

O compartilhamento da prova penal no Anteprojeto de Lei “Anticrime”

João Daniel Jacobina B. de Carvalho

Diante da grande quantidade de mecanismos sancionatórios a partir de um mesmo fato,⁽¹⁾ a prática forense tem mostrado como corriqueiros os pedidos de compartilhamento de prova penal, tudo a permitir que tais elementos sejam transportados para inquéritos civis, ações de improbidade, processos administrativos disciplinares, processos administrativos instaurados pelo CADE, Tribunais de Contas, etc.

Agreguem-se as dificuldades em se enfrentar a criminalidade organizada, donde emergem os denominados maxiprocessos.⁽²⁾ Sobre compartilhamento de prova, **Gomes Filho** leciona: “No âmbito da persecução penal, é mecanismo cuja conveniência é ditada na atualidade pelas características das modernas formas de criminalidade – especialmente a organizada e multinacional –, que envolvem apreciável multiplicidade de ações delitivas e pluralidade de autores”.⁽³⁾

O compartilhamento de prova penal, que também pode ser chamado de circulação ou transmigração probatória,⁽⁴⁾ é o fenômeno pelo qual a prova produzida em ação penal ou cautelar probatória no curso de investigação criminal é levada para outros processos. Se igualmente penal o processo de destino, tem-se o compartilhamento homogêneo. Se para processo de natureza distinta, como cível ou administrativo, tem-se o heterogêneo.

Isso acontece porque o processo penal é dotado de mecanismos processuais de produção de prova não previstos nos demais ramos do Direito. Exemplo disso é que somente se admite interceptação de escutas telefônicas em processo penal, sendo vedada em processos cíveis e administrativos.⁽⁵⁾

A prova a que nos reportamos neste artigo não é o mero depoimento de uma testemunha, trasladado para outro processo em forma documental. Aí seria a singela situação da prova emprestada, de há muito enfrentada pela doutrina e jurisprudência.

Trata-se daquela prova cuja produção pressupõe a vulneração de um direito fundamental. A busca e apreensão domiciliar (art. 240, CPP) vulneram o direito previsto no inciso XI do art. 5º da Constituição; a interceptação das comunicações telefônicas prevista na Lei 9.296/96 mitiga o inciso XII do mesmo art. 5º; a quebra de sigilo bancário e fiscal prevista no art. 3º, VI, da Lei 12.850/13 – Lei de Crime Organizado – excepciona o direito fundamental contido no art. X da Carta Magna.

A doutrina pátria não se debruça profundamente sobre o tema. Como raras exceções, tem-se a posição de **Aury Lopes Junior**, que defende a vinculação causal da prova ao processo no qual ela foi produzida,⁽⁶⁾ bem como a de **Jardel Luís da Silva** e **Yuri Felix**,⁽⁷⁾ no mesmo sentido.

Em reforço à ideia de vinculação da prova ao processo em que é produzida, acerca do contraditório, acrescenta **Paolo**

Ferrua que “*anche quando l'imputato sia il medesimo, la strategia defensiva muta a seconda del reato*”.⁽⁸⁾

O principal problema do compartilhamento de prova penal é que ele amplia o espectro de vulneração do direito fundamental atingido quando da produção da prova. Ao transmigrar-se a prova de um processo para outro, entendemos que isso implica em nova flexibilização de direito fundamental, daí porque exige nova, específica e fundamentada decisão judicial.

Essa flexibilização, a partir do compartilhamento, opera-se em graus distintos, variando de acordo com as peculiaridades do caso e, principalmente, se a prova se destina a outro processo penal (compartilhamento homogêneo), ou se se destina a processo não penal (heterogêneo). Nessa segunda hipótese, o juiz, ao examinar um pedido de compartilhamento, deve fazê-lo com muito mais rigor quando se tratar de transmigração da prova penal para um processo não penal.

Pois bem.

O Anteprojeto de Lei “Anticrime”, apresentado pelo ministro da Justiça, Sérgio Moro, prevê a inclusão do art. 3º-A na Lei 12.850/13, com a seguinte redação:

“Art. 3º-A. O Ministério Público Federal e a Polícia Federal poderão firmar acordos ou convênios com congêneres estrangeiros para constituir equipes conjuntas de investigação para a apuração de crimes de terrorismo, crimes transnacionais ou crimes cometidos por organizações criminosas internacionais.

§ 1º Respeitadas as suas atribuições e competências, outros órgãos federais e entes públicos estaduais poderão compor as equipes conjuntas de investigação.

§ 2º O compartilhamento ou a transferência de provas no âmbito das equipes conjuntas de investigação devidamente constituídas dispensam formalização ou autenticação especiais, sendo exigida apenas a demonstração da cadeia de custódia.

§ 3º Para a constituição de equipes conjuntas de investigação, não se exige a previsão em tratados.

§ 4º A constituição e o funcionamento das equipes conjuntas de investigação serão regulamentadas por meio de decreto”.

A primeira questão que se observa é a dúvida – e dela a insegurança jurídica – que poderá surgir acerca da possibilidade de compartilhamento. Esse §2º autoriza o compartilhamento entre equipes conjuntas apenas no plano internacional? Interpretando o parágrafo à luz do *caput*, essa conclusão é a única possível, *data venia*.

Doravante, questiona-se: o compartilhamento entre instituições nacionais teria qual base legal? Nenhuma, até porque a genérica redação do art. 3º, VIII, da Lei de Crime Organizado não o ampara. Relembre-se que, em se tratando de

medida restritiva de direito fundamental, exige-se lei específica disciplinando.

É possível, então, interpretar que esse dispositivo legal advém com o propósito de, no bojo das referidas equipes conjuntas, dispensar formalidades na circulação da prova penal. *A contrario sensu*, nas demais hipóteses, não haveria dispensa de formalidades? E quais seriam estas? Sem dúvida, uma delas é não prescindir de decisão judicial fundamentada autorizando.

Há amparo legal para que haja compartilhamento entre processos de naturezas distintas? A disciplina proposta pelo anteprojeto é silente, logo, não haveria base legal para tal medida.

E sendo entre equipes conjuntas, não haveria necessidade de autorização judicial prévia? Evidente que não se pode dispensar o controle judicial em se tratando de prova que pressupõe flexibilização de direito fundamental.

Senão, veja-se.

Um dos requisitos elementares para se admitir a limitação a um direito fundamental é a sua não aniquilação. **Georges Abboud** menciona os quatro requisitos exigidos pela doutrina para tal finalidade: “(i) a restrição deve estar fundada em uma base legal; (ii) a restrição deve ser feita em prol do interesse público ou então com o intuito de proteger outros direitos fundamentais; (iii) a limitação deve ser proporcional e (iv) o direito fundamental não pode ser totalmente aniquilado em sua essência (*Kerngehalt*)”.⁽⁹⁾

Ao se admitir que, uma vez produzida a prova penal, a autoridade investigante, de natureza administrativa, possa circular livremente as informações obtidas, implica admitir-se que, naquele caso, houve um esvaziamento completo do direito fundamental, esgotando o seu próprio núcleo essencial.⁽¹⁰⁾

Quando se promove uma escuta ambiental ou uma interceptação telefônica, não se abominou o sigilo constitucional [incisos XI e XII], mas apenas se restringiu seu espectro de incidência, saindo do raio dos próprios interlocutores para os limites objetivos e bem traçados daquele processo em que a prova é produzida. Não se pode negar, contudo, que ainda há sigilo a ser preservado.⁽¹¹⁾

Ademais, o contraditório,⁽¹²⁾ como elemento basilar da produção da prova, também é elidido na medida em que o compartilhamento passa a ser autorizado *intramuros*, inclusive fora dos próprios autos onde a prova é produzida.⁽¹³⁾

Nesse particular, dispensar decisão judicial para o compartilhamento de prova é violar a cláusula de reserva de jurisdição, imprescindível quando em pauta estão as colisões entre direitos fundamentais.

Mesmo em se tratando de mesma equipe investigativa, em sendo o caso de utilização em processo distinto daquele no qual a prova foi produzida, em respeito àqueles atingidos inicialmente pela decisão que autoriza a produção, bem como em respeito àqueles contra quem a prova será utilizada no processo de destino, não se pode dispensar decisão judicial fundamentada.

O tema é por demais complexo, com múltiplos desdobramentos, tema sensível, qual seja, os direitos

fundamentais, a exigir disciplina legal minuciosa, tendo como ponto de partida a garantia do contraditório e a necessidade de decisão judicial.

Perde o anteprojeto a oportunidade de disciplinar a matéria em sua inteireza e, ao abordá-la em um singelo parágrafo, certamente dará margem a infundáveis discussões decorrentes da insuficiência de tratamento legislativo da matéria, implicando indesejável insegurança jurídica.

Notas

- (1) O art. 37, §4º, da Constituição é expresso ao prever a coexistência entre ação penal e improbidade administrativa.
- (2) “*Nei rapporti tra procedimenti penali, l’istituto in esame trova giustificazione, sul piano sostanziale, nel progressivo delinearsi di forme di criminalità capillare, il cui accertamento risulta così complesso da far apparire inidonea l’aspirazione a una autosufficienza dei giudizi; sotto il profilo strettamente processuale nelle scelte in tema de connessione, diretta conseguenza della maturata consapevolezza della ingestibilità dei maxi-processi*”. ROMBI, Natalia. *La circolazione delle prove penali*. Padova: CEDAM, 2003. p. 7. Tradução livre: “*Nas relações entre procedimentos penais, o instituto em exame encontra justificação, em nível substancial, no surgimento progressivo de formas de criminalidade capilar, cuja verificação é tão complexa que faz parecer que a aspiração de autossuficiência de juízos pareça inidônea; do ponto de vista estritamente processual nas escolhas em tema de conexão, uma consequência direta da consciência amadurecida da dificuldade de gestão dos maxiprocessos*”.
- (3) GOMES FILHO, Antônio Magalhães. Limites ao compartilhamento de provas no processo penal. *Revista Brasileira de Ciências Criminas*, v. 122, p. 43-61, ago. 2016.
- (4) ROMBI, *op. cit.*, p. 1.
- (5) Relembre-se que o art. 5º, inciso XII, é claro ao excepcionar a inviolabilidade das comunicações, especificamente “*fins de investigação criminal ou instrução processual penal*”. Como não poderia ser diferente, o art. 1º da Lei 9.296/96 tem o mesmo sentido.
- (6) “*Questão muito complexa, e nem sempre enfrentada com a devida profundidade, diz respeito à inobservância da necessária vinculação causal que a prova deve guardar, especialmente quando estamos diante de uma medida que restringe direitos fundamentais e, portanto, exige uma decisão judicial fundamentada.*” LOPES JUNIOR, Aury. *Direito processual penal*. São Paulo: Saraiva, 9. ed. 2012. p. 584.
- (7) SILVA, Jardel Luís da; FELIX, Yuri. Dos limites à atividade probatória no processo penal: ilicitude e compartilhamento de provas. *Revista Brasileira de Ciências Criminas: RBCCrim*, v. 22, n. 111, p. 209-226, nov./dez. 2014.
- (8) FERRUA, Paolo. *La prova nel processo penale – v. I – Struttura e procedimento*. Torino: G. Giappichelli Editore, 2017. TRADUÇÃO LIVRE: “*Ainda que o acusado seja o mesmo, a estratégia defensiva muda segundo o crime*”.
- (9) ABBoud, Georges. *Processo constitucional brasileiro*. 2. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2018, p. 735/736.
- (10) Sobre “*Núcleo essencial na doutrina brasileira*”, conferir MENDES, Gilmar; BRANCO, Paulo Gonet. *Curso de direito constitucional*. São Paulo: Saraiva, 12. ed., 2017. p. 213.
- (11) Entender diferente seria questionar a própria existência do tipo penal previsto no art. 10 da Lei 9296/96 [Art. 10. *Constitui crime realizar interceptação de comunicações telefônicas, de informática ou telemática, ou quebrar segredo da Justiça, sem autorização judicial ou com objetivos não autorizados em lei. Pena: reclusão, de dois a quatro anos, e multa.*].
- (12) Sobre a relevância do *contraditório* em se tratando de compartilhamento de prova, conferir: GOMES FILHO, Antônio Magalhães. Limites ao compartilhamento de provas no processo penal. *Revista Brasileira de Ciências Criminas*, v. 122, p. 43-61, ago. 2016.
- (13) O Tribunal de Justiça da Bahia teve a oportunidade de anular decisão de compartilhamento de prova por falta de observância ao contraditório [Mandado de Segurança nº. 2679-07.2013.805.0000].

João Daniel Jacobina B. de Carvalho

Mestrando em Direito Constitucional pelo IDP.

Especialista em Direito Público pela

Associação Educacional Unyahna. Advogado.

advocacia@joaudaniel.adv.br