

OS CONHECIMENTOS FORTUITOS DE PROVA NO PROCESSO PENAL

ANDERSON BEZERRA LOPES

PREFÁCIO POR
GUSTAVO BADARÓ

D' PLÁCIDO
EDITORA

Os conhecimentos fortuitos de prova no processo penal

Anderson Bezerra Lopes



Copyright © 2016, D'Plácido Editora.
Copyright © 2016, Anderson Bezerra Lopes.

Editor Chefe
Plácido Arraes

Produtor Editorial
Tales Leon de Marco

Capa
Bárbara Rodrigues da Silva

Diagramação
Bárbara Rodrigues da Silva

Todos os direitos reservados. Nenhuma parte desta obra pode ser reproduzida, por quaisquer meios, sem a autorização prévia da D' Plácido Editora.



Editora D'Plácido
Av. Brasil, 1843 , Savassi
Belo Horizonte - MG
Tel.: 3261 2801
CEP 30140-007

Catálogo na Publicação (CIP)
Ficha catalográfica

LOPES, Anderson Bezerra.

Os conhecimentos fortuitos de prova no processo penal -- Belo Horizonte:
Editora D'Plácido, 2016.

Bibliografia

ISBN: 978-85-8425-372-2

1. Direito 2. Direito Penal I. Título II. Direito

CDU343.2/7

CDD 341.5

*Dedico este trabalho a toda minha família e, em especial,
ao meu avô José, que descansa na companhia do Senhor.*

Agradecimentos

Em poucas linhas, difícil é a tarefa de retribuir em palavras o apoio que muitas vezes foi oferecido com um breve olhar ou um sincero abraço.

Penso que todo agradecimento deva começar pelo *Criador*, cuja misericórdia não abandona qualquer filho, seja ele o prodígio, seja ele a ovelha desgarrada. O amor que vem do *Pai* tem extensão e profundidade que nossos olhos não conseguem alcançar.

Igualmente, agradeço com muito carinho a toda minha família. Meus pais – Alcides e Leonice – e meus irmãos – Leonardo, Thiago, Thaís e Vanessa – são meus alicerces, sem eles jamais eu teria alcançado a conclusão deste estudo ou de qualquer outro projeto nesta vida. A todos vocês, ofereço um forte e sincero abraço.

Ao Professor *Gustavo Henrique Righi Ivahy Badaró*, meu mestre orientador, as palavras também não permitem expressar com exatidão o merecido agradecimento. Ao longo de minha breve vida acadêmica, poucas vezes tive a oportunidade de encontrar tamanha sabedoria e humildade caminhando de braços dados. Se foi possível concluir este trabalho, muito se deve à paciência e às lições (jurídicas e de vida) desse grande ser humano.

Ao longo do curso de pós-graduação, tive a honra de aprender o que há de mais avançado em termos de ciência processual penal no Brasil, razão pela qual não posso deixar

de mencionar os mestres *Antonio Magalhães Gomes Filho*, *Antonio Scarance Fernandes*, *José Raul Gavião de Almeida*, *Marcos Alexandre Coelho Zilli*, *Maria Thereza Rocha de Assis Moura* e *Maurício Zanoide de Moraes*. Ainda nesse âmbito, contei com o valioso apoio dos amigos *Daniel Zaclis*, *Marcio Geraldo Britto Arantes Filho*, *Renato Silvestre Marinho* e *Renato Stanziola Vieira*.

A compreensão e o apoio que encontrei dentro do escritório também é motivo de especial lembrança. Aqui vai meu agradecimento aos amigos *Fernando Augusto Fernandes*, *Ricardo Sidi*, *Thiago Andrade*, *Renan Macedo*, *André Hespanhol*, *Nilson Paiva*, *Suzana Martins* e *Adriana de Oliveira*.

Por fim, agradeço à querida *Andrea Buschinelli* pela pronta e inestimável disposição de auxiliar na revisão desta obra, tecendo importantes comentários.

Sumário

Prefácio	15
Introdução	21
1. A metódica dos direitos fundamentais, sua estrutura e hipóteses de restrição:	27
1.1. Considerações preliminares.....	27
1.2. Aspectos gerais das normas de direitos fundamentais.....	31
1.2.1. O processo de positivação dos direitos humanos: fundamentalização e constitucionalização.....	31
1.2.2. Normas com fundamentalidade direta e normas com fundamentalidade atribuída: para além de um conceito formal de direitos fundamentais.....	36
1.3. As dimensões objetiva e subjetiva dos direitos fundamentais.....	38
1.4. As normas de direitos fundamentais quanto a sua estrutura: a teoria dos princípios de Robert Alexy.....	41
1.4.1. O conceito de regra e de princípio.....	41

1.4.2. Os conflitos entre regras.....	43
1.4.3. As colisões entre princípios e a lei de colisão.....	44
1.4.4. A colisão entre princípios e regras.....	49
1.5. Suporte fático.....	53
1.5.1. Os conceitos de suporte fático e sua relevância para a teoria jurídica dos direitos fundamentais.....	53
1.5.2. Os elementos componentes do suporte fático.....	57
1.5.2.1. Âmbito de proteção.....	57
1.5.2.2. Intervenção estatal (e ausência de fundamentação constitucional).....	61
1.5.3. A amplitude do suporte fático.....	63
1.6. O regime das restrições aos direitos fundamentais.....	69
1.6.1. Considerações iniciais: a teoria interna e a teoria externa.....	69
1.6.2. O conceito de restrição.....	72
1.6.3. As categorias de restrições.....	72
1.7. A regra da proporcionalidade: os limites dos limites.....	74
1.7.1. Fundamento e função da proporcionalidade.....	75
1.7.2. Pressuposto formal: legalidade.....	78
1.7.3. Pressuposto material: justificação teleológica.....	84

1.7.4. Requisito extrínseco subjetivo: judicialidade.....	86
1.7.5. Requisito extrínseco formal: motivação da decisão.....	88
1.7.6. Requisitos intrínsecos.....	93
1.7.6.1. Idoneidade ou adequação.....	93
1.7.6.2. Necessidade ou exigibilidade.....	99
1.7.6.3. Proporcionalidade em sentido estrito.....	102
1.8. A garantia do conteúdo essencial	106
1.9. Conclusão parcial.....	109

2. Os conhecimentos fortuitos no contexto dos meios de obtenção de prova..... 113

2.1. Aspectos gerais do inquérito policial como espécie de investigação preliminar: finalidade, natureza jurídica, atribuição e grau de cognição.....	113
2.2. Processo penal, prova e verdade.....	119
2.3. Polissemia do termo prova: conceitos e significados.....	123
2.4. O direito à prova e os momentos probatórios.....	130
2.5. Objeto da prova.....	134
2.6. Classificações da prova.....	135
2.6.1. Prova ilegítima e prova ilícita.....	135
2.6.2. Prova típica, prova atípica e conceitos afins (prova anômala, prova irritual e prova nominada).....	139

2.6.3. Prova emprestada	145
2.6.4. Prova cautelar, prova antecipada e prova irrepetível.....	150
2.7. A natureza cautelar dos meios de obtenção de prova.....	152
2.8. Classificação dos meios de obtenção de prova.....	157
2.8.1. Meios de obtenção de prova típicos e atípicos.....	157
2.8.2. Meios de obtenção de prova preventivos e repressivos.....	161
2.9. A eficácia probatória dos meios de obtenção de prova.....	165
2.10. Inadmissibilidade das provas obtidas por meios ilícitos.....	170
3. Análise histórica, dogmática e comparada dos conhecimentos fortuitos de prova no direito processual penal.....	175
3.1. Notícia histórica.....	175
3.2. Conceito.....	189
3.3. Objeto.....	203
3.4. Natureza jurídica.....	204
3.5. Admissibilidade dos conhecimentos fortuitos de prova no direito processual penal.....	205
3.5.1. Nos meios de obtenção de prova atípicos.....	205

3.5.2. Nos meios de obtenção de prova típicos	207
3.5.2.1. Com um catálogo de crimes.....	207
3.5.2.2. Sem um catálogo de crimes.....	218
3.5.3. Aproveitamento do conhecimento fortuito como notícia-crime.....	222
3.6. O tratamento dos conhecimentos fortuitos de prova no direito processual penal comparado.....	226
3.6.1. Alemanha.....	228
3.6.2. Espanha.....	232
3.6.3. Itália.....	239
3.6.4. Portugal.....	243

4. Os conhecimentos fortuitos de prova no direito processual penal brasileiro..... 251

4.1. O carácter multidimensional dos conhecimentos fortuitos na perspectiva constitucional	251
4.2. Os conhecimentos fortuitos no contexto do processo penal.....	258
4.3. A admissibilidade dos conhecimentos fortuitos nos meios de obtenção de prova.....	260
4.3.1. Nos meios de obtenção de prova atípicos.....	260
4.3.2. Nos meios de obtenção de prova típicos.....	264
4.3.2.1. Com um catálogo de crimes: a interceptação das comunicações	

telefônicas prevista na Lei n.º 9.296/96.....	264
4.3.2.2. Sem um catálogo de crimes: a busca domiciliar.....	279
4.4. Repercussão processual dos conhecimentos fortuitos.....	283
4.5. O tratamento do tema no PLS n.º 156/2008 do Senado Federal.....	284
4.6. Sugestões de lege ferenda.....	288
Conclusão.....	291
Bibliografia.....	295

Prefácio

Ser convidado para elaborar o prefácio do presente livro “Os conhecimentos fortuitos de prova processual penal”, escrito por Anderson Bezerra Lopes, é para mim motivo de grande alegria.

Tenho recebido honrosos convites de meus orientandos para prefaciá-los seus livros, ao publicarem suas dissertações e teses. A aprovação do trabalho pela Banca Examinadora é motivo de júbilo para o candidato e também para o orientador. Mas sem a publicação, o resultado da pesquisa provavelmente ficará restrito a um banco de teses universitárias. Já a publicação por uma editora torna o tema conhecido do grande público, suscita debates, faz surgir novos argumentos, favoráveis ou contrários à posição defendida. Enfim, é uma etapa importante para o contínuo desenvolvimento da ciência jurídica, no caso, do direito processual penal.

O livro que me cabe apresentar ao leitor é fruto, com algumas mudanças, acréscimos e atualizações, da dissertação de mestrado apresentada por meu ex-orientando e amigo Anderson Bezerra Lopes. Antes mesmo de ingressar no curso de Mestrado, o autor já se destacou em um seminário como aluno especial de uma das disciplinas do Programa de Pós-Graduação. Ingresso no curso, sempre mostrou grande interesse acadêmico, com intenso debate ao longo do desenvolvimento do trabalho que redundou na dissertação

que foi defendida com muita segurança na Faculdade de Direito do Largo São Francisco, resultando em unânime aprovação pela Banca Examinadora qualificadíssima, composta pelos eminentes Professor Titular Antonio Magalhães Gomes Filho e Professor Aury Lopes Júnior.

Lembro-me, e gostaria de registrar publicamente, o elogio ao trabalho feito pelo Mestre de todos nós, Antonio Magalhães Gomes Filho: “esse é um trabalho para se ter na estante”!

Realmente, o livro vem suprir uma lacuna na doutrina nacional, que ainda não havia tratado, em profundidade, da questão dos conhecimentos fortuitos. Já bastaria isso para a relevância do livro que, além de um ótimo objeto de análise, traz um tratamento técnico e bem preciso sobre a questão.

O tema, por outro lado, é dos mais tormentosos e seu desenvolvimento exige a tomada de posição sobre a finalidade do processo penal em um Estado Democrático de Direito. Só há sentido questionar sobre os conhecimentos fortuitos de prova e, conseqüentemente, eventual ilicitude dos elementos de prova obtidos num modelo que trate o *processo penal* como um mecanismo que legitima a imposição da sanção e futura realização do direito punitivo estatal. Para tanto, *constitui um instrumento cognitivo, em que a correta reconstrução histórica dos fatos é um inegável parâmetro de justiça*. Formulada a pretensão acusatória, o processo servirá para verificação de uma imputação em que se atribui a alguém a prática de um fato definido como crime e, em caso de conclusão positiva, de imposição de uma sanção.

Nesse contexto, é que se coloca a necessidade de um juízo de fato, para a verificação da imputação. Uma epistemologia garantista, como explica Ferrajoli, tem como uma das suas condições de efetividade um cognitivismo processual na determinação do fato criminoso, sendo assegurado um princípio de estrita jurisdicionalidade que requer duas condições: verificabilidade ou falsificabilidade

das hipóteses acusatórias, em razão do seu caráter assertivo, e a sua prova empírica, mediante um procedimento que permita seja sua verificação, seja sua refutação.¹

A atividade probatória, contudo, não deve ser realizada com vista à descoberta da verdade a qualquer custo. Ao contrário, deve ser conduzida dentro dos parâmetros da legalidade, não sendo possível admitir-se a violação de direitos fundamentais para a obtenção de elementos probatórios, nem o descumprimento das formalidades que a lei processual prescreve para a produção da prova ou execução de providências a ela relativas. O funcionamento do processo penal como um instrumento cognitivo do conteúdo fático da imputação faz com que, *naturalmente, esteja sujeito a mecanismo de controle epistêmico*.

É nesse momento que o tema dos conhecimentos fortuitos de prova se coloca como um possível limite ao direito à prova. Como adverte Massimo Nobile, o método através do qual investiga constitui, de *per si*, um valor, porque restringe o campo sobre o qual se exercita o arbítrio judicial, sendo que o próprio sistema do livre convencimento impõe uma “*scrupolosa osservanza di un metodo legale probatorio*”.²

O livro de Anderson Bezerra Lopes exercerá um papel relevante na construção de uma epistemologia judiciária, buscando tornar mais claro um tema essencial, mas sobre o qual o legislador se calou: a admissão ou não dos conhecimentos fortuitos de prova

Sem que seja necessário fazer um resumo da obra, cabe destacar o seu ponto central: o autor faz a distinção, com base na doutrina portuguesa, entre “conhecimentos da investigação”, de um lado, e “conhecimentos fortuitos”,

¹ Luigi Ferrajoli, *Diritto e ragione: teoria del garantismo penale*. 5ª ed. Bari: Laterza, 1998, p. 8.

² *Il principio del libero convincimento del giudice*. Milano: Giuffrè, 1974, p. 26-28.

de outro. As fontes de provas e os elementos de informação obtidos durante a execução de um meio de obtenção de prova e que tenham conexão com a “situação histórica de vida” da investigação são *conhecimentos da investigação* e, portanto, perfeitamente admissíveis. Já os elementos que não têm esse vínculo são *conhecimentos fortuitos*.

Não se trata de substituir um conceito pouco claro – conhecimentos fortuitos – por outro tão aberto quanto: “situação histórica da vida”. Segundo o Autor, haverá a mesma situação histórica da vida quando houver “*identidade de investigação*” (no sentido processual), tomando por elementos de comparação, de um lado, os fatos tidos como base para a decretação do meio de obtenção de prova, e de outro, aqueles efetivamente descobertos com a medida. E, para delimitar a identidade de investigação vale-se do conceito de *hipótese de investigação* que, para respeitar o princípio da legalidade e visando maior segurança jurídica, vale-se nas regras de conexão e continência do Código de Processo Penal, excluindo-se apenas a amplíssima hipótese de conexão probatória do inciso III do art. 76.

Finalmente, em relação aos conhecimentos fortuitos, sua admissibilidade ou não dependerá da natureza do direito fundamental afetado e de um teste de proporcionalidade, sendo que no caso de direitos mais relevantes, faz-se necessário um catálogo de delitos em que se poderá admitir e valorar os conhecimentos fortuitos.

O livro também propiciará ao leitor uma ampla análise dos direitos fundamentais que podem ser afetados pelos meios de obtenção de prova, uma análise densa de direito comparado, o estudo de legislações estrangeiras que tratam expressamente do tema, além de uma proposta legislativa para futura alteração do Código de Processo Penal, com vista a inclusão de regramento probatório sobre os conhecimentos fortuitos.

Por tudo isso, tenho certeza que esse livro que ora apresento ao leitor, publicado pela jovem e já consagrada Editora D'Plácido, terá uma excelente acolhida na comunidade jurídica, seja por seu profundo conteúdo científico, seja pela grande importância prática do tema.

São Paulo, agosto de 2016.

Gustavo Badaró

No ordenamento jurídico brasileiro inexistente previsão legal sobre a admissibilidade (para fins probatórios) dos elementos descobertos fortuitamente na execução de meios de investigação que impliquem restrições aos direitos fundamentais do investigado, fenômeno que parte da doutrina estrangeira tem denominado conhecimento fortuito de prova e já vem estudando há algum tempo. E como consequência desse interesse doutrinário, alguns ordenamentos jurídicos estrangeiros já disciplinaram a matéria. Diante dessa lacuna normativa, a jurisprudência ora tem admitido irrestritamente tais conhecimentos fortuitos para fins probatórios, ora tem estabelecido alguns critérios para sua admissibilidade, mas sem qualquer sistematização e aprofundamento sobre os contornos constitucionais do problema. Por estes motivos, cremos ser o momento de realizar um estudo mais denso sobre o tema, possibilitando a identificação dos aspectos dogmáticos dos conhecimentos fortuitos nos meios de obtenção de prova, a saber: seu conceito, sua natureza jurídica e sua admissibilidade para fins probatórios.



D'PLÁCIDO
EDITORA

www.livrariadplacido.com.br

ISBN 978-85-8425-372-2



9 788584 253722