Estudos Constitucionais*, v. 1. Belo Horizonte: Fórum. jan./jun. 2003, p. 615.

¹⁶ *A constitucionalização do direito...*, cit., p. 36.

¹⁷ *Direitos fundamentais: conteúdo essencial, restrições e eficácia*. São Paulo: Malheiros, 2009, p. 45.

Explicado isso, pode-se caminhar um pouco adiante no tratamento da intimidade como direito fundamental: afinal, o que a intimidade protege? E, via de consequência, o sigilo previsto no art. 8º, parágrafo único, da Lei 9.296/96, adstrito à proteção da intimidade, afinal, protege quem? Em quais situações a intimidade pode ceder espaço?

Para que se respondam a essas perguntas é preciso tratar do chamado suporte fático da norma do direito fundamental, visto como o “conjunto de elementos fáticos que a norma jurídica em abstrato prevê e a ele imputa determinada consequência”.¹⁸ Tal conceito é determinante na garantia do direito fundamental, pois “a forma de aplicação dos direitos fundamentais – subsunção, sopesamento, concretização ou outras – depende da extensão do suporte fático; as exigências de fundamentação nos casos de restrição a direitos fundamentais dependem da configuração do suporte fático; a própria possibilidade de restrição a direitos fundamentais pode depender do que se entende por suporte fático; a existência de colisões ente direitos fundamentais depende também de uma precisa determinação do conceito de suporte fático.”¹⁹

Em resumidíssima passagem se pode dizer que o suporte fático do direito fundamental é a somatória do âmbito de proteção (O que se protege? Qual é o bem relevante que motiva a existência da norma?²⁰) e da *intervenção estatal* (Qual é o ato que, ocorrido, aciona a proteção jurídica, isto é, a consequência e o reconhecimento de

¹⁸ SILVA, Virgílio Afonso da. *Direitos fundamentais...*, cit., p. 68.

¹⁹ *Direitos fundamentais...*, cit., p. 68. Maurício Zanoide de Moraes, a propósito, pontua: “o suporte fático é formado pelo fato, ato ou situação jurídica inseridos no âmbito de proteção da norma” (*Presunção de inocência no processo penal brasileiro: análise de sua estrutura normativa para a elaboração legislativa e para a decisão judicial*. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2010, p. 274).

²⁰ “A definição do âmbito de proteção de um direito fundamental responde à pergunta acerca de que atos, fatos, estados ou posições jurídicas são protegidos pela norma que garante o referido direito” (SILVA, Virgílio Afonso da. *Direitos fundamentais...*, cit., p. 72). A distinção entre âmbito de proteção amplo e restrito é importante na medida em que, pelo primeiro, abrange-se maior gama de bens protegidos pela norma, e pelo segundo, não. Exemplificativamente, com a presunção de inocência, ao se prever que *ninguém* pode ser considerado culpado antes do trânsito em julgado de decisão condenatória, Maurício Zanoide de Moraes defende o âmbito de proteção da norma em sentido amplo (*Presunção de inocência no processo penal brasileiro...*, cit., p. 282-283).

sua inconstitucionalidade?). Eis aí a denominada “composição dual do suporte fático”.²¹

Há notícia, contudo, de um chamado *modelo alternativo*, que é o proposto por Virgílio Afonso da Silva²² e seguido, no campo processual penal brasileiro, por Gustavo Henrique Badaró²³ e Maurício Zanoide de Moraes.²⁴ Tal modelo agrega à dualidade de âmbito de proteção e *intervenção estatal* um novo elemento para fazer incidir a norma: a ausência de justificação constitucional da própria intervenção²⁵.

Problema não menos importante é a amplitude do suporte fático, isto é, a extensão dos fatos que, *prima facie*, podem, a ocorrer, fazer incidir a norma de direito fundamental. É que, se por um lado há quem sustente que o suporte fático é noção *restrita*, outros²⁶ advogam por um suporte fático *amplo*. E é essa a tomada de posição aqui empreendida.

A opção por um conceito restrito de suporte fático delimita de antemão a incidência da norma de direito fundamental. Aprioristicamente se excluem da proteção situações fáticas, o que no limite justifica também de antemão a intervenção estatal. Para a teoria restritiva, diz Maurício Zanoide de Moraes, “o que se determina legislativamente já é o que está ‘definitivamente protegido pela norma’”.²⁷

Vejam-se dois exemplos com aplicação no processo penal, o primeiro mais genérico e o segundo específico para esta abordagem. Pelo primeiro, alguém diria que o sigilo epistolar não acobertaria práticas ilícitas²⁸. Pelo segundo, na decisão judicial de primeira instância

²¹ SILVA, Virgílio Afonso da. *Direitos fundamentais...*, cit., p. 72. No processo penal, abordaram-na Gustavo Badaró (*Juíz natural no processo penal*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2014, p. 442) e Maurício Zanoide de Moraes (*Presunção de inocência no processo penal brasileiro...*, cit., p. 275).

²² *Direitos fundamentais...*, cit., p. 74.

²³ *A garantia do juiz natural no processo penal...*, cit., p. 500.

²⁴ *Presunção de inocência no processo penal brasileiro...*, cit., p. 276.

²⁵ Pode-se conferir a pertinência desse modelo alternativo para o processo penal em MORAES, Maurício Zanoide de. *Presunção de inocência no processo penal brasileiro...*, cit., p. 277.

²⁶ SILVA, Virgílio Afonso da. *Direitos fundamentais...*, cit., p. 75 e ss.; MORAES, Maurício Zanoide de. *Presunção de inocência no processo penal brasileiro...*, cit., p. 278 e ss.

²⁷ *Presunção de inocência no processo penal brasileiro...*, cit., p. 280.

²⁸ SILVA, Virgílio Afonso da. *Direitos fundamentais...*, cit., p. 79. A propósito, Maurício Zanoide de Moraes assevera (o exemplo mencionado neste texto, que não é dele, é até pertinente ao que ele expõe): “essa exclusão *a priori* – e esse ponto é

ora em análise, levantou-se o sigilo que permearia as gravações de conversas telefônicas captadas por um dos investigados porque “Nos termos da Constituição, não há qualquer defesa de intimidade ou interesse social que justifiquem a manutenção do segredo em relação a elementos probatórios relacionados à investigação de crimes contra a Administração Pública.”

Se, pela teoria restritiva do suporte fático, o que é protegido é só o que é *definitivamente* protegido, na ampliativa, “definir o que é protegido é apenas um primeiro passo, já que condutas ou situações abarcadas pelo âmbito de proteção ainda dependerão de um sopesamento em situações concretas antes de se chegar a falar em proteção definitiva. Daí a distinção entre o que é protegido *prima facie* e o que é protegido definitivamente.”²⁹

A teoria do suporte fático amplo, por não excluir aprioristicamente da incidência da norma de direito fundamental sua consequência e por trabalhar com a ideia de juízo *prima facie* e não *definitivo* do que ela pode tutelar, cuida melhor dos direitos fundamentais. Não restringe a proteção normativa pela mera existência de fatores externos àqueles que, do ponto de vista do tema debatido, fariam incidir a proteção. Isso conduz a outra indagação, a saber: a das restrições dos direitos fundamentais.

A constatação de que um direito fundamental é restringível traz nova dificuldade porque passa a ser necessário ver a conformação essencial do direito e os limites de sua restrição. Aqui, quando se cuida de restrições ao exercício dos direitos fundamentais, importa perguntar: o que *define* o direito para a partir disso qualificar a intervenção estatal como legítima (com o que se diz ser uma mera restrição) ou ilegítima (com o que se passa ao campo da violação)? Além disso, *definido* o conteúdo do direito, como chegar ao limite da própria intervenção, tendo em conta a restrição ou a violação?

No que tange à primeira pergunta (restrição *vs.* violação), conhecem-se duas posições: as chamadas teorias *interna* e *externa*. Pela primeira, o “processo de definição dos limites de cada direito é algo

o que permanece irresponsável por seus adeptos – faz-se muitas vezes de modo intuitivo e em significativos espaços dos bens da vida”. O autor apresenta outro exemplo: a proibição de liberdade provisória a acusados da prática de crimes hediondos e assemelhados (*Presunção de inocência no processo penal brasileiro...*, cit., p. 279-280).

²⁹ SILVA, Virgílio Afonso da. *Direitos fundamentais...*, cit., p. 125.

interno a ele”,³⁰ isto é, internamente o direito fundamental traz em si mesmo seu conteúdo completo, inclusive seus chamados limites imanentes. De acordo com essa linha, em razão de a conformação do direito não estar *fora* dele, não se cogita de definição de sua restrição a partir do critério de sopesamento.

Daí que, nesse caso, conforme as palavras de Badaró, “sequer há que se cogitar de aplicação da regra da proporcionalidade, que exige o sopesamento ou balanceamento, em concreto, do direito fundamental com outro direito fundamental.”³¹

O principal problema dessa linha teórica está na constatação de que, ao se definir o conteúdo do direito fundamental apriorística e internamente, a ele se dá o aspecto de *regra*, e não de *princípio*. De fato, ao se tratar em conjunto do conteúdo e de seu limite, excluem-se as hipóteses de ponderação e deixa-se de considerar o direito fundamental como um mandamento de otimização.³²

Oposta à teoria *interna*, a teoria *externa* conforma o direito fundamental – isto é, seu núcleo e por isso a divisão entre restrição e violação –, não a partir de *dentro*, mas de *fora*. Definem-se as restrições ou violações a partir do conflito entre os direitos fundamentais, com o que se volta à ideia de os princípios como mandamentos de otimização na medida em que não definem o conteúdo dos direitos definitivamente, mas sim *prima facie*. Há uma separação entre o direito e suas restrições.³³

A propósito, e com reflexos no processo penal: “se o direito é pré-formado de modo definitivo e sem possibilidade de restrição, em face das condições fático-jurídicas do caso concreto, é um erro falar que este direito possa passar por ponderação ou pelo crivo da proporcionalidade quando se analisa o caso concreto. Na medida em que se empreenderiam limites ao direito de modo a já concebê-lo, de

³⁰ *Direitos fundamentais...*, cit., p. 128.

³¹ *Juiz natural...*, cit., p. 443. Segundo Maurício Zanoide de Moraes, “para essa teoria, na norma-princípio constitucional a noção de restrição é substituída pela de limite, o qual já vem insito ao ‘direito definitivo’: são os denominados ‘limites imanentes’” (*Presunção de inocência no processo penal brasileiro...*, cit., p. 285).

³² Virgílio Afonso da Silva aponta que “a figura dos limites imanentes e o conceito de sopesamento são mutuamente exclusivos” (*Direitos fundamentais...*, cit., p. 133).

³³ *Direitos fundamentais...*, cit., p. 138; BADARÓ, Gustavo. *Juiz natural...*, cit., pp. 443/4; MORAES, Maurício Zanoide de. *Presunção de inocência no processo penal brasileiro...*, cit., p. 286.

início, em sua forma definitiva (teoria interna), não há mais espaço normativo para restrição, logo, não cabe mais reduzi-lo por força da ponderação (proporcionalidade *stricto sensu*) ou do princípio da proporcionalidade *lato sensu* (necessidade e adequação).³⁴

Uma vez adotada a teoria externa, o próximo passo deve cuidar dos limites da restrição do direito fundamental, sob pena de aniquilar seu *núcleo essencial*. Novamente o que se impõe é a distinção entre restrição e violação, mas já agora não mais no plano abstrato (o que faz parte e o que não faz parte do conteúdo do direito fundamental), e sim no concreto (até que ponto o direito suporta a colisão).

Aqui, outra vez se esgrimam duas teorias: as chamadas *relativas* e as *absolutas*. Enquanto as últimas se preocupam, na linguagem de Gilmar Ferreira Mendes, em estabelecer os “limites dos limites” para a intervenção judicial como aceitável, com o que trabalham com a ideia de barreiras preestabelecidas, as primeiras indicam que o conteúdo essencial do direito fundamental é de ser diagnosticado apenas e tão somente a partir do conflito com outro direito, mediante critério de ponderação.³⁵

O problema continua sendo de um lado a adoção de medida preestabelecida e fixa (teoria absoluta) ou, de outro, flexibilização do núcleo a depender do sopesamento. No Brasil, conquanto Gilmar Ferreira Mendes e outros tenham entendido que a Constituição Federal adotou modelo que tende à absolutização do núcleo essencial em razão do “modelo garantístico utilizado pelo constituinte”,³⁶ conhece-se posicionamento diverso, de Virgílio Afonso da Silva³⁷, encampado pelos autores de processo penal referidos, que detidamente se debruçaram sobre o tema³⁸.

³⁴ MORAES, Maurício Zanoide de. *Presunção de inocência no processo penal brasileiro...*, cit., p. 287.

³⁵ MENDES, Gilmar Ferreira; COELHO, Inocêncio Mártires; BLANCO, Paulo Gustavo. *Curso de direito constitucional*, cit., p. 306-307.

³⁶ *Curso de direito constitucional*, cit., p. 309.

³⁷ “O conteúdo essencial de um direito fundamental não é sempre o mesmo, e poderá variar de situação para situação, dependendo dos direitos envolvidos em cada caso” (*Direitos fundamentais...*, cit., p. 196). Também assim: Daniel Sarmento (*A ponderação de interesses na Constituição Federal*. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2003, p. 113).

³⁸ MORAES, Maurício Zanoide de. *Presunção de inocência no processo penal brasileiro...*, cit., p. 333.; BADARÓ, Gustavo. *Juiz natural...*, cit., p. 445.

19.2.3. Inobservância do sigilo do conteúdo das conversas: licitude ou ilicitude originária; ilicitude decorrente do aproveitamento em outros feitos

A partir da premissa específica da proteção da intimidade como direito fundamental (art. 5º, X, CF), volta-se à interpretação do art. 8º, parágrafo único, da Lei 9.296/96 para que se reflita sobre suas possíveis interpretações.

O dispositivo infraconstitucional em tela não tem a construção normativa de princípio. Ele incide no modo “tudo-ou-nada”.

Há a determinação de que seja preservado o sigilo das diligências, gravações e transcrições³⁹. Não há o chamado “mandamento de otimização” para que o efeito da norma se dê. Não houve escolha legislativa no sentido de haver “ponderação”, estabelecendo-se um condicionamento para a incidência da norma que prevê o resguardo do sigilo com outros dispositivos.

Deveras, a escolha legislativa se deu em favor da intimidade da pessoa que foi objeto de interceptação telefônica, ou seja: a dimensão de “peso” foi resolvida anteriormente à edição de norma. O resultado de tal escolha, no caso, foi a edição de uma regra.

A distinção da construção das normas poderia gerar um primeiro questionamento quanto à compatibilidade entre o art. 8º, parágrafo único, da Lei 9.296/96 e o art. 5º, X, da Constituição Federal: afinal, a matriz constitucional é um princípio; mas sua concretização infraconstitucional, não.

Do ponto de vista da compatibilização entre os dois dispositivos, não há problema. Afinal, da norma principiológica constitucional, com suporte fático amplo, vem a disciplina infraconstitucional de proteção ao direito envolvido, ou seja: de reforço à garantia da intimidade.

Assim, malgrado a norma que proteja a intimidade seja de natureza principiológica, admitindo-se ponderações e colisões a depender de cada situação concreta, com a redação do art. 8º, parágrafo único,

³⁹ Por isso, inclusive, Vicente Greco Filho entende que “o apenso, por sua vez, deve ser cercado de medidas de proteção do sigilo, tais como embalagem com lacre e outras necessárias à sua não violação.” (*Interceptação...*, cit., p.59). O cuidado com a observância desse sigilo motivou, inclusive, a edição da Resolução CNJ 59/2008, permeada de disciplinas sobre os lacres dos envelopes que conteriam os conteúdos de conversas interceptadas.

da Lei 9.296/96, criou-se uma proteção específica: em matéria de interceptação telefônica, o sigilo quanto às diligências, gravações e transcrições impõe-se justamente para o fim de se dar à norma da intimidade (art. 5º, X) maior proteção.

O princípio previsto no art 5º, X, da Constituição Federal admite ponderação. Mas a norma específica em comento (art. 8º, parágrafo único) tem a estrutura de regra, que não a admite⁴⁰.

Daí, podem surgir duas interpretações.

A primeira indica que a específica proteção não transforma o direito à intimidade em norma com proteção absoluta, mas, como dito, significa um reforço à sua proteção. Tal interpretação não redundaria em inconstitucionalidade.

Por essa primeira perspectiva, tomada a norma constitucional em tela a partir de seu suporte fático amplo, sequer se justificaria a exclusão casuística da sua proteção prevista na lei infraconstitucional, a partir de se ter praticado alguma infração penal.

Não bastasse a própria previsão infraconstitucional já prever o sigilo das conversas, gravações e transcrições em investigação criminal (ou seja: já se cuida de possível prática de crimes, e o participante das conversas interceptadas tem em seu favor o dever de guarda do sigilo de suas conversas com vistas à proteção de sua intimidade independentemente da natureza da infração), a menção a determinado tipo penal não indica razoabilidade para se excluir da proteção legal e constitucional.

A segunda perspectiva entenderia pela inconstitucionalidade da norma contida no art. 8º, parágrafo único, da Lei 9.296/96, na medida em que sua previsão iria contra o caráter principiológico do art. 5º, X, da Constituição Federal, tornando absoluto o que é constitucionalmente flexível. Por essa forma de se ver a questão, forçosamente, o intérprete só conseguiria evitar o juízo de inconstitucionalidade do dispositivo infraconstitucional se lhe desse uma *interpretação conforme à Constituição*. Mas ao fazer isso reduziria a abrangência da incidência do art. 8º, parágrafo único, da Lei 9.296/96 ao sabor das colisões de cada caso concreto, como visto pela primeira das decisões proferidas

⁴⁰ Respeitosa opinião em contrário se vê em Guilherme de Souza Nucci, ao ter defendido que a Emenda Constitucional n.45/2004, que alterou a redação do art. 93, IX, da Constituição Federal para prever o “interesse público à informação”, significou relativização inclusive desse específico sigilo (*Leis penais...*, cit., pp. 657/8).

e referidas acima. Tal interpretação forçosamente reduz o âmbito de proteção da intimidade e, portanto, lhe confere menor proteção.

Essa última perspectiva não se sustenta abstratamente e, na situação concreta, tampouco foi prestigiada por uma das decisões proferidas no âmbito do Supremo Tribunal Federal (a terceira aqui resenhada).

Aquela decisão fez referência à proferida pela autoridade judiciária em 1º grau de jurisdição nestes termos: “a lei de regência (Lei 9.269/96), além de vedar expressamente a divulgação de qualquer conversação interceptada (art. 8º), determina a inutilização das gravações que não interessem à investigação criminal (art. 9º). Não há como conceber, portanto, a divulgação pública das conversações do modo como se operou, especialmente daquelas que sequer têm relação com o objeto da investigação criminal. Contra essa ordenação expressa, que – repita-se, tem fundamento de validade constitucional – é descabida a invocação do interesse público da divulgação ou a condição de pessoas públicas dos interlocutores atingidos, como se essas autoridades, ou seus interlocutores, estivessem plenamente desprotegidas em sua intimidade e privacidade.”

De toda forma, é certo que a divulgação do conteúdo e das transcrições das conversas interceptadas se deu *após* a conclusão de todo o procedimento de interceptação telefônica. Por conta disso, discussões quanto à legalidade ou não da abertura do sigilo não dirão respeito ao conteúdo das informações contidas na medida e a validade intrínseca dos procedimentos enquanto a interceptação durou.

Observada a conclusão do procedimento e a estabilização do que se produziu nos autos apartados da interceptação telefônica, eventual informação decorrente daquele meio de obtenção de prova não se contagia da ilegalidade que macula a decisão de tornar públicos os conteúdos das conversas captadas e gravadas.

Há uma ressalva a ser feita. E ela está, para se voltar a cuidar das situações concretas e os reflexos das interpretações admissíveis quanto ao conteúdo do disposto no art. 8º, parágrafo único, da Lei 9.296/96, na situação de ter havido não só a divulgação da conversa, mas a própria captação ter ocorrido após ordem judicial de cessação do procedimento de busca de prova.

Como reconhecido no caso concreto, houve validação *a posteriori* de conversas interceptadas após a determinação de cessação. Isso foi informado pela autoridade judiciária (na primeira decisão e nas informações referidas na quarta decisão), e apontado – sem se controlar

a legalidade de tal proceder em razão de se ter visto argumento para superar o vício (a “confissão extrajudicial”) – na segunda decisão.

Em resumo, no caso de inobservância da regra que impõe a guarda do sigilo a partir do cumprimento de medidas com amparo em decisão judicial, não é da validade da informação naquele feito que se cuida, mas sim de possível invalidação se o conteúdo das conversas indevidamente tornadas públicas for usado como fonte de informação em outro processo.

Mas se as conversas captadas assim o foram mesmo após a ordem judicial de cessação da medida, a consequência – no que tange ao período de tempo em que as conversas foram interceptadas – é a de invalidade porque lhes faltou a imprescindível autorização judicial (Constituição Federal, art. 5º, XII; Lei 9.296/96, art. 1º).

As questões teóricas ganham em concretude diante do que já se falou acima, até porque foram proferidas decisões a esse respeito no âmbito do Supremo Tribunal Federal. Tais decisões, para tornar o tema mais instigante, ocorreram em datas distintas, merecendo destaque a proferida na MC-MS 34.070, quando a autoridade judicial de piso não havia reconhecido o vício de haver apreciado e valorado conteúdo de conversa após a determinação judicial de encerramento da interceptação.

19.2.4. Compartilhamento de informações em razão do levantamento do sigilo

Como se viu da segunda decisão, a inobservância do sigilo das gravações e transcrições (art. 8º, parágrafo único, Lei 9.296/96) permitiu que aquelas conversas integrassem pedido nas iniciais de Mandado de Segurança.

As transcrições das conversas gravadas no âmbito da persecução penal que corre em primeiro grau foram amplamente levadas em consideração no STF – inclusive a conversa interceptada e colhida após a ordem de cessação do procedimento de interceptação – para a concessão da medida liminar.

Com o cuidado que se deve ter com vistas a não se confundir o uso didático do caso (como se pretende) com a crítica que se esgote na decisão em si (o que não se quer fazer), analisa-se aqui, da perspectiva do art. 8º, parágrafo único, da Lei 9.296/96, o compartilhamento da informação.

O problema é o da “prova emprestada”, que no Brasil é objeto de escassos estudos doutrinários, sejam os de âmbito geral no processo penal, sejam os mais específicos, voltados ao sistema da Lei 9.296/96.

Como regra geral, tem-se como prova emprestada “aquela que é produzida num processo para nele gerar efeitos, sendo depois transportada documentalmente para outro, visando gerar efeitos em processo distinto. Quanto à forma, a prova emprestada é sempre documental. E o seu valor, contudo, é o de sua essência, e essa será sempre a originária, consoante foi produzida no processo primitivo.”⁴¹

E, mesmo em tema de teoria geral das provas em processo penal, não há qualquer disciplina vigente que trate de requisitos autorizadores do compartilhamento de informações de feitos penais aos não-penais.

Por isso, além dos requisitos da validade do procedimento do compartilhamento serem trazidos apenas doutrinariamente, o importantíssimo tema do *método probatório* fixado em lei é desconsiderado justamente porque sequer existente no ordenamento processual penal brasileiro⁴².

Daí surgem incertezas e possibilidades de ferimento a direitos fundamentais (como, no caso concreto: a intimidade) e, como adiante se tratará, deixa-se em aberto inclusive a distinção entre *admissão* de resultado de determinado meio de pesquisa de prova e, depois, sua *avaliação* a depender de seu conteúdo.

No campo específico dos rigores da Lei 9.296/96, há ainda que se pensar que a informação advinda da interceptação telefônica atende a uma finalidade constitucional, qual seja: a investigação criminal ou

⁴¹ GRINOVER, Ada Pellegrini. Prova emprestada. *Revista Brasileira de Ciências Criminais*. São Paulo: Revista dos Tribunais, v. 1, n. 4, outubro-dezembro/1993, p. 66. No mesmo sentido: BADARÓ, Gustavo Henrique. Prova emprestada no processo penal e a utilização de elementos colhidos em comissões parlamentares de inquérito. *Revista Brasileira de Ciências Criminais*. São Paulo: Revista dos Tribunais, v. 22, n. 106, janeiro-fevereiro/2014, p. 163.; DINAMARCO, Candido Rangel. *Instituições de direito processual civil*. v. III. 6. ed. Malheiros. 2009, pp. 95/98.; TALAMINI, Eduardo. Prova emprestada no processo civil e penal. *Revista de Informação Legislativa*, n. 140, outubro-dezembro/1998, pp. 146/58.; LOPES JÚNIOR, Aury. *Direito Processual Penal*. 9. ed. São Paulo: Saraiva. 2012, p. 583.

⁴² No vigente Código de Processo Penal não há qualquer previsão sobre a prova emprestada. No ora projeto de Código de Processo Penal que tramita na Câmara dos Deputados (PL 8045/2010) se prevê no art. 169: “admite-se a prova emprestada quando produzida em processo judicial ou administrativo em que tenha participado do contraditório aquele contra o qual será utilizada.”

instrução processual penal. Trata-se, pois, de meio de busca de prova adstrito a produzir eficácia nos rigores constitucionalmente previstos, a partir também da reserva constitucional de competência (a ordem judicial deve advir do juiz competente para a causa penal em que a medida foi produzida).

Por isso é que, especificamente em matéria de interceptação telefônica, parece que “a proibição da chamada prova emprestada constitui imperativo constitucional. Com muito mais razão não será possível empregar como *prova emprestada*, em processo não penal, aquela que derivar de interceptação ordenada regularmente, ou seja, de acordo com as normas que concretizam (viabilizam as condições de aplicação do) artigo 5º, inciso XII, da Constituição.”⁴³

Malgrado tal ponto de vista pareça ser o mais apropriado, e quiçá pela inexistência de qualquer previsão legal sobre *método probatório* e respectiva sanção processual por seu descumprimento no sistema processual penal brasileiro, os tribunais de cúpula não têm demonstrado esse rigor no trato da matéria.

Isso foi o que se viu, por exemplo, na Questão de Ordem do Inquérito 2424, quando o Tribunal Pleno do Supremo Tribunal Federal fixou interpretação segundo a qual “dados obtidos em interceptação de comunicações telefônicas e em escutas ambientais, judicialmente autorizadas para produção de prova em investigação criminal ou em instrução processual penal, podem ser usados em procedimento administrativo disciplinar, contra a mesma ou as mesmas pessoas em relação às quais foram colhidos, ou contra outros servidores cujos supostos ilícitos teriam despontado à colheita dessa prova”.⁴⁴

Também se disseminou a distinção entre *produção da prova* e o *uso processual* em sentido lato da prova para se entender que “se,

preenchidos os pressupostos constitucionais e legais à interceptação, não existe razão *a priori* para impedir o seu posterior compartilhamento – ressalvada a eventual utilização indevida da interceptação já preordenadamente requerida, de forma fraudulenta, para a captação de elementos externos ao objeto formal da investigação.”⁴⁵

Os limites que são colocados para a circulação da prova (em sentido lato) obtida em inclusive como resultado de meio de obtenção de prova no processo penal são tão lassos que beiram a admissibilidade ampla e irrestrita, e ameaçam de burla o dispositivo constitucional que fixa de antemão requisitos de validade como, por exemplo, competência e finalidades do procedimento⁴⁶.

Não se pode perder de vista que, ao fim e ao cabo, o tema circunscrito à Lei nº. 9.296/96 é de proibição relativa de produção probatória.

Isso, seja se admitindo o compartilhamento entre juízes criminais e observada a competência abstrata do juízo destinatário da prova (em sentido amplo) para dela tomar conhecimento a partir do preenchimento dos requisitos inatos ao tipo de crime investigado (crimes apenados com reclusão) e justificativa para o compartilhamento (subsidiariedade etc.); seja se considerando que o meio de obtenção de prova só pode ser validamente produzido perante aquele juiz que presidirá a causa penal com exclusão de qualquer outro⁴⁷.

⁴³ MOURA, Maria Thereza Rocha de Assis. *Interceptação telefônica e telemática na jurisprudência brasileira*. Göttingen (Alemanha), 2015. Artigo inédito gentilmente cedido pela autora, p. 21.

⁴⁶ Especificamente nesse ponto, Aury Lopes Júnior trata da necessária atenção à finalidade da prova, lembrando, a partir de Antônio Magalhães Gomes Filho, haver um “direito à exclusão” das provas inadmissíveis. *Direito Processual...*, cit., p. 583.

⁴⁷ A separação entre proibições relativa e absoluta de prova remonta a Ernst von Beling, na clássica lição segundo a qual as proibições de prova absolutas são normas jurídicas que prescrevem se deixar de lado um determinado feito, enquanto as proibições de prova relativas são aquelas que declaram inadmissíveis certos meios de prova, ou seja, metaforicamente apenas vetam um determinado caminho ou uma maneira que se leve ao acesso aos fatos em debate, mas não outros caminhos ou meios de prova. (*Las prohibiciones de prueba como limite a la averiguación de la verdad en el proceso penal*). Aquele opúsculo está reproduzido em obra de Kai Ambos e Óscar Julián Guerrero. *Las Prohibiciones Probatorias*. Editorial Temis S.A. Bogotá Colombia. 2009, pp. 5 e 44). Fabrizio Guariglia, em importantíssima pesquisa, traça paralelos entre o que von Beling tomou como “proibição absoluta de prova” e seria tomado depois, por Florian, como “limitação absoluta” e, da mesma forma, o primeiro via como “proibição relativa” e o último como “limitação relativa”. (*Concepto, fin y alcance de las prohibiciones de*

⁴³ 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: CARVALHO, L. G. Grandinetti Castanho de; SILVA, Germano Marques; PRADO, Geraldo; BRANDÃO, Nuno. (Orgs.). *Processo penal do Brasil e de Portugal: estudo comparado: as reformas portuguesa e brasileira*. Coimbra: Almedina. 2009, p. 133. Do mesmo sentir: GRECO FILHO, Vicente. *Interceptação...*, cit., p. 47.

⁴⁴ Inq 2.424 - QO, Tribunal Pleno, Rel. Min. Cezar Peluso, DJe 23.08.2007. Após aquele julgamento, o STF voltou a tratar do uso da chamada “prova emprestada” mesmo que na origem se cuide de informações sigilosas – e inclusive de medida de interceptação telefônica – em outros julgados. Assim, por exemplo: RHC 122.807, 2ª T., Rel. Min. Carmen Lúcia, DJe 09.02.2015; Ag.Reg. no Inq 3305, 1ª turma, Rel. para acórdão Min. Roberto Barroso, j. 23.02.2016.

Malgrado esse aviso, o compartilhamento entre juízos penais e, como visto no debate que ilustra essa abordagem, entre juízos penais e não-penais, significa uma fraude de etiqueta. Isso porque toda a produção e o procedimento de interceptação telefônica, uma vez divulgado seu conteúdo, teve como resultado a pura e simples “transposição” ao processo não-penal (o Mandado de Segurança n 34.070, que redundou na concessão de medida liminar) como puro e simples documento⁴⁸.

Registre-se uma vez mais o que parece ser o melhor ponto de vista: “como a informação fruto da interceptação somente pode ser adquirida por ordem de juiz criminal (de garantias ou de cautelares), para fins de investigação ou instrução processual penal e será introduzida no processo sob presidência do juiz criminal competente, para neste contraditório diferido conquistar o *status* de prova em sentido estrito, essa mesma informação perderá essa condição – ou não a conquistará – se produzida perante juiz incompetente para o ato. E os juízes não penais são incompetentes para esse procedimento por expressa decisão constitucional.”⁴⁹

Em suma: mesmo que inexistia no Brasil o cuidado devido quanto ao método probatório, em matéria de interceptação telefônica há bitolas constitucionais e legais que impõem que o resultado advindo

valomción probatória en el procedimiento penal. Una propuesta de fundamentación. Buenos Aires. Editores del Puerto. 2005. pp. 8/11).

⁴⁸ Prova demais a constatação de, a um tempo ali se ter dito que “não importam os motivos subjetivos de quem pratica o ato ilícito. O vício, o ilícito, tem natureza objetiva. (...) a rigor, não cabe investigar o dolo, a intenção de fraudar a lei. Não está em questão saber se a Presidente praticou crime, comum ou de responsabilidade. Não é disso que se cuida.” Ou seja: ali não se cuida da finalidade constitucionalmente estabelecida à produção e admissibilidade de elementos de informação decorrentes de interceptação de comunicação telefônica. Foi dito ainda que a considerada “admissão pessoal da existência da conversa e da autenticidade do conteúdo da gravação” supriria a necessidade de autorização judicial para, justamente, a conversa interceptada quando preexistente determinação judicial de cessação da medida de busca de prova. Nesse pormenor, sim, pede-se licença para criticar o alcance com que se interpretou a aludida “confissão”, pois não parece ser correto se afirmar que tal assunção se deu justamente para tentar atribuir ares de *legitimidade*, isto é, de *licitude* àquele diálogo. É notório, no rumoroso caso brasileiro, que tal assunção se deu *exatamente* em função de sua divulgação em praticamente todos os meios de comunicação brasileiros. Não é sustentável, por isso, a passagem da decisão segundo a qual aquela “confissão extrajudicial” teria “força para provar a conversa e seu conteúdo, de forma independente da interceptação telefônica”.

⁴⁹ PRADO, Geraldo. *Limite às interceptações telefônicas...*, cit., p. 133.

do meio de obtenção de prova seja visto, a depender da perspectiva seguida quanto à prova emprestada, como proibição *relativa* de prova. E o que não tem como ser produzido não tem como ser admitido e nem, depois, valorado.

Como se viu da situação concreta que volta a ilustrar de forma puramente didática a abordagem do problema teórico, houve compartilhamento das transcrições de conversas telefônicas (por conta do levantamento do sigilo)⁵⁰, com juízo extra-penal.

O levantamento do sigilo, caso tenha se dado dentro do contexto de interceptações validamente realizadas, se no processo originário não contamina o resultado da interceptação, fulmina de ilícita a comunicação com a seara extra-penal. Já incidia, em 22 de março de 2016, censura por parte do Supremo Tribunal Federal, inquinando de ilícito o levantamento do sigilo.

Como, contudo, aquela decisão foi proferida depois de concedida a medida liminar na segunda decisão, malgrado aqui não se teça consideração quanto a eventual recurso a ser interposto em face da concessão da Medida Liminar – pois como já se disse alhures, não se trata de estudo de situações concretas –, a inobservância da cautela deu concretude ao quadro antevisto pelo ministro do Supremo Tribunal Federal que proferiu a terceira decisão: “A esta altura, há de se reconhecer, são irreversíveis os efeitos práticos decorrentes da indevida divulgação das conversações telefônicas interceptadas.”

O levantamento do sigilo é ilegal por inobservar os rigores do art. 8º, parágrafo único da Lei 9.296/96, como foi depois reconhecido pelo Supremo Tribunal Federal no caso concreto utilizado em ilustração. O compartilhamento da informação com juízo extrapenal decorrente desse ilegal levantamento não tem como ser admitido.

⁵⁰ Nesse pormenor, sim, pede-se licença para criticar o alcance com que se interpretou, na segunda decisão, o que se viu como “confissão”, pois era sabido que tal assunção se deu justamente para tentar atribuir ares de *licitude* ao diálogo – se tal escopo foi ou não atingido, aqui não é o ponto para se tentar explicar. Igualmente sabido que tal assunção se deu *exatamente* em função de sua divulgação em praticamente todos os meios de comunicação brasileiros e possivelmente fazia parte de plano estratégico-político para que se evitasse ainda maior clamor popular em torno da permanência no cargo da Presidenta da República. Soa como estranha, diante de tamanha e até inéscita notoriedade na história recente, a passagem da decisão segundo a qual aquela “confissão extrajudicial” teria “força para provar a conversa e seu conteúdo, de forma independente da interceptação telefônica” na medida em que a assunção pública da conversa outra coisa não foi que uma *reação específica e exclusiva* à divulgação das conversas.

E, se a situação gira sobre conversa interceptada ao arripio de autorização judicial, posto que a captação se deu após a vigência de ordem determinando o encerramento da interceptação telefônica, ainda mais inconcebível seja a divulgação (pois nesse caso, como já se diagnosticou, a própria informação contida na conversa é conceitualmente prova ilícita), seja a utilização da conversa como prova emprestada.

Na primeira situação, poder-se-ia até cogitar, metaforicamente, de um *caso difícil*, e que a autoridade judiciária que controla o fluxo de informações de feitos penais não-penais fosse um “juiz-Hércules”, para citar Ronald Dworkin. Na segunda, bastaria àquela mesma autoridade judiciária que fosse cautelosa como Ulisses e não se deixasse seduzir pelo canto das sereias.

19.3. Inadmissibilidade e proibição de valoração das informações contidas em conversas captadas com o sigilo não observado

Os problemas que restam ser tratados a partir da análise da regra de sigilo prevista no art. 8º, parágrafo único, da Lei 9.296/96, são afetos aos possíveis resultados processuais do uso das informações nos outros feitos.

Pode parecer trivial ou mesmo repetitivo seguir-se em abordagem que, aparentemente, esgotou-se linhas acima. Ainda assim e malgrado se tenha divisado situações de invalidade já detectadas, importa tratar da inadmissibilidade e valoração por terem alguma particularidade.

E nesse ponto, ainda que se diga isso de forma resumida, é preciso se reconhecer que admissibilidade e valoração de provas no processo penal decorrem de escolhas não só epistemológicas mas também políticas⁵¹.

Pelas primeiras, trata-se de método de pesquisa de fontes do conhecimento, ou seja, de uma estrutura (jurídica, posto que se trata aqui de epistemologia jurídica) que possibilite investigar a verdade, atingindo-se a maior precisão para a apreciação dos fatos. Pela segunda se cuida de proteger interesses em boa medida extrapenais, alheios mesmos àqueles ligados à verdade perquirida no processo penal, escolhidos normalmente pelo constituinte.

⁵¹ ABELLÁN, Marina Gascón. *Cuestiones probatorias*. Bogotá: Universidad Externado de Colombia, 2012, pp. 126.; e ss. BELTRÁN, Jordi Ferrer. *La valoración racional de la prueba*. Madrid. Barcelona. Buenos Aires. Marcial Pons, 2007, pp. 77/79 e 85/86.

A partir dessa perspectiva é que Giulio Ubertis, por exemplo, apregoa que o direito à admissão de determinada prova no processo penal “non deve degenerare in un illimitato ‘diritto all’ ammissione di ogni prova”⁵², e Mirjan Damaska pontua que “the pursuit of truth in the criminal process is not an untrammelled exercise in cognition.”⁵³

É preciso cuidar desses pontos ainda que sinteticamente, porque não há no Brasil grande preocupação com os momentos processuais atinentes a um *procedimento probatório* específico no tratamento da prova emprestada a partir de determinado meio de prova ou meio de obtenção de prova.

A previsão de algum procedimentalismo probatório na Lei nº. 9.296/96 – até porque aludida lei é majoritariamente de cunho procedimental – não retira a importância da grave lacuna aqui percebida e que é posta nesta parte final do texto.

No Brasil, a partir do regramento constitucional que proscreeve a admissibilidade das “provas obtidas por meios ilícitos” (art. 5º, LVI), o Código de Processo Penal vigente trata, nos artigos 155 a 157, primeiro da valoração da prova (art. 155) e depois da consequência processual da prova inadmissível (art. 157).

Já a Lei nº. 9.296/96 não cuida da consequência processual do uso de informações decorrentes de conversas captadas que tiveram seu sigilo indevidamente levantado.

Com ou sem procedimento *específico* para tratar da admissibilidade no feito destinatário e, conseqüentemente, de sua valoração, deve-se cuidar do problema referente ao que se apontou ser, como visto acima, uma “atividade processual defeituosa”⁵⁴.

É até intuitivo lembrar – já que o procedimento disciplinaria a forma com que o Estado pode interferir no âmbito da intimidade de qualquer pessoa – que “a ausência de uma regulação específica não pode ser utilizada como justificação para incorporar e valorar prova ilicitamente adquirida.”⁵⁵

⁵² UBERTIS, Giulio. *Profili di epistemologia giudiziaria*. Milano: Giuffrè. 2015, pp. 127/8; 153. Na mesma linha, por exemplo, DANIELE, Marcelo. *Regole di esclusione e regole di valutazione della prova*. Torino: G. Giappichelli. 2009, p. xi.

⁵³ Evidentiary barriers to conviction and two models of criminal procedure: a comparative study. *University of Pennsylvania Law Review*. v. 121. 1973, p. 578

⁵⁴ GUARIGLIA, Fabrizio. *Concepto, fin...*, cit., p. 119.

⁵⁵ Idem, *ibidem*, p. 116. Sobre a importância do que chama de “regras de filtragem do material probatório” e previsão de regras de admissibilidade de provas e de

A percepção da existência de conversas telefônicas interceptadas após determinação judicial de sua cessação indica, com singeleza, que naquela situação ocorrida houve desrespeito a um procedimento probatório. O conteúdo das conversas ali captado não tem como ser admitido como fonte de informação nem no processo de origem e nem muito menos em processo para o qual pretensamente aquelas informações foram “emprestadas”.

Diversamente, o que se fez a partir do levantamento de sigilo das conversas e transcrições, para depois possibilitar seu uso em feitos não-penais, não se circunscreveu a procedimento probatório algum.

Por isso, seja pela primeira (simplicidade com que o problema é enfrentado) seja pela segunda das constatações (dificuldade), deve-se reconhecer a importância da noção de *procedimento probatório* como “complesso delle attività volte a sottoporre all’attenzione dell’organo giudiziario gli elementi di prova reputati utili ai fini della pronuncia.”⁵⁶

E a ideia que guia a noção de *procedimento probatório* é justamente aquela que separa em momentos processuais distintos – com uma eclipse lembrada por Franco Cordero que cabe ao panorama processual-penal brasileiro⁵⁷ – a admissão da prova e sua valoração⁵⁸.

procedimentos probatórios, ZILLI, Marcos Alexandre Coelho. *O convencimento judicial em face dos depoimentos colhidos durante as atividades de Comissão Parlamentar de Inquérito: uma análise à luz da Ação Penal 470*. Zeitschrift für Internationale Strafrechtsdogmatik (ZIS) 6/2014, p. 265.

⁵⁶ UBERTIS. *Profili di epistemologia...*, cit., p. 122. Na mesma linha ensina Franco Cordero: “il concetto del procedimento probatorio; come ogni altro prodotto di un’attività giuridicamente regolata, la prova risce efficace (e cioè processualmente rilevante) nella misura in cui è stato realizzato il modello legale. L’efficacia suppone una perfetta corrispondenza dell’atto alla fattispecie; e qui le fattispecie sono due: una concerne il provvedimento ammissivo, l’altra l’operazione acquisitiva; il nesso di dipendenza giuridica tra i due atti è tale, che il valido compimento del primo costituisce requisito di validità del secondo.” (*Tre studi sulle prove penali*. Milano: Giuffrè. 1963, p. 55).

⁵⁷ “Il provvedimento ammissivo è invalido, in quanto abbia dato ingresso ad una prova, che non si sarebbe dovuta ammettere; con un’espressione ellittica si dice che prove del genere sono inammissibili.” (*Tre studi sulle...*, cit., p. 54).

⁵⁸ Não se pode descer a minúcias aqui quanto às considerações que, por exemplo, o sistema processual penal italiano dá a esse tema. Isso porque naquele regramento, há as fases de “admissão” da prova (equivalente ao pedido de produção de prova feito pelas partes), ao que se segue a fase específica de “aquisição” (ou “assunção”) da prova a ser produzida, na qual assume maior protagonismo o juiz; e ao final, a “valoração” da prova. Assim: UBERTIS, Giulio. *Profili...*, cit., p. 153. ILLUMINATI, Giulio. Ammissione e acquisizione della prova

Essa consideração importa também porque o estudo aqui feito deve levar em conta a modalidade da produção do meio de prova (em sentido lato), separando-se o que pode ser visto como “prova pré-constituída” de prova “constituenda”. Pela primeira categoria, diz-se respeito a “fontes de conhecimento pré-existentes ao processo”, e, pela segunda, às informações “constituídas e produzidas com atos do processo”.⁵⁹

Tal distinção não é de pequena importância porque “o juízo de admissibilidade e o procedimento de produção de tais provas são diversos”⁶⁰. Assim, rigorosamente, um documento é apenas juntado aos autos, com o que se diz que não há, ali, um juízo prévio de sua admissibilidade como fonte de informação. Há tal juízo de admissibilidade *a posteriori*, quando se alega que tal documento contém informação mentirosa ou é fruto, *v.g.*, de captação indevida. O campo, pois, de saneamento daquela prova ilícitamente adquirida no feito é o de exclusão probatória.

Ora: no caso de uma interceptação telefônica válida no processo originário, mas que teve a ilicitude decorrente do desrespeito ao sigilo previsto no art. 8º, parágrafo único, da Lei nº. 9.296/96 (de modo que a partir disso se instrumentalizou que aquelas gravações e transcrições fossem levadas como se documentos fossem a feitos criminais), o problema da admissibilidade de tais informações como fontes de informação no feito de destino é central.

nell’istruzione dibattimentale. In: FERRUJA, Paolo; GRIFANTINI, Fabio M.; ILLUMINATI, Giulio; ORLANDI, Renzo (Coords.). *La prova nel dibattimento penale*. 4. ed. Torino: G. Giappichelli. 2007, pp. 75/107. Paolo Tonini e Carlotta Conti esclarecem também que o termo ‘aquisição’ no sistema processual penal italiano é utilizado em pelo menos dois significados: no sentido estrito o termo “aquisição” pode significar “admissão da prova pré-constituída”, formada fora do procedimento ou antes do contraditório; e no sentido lato é utilizada a expressão para compreender tanto a admissão quanto a “assunção” da prova não pré-constituída. (*Il diritto delle prove penali*. 2. Ed. Milano: Giuffrè. 2014, pp. 60; 66. De resto, aquele sistema trabalha com noção também particular quanto aos vícios de atos processuais, conhecendo características distintas, quais sejam a *inutilizabilità* e a anulação dos atos. Este texto não tem a pretensão de tecer qualquer consideração quanto a estes pormenores, seja por espaço, seja por limitação temática.

⁵⁹ BADARÓ. *Processo penal...*, cit., p. 388. Diz o autor: “as provas constituendas se formam no âmbito do processo, enquanto que as provas pré-constituídas existem fora do processo, em procedimentos extraprocessuais.” Na doutrina italiana: CORDERO, Franco. *Tre studi...*, cit., pp. 99 e ss.

⁶⁰ BADARÓ. *Processo penal...*, p. 388.

Ali, malgrado por se tratar de “forma” documental (pois é essa a forma com que se compartilham as provas emprestadas no processo penal brasileiro), o conteúdo das informações veiculadas de um a outro feito é exata e exclusivamente o de conversas captadas no bojo de interceptação telefônica⁶¹.

A transposição dessa fonte de informação decorrente do meio de obtenção de prova de um feito criminal ao outro (não penal) consubstancia-se em proibição de produção probatória.

E como se cuida (no feito de destino) de prova “pré-constituída” (porque integralmente produzida no outro feito, e mesmo ali, sem contraditório em sua formação, porque decorrente do meio de obtenção de prova aqui debatido), a solução é a utilização de regra de exclusão probatória prevista no art. 157, *caput*, do Código de Processo Penal brasileiro.

Do diagnóstico da inadmissibilidade de tais informações no processo de destino advém a consequência da sua proibição de valoração.

Tais proibições de valoração representam, como diz com acerto Fabrizio Guariglia, “un caso de inadmisibilidad de material probatorio fundado en la adquisición irregular de la prueba en cuestión.”⁶²

E, aqui, conquanto no Brasil não se tenha fixado noção firme quanto à separação processual entre a admissão/aquisição da prova (em sentido lato) e sua valoração, seja logicamente, seja juridicamente, a *valoração* só se concebe ser realizada após o juízo afirmativo de *admissibilidade* de qualquer fonte de informação.

Daí porque haver aqui se separado os momentos processuais da formação do elemento de informação válido no processo penal a partir da ideia de procedimento probatório. E daí porque, a partir do que se construiu acima, tratar-se de *aquisição* e *valoração* para indicar o campo de proibição de valoração em todas as situações em que a admissão da prova se der de forma irregular.

O que não é admissível não tem como ser valorado. Ou, como disse Cordero, “se, poi, una prova inammissibile fosse acquisita, si

⁶¹ A doutrina processual penal brasileira que se debruçou sobre o tema das chamadas provas emprestadas é firme em afirmar que a *forma* da introjeção da prova emprestada no processo de destino é documental, mas sua *essência* permanece aquela *originária* (GRINOVER, Ada Pellegrini. *Prova emprestada...*, cit., p. 66.; BADARÓ, Gustavo. *Prova emprestada no processo...*, cit., p. 163)

⁶² *Concepto...*, cit., p. 26.

direbbe che essa è processualmente irrelevante, e cioè tale da non poter essere usata ai fini della decisione.”⁶³

Mais uma vez, assiste razão a Fabrizio Guariglia: “cuando la justicia penal no está a la altura de su propia retórica y las normas que regulamentam su actuación son circunvaladaas o ignoradas sin mayores consecuencias, el derecho simplemente se vuelve deshonesto.”⁶⁴

Conclusões

O recorte escolhido para a abordagem reflete-se de grande densidade teórica mas inusitada pequena abordagem doutrinária nacional. Seja pela primeira, seja pela segunda das razões, preferiu-se socorrer a pontuais questões concretas apreciadas em 2016 por autoridades judiciárias distintas dentro de um mesmo contexto fático.

A partir daí, e tentando se esquivar de que o estudo se configurasse como um “estudo de caso”, tentou-se ora aprofundar em questões teóricas e ora voltar-se aos recortes concretos para se costurarem os pontos teóricos com aqueles recentemente apreciados por distintos operadores jurídicos.

Nas idas e vindas entre as menções a situações concretas que ilustram o problema e os enfoques abstratos, notou-se que:

- i. O sigilo previsto no artigo 8º, parágrafo único, da Lei 9.296/96 merece ser interpretado não só à luz das questões circunscritas ao exercício de direito de defesa e à eficácia da persecução penal, mas como protetor da esfera da intimidade de qualquer pessoa que tiver tido conversa captada em interceptação telefônica.
- ii. Isso porque tal dispositivo infraconstitucional concretiza, com aspecto normativo de *regra*, a norma de direito fundamental, que tem aspecto de *princípio*, da intimidade (art. 5º, X, da Constituição Federal).
- iii. A partir daí, eventual levantamento de sigilo de conteúdo de conversa interceptada, malgrado em princípio não invalide a fonte de informação no feito originário, invalidará a informação decorrente de seu levantamento para outros juízos.

⁶³ *Tre studi...*, cit., p. 138.

⁶⁴ *Concepto...*, cit., p. 124.

- iv. Assim se dá pela violação à proibição relativa de prova específica que se diagnostica em matéria de interceptação telefônica a partir de requisitos constitucionais de competência e finalidades da medida (art. 5º, XII, Constituição Federal), ou em razão de não se admitir eficácia probatória em feitos diversos a partir da ilicitude que motivou o compartilhamento das informações (ofensa direta ao art. 8º, parágrafo único, da Lei 9.296/96).
- v. Do ponto de vista da admissibilidade e da valoração dos elementos de informação assim diagnosticados, ressurte-se no Brasil da falta de estudos específicos sobre procedimento probatório, particularmente em matéria de prova emprestada a partir de produção de qualquer meio de pesquisa de prova.
- vi. Pela noção de procedimento probatório aqui seguida, as informações viciadas deverão ser desentranhadas do feito de destino após seu ilegal compartilhamento. Consequentemente, haverá proibição de sua valoração no feito de destino.

Referências

- ABELLÁN, Marina Gascón. *Cuestiones probatorias*. Bogotá: Universidad Externado de Colombia, 2012.
- ATIENZA, Manuel; MANERO, Juan Ruiz. *Ilícitos atípicos*. 2. ed. Madrid: Ed. Trotta, 2006.
- AVOGLIO, Luis Francisco Torquato. *Provas ilícitas: interceptações telefônicas e gravações clandestinas*. 3. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2003.
- BADARÓ, Gustavo Henrique Righi Ivahi. *Juiz natural no processo penal*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2014.
- _____. Prova emprestada no processo penal e a utilização de elementos colhidos em comissões parlamentares de inquérito. *Revista Brasileira de Ciências Criminais*. São Paulo: Revista dos Tribunais, v. 22, n. 106, janeiro-fevereiro/2014, pp. 157/179.
- _____. *Processo penal*. 3. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2015.
- BANDEIRA DE MELLO, Celso Antonio. *Curso de direito administrativo*. 8. ed. São Paulo: Malheiros, 1996.
- BARROSO, Luis Roberto. *Interpretação e aplicação da Constituição*. 2. ed. São Paulo: Saraiva, 1998.

_____. *Curso de direito constitucional contemporâneo: os conceitos fundamentais e a construção do novo modelo*. São Paulo: Saraiva, 2015.

- VON BELING, Ernst. Las prohibiciones de prueba como límite a la averiguación de la verdad en el proceso penal. In: AMBOS, Kai; GUERRERO, Óscar Julián Guerrero. *Las prohibiciones probatorias*. Bogotá: Editorial Temis S.A., 2009.
- BELTRÁN, Jordi Ferrer. *La valoración racional de la prueba*. Madrid. Barcelona. Buenos Aires: Marcial Pons, 2007.
- BONAVIDES, Paulo. *Curso de direito constitucional*. 7. ed. São Paulo: Malheiros, 1997.
- CANOTILHO, José Joaquim Gomes. *Direito constitucional e teoria da Constituição*. Coimbra: Almedina, 2003.
- CORDERO, Franco. *Tre studi sulle prove penali*. Milano: Giuffrè, 1963.
- DAMASKA, Mirjan. Evidentiary barriers to conviction and two models of criminal procedure: a comparative study. *University of Pennsylvania Law Review*. v. 121, 1973.
- DANIELE, Marcelo. *Regole di esclusione e regole di valutazione della prova*. Torino: G. Giappichelli, 2009.
- DINAMARCO, Candido Rangel. *Instituições de direito processual civil*. v. III. 6. ed. São Paulo: Malheiros, 2009.
- ESPÍNDOLA, Ruy Samuel. *Conceito de princípios constitucionais: elementos teóricos para uma formulação dogmática constitucionalmente adequada*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1999.
- ESSER, Josef. *Principio y norma en la elaboración judicial del derecho privado*. Trad. Eduardo Valenti Fiol. Barcelona: Bosch Editores, 1961.
- FERNANDES, Antonio Scarance. *A Lei de interceptação telefônica*. In: PENTEADO, Jacques de Camargo (Coord.). *Justiça penal – 4*. Críticas e sugestões. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1997, pp. 59/60.
- GOMES, Luiz Flávio; MACIEL, Silvio. *Interceptação telefônica: comentários à Lei 9.296, de 24.07.1996*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2011.
- GOOLD, Benjamin Goold. Technologies of surveillance and the erosion of institutional trust. In: AAS, Katja Franko; GUNDHUS, Helene Oppen; LOMELL, Heidi Mork (Eds.). *Technologies of insecurity: the surveillance of everyday life*. Oxford: Routledge-Cavendish, 2009.
- GRECO FILHO, Vicente. *Interceptação telefônica: considerações sobre a Lei n. 9.296/96*. 3. ed. São Paulo: Saraiva, 2015.
- GRINOVER, Ada Pellegrini. O regime brasileiro das interceptações telefônicas. In: *Provas Ilícitas, interceptações e escutas*. Brasília: Gazeta Jurídica, 2013.

_____. Prova emprestada. *Revista Brasileira de Ciências Criminais*. São Paulo: Revista dos Tribunais, v. 1. n. 4, outubro-dezembro/1993, pp. 60-69.

GUARIGLIA, Fabrizio. *Concepto, fin y alcance de las prohibiciones de valoración probatoria en el procedimiento penal: una propuesta de fundamentación*. Buenos Aires. Editores del Puerto, 2005.

ILLUMINATI, Giulio. Ammissione e acquisizione della prova nell'istruzione dibattimentale. In: FERRU, Paolo; GRIFANTINI, Fabio M.; ILLUMINATI, Giulio; ORLANDI, Renzo (Coords.). *La prova nel dibattimento penale*. 4. ed. Torino: G. Giappichelli, 2007.

LAVORENTI, Wilson Lavorenti; BALDAN, Édson Luis; BONINI, Paulo Rogério. *Leis penais especiais anotadas*. 13. ed. Campinas: Millennium, 2016.

LEITE, Georges Salomão (Coord.). *Dos princípios constitucionais: considerações em torno das normas principiológicas da Constituição*. São Paulo: Malheiros, 2003.

LOPES JÚNIOR, Aury. *Direito processual penal*. 9. ed. São Paulo: Saraiva, 2012

MENDES, Gilmar Ferreira; COELHO, Inocêncio Mártires; BLANCO, Paulo Gustavo Bonet. *Curso de direito constitucional*. São Paulo: Saraiva, 2007.

MORAES, Maurício Zanoide de. *Presunção de inocência no processo penal brasileiro: análise de sua estrutura normativa para a elaboração legislativa e para a decisão judicial*. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2010.

MOURA, Maria Thereza Rocha de Assis. *Interceptação telefônica e telemática na jurisprudência brasileira*. Göttingen (Alemanha), 2015.

NUCCI, Guilherme de Souza. *Leis penais e processuais penais comentadas*. 2. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2007.

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: CARVALHO, L.G. Grandinetti Castanho de; SILVA, Germano Marques da; PRADO, Geraldo Prado; BRANDÃO, Nuno (Orgs.). *Processo penal do Brasil e de Portugal: estudo comparado: as reformas portuguesa e brasileira*. Coimbra: Almedina, 2009.

SARMENTO, Daniel. *A ponderação de interesses na Constituição Federal*. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2003.

SILVA, Virgílio Afonso da. *A constitucionalização do direito: os direitos fundamentais nas relações entre particulares*. São Paulo: Malheiros, 2005.

_____. Princípios e regras: mitos e equívocos acerca de uma distinção. *Revista Latino-Americana de Estudos Constitucionais*, v. 1. Belo Horizonte: Fórum, jan./jun. 2003., pp. 00/00.

_____. *Direitos fundamentais: conteúdo essencial, restrições e eficácia*. São Paulo: Malheiros, 2009.

STRECK, Lenio Luiz. *As Interceptações telefônicas e os direitos fundamentais: constituição – cidadania – violência*. A Lei 9.296/96 e seus reflexos penais e processuais. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2001.

TALAMINI, Eduardo. Prova emprestada no processo civil e penal. *Revista de Informação Legislativa*, n. 140. Out-Dez/1998, pp. 00/00.

TONINI, Paolo; CONTI, Carlotta. *Il diritto delle prove penale*. 2. ed. Milano: Giuffrè, 2014.

VIEIRA, Renato Stanziola. *Paridade de armas no processo penal*. Brasília: Gazeta Jurídica, 2014

WALDRON, Jeremy. *Torture, terror, and trade-offs: philosophy for the White House*. Oxford: Oxford University Press, 2010.

UBERTIS, Giulio. *Profili di epistemologia giudiziaria*. Milano: Giuffrè, 2015.

ZEDNER, Lucia. *Security*. London and New York: Routledge. Taylor & Francis Group, 2009.

ZILLI, Marcos Alexandre Coelho. *O convencimento judicial em face dos depoimentos colhidos durante as atividades de Comissão Parlamentar de Inquérito Uma análise à luz da Ação Penal 470*. *Zeitschrift für Internationale Strafrechtsdogmatik (ZIS)* 6/2014.