

A PROVA EMPRESTADA NO INQUÉRITO POLICIAL

THE BORROWED EVIDENCE IN THE POLICE INQUIRY

Gabriel Freiria Neves¹
Mariana Costa Wiesel²

RESUMO

O presente artigo vem com o intuito de apresentar as possibilidades de utilização da prova emprestada no Inquérito Policial, isto é, no decorrer das investigações formalizadas no procedimento administrativo presidido pela Autoridade Policial, homenageando princípios constitucionais como da economia processual. Em regra, não há que se falar em contraditório e ampla defesa como elementos inerentes ao inquérito policial, porém, aparecem sempre de maneira secundária, resguardadas a peculiaridades deste procedimento investigativo. No processo civil ou penal, a prova emprestada exige o contraditório como pressuposto de validade. No inquérito policial, considerando a ampla discricionariedade da Autoridade Policial, a prova emprestada pode ser usada com mais flexibilidade, mas sem descuidar da observância de alguns cuidados em situações específicas como, por exemplo, a interceptação telefônica.

Palavras Chave: Inquérito Policial. Prova Emprestada.

ABSTRACT

The former article came with the intent to present the possibility of using the borrowed evidence in the Police Inquiry. In the course of the formalized investigations in the administrative procedure, preside over for the Police Authority, honoring constitutional principles like the procedural economics. As a rule, it is not necessary to speak of contradictory and ample defense as elements inherent to the police investigation; however, they always appear in a secondary way, safeguarded to the peculiarities of this investigative procedure. In civil or criminal proceedings, borrowed evidence requires a contradictory like assumption of validity. In the police investigation, given the discretion of the Police Authority, the loaned evidence can be used with more flexibility, but without neglecting to observe some care in specific situations, such as telephone interception.

Key words: Police Inquiry. Borrowed Evidence.

INTRODUÇÃO

Praticada a infração penal, seja um crime ou uma contravenção, revive para o Estado o direito de punir (*jus puniendi*) consubstanciado na "*capacidade que o Estado tem de produzir e fazer cumprir suas normas*"³. Trata-se, na verdade, de um poder-dever.

¹ Delegado de Polícia Civil de São Paulo, graduado em direito, pós-graduado em direito tributário das empresas.

² Bacharelada em Direito na Universidade de Ribeirão Preto.

Ocorre que este direito do Estado encontra limites diversos, sobretudo aqueles previstos na Constituição da República. É fato que todo e qualquer direito, em especial aqueles legados ao Estado encontram limitações nos direitos e garantias fundamentais do cidadão. Evitando, assim, que ações penais temerárias e sem qualquer respaldo fático atinjam a esfera de direitos e garantias dos indivíduos cobra-se instrumentos eficazes que, funcionando como verdadeiro filtro, possam materializar a atividade investigativa para evitar que pessoas sejam rotuladas como réus ou que verdadeiros culpados escapem da aplicação da lei penal.

O INQUÉRITO POLICIAL

O Inquérito Policial é instrumento de garantia de direitos fundamentais e instrumento daqueles que realizam a investigação criminal. Ocorrido o crime ou a contravenção é essencial que o inquérito ou o termo circunstanciado de ocorrência sejam desencadeados, salvo se, em hipóteses raríssimas, a *notitia criminis* já surja apta a apontar ao Ministério Público ou ao titular da ação todos os elementos referentes a autoria e materialidade delitiva.

Esse caráter instrumental é muito bem exposto por Renato Brasileiro:

Trata-se de um procedimento de natureza instrumental, porquanto se destina a esclarecer fatos delituosos relatados na notícia de crime, fornecendo subsídios para o prosseguimento ou arquivamento da persecução penal. De seu caráter instrumental sobressai sua dupla função: a) preservadora: a existência prévia de um inquérito policial inibe a instauração de um processo penal infundado, temerário, resguardando a liberdade do inocente e evitando custos desnecessários para o Estado; b) preparatória: fornece elementos de informação para que o titular da ação penal ingresse em juízo, além de acautelar meios de prova que poderiam desaparecer com o decurso do tempo⁴

É preciso dizer que o inquérito serve para angariar elementos de informação (função preparatória) que subsidiarão a ação penal, evitando que a mesma seja de todo infundada (função preservadora).

Diante disso, é forçoso concluir que a doutrina tradicional, ao trazer a dispensabilidade do inquérito como uma de suas características empreende-se em verdadeiro equívoco, já que esta é a exceção, ao passo que a indispensabilidade seria a regra.

³Cunha, Rogerio Sanches, MANUAL DE DIREITO PENAL, página 35.

⁴Brasileiro, Renato de Lima, MANUAL DO PROCESSO PENAL, edição 2016.

O artigo 395, inciso III, do Código de Processo Penal, na sua redação a partir de 2008, exige a rejeição da peça inaugural da ação penal caso esteja ausente lastro probatório mínimo, isto é, torna imprescindível a existência dos elementos de informação materializados na investigação, na esmagadora maioria dos casos.

Elementos de informação não podem ser confundidos com prova, diferenciados em expressa disposição legal inserida no artigo 155, caput, do Código de Processo Penal.

Tais elementos informativos diferem-se das provas em razão da inquisitorialidade do inquérito policial, isto é, como regra, não há que se falar em contraditório e ampla defesa no inquérito policial.

É a posição da doutrina majoritária, senão vejamos:

“O inquérito é inquisitivo: as atividades persecutórias ficam concentradas nas mãos de uma única autoridade e não há oportunidade para o exercício do contraditório ou da ampla defesa. Na fase pré-processual não existem partes, apenas uma autoridade investigando e o suposto autor da infração normalmente na condição de indiciado.”⁵

Porém, assiste razão a doutrina minoritária encabeçada por Marta Saad⁶, defendendo o contraditório e ampla defesa no inquérito policial, desde que resguardadas a peculiaridades deste procedimento investigativo.

Fala-se em um contraditório diferido e no direito de defesa que é reforçado pelas inovações trazidas pela Lei Federal nº 13.245/16. Para Marcelo Novelino⁷ “*O contraditório, entendido como a ciência bilateral dos atos do processo com a possibilidade de contrariá-los, é composto por dois elementos: informação e reação*”. A dita reação nada mais é que o exercício do supracitado direito de defesa.

Valendo-se, basicamente, dos incisos LV e LXIII do artigo 5º da Constituição da República, Renato Brasileiro⁸ aponta:

“O simples fato de figurar como suposto autor ou partícipe da infração penal em uma investigação criminal, por si só, já deve ser tratada como uma imputação em sentido amplo, porquanto o investigado fica sujeito a uma série de medidas coercitivas já na fase investigatória, como, por exemplo, medidas cautelares pessoais, patrimoniais, diligências policiais etc. Logo, com o objetivo de se extrair a máxima eficácia do referido dispositivo constitucional, o ideal é concluir que qualquer forma de imputação determinada representa uma acusação em sentido amplo. Por isso, o constituinte empregou a expressão acusados em geral, abrangendo não apenas aquele contra quem foi instaurado um processo penal, mas também o indivíduo que figura como provável autor (ou partícipe) do fato delituoso, é dizer, o

⁵Nestor, Távora e Alencar, Rosmar Rodrigues, CURSO DE DIREITO PROCESSUAL PENAL, edição 2017, página 151

⁶Saad, Marta, DIREITO DE DEFESA NO INQUÉRITO POLICIAL. Editora revista dos tribunais, edição 2004, volume 9 da coleção de estudos de processo penal Prof. Joaquim Canuto Mendes de Almeida, colaborador Sergio Marcos de Moraes Pitombo.

⁷Novelino, Marcelo, CURSO DE DIREITO CONSTITUCIONAL, edição 2017, página 427/428.

⁸Brasileiro, Renato de Lima, MANUAL DO PROCESSO PENAL, edição 2016, editora Juspodivm.

sujeito passivo da investigação preliminar. Em síntese, a observância do contraditório – ainda que de maneira diferida e restrita aos elementos informativos já documentados – e da ampla defesa não pode ficar restrita a fase processual da persecução penal”.

Na prática, a necessidade de contraditório e os cuidados em se preservar a ampla defesa ganham maior relevo, basta pensar em casos comuns em cidades pequenas do interior em que as pessoas valem-se das denúncias anônimas e da lavratura de boletins de ocorrência para se vingarem, submetendo a pessoas ao vexame público, causando-lhes danos morais e materiais, as vezes, irreparáveis.

A idéia é reforçada quando estudada a questão do sigilo do inquérito policial que não pode ser imposto as provas que já foram documentadas. Eis, inclusive a conclusão extraída da Súmula Vinculante 14, *in verbis*:

É direito do defensor, no interesse do representado, ter acesso amplo aos elementos de prova que, já documentados em procedimento investigatório realizado por órgão com competência de polícia judiciária, digam respeito ao exercício do direito de defesa.

Também não é outra a intenção das inovações trazidas pela Lei Federal nº 13.245/16 que eleva o papel do advogado no âmbito do inquérito policial, reconhecendo que a complexidade jurídica dos trabalhos de polícia judiciária presididos pelo Delegado de Polícia, carreira eminentemente jurídica, pode obstar o contraditório e ampla defesa de pessoas leigas, característica, na maior parte das vezes, dos sujeitos da persecução penal.

O direito de defesa no inquérito policial é muito bem exposto por Marta Saad⁹ que aponta duas maneiras de exercê-lo. O exercício exógeno é aquele exercido fora dos autos do inquérito policial, certamente exercido frente ao juízo impetrando, por exemplo, um *habeas corpus*, ou no Ministério Público. Já o exercício endógeno é o que exercício nos autos do próprio inquérito com a solicitação de diligenciais ou até mesmo atravessando petições com esclarecimentos e/ou documentos.

O sigilo e a inquisitorialidade seriam inerentes as diligências que ainda não foram documentadas e encartadas no procedimento em estudo, ou seja, são características anteriores ao inquérito e não próprias dele.

Sendo assim, forçoso concluir que a diferença entre elementos informativos e provas pode residir apenas no *loco* em que são produzidos. Um deles submete-se ao contraditório diferido e o outro a um contraditório puro e simples. Acabam, por fim, a serem alocados na mesma categoria.

⁹Saad, Marta, DIREITO DE DEFESA NO INQUÉRITO POLICIAL. Editora revista dos tribunais, edição 2004, volume 9 da coleção de estudos de processo penal Prof. Jaquim Canuto Mendes de Almeida, colaborador Sergio Marcos de Moraes Pitombo, páginas 221/222.

Percebe-se que o conceito de inquérito policial construído a partir do Decreto nº 4.824/1871 e do Código de Processo Penal começa a ganhar uma nova roupagem com a Constituição da República de 1988 que traçou valores e direitos a serem observados, alterando suas características e finalidades, visando, sobretudo, a garantia da dignidade da pessoa humana.

Formar o convencimento acusatório não é tarefa fácil, ficando a cargo do Delegado de Polícia, presidente do inquérito policial, demonstrar os elementos da materialidade e da autoria do fato criminoso, tudo sob a sua discricionariedade.

Os artigos 6º e 7º do Código de Processo Penal trazem mero rol exemplificativo daquelas diligências que poderão ser encetadas pela equipe de polícia investigativa destacando ainda mais a discricionariedade do Delegado. O Manual de Polícia Judiciária¹⁰ é salutar:

“O Delegado de Polícia deve sempre ter em mente que provar é experimentar, demonstrar. É a demonstração positiva ou negativa de um fato ou circunstância dirigida ao Juiz de Direito no processo penal. Portanto, a prova tem por objetivo o convencimento do Juiz”.

Frise-se que em um primeiro momento o destinatário será o membro do Ministério Público ou ofendido que depende de substratos mínimos de materialidade delituosa e autoria para ofertar a peça inaugural do processo penal. Em seguida, sob os ditames processuais, tais elementos são aperfeiçoados para embasarem a decisão proferida pelo membro do Judiciário.

É preciso alertar que o juízo de conveniência e oportunidade deve ser afastado em determinadas ocasiões em que a própria lei impõe a obrigatoriedade a certos meios de prova como no caso de infrações que deixa vestígios (Artigo 158 do Código de Processo Penal). Diante do que foi visto até aqui, entender o inquérito policial como materialização de meros elementos informativos, sem qualquer conteúdo jurídico é um grande equívoco.

O conteúdo do inquérito ganha mais robustez quando se produz as chamadas provas cautelares, não repetíveis e antecipadas que podem, segundo texto expresso no artigo 155 do Código de Processo Penal, subsidiar o convencimento do juiz.

Não se quer aqui desprezar o conteúdo do inquérito policial, pois ainda que não forme sozinho o convencimento do juiz, corrobora para sua formação, direciona a produção da prova na fase processual e é capaz de fundamentar medidas gravíssimas como a privação da liberdade na decretação, por exemplo, de uma prisão preventiva.

¹⁰Rios, Carlos Alberto dos e Rios, Christian Robert Dos, O MANUAL DE POLÍCIA JUDICIÁRIA, edição 2012, editora Edipro, página 560.

Eugênio Pacelli¹¹ sobre a prova produzida já no processo:

“A prova judiciária tem um objetivo claramente definido: a reconstrução dos fatos investigados no processo, buscando a maior coincidência possível com a realidade histórica, isto é, com a verdade dos fatos, tal como efetivamente ocorridos no espaço e no tempo. A tarefa, portanto, é das mais difíceis, quando não impossível: a reconstrução da verdade”.

A atividade do Delegado de Polícia na busca pela verdade dos fatos, como dito, é pautada pela discricionariedade. Sendo assim, observado os limites constitucionais, legais e morais, poderá se valer de meios de prova nominados ou inominados.¹²

Esta discricionariedade é conceituada por Diogo de Figueiredo Moreira Neto¹³ que ainda lembra que ela não se restringe ao Direito Administrativo:

“A discricionariedade é, portanto, uma técnica jurídica que se destina a sintonizar a ação administrativa concreta à idéia de legitimidade contida na lei, o que se assemelha, de certo modo, ao intuito da delegação outorgada pelo legislador ao Administrador Público, na própria lei, para que este possa fazer a necessária integração causuística, na ocasião e no modo mais adequado, para satisfazer a finalidade pública legalmente imposta”

Meio de prova, segundo Fernando Capez¹⁴, “*compreende tudo quanto possa servir, direta ou indiretamente, à demonstração da verdade que se busca no processo*”.

Quanto a famigerada verdade buscada no Processo Penal, tradicionalmente chamada de verdade real, Eugenio Pacelli¹⁵ revela:

De fato, embora utilizando critérios diferentes para a comprovação dos fatos alegados em juízo, a verdade (que interessa a qualquer processo, seja cível, seja penal) revelada na via judicial será sempre uma verdade resconstruída, dependente do maior ou menor grau de contribuição das partes e, por vezes do juiz, quanto a determinação de sua certeza.

E continua o ilustre processualista:

Enquanto o processo civil aceita uma certeza obtida pela simples ausência de impugnação dos fatos articulados na inicial (art. 302, CPC), sem prejuízo da iniciativa probatória que se confere ao julgador, no processo penal não se admite tal modalidade de certeza (freqüentemente chamada de verdade formal, porque decorrente de uma presunção legal), exigindo-se a materialização da prova. Então, ainda que não impugnado os fatos imputados ao réu, ou mesmo confessados,

¹¹Pacelli, Eugênio, CURSO DE PROCESSO PENAL, edição 2014.

¹²Nestor, Távora e Alencar, Rosmar Rodrigues, CURSO DE DIREITO PROCESSUAL PENAL, edição 2017, editora Juspodivm.

¹³Moreira Neto, Diogo de Figueiredo, CURSO DE DIREITO ADMINISTRATIVO: PARTE INTRODUTÓRIA, PARTE GERAL E PARTE ESPECIAL, 16ª edição revista e atualizada, Rio de Janeiro, 2014, página 105.

¹⁴Capez, Fernando, CURSO DE PROCESSO PENAL, 21ª edição, 2013, editora Saraiva.

¹⁵Pacelli, Eugênio, CURSO DE PROCESSO PENAL, edição 2014.

competete à acusação a produção de provas da existência do fato e da respectiva autoria, falando-se, por isso, em uma verdade material.

A PROVA EMPRESTADA NO INQUÉRITO POLICIAL

Corriqueira a situação em que as provas angariadas em um inquérito policial podem servir a elucidação de fatos investigados em outro feito. Surge, então, a prova emprestada como mais um instrumento de busca da verdade dos fatos, isto é, de colheita de elementos referentes a materialidade e autoria.

Por proêmio, a prova emprestada se compreende por prova produzida num feito e transferida para outro em homenagem, sobretudo, ao princípio da econômica processual. O Código de Processo Civil de 1973 era omissivo quanto a prova emprestada, já o Novo Código de Processo Civil, em seu art. 372, trouxe de maneira expressa a possibilidade do juiz utilizar a ‘prova emprestada’. No tempo de ausência normativa, as outras fontes do Direito, doutrina e jurisprudência, já trabalhavam com o tema exaustivamente.

Norberto Avena¹⁶ conceitua prova emprestada como *“aquela que, produzida originalmente em um processo, vem a ser apresentada, documentalmente, em outro”*. Nota-se que a prova emprestada acaba por mudar sua natureza quando do empréstimo.

Como dito, a prova emprestada encontra seu principal fundamento no princípio da economia processual com o aproveitamento dos atos processuais para convencer ou buscar a verdade, evitando a prática de atos inúteis. No entanto, alguns requisitos devem ser observados de modo a garantir sua validade.

Consoante as lições de Cintra, Grinover e Dinamarco¹⁷:

“ a prova produzida em um processo pode ser utilizada em outro, desde que com sua utilização não se venha a surpreender uma pessoa que não fora parte no primeiro (por respeito ao princípio do contraditório, sem o qual não pode caracterizar-se o devido processo legal); assim é admissível que, mediante certidões, se vem do processo crime para o civil contra o mesmo réu (e vice-versa) os elementos de convicção já produzidos, sem necessidade de repetição”.

Daniel Amorim Assumpção Neves¹⁸ acentua:

Outrasituação-limite interessante é aquela na qual a prova produzida em outro processo simplesmente não pode mais ser produzida, como no caso do falecimento

¹⁶ Avena, Norberto Claudio Pancaro, PROCESSO PENAL: ESQUEMATIZADO, 6ª edição, 2014, Rio de Janeiro: Forense; São Paulo Método.

¹⁷ Cintra, Antônio Carlos de Araújo, Grinover, Ada Pellegrini, e Dinamarco, Cândido Rangel, TEORIA GERAL DO PROCESSO, 29ª edição, editora Malheiros, página 171.

¹⁸ Neves, Daniel Amorim Assumpção, MANUAL DO DIREITO PROCESSUAL CIVIL – volume único, 2017, página 749.

de uma testemunha ou do perecimento do bem que serviria de objeto da perícia. Nessa caso, o juiz se verá diante de um choque inevitável de princípios: qualidade da prestação jurisdicional (com a utilização da prova em seu convencimento) e o contraditório (com a impossibilidade de parte que não participou da produção da prova de realmente reagir contra sua formação). A solução nesse caso se dá por meio da aplicação da regra da proporcionalidade, pesando o juiz interesses envolvidos e buscando a melhor solução com o fito de gerar o menor prejuízo possível às partes.”

Como premissa da prova emprestada, em sede de processo civil ou penal, deve ser submetida ao contraditório, o contraditório é justamente a conjugação da *informação+possibilidade de reação + poder de influência*¹⁹. Como visto, o contraditório no inquérito policial apresenta-se apenas como um elemento accidental.

O princípio do contraditório é o limitador da prova emprestada, e tem como sua principal definição garantia fundamental a justiça.

“O juiz por força de seu dever de imparcialidade, coloca-se entre as partes, mas equidistante dela: ouvindo uma, não pode deixar de ouvir a outra: somente assim se dará a ambas a possibilidade de expor suas razões, de apresentar suas provas de influir sobre o convencimento do juiz. Somente pela soma da parcialidade das partes (uma representando a tese e a outra antítese) o juiz pode corporificar a síntese, em um processo dialético. É por isso que foi dito que as partes, em relação ao juiz, não têm papel de antagonistas, mas sim de “colaboradores necessários”: cada um dos contendores age no processo tendo em vista o próprio interesse, mas a ação combinada dos dois serve à justiça na eliminação do conflito ou controvérsia que os envolve.”²⁰

A possibilidade da prova emprestada já foi aventada pelo Superior Tribunal de Justiça em procedimentos administrativos, desde que, é claro, observe-se o contraditório. É o que se extrai do enunciado da Súmula 591:

SÚMULA nº 591 STJ: *É permitida a prova emprestada no processo administrativo disciplinar, desde que devidamente autorizada pelo juízo competente e respeitados o contraditório e a ampla defesa.*

Dentro da mesma seara também já decidiu o STF:

MANDADO DE SEGURANÇA - DIREITO PROCESSUAL CIVIL - LITISPENDÊNCIA - NÃO CONFIGURAÇÃO - DIREITO ADMINISTRATIVO - SERVIDOR PÚBLICO - PROCESSO ADMINISTRATIVO DISCIPLINAR - DEMISSÃO - CERCEAMENTO DE DEFESA NÃO DEMONSTRADO - ANULAÇÃO DE SENTENÇA PROFERIDA EM AÇÃO PENAL - REFLEXOS NO PROCESSO ADMINISTRATIVO - PENALIDADE POR ATO DE IMPROBIDADE ADMINISTRATIVA - DESNECESSIDADE DE AÇÃO JUDICIAL. 1. Não cabe ao Poder Judiciário o exame do mérito administrativo motivador do ato administrativo, restringindo seu exame à aferição da regularidade do procedimento e da legalidade da pena aplicada. 2. Hipótese em que não há litispendência com ação judicial que tramita no TRF da 2ª Região, visto que não demonstrada a identidade da causa de pedir e do pedido, bem como diante da inexistência de identidade do pólo passivo nos dois feitos

¹⁹ Neves, Daniel Amorim Assumpção, MANUAL DO DIREITO PROCESSUAL CIVIL – volume único, 2017, página 749.

²⁰ Cintra, Antônio Carlos de Araújo, Grinover, Ada Pellegrini, e Dinamarco, Cândido Rangel, TEORIA GERAL DO PROCESSO, 29ª edição, editora Malheiros, página 64.

confrontados. 3. Não caracteriza cerceamento de defesa a falta de interrogatório para a qual deu causa o investigado ao deixar de comparecer em três distintas convocações feitas pela Comissão Processante, ante à impossibilidade de favorecimento a quem deu causa à nulidade, nos termos do art. 565 do CPP, aplicado por analogia. Incidência, na espécie, do princípio pas de nullité sans grief. 4. Não configura cerceamento de defesa o indeferimento motivado da oitiva de testemunhas ou de realização de prova pericial. Hipótese em que foram ouvidas 8 (oito) das 11 (onze) testemunhas arroladas, respondidos os quesitos do acusado pela própria Comissão Processante. 5. É perfeitamente possível a utilização em processo administrativo de prova emprestada de ação penal, mesmo quando anulada a sentença, notadamente quando esse fato se deu por motivos meramente processuais ou procedimentais, mantidos incólumes os demais atos do processo. 6. Não ofende a Lei 8.492/92 a aplicação da pena de demissão por ato de improbidade administrativa examinado em processo administrativo disciplinar. Precedentes. 7. A indicação de nova capitulação para os fatos apurados pela Comissão Processante não macula o procedimento adotado, tendo em vista que o indiciado se defende dos fatos a ele imputados, não da sua classificação legal. Precedentes. 8. Segurança denegada. (STJ - MS: 16133 DF 2011/0030578-0, Relator: Ministra ELIANA CALMON, Data de Julgamento: 25/09/2013, S1 - PRIMEIRA SEÇÃO, Data de Publicação: DJe 02/10/2013)

Poderia, então, entender que a prova emprestada poderia ser usada indiscriminadamente, ficando seu uso ao bel prazer da Autoridade Policial. No entanto, esta discricionariedade do Delegado de Polícia deve observar limites impostos pela lei nesta atuação discricionária para não alcançar a arbitrariedade:

“Reconhecida que a legalidade não afasta a liberdade, a discricionariedade do Administrador, é importante distinguir os atos discricionários dos atos arbitrários. Os primeiros são praticados tendo como base a conveniência e a oportunidade do interesse público, admitindo um juízo de valor por parte do agente público, com liberdade, estando essa restrita aos limites da regra legal. No lado oposto tem-se o ato arbitrário, que representa o abuso, ato praticado fora dos limites da norma, ato inválido, ilegal e que deve ser retirado da ordem jurídica.”²¹

É possível concluir, diante disso, que a prova emprestada é perfeitamente possível nos processo judicial ou administrativo. Essa possibilidade já foi vislumbrada no Inquérito Civil de atribuição dos membros do Ministério Público, conforme anotado por Daniel Amorim²²:

“No inquérito civil, invariavelmente o contraditório não é respeitado, de forma a serem repetidas em juízo todas as provas já produzidas e tal procedimento. De qualquer forma, no caso de a prova ser de impossível produção no momento do processo, ou ainda ser muito onerosa a produção probatória, o juiz, sempre à luz do princípio do livre convencimento motivado, poderá utilizar as provas produzidas no inquérito civil para formar seu convencimento”.

Resta claro que neste empréstimo a natureza da prova acaba se modificando, passando a ser tida como documento, ou seja, qualquer elemento transposto para o inquérito passa a ser tido como um elemento informativo, afinal produzido nos autos de um inquérito

²¹Marinela, Fernanda, DIREITO ADMINISTRATIVO, 7ª Edição, 2013, Editora Impetus Niterói, página 31.

²²Neves, Daniel Amorim Assumpção, MANUAL DO DIREITO PROCESSUAL CIVIL – volume único, 2017, página 750.

policial, de natureza documental. Registre-se, ainda, que incidirá o regramento do artigo 155, caput, do Código de Processo Penal.

Estes elementos poderão ser obtidos em processos judiciais cíveis ou criminais, procedimentos administrativos e até em outros inquéritos policiais sob a presidência ou não da mesma Autoridade Policial. É o que se concluiu diante daquela discricionariedade explanada.

Por outro lado, deve ser atentar para as peculiaridades de alguns meios de prova que podem ser usados na investigação criminal. Por exemplo, aquelas que dependem de requisitos específicos e acabam sendo vinculadas aos motivos que a desencadearam, eis o caso específico da interceptação telefônica.

A interceptação telefônica, como regra, nos termos do artigo 5º, inciso XII, da Constituição da República e dos artigos 1º e 5º da Lei Federal nº 9.296/96, esta submetida a cláusula de reserva de jurisdição que, segundo Gilmar Mendes, Inocêncio Mártires Coelho e Paulo Gustavo Gonet Branco.

*“A cláusula de reserva de jurisdição consiste em confinar ao âmbito do Judiciário a prática de certos atos que impliquem restrição a direitos individuais especialmente protegidos. A se aceitar a existência de tal cláusula, haveria poderes de investigação que apenas as autoridades judiciais estariam legitimadas a exercer”.*²³

Portanto, considerando-a como medida de *utimaratio*, havendo indícios de autoria na investigação de crimes punidos com reclusão, o juiz, poderá, de maneira fundamentada, deferir a interceptação. São estes requisitos previstos na Lei Federal 9.296/96 que regulamenta este meio de prova.

No decorrer de uma investigação em que é usada a interceptação é comum que a Autoridade Policial se depare com elementos que servirão à investigação de outros crimes ou até mesmo, a partir destes elementos, dar subsidiar o inícios de outras investigações.

Entende-se possível o empréstimo destes elementos a outras investigações, consoantes ensinamentos de Renato brasileiro de Lima²⁴:

“Acerca do assunto, tem sido aplicada pelos Tribunais a teoria do encontro fortuito ou casual de provas (serendipidade), a qual é utilizada nos casos em que, no cumprimento de uma diligencia relativa a um delito, a autoridade policial casualmente encontra provas pertinentes à outra infração penal, que não estavam na linha de desdobramento normal da investigação. Fala-se em encontro fortuito de provas, portanto, quando a prova de determinada infração penal é obtida a partir de

²³Mendes, Gilmar, Coelho, Inocêncio Mártires e Branco, Paulo Gustavo Gonet, CURSO DE DIREITO CONSTITUCIONAL, 4ª edição, 2009, editora Saraiva, página 912/913.

²⁴Lima, Renato Brasileiro, LEGISLAÇÃO CRIMINAL, 4ª edição, 2016, editora Juspodivm, página 155.

diligencia regularmente autorizada para a investigação de outro crime. Nesses casos, a validade da prova inesperadamente obtida está condicionada à forma como foi realizada a diligência: se houve desvio de finalidade, a prova não deve ser considerada válida; se não houve desvio de finalidade, a prova deve ser considerada válida.”

O entendimento acima é corretíssimo, homenageia o princípio da economia processual e torna eficaz o sistema de persecução penal, porém, além do cuidado na forma de se realizar a diligencia, evitando eivá-la de vícios que prejudicaram todo os elementos que dela decorrer, é preciso atentar-se para alguns cuidados no caso destes meios de prova peculiares e dentro da cláusula de reserva de jurisdição.

O juiz, ao tomar conhecimento da representação formulada pela Autoridade Policial e decidir de forma fundamentada, por óbvio, não estava ciente dos indícios de autoria desses crimes, tampouco estavam preenchidos os demais requisitos do artigo 2º da Lei Federal nº 9.296/96 quanto aquelas infrações.

Neste caso, duas situações podem ser vislumbradas. A primeira, o crime descoberto fortuitamente, por si só, já preenche os requisitos do artigo 2º da supracitada lei e estaria relacionada ao primeiro que ensejou a interceptação. O crime descoberto estaria, em profunda análise, na esfera de previsibilidade da Autoridade Judicial. Não havendo problemas no uso desta prova. É o entendimento de Vicente Greco Filho²⁵:

“Outra hipótese é a de surgirem fatos criminosos diferentes daquele que fundamentou a interceptação, como, por exemplo, se, investigando-se o tráfico de drogas, verifica-se a participação em sequestro. Poderia a gravação feita ser utilizada como prova desses fatos? Entendemos que sim, desde que a infração possa ser ensejadora de interceptação, ou seja, não se encontre entre as proibições do art. 2º e desde que seja fato relacionado ao primeiro, ensejando concurso de crimes, continência ou conexão. O que é objeto da investigação é um fato naturalístico que pode apresentar várias facetas e ramificações. Não se investiga classificação do delito, nem se pode exigir que se tenha conhecimento de todos os aspectos que envolve (aliás, se fossem conhecidos todos eles não precisaria ser realizada a interceptação). Assim, parece irrecusável a possibilidade de, por exemplo, na investigação de um homicídio, chegar-se a ocultação de um cadáver.”

O festejado processualista, no trecho acima, traz a segunda situação em que o fato não é relacionado ao primeiro crime e/ou não preenche os requisitos autorizadores da interceptação telefônica. Então, diante dessa situação, deveria o Delegado de Polícia simplesmente ignorar a ocorrência ou elucidação do crime, mesmo diante de sua ampla discricionariedade na presidência de um inquérito policial? Óbvio que não!

²⁵Greco Filho, Vicente, MANUAL DE PROCESSO PENAL, 9ª edição, 2012, editora Saraiva.

Vicente Greco²⁶ ainda acrescenta que a extensão ou ratificação da interceptação pelo juiz não seria adequada, por uma questão de ilicitude da prova, impedindo a atuação da Autoridade Policial de todas as formas.

Com as devidas vênias ao autor, não é possível vendar o Delegado de Polícia durante sua atuação, não é possível impedir que um crime ou importante elemento a seu esclarecimento passe despercebido.

A questão de fundo envolve, de um lado, um direito fundamental consistente na inviolabilidade das comunicações telefônicas (artigo. 5º, inciso XII, da Constituição da República) e, de outro, o dever da Autoridade Policial agir de ofício assim que tomar conhecimento de uma infração penal (artigo 5º, inciso II, do Código de Processo Penal), dever extraído também do artigo 144, §4º, da Constituição da República.

O ideal é que para garantir o cumprimento da cláusula de reserva de jurisdição e resguardar a inviolabilidade das comunicações telefônicas, com o conhecimento da infração penal no curso da interceptação, deverá a Autoridade Policial, caso entenda oportuno e conveniente, buscar autorização judicial para tomar emprestado aquele elemento em outro feito.

O não preenchimento de todos os requisitos legais pode não ser problema, já que eles já foram cumpridos quando do início da interceptação, a decisão só faz ampliar a autorização inicial. Acrescenta-se ainda que a prova emprestada tem natureza puramente documental, o meio pode até ser a interceptação, mas ela passa ao outro feito com natureza de um mero documento, a prova documentação, neste momento, não deve obediência a Lei Federal nº 9.296/96. Não haveria, em tese, dupla violação do mesmo direito e na mesma ocasião.

Repise-se que a decisão judicial acautelaria a Autoridade Policial que fundamentadamente representou pelo uso daquele elemento informativo. Por outro lado, o destinatário da prova acaba por ratificá-la.

Assim, a discricionariedade do Delegado de Polícia esta emoldurada pelos direitos fundamentais que não são absolutos, podendo ser relativizados em certas situações.

O Supremo Tribunal Federal sequer versou sobre este cuidado de representar ao Magistrado pelo seu uso:

EMENTA HABEAS CORPUS. PROCESSO PENAL. SUBSTITUTIVO DE RECURSO CONSTITUCIONAL. INADEQUAÇÃO DA VIA ELEITA. CRIMES FISCAIS. QUADRILHA.

²⁶Greco Filho, Vicente, MANUAL DE PROCESSO PENAL, 9ª edição, 2012, editora Saraiva.

CORRUPÇÃO. INTERCEPTAÇÃO TELEFÔNICA. DENÚNCIA ANÔNIMA. ENCONTRO FORTUITO DE PROVAS. INCONSTITUCIONALIDADE SUPERVENIENTE DE TRIBUTOS TIDOS COMO SONEGADOS. 1. Contra a denegação de habeas corpus por Tribunal Superior prevê a Constituição Federal remédio jurídico expresso, o recurso ordinário. Diante da dicção do art. 102, II, a, da Constituição da República, a impetração de novo habeas corpus em caráter substitutivo escamoteia o instituto recursal próprio, em manifesta burla ao preceito constitucional. 2. Notícias anônimas de crime, desde que verificada a sua credibilidade por apurações preliminares, podem servir de base válida à investigação e à persecução criminal. 3. Apesar da jurisprudência desta Suprema Corte condicionar a persecução penal à existência do lançamento tributário definitivo (Súmula vinculante nº 24), o mesmo não ocorre quanto à investigação preliminar. 4. A validade da investigação não está condicionada ao resultado, mas à observância do devido processo legal. Se o emprego de método especial de investigação, como a interceptação telefônica, foi validamente autorizado, a descoberta fortuita, por ele propiciada, de outros crimes que não os inicialmente previstos não padece de vício, sendo as provas respectivas passíveis de ser consideradas e valoradas no processo penal. 5. Fato extintivo superveniente da obrigação tributária, como o pagamento ou o reconhecimento da invalidade do tributo, afeta a persecução penal pelos crimes contra a ordem tributária, mas não a imputação pelos demais delitos, como quadrilha e corrupção. 6. Habeas corpus extinto sem resolução de mérito, mas com concessão da ordem, em parte, de ofício. (HC 106152, Relator(a): Min. ROSA WEBER, Primeira Turma, julgado em 29/03/2016, PROCESSO ELETRÔNICO DJe-106 DIVULG 23-05-2016 PUBLIC 24-05-2016)

Esta representação poderá ser respaldada pelo policial quando verificar a procedência da informação obtida, valendo-se do que prevê o artigo 5º, §3º, do Código de Processo Penal, isto é, a informação obtida, antes de ser emprestada a outro inquérito ou procedimento, já teria, previamente, dado causa a atos de polícia judiciária consistentes na sua verificação. Afinal, não é impossível que os interceptados, cientes da medida, tentem mudar o foco da atividade investigatória.

Outro cuidado que não pode ser ignorado quando da ciência de algum crime é observar a natureza da ação penal. Aqui não se fala de um elemento informativo que contribuirá para uma investigação em andamento, mas sim da ciência de uma fato criminoso que deverá dar início novo procedimento investigativo. Tratando-se de crimes de ação penal pública condicionada a representação da vítima ou seu representante legal, requisição do Ministro da Justiça ou ação penal privada.

Evidentemente, os titulares da ação penal ou do direito de representação deverão ser intimados para, querendo, ofertar aludida condição de procedibilidade²⁷.

O empréstimo de provas ou elementos informativos no inquérito policial parece tema banal considerando a discricionariedade da Autoridade Policial, mas de modo a não se tornar uma atuação arbitrária que gerará responsabilidades administrativas, cíveis e penais, torna-se imprescindível a observância de determinados procedimentos que também auxiliarão na conservação da licitude daqueles.

²⁷ Avena, Norberto Cláudio Pâncaro, PROCESSO PENAL ESQUEMATIZADO, 2016, editora Saraiva.

Tais procedimentos não são encontrados na lei e só podem ser extraídos da interpretação sistemática dos diplomas legais. Vale dizer que a prova emprestada, enquanto instituto usual na praxe forense, só devidamente formalizada pelo Código de Processo Civil de 2015 em seu artigo 372. Ainda há muito que ser construído, principalmente no que diz respeito ao inquérito policial e demais procedimentos investigativos de polícia judiciária, é preciso adaptar não só a realidade ao novo contexto constitucional, mas todo arcabouço jurídico anterior a Constituição de 1988.

REFERÊNCIAS

AVENA, Norberto Claudio Pancaro, PROCESSO PENAL: ESQUEMATIZADO, 6ª edição, 2014, Rio de Janeiro: Forense; São Paulo Método.

BRASILEIRO, Renato de Lima, MANUAL DO PROCESSO PENAL, edição 2016, editora Juspodivm.

CAPEZ, Fernando, CURSO DE PROCESSO PENAL, 21ª edição, 2013, editora Saraiva.

CINTRA, Antônio Carlos de Araújo, Grinover, Ada Pellegrini, e Dinamarco, Cândido Rangel, TEORIDA GERAL DO PROCESSO, 29ª edição, editora Malheiros.

GRECO FILHO, Vicente, MANUAL DE PROCESSO PENAL, 9ª edição, 2012, editora Saraiva.

LIMA, Renato Brasileiro, LEGISLAÇÃO CRIMINAL, 4ª edição, 2016, editora Juspodivm.

MARINELA, Fernanda, DIREITO ADMINISTRATIVO, 7ª Edição, 2013, Editora Impetus Niterói.

MENDES, Gilmar, Coelho, Inocêncio Mártires e Branco, Paulo Gustavo Gonet, CURSO DE DIREITO CONSTITUCIONAL, 4ª edição, 2009, editora Saraiva.

MOREIRA NETO, Diogo de Figueiredo, CURSO DE DIREITO ADMINISTRATIVO: PARTE INTRODUTÓRIA, PARTE GERAL E PARTE ESPECIAL, 16ª edição revista e atualizada, Rio de Janeiro, 2014

NESTOR, Távora e Alencar, Rosmar Rodrigues, CURSO DE DIREITO PROCESSUAL PENAL, edição 2017, editora Juspodivm.

NEVES, Daniel Amorim Assumpção, MANUAL DO DIREITO PROCESSUAL CIVIL – volume único, 2017.

NOVELINO, Marcelo, CURSO DE DIREITO CONSTITUCIONAL, edição 2017, editora Juspodivm.

PACELLI, Eugênio, CURSO DE PROCESSO PENAL, edição 2014, editora Gen.

RIOS, Carlos Alberto dos e Rios, Christian Robert Dos, O MANUAL DE POLÍCIA JUDICIÁRIA, edição 2012, editora Edipro.

SAAD, Marta, DIREITO DE DEFESA NO INQUÉRITO POLICIAL. Editora revista dos tribunais, edição 2004, volume 9 da coleção de estudos de processo penal Prof. Jaquim Canuto Mendes de Almeida, colaborador Sergio Marcos de Moraes Pitombo.

Submissão: 11.06.2018

Aprovação: 29.11.2018