

Prospectiva (Frutal-MG).

O princípio da serendipidade no direito.

Lorena Isadora Siqueira.

Cita: Lorena Isadora Siqueira (2016). *O princípio da serendipidade no direito*. Frutal-MG: Prospectiva.

Dirección estable:

<https://www.aacademica.org/editora.prospectiva.oficial/58>



Esta obra está bajo una licencia de Creative Commons.

Para ver una copia de esta licencia, visite

<http://creativecommons.org/licenses/by-nc-nd/4.0/deed.es>.

Acta Académica es un proyecto académico sin fines de lucro enmarcado en la iniciativa de acceso abierto. Acta Académica fue creado para facilitar a investigadores de todo el mundo el compartir su producción académica. Para crear un perfil gratuitamente o acceder a otros trabajos visite: <http://www.aacademica.org>.

Lorena Isadora Siqueira



**O Princípio da Serendipidade
no Direito Processual
Penal Brasileiro**



Lorena Isadora Siqueira

O princípio da serendipidade no direito
processual penal brasileiro

Frutal-MG
Editora Prospectiva
2016

Copyright 2016 by Lorena Isadora Siqueira

Capa: Jéssica Caetano

Foto de capa: *internet*

Revisão: a autora

Edição: Editora Prospectiva

Editor: Otávio Luiz Machado

Assistente de edição: Jéssica Caetano

Conselho Editorial: Antenor Rodrigues Barbosa Jr, Flávio Ribeiro da Costa, Leandro de Souza Pinheiro, Otávio Luiz Machado e Rodrigo Portari.

Contato da editora: editorapropectiva@gmail.com

Página: <https://www.facebook.com/editorapropectiva/>

Telefone: (34) 99777-3102

Correspondência: Caixa Postal 25 – 38200-000 Frutal-MG

SIQUEIRA, Lorena Isadora.

O princípio da Serendipidade no direito processual penal brasileiro.
Frutal: Prospectiva, 2016.

ISBN: 978-85-5864-035-0

1. Direito processual penal. 2. Provas. 3. Descoberta fortuita. I. Siqueira, Lorena Isadora. II. Universidade do Estado de Minas Gerais. III. Título.

Primeiramente Deus, sem Ele nada disso seria possível, e também a minha amada família que nos momentos mais difíceis, são aqueles que me dão suporte e força para enfrentar os obstáculos.

AGRADECIMENTOS

Talvez escrever essa página seja uma das mais difíceis, pois é ao escrevê-la que vem no pensamento os cinco anos de trajetória desse curso. Passaram rápido, mas vão deixar marcas na memória pela vida toda.

Agradeço aos meus amigos de curso que tornaram os dias mais fáceis de serem enfrentados, com várias risadas e diversão, vocês sempre estarão em meu coração: Alanna, Aline, Nádia, Paulo Roberto, Rayan, Rogério, Italo e Mayara.

Não poderia também deixar de lembrar os queridos professores de modo geral, que sempre nos trataram com imenso carinho, principalmente ao Professor Ronaldo Fenelon pelo auxílio em desenvolver o presente trabalho, por toda atenção e paciência.

Em especial ao Professor Flávio Ribeiro, pela oportunidade de estágio que me ofereceu, onde eu tive o prazer de unir a teoria à prática, de aumentar meus conhecimentos, obrigada por todo o carinho, confiança e paciência.

Para finalizar os agradecimentos quanto aos queridos amigos da UEMG, quero agradecer imensamente ao meu orientador, Fausy Salomão, não

apenas pela orientação quanto ao trabalho apresentado, mas por ter me mostrado o direito processual penal ao qual me apaixonei durante esta trajetória, sendo tão importante na minha vida que for por meio dele a minha escolha quanto a segunda fase do Exame da Ordem, onde fui aprovada no 9º período, só um estudante na minha situação sabe o valor dessa conquista. Obrigada por tudo Mestre.

Agora quero agradecer as pessoas da minha vida, primeiramente Deus, por ter ouvido minhas preces, ter me dado paciência e força nesses 5 anos. Várias vezes o cansaço bate a nossa porta, o desânimo, a vontade de estar presente em outros lugares, mas com minha dedicação e fé consegui vencer essa batalha.

Aos meus amados pais, Shirlei Aparecida Machado Siqueira e Lourenço Martins Siqueira, os meus anjos da guarda, se eu pudesse ter escolhido a família que queria ter nascido, acho que não escolheria melhor, vocês dois são minha base, meu tudo, enfrento tudo isto por vocês, pra que um dia vocês possam olhar para mim e ter orgulho da filha que vocês criaram, sem dúvida esses dois foram as pessoas mais importantes durante esta trajetória, sempre me auxiliando e me aconselhando, jamais esquecerei dos chocolates nas épocas das provas

hahaha, tenho os pais mais fofos do mundo e meu amor por eles é imensurável, sou completamente apaixonada por vocês.

Quero agradecer também ao meu querido irmão Jhonathan Martins Siqueira, a minhas avós, em especial a dona Geralda, meu anjinho de olhos azuis, que sempre ora por mim, pedindo proteção, te amo vó! Infelizmente tem pessoas que não estão aqui para poder ver a realização desse sonho, mas tenho certeza que lá do céu meus dois vizinhos, José e João, estão sempre olhando por mim, eu levo vocês no meu coração, o amor é eterno.

Aos agradecimentos da família, quero estender aos meus amigos, que são os irmãos que a vida permite escolher, vocês são muitos e se eu fosse agradecer um por um meu trabalho daria várias páginas hahaha, mas vocês sabem quem são e o quanto são importantes na minha vida, Aline, Luciano, Thaís, Paula, Nathália, Plínio, Gennifer, Franciele, em especial quero destacar as minhas gêmeas Renata e Roberta, por todo o apoio com o Direito que vocês me deram, pelas dicas e pelos materiais. Eu amo todos vocês.

Gostaria de agradecer também a uma pessoa especial que me ajudou muito com o famoso temido

abstract, obrigada Jhonatan Macedo pelo auxílio e por todo o carinho que você teve comigo.

Por fim, obrigada UEMG, por esses 5 longos anos e tchau hahaha!!!

O Caminho da Vida

*“O caminho da vida pode ser o da liberdade e da beleza,
porém nos extraviamos.
A cobiça envenenou a alma dos homens... levantou no mundo
as muralhas do ódio... e tem-nos feito marchar a passo de
ganso para a miséria e morticínios.
Criamos a época da velocidade, mas nos sentimos
enclausurados dentro dela. A máquina, que produz
abundância, tem-nos deixado em penúria.
Nossos conhecimentos fizeram-nos céticos; nossa
inteligência, empedernidos e cruéis. Pensamos em demasia e
sentimos bem pouco.
Mais do que de máquinas, precisamos de humanidade. Mais
do que de inteligência, precisamos de afeição e doçura. Sem
essas virtudes, a vida será de violência e tudo será perdido.”*

Charles Chaplin

SUMÁRIO

NOTA DO EDITOR.....	12
INTRODUÇÃO.....	13
1. PRINCÍPIO DA SERENDIPIDADE.....	16
1.1 Conceito e Finalidades.....	21
1.2 Hipóteses de admissibilidade/ correlação da prova levantada.....	28
2. AS PROVAS E O ORDENAMENTO JURÍDICO BRASILEIRO.....	45
2.1 Da prova ilegal.....	45
2.2 Provas ilícitas por derivação e teoria dos frutos da árvore envenenada.....	46
2.3 Provas ilícitas e o princípio da proporcionalidade.....	68
3. ANALISANDO O CASO PRÁTICO: A SERENDIPIDADENAS INTERCEPTAÇÕES TELEFÔNICAS E NA BUSCA E APREENSÃO.....	75
3.1 Lei nº 9.296/96 de 24 de julho de 1996.....	75

3.1.1 A Serendipidade nas interceptações telefônicas.....	85
3.2 A busca e apreensão.....	94
3.2.1 Serendipidade e a busca e apreensão.....	102
3.3 As jurisprudências a cerca da Serendipidade em nossos tribunais.....	112
CONSIDERAÇÕES FINAIS.....	149
REFERÊNCIAS BIBLIOGRÁFICAS.....	152

NOTA DO EDITOR

O trabalho de Lorena Isadora Siqueira, que é aqui publicizado para a sociedade, logo contribuirá para os que se interessam pelos estudos jurídicos e suas mais diversas áreas correlatas possam enriquecer seus conhecimentos a partir da contribuição acadêmica da autora.

Como trabalho de conclusão do curso de Direito da Universidade do Estado de Minas Gerais (UEMG) – Unidade Frutal, contou com a orientação do competente Professor Fausy Salomão.

A versão original impressa poderá ser consultada na Biblioteca da Unidade de Frutal. Estou muito feliz por ter a autora contribuindo com a popularização da ciência e a divulgação científica quando nos permitiu publicar seu trabalho para torná-lo acessível para consulta gratuitamente na *internet*.

Professor Otávio Luiz Machado
Editora Prospectiva

INTRODUÇÃO

No ordenamento jurídico existem vários princípios que visam garantir a efetividade da justiça. No direito penal esses princípios são ainda mais efetivos, pois se busca proteger principalmente a dignidade dos acusados de cometerem infrações criminais. Há também de se falar nos princípios constitucionais, que mesmo sendo de extrema importância não possuem caráter absoluto possuindo exceções.

Os principais princípios constitucionais abordados durante o trabalho foram à dignidade da pessoa humana, a privacidade, e a inviolabilidade de alguns direitos. No caso das interceptações telefônicas elas são constitucionalmente invioláveis, salvo quando se tratar de instrução criminal e que terá, dessa forma, seus requisitos dispostos por uma lei específica no caso a Lei 9296/1996. Outra inviolabilidade também tratada é a do domicílio que possui exceções entre elas a do mandado de busca e apreensão.

Assim, quando o Estado necessita realizar medidas como as citadas, que podem violar alguns direitos constitucionais, como a inviolabilidade do domicílio, da privacidade, deve ser realizada

diligências fundamentais e observados os cumprimentos de vários requisitos, que caso não sejam observados, tornaram a medida ilícita e todas as provas colhidas nesta diligência não terão validade, isto ocorre, pois, se busca evitar o abuso de autoridade.

Dessa forma, foi observado que durante tais diligências pode ocorrer o surgimento de novas provas, de maneira fortuita, que antes não estavam previstas nas diligências. Deve-se, então, considerar se tais provas podem ser utilizadas e reconhecidas como lícitas. Para isto é necessário um aparato das provas permitidas em nosso ordenamento jurídico e aquelas que são proibidas como as provas ilícitas, por exemplo, observando seus requisitos de validade perante a legislação brasileira.

Dessa forma, o presente trabalho abordou no primeiro capítulo os conceitos, o histórico e a origem da palavra Serendipidade. Palavra esta inventada em 1754 na qual derivou de uma história conhecida como “Os três Príncipes de Serendip” que relata as descobertas realizadas por eles durante suas jornadas, estando assim Serendipidade diretamente relacionada com as descobertas fortuitas.

No segundo capítulo foram estudadas as principais provas utilizadas no processo penal e

aquelas que são vedadas pelo nosso ordenamento jurídico que são conhecidas como provas ilegais, que se subdividem em ilícitas e ilegítimas.

Já no terceiro capítulo foi analisado o caso prático em que se tem presente a Serendipidade, quais sejam as medidas cautelares da busca e apreensão e da interceptação telefônica, verificando-se dessa forma através das jurisprudências, os casos que tal fenômeno se faz presente no direito processual penal brasileiro.

Para atingir os objetivos propostos foi utilizada a metodologia analisando as posições doutrinárias e jurisprudenciais a cerca do tema, além métodos dedutivos e analíticos sobre as principais hipóteses de validade deste princípio na legislação brasileira. Por ser um tema ainda sem positivação surgem várias correntes divergentes entre si. Todavia o trabalho procura suprir tais conflitos e estabelecer em quais situações a medida deve ser considerada válida e em quais não deverá ser admitida por caracterizar prova ilícita ferindo os princípios e garantias protegidos constitucionalmente.

1. PRINCÍPIO DA SERENDIPIDADE

A palavra Serendipidade foi inventada em 1754 pelo inglês Horace Walpole e teve sua origem em uma história conhecida como “*Os três príncipes de Serendip*”. O conto relata que em uma ilha denominada Serendip os três príncipes durante uma viagem em outro reino se depararam com algumas que os levaram a descobertas de coisas novas, como por exemplo, que eles identificaram um camelo, que, no entanto jamais tinham visto.

Há muito tempo atrás, no país de Serendip, havia um rei grande e poderoso de nome Giaffer. O rei tinha três filhos e a eles dedicava todo o seu amor. Por ser um bom pai, ele se preocupava muito com a educação, decidindo que deveria deixar a eles não apenas um grande poder, mas também virtudes imprescindíveis aos príncipes. Assim, o rei Giaffer procura os melhores tutores possíveis para seus filhos, aos quais confia a formação, recomendando que deveriam ser ensinados de maneira que pudessem ser reconhecidos por sua boa reputação. Desse modo, quando os mestres

consideraram que os príncipes estavam suficientemente educados, tanto nas artes quanto nas ciências, relataram ao rei. Porém, o rei ainda tinha dúvidas acerca da formação e reúne-os, declarando a eles, numa simulação, que iria se retirar do reinado para seguir uma vida contemplativa deixando a eles o encargo. Cada um deles, polidamente, declinou do convite, afirmando, de uma forma ou de outra, que somente o pai tinha sabedoria superior e aptidão para governar. O rei fica satisfeito momentaneamente, mas em seu íntimo ainda pairava a dúvida se não teriam recebido apenas uma educação privilegiada, sob sua proteção. Resolve então fingir ficar com raiva deles pela recusa ao trono e envia-os em viagem, para distante de suas terras. Aconteceu que, mal haviam chegado ao exterior, resolvem descobrir pistas para identificar com precisão um camelo que jamais haviam visto. Concluem, então, que o camelo é coxo, cego de um olho, sem um dos dentes, transportando uma mulher grávida, e carregando mel de um lado e manteiga do outro. Quando, depois, encontraram um comerciante que procurava

um , relataram as suas observações. O comerciante, pasmado, acusa-os de terem roubado o camelo e leva os três príncipes diante do Imperador Bahram, exigindo punição. Os três príncipes negam qualquer crime, ao que Bahram indaga como poderiam ter sido capazes de descrever com tanta precisão um camelo, sem nunca o terem visto. Mas, a partir das respostas, baseadas em evidências somadas em pequenas pistas, dadas pelos três príncipes, percebe a inteligência dos herdeiros de Serendip na identificação do camelo. Os príncipes disseram que, como a grama havia sido comida pelo lado da estrada onde estava menos verde, haviam deduzido que o camelo era cego do outro lado. Também falaram que, como havia pedaços de grama semi-mastigados na estrada, do tamanho de um dente de camelo, eles haviam deduzido que haviam caído através do espaço deixado por dente perdido na boca do camelo. Ainda, que como as faixas de marcas na estrada deixavam as impressões em apenas três metros, o quarto estava sendo arrastado, pelo que indicava o animal ser coxo. A questão da

carga, para os três príncipes, tinha sido muito simples, posto que haviam formigas de um lado indicando que tinham sido atraídas pelo mel, de um lado da estrada, e o outro lado apresentava manteiga derretida derramada. Quanto ao transporte da mulher, um dos príncipes disse: "Imaginei que o camelo transportava uma mulher, porque havia notado, próximo à trilha, onde o animal deixara marcas de ajoelhar-se, o rastro visível de pés, claramente femininos, onde tinha resquícios de urina humana que, pelo seu próprio odor, denotava ter sido deixados por uma mulher que tinha mantido relações sexuais há algum tempo. Um outro príncipe, esclareceu que concluíram a gravidez da mulher, pois próximo às marcas dos pés, haviam marcas de mãos femininas, denotando que ela havia se apoiado com as mãos para urinar o que configurava o peso da gravidez. No momento que terminavam o relato ao Imperador, adentrou à corte, um viajante que discorreu ter encontrado o camelo vagando pelo deserto e que o havia reconduzido ao dono, bem como sua carga e transporte. O Imperador Bahram, além de,

evidentemente, poupar as vidas do três príncipes, os encheu de ricas recompensas e os elegeu conselheiros do Império.¹

Assim, Serendipidade está diretamente relacionada com as descobertas fortuitas de coisas, ou seja, quando se acha algo pelo qual não se estava procurando, porém a descoberta realizada é de extrema importância.

Todavia, tal princípio não deve ser considerado como apenas uma forma simples de descobrirem-se fatos surgidos espontaneamente, pois a Serendipidade exige muito mais que isto. Deve haver uma determinada sagacidade, ou seja, é necessária uma observação para que se possa reconhecer os sinais e saber, dessa forma, interpretá-los. Exige assim atenção e abertura de horizontes em busca dos novos fatos.

Tal obra gerou uma grande influência na língua inglesa, sendo uma fonte inspiradora para a criação da palavra “Serendipity” que no dicionário inglês significa “propensity for making fortunate discoveries while looking for something unrelated”, que traduzido para o português busca significar

¹Disponível em <<http://www.recantodasletras.com.br/ensaios/2461955>> Acesso 06 de dez de 2014.

“descobertas afortunadas feitas, aparentemente, por acaso”.

Nos dicionários existem vários sinônimos para Serendipidade: “Serendipidade, também conhecido como Serendipismo, Serendiptismo ou ainda Serendipitia, é um neologismo que se refere às descobertas afortunadas feitas, aparentemente, por acaso.”²

1.1 Conceito e finalidades

Juridicamente Serendipidade Significa a descoberta de provas por meio fortuito, ou seja, pelo simples acaso, através desse fenômeno é possível apreciar novos fatos nas investigações podendo se tratar de novas provas ou novas pessoas. Os cientistas Charles M. Wynn e Arthur W. Wiggins, assim definem Serendipidade:

Às vezes, a descoberta acidental de coisas que não estavam sendo procuradas resulta em uma recompensa ainda maior: a própria

²Disponível em < <http://www.dicionarioinformal.com.br/serendipidade/>> acesso em 06 de dez de 2014.

descoberta acidental é valiosa. Esse é o fenômeno conhecido como serendipidade³.

Defendendo a mesma tese, sobre a Serendipidade em relação à interceptação telefônica, Luís Flávio Gomes discorre:

Mas no curso da captação da comunicação telefônica ou telemática podem surgir outros fatos penalmente relevantes, distintos da “situação objeto da investigação”. Esses fatos podem envolver o investigado ou outras pessoas. De outro lado, podem aparecer outros envolvidos, com o mesmo fato investigado ou com outros fatos, diferentes do que motivou a decretação da interceptação. É nisso que reside o fenômeno da serendipidade, que significa procurar algo e encontrar coisa distinta (buscar uma coisa e descobrir outra, estar em busca de um fato ou uma pessoa e descobrir outro ou outra por acaso)⁴.

³WYNN, Charles M., WIGGINS, Arthur W. **As Cinco Maiores Idéias da Ciência**. Tradução de Roger Maioli. São Paulo: Ediouro, 2002. p.172.

⁴GOMES, Luiz Flávio; CUNHA, Rogério Sanches. **Legislação Criminal Especial**. Coleção Ciências Criminais. Vol. 6. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2009. p.474.

A principal finalidade do fenômeno em si é buscar auxiliar o meio investigatório nas diligências, pois, por meio dela se busca validar novas provas de cunho singular nas investigações. No Direito Processual Penal Brasileiro alguns meios probatórios não são permitidos, essa negação se dá como forma de garantir e preservar alguns princípios constitucionais, como por exemplo, proibição das provas ilícitas, a dignidade e intimidade da pessoa humana, a presunção de inocência, devido processo legal, entre outros.

Podemos notar a influência das descobertas fortuitas principalmente em medidas cautelares, que visam à produção de provas, como por exemplo, a busca e apreensão e a interceptação telefônica. Nesses casos, expede-se um mandado que deverá conter os limites e descrever as diligências que se trata visando à obtenção das provas. Mas muitas vezes durante o cumprimento desses mandados os responsáveis se deparam com novas provas, que por serem de desconhecimento dos agentes não poderiam assim estar descritas. É esse ponto polêmico que gira ao redor do Princípio da Serendipidade, se essas provas encontradas teriam assim valor probatório ou

deveriam ser descartadas por serem de alguma forma ilícita ferindo dessa forma alguns preceitos legais.

Esse tema por se tratar de um assunto que ainda não foi positivado gera várias divergências entre a doutrina e a jurisprudência sendo encontrados os mais variados posicionamentos. O ponto de maior relevância é a efetiva proteção dos direitos e garantias constitucionais, pois como se sabe a Carta Magna em seu texto protege os direitos essenciais aos cidadãos, como por exemplo, a intimidade, inviolabilidade do domicílio, inviolabilidade das comunicações. Caso haja uma necessidade de violar de certa forma esses direitos, em busca de um bem maior, como no caso uma investigação policial será necessário que uma lei estabeleça quais situações poderá ocorrer e quais os métodos utilizados para tal cumprimento. Assim, deve haver uma razoabilidade e proporcionalidade ao discutir-se a respeito de possível efetividade de tal princípio haja visto que como não há uma norma positivando a vedação de tais provas fortuitas deve-se partir do ponto que as mesmas não possuem caráter ilícito e que dessa forma podem ser consideradas válidas.

Eugênio Oliveira dedica um item em seu livro *Curso de Processo Penal* para versar diretamente sobre a “Teoria do Encontro Fortuito de Provas”.

Posiciona tal teoria dentro das hipóteses de ilicitude da prova tendo por finalidade assegurar a inviolabilidade dos direitos fundamentais frente a abusos da autoridade funcionando como controle da atividade policial. Define o conceito de encontro fortuito: “quando a prova de determinada infração penal é obtida a partir da busca regularmente autorizada para a investigação de outro crime⁵”.

Adalberto José Q. T. de Camargo Aranha defende que a prova encontrada por fortuito não poderá ser, de forma alguma, utilizada no processo já que não estava prevista na investigação e tão pouco na autorização proferida pela autoridade judicial.

Fundamenta o autor:

[...] se assim fosse, estar-se-ia usando indiscriminadamente de uma autorização judicial, fora de seus limites balizadores e fugindo-se do fundamento apresentado para o uso de um meio de exceção, como é indiscutivelmente a interceptação telefônica. A prova obtida pela interceptação deve corresponder ao fundamento apresentado e que serviu de base para a autorização judicial.

⁵OLIVEIRA, Eugênio Pacelli de. **Curso de processo penal**. 11ª ed. atual. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2009.

Fora de tal hipótese, estar-se-ia usando de uma prova ilícita quanto ao modo em que colhida, porque fugiu dos preceitos legais que exigem um pedido com fundamentação certa, contra pessoa determinada, e que, como tal, serviu de base à autorização judicial concedida. Estar-se-ia burlando a própria fundamentação da autorização judicial⁶.

É nesse sentido que o fenômeno da descoberta de casos fortuitos visa gerir efeitos. Uma vez que sendo possível a utilização de novas provas se tem favorecimento das investigações procurando dessa forma alcançar a efetiva justiça. E caso as mesmas provas não pudessem ser utilizadas, causariam em si, fato prejudicial ao processo pelo simples fato de descartá-las.

Dentro no nosso ordenamento jurídico as sentenças devem ser fundamentadas, trata-se do livre convencimento motivado previsto constitucionalmente no artigo 93 IX, onde suas fundamentações têm como base os meio probatórios presentes nos autos. Sendo possível a utilização

⁶ARANHA, Adalberto José Q. T. de Camargo. **Da prova no Processo Penal**. 7.ed. São Paulo: Saraiva, 2006.p. 295.

dessas novas provas ter-se-ia assim a fundamentação necessária das sentenças visando coibir as infrações que na maioria das vezes não podem ser julgados por falta de provas suficientes para sua condenação levando em conta o princípio do *in dúbio pro reo* e da presunção de inocência, princípios muito importantes dentro da seara penal e que buscam proteger o acusado.

Todavia, as motivações não podem se fundar em provas obtidas por meios ilícitos, pois assim as mesmas se tornam absolutamente nulas. Infelizmente não somente no nosso país, mas de modo global, os criminosos estão cada vez mais astuciosos e assim conseguem se desfazer de várias provas ocultando-as, subornando e até mesmo simulando-as para incriminar pessoas inocentes que pode ocorrer por meio de provas implantadas.

Assim, com a efetiva utilização da Serendipidade as provas que surgem ao mero acaso podem ser validadas nas investigações garantindo-se assim a concretização da justiça nos fatos que necessitam cada vez mais dessas provas.

1.2 Hipóteses de admissibilidade/correlação da prova levantada

Cabe ressaltar as possibilidades em que as novas provas descobertas poderão ser utilizadas e quais dessas possuem legitimidade perante o nosso ordenamento jurídico, respeitando as regras constitucionais, bem como as disposições dos códigos Penal e Processual Penal.

Camargo Aranha defende:

A prova encontrada fortuitamente não pode de maneira alguma ser utilizada no processo, já que, não estava prevista na investigação e tampouco na autorização da autoridade judicial. O autor afirma que a prova obtida através do cumprimento das diligências deve corresponder ao fundamento apresentado e que serviu de base para decisão autorizadora da medida. Do contrário estaria se utilizando uma prova ilícita quanto ao modo pelo qual foi colhida, já que fogem dos preceitos legais que exigem um pedido com fundamentação certa, contra pessoa determinada, e que, como

tal, serviu de base à autorização judicial concedida⁷.

Contrapondo o respeitável pensamento do autor citado anteriormente, várias decisões dos Tribunais brasileiros estão sendo procedentes ao meio da utilização das provas derivadas do encontro fortuito, como por exemplo, a recente decisão do STJ, publicada no Informativo 539, que se trata do HC 282.096-SP, Rel. Min. Sebastião Reis Júnior, julgado em 24/4/2014, da 6ª Turma:

HABEAS CORPUS. PECULATO-DESVIO (ART. 312, CAPUT, CP). WRIT SUBSTITUTIVO DE RECURSO ORDINÁRIO. NÃO CABIMENTO. VERIFICAÇÃO DE EVENTUAL COAÇÃO ILEGAL À LIBERDADE DE LOCOMOÇÃO. VIABILIDADE. PRETENSÃO DE TRANCAMENTO DA AÇÃO PENAL. INÉPCIA DA DENÚNCIA. AUSÊNCIA DE SUPORTE PROBATÓRIO MÍNIMO. ALEGAÇÃO DE QUE O INQUÉRITO POLICIAL FOI INSTAURADO

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

PARA APURAR A PRÁTICA DE OUTROS CRIMES. DISPENSABILIDADE DO PROCEDIMENTO PARA O OFERECIMENTO DA DENÚNCIA. ARGUMENTO DA INEXISTÊNCIA DE INDÍCIOS DA PRÁTICA DO CRIME PELA PACIENTE. ELEMENTOS DANDO CONTA DA PARTICIPAÇÃO DA ACUSADA NAS DECISÕES DA ASSOCIAÇÃO, BEM COMO DOS PROCEDIMENTOS LICITATÓRIOS REPUTADOS FORJADOS, A FIM DE PROPICIAR O DESVIO DE RECURSOS FEDERAIS. ALEGAÇÃO DE QUE AS MEDIDAS DE QUEBRA DE SIGILO FISCAL E BANCÁRIO NÃO FORAM DECRETADAS PARA INVESTIGAR A PRÁTICA DO CRIME DE PECULATO. POSSIBILIDADE DE DESCOBERTA FORTUITA DE DELITOS QUE NÃO SÃO OBJETO DA INVESTIGAÇÃO (FENÔMENO DA SERENDIPIDADE). CONSTRANGIMENTO ILEGAL MANIFESTO. AUSÊNCIA. 1. O habeas corpus não pode ser utilizado como substitutivo do recurso ordinário previsto nos arts. 105, II, a, da Constituição Federal e 30 da

Lei n. 8.038/1990. Precedentes. 2. Apesar de se ter solidificado o entendimento no sentido da impossibilidade de utilização do habeas corpus como sucedâneo do recurso cabível, esta Corte Superior de Justiça analisa, com a devida atenção e caso a caso, a existência de coação manifesta à liberdade de locomoção, não tendo sido aplicado o referido entendimento de forma irrestrita, de modo a prejudicar eventual vítima de coação ilegal ou abuso de poder e convalidar ofensa à liberdade ambulatorial. 3. Busca a impetração o trancamento da ação penal em relação ao crime de peculato-desvio, imputado à paciente na ação penal em questão, ao argumento de inépcia da denúncia e de ausência de justa causa para a instauração e prosseguimento da ação penal. 4. Esta Corte pacificou o entendimento de que o trancamento da ação penal pela via do habeas corpus é cabível apenas quando demonstrada a atipicidade da conduta, a extinção da punibilidade ou a manifesta ausência de provas da existência do crime e de indícios de autoria (HC n. 69.718/TO, Ministro Og Fernandes, Sexta Turma, DJe 11/4/2012; RHC n. 26.168/MG,

Ministra Laurita Vaz, Quinta Turma, DJe 21/11/2011). 5. O inquérito policial não é indispensável à propositura da ação penal. Precedentes. 6. Evidenciado que não se encontra patente a ausência de indícios de autoria em relação à prática do crime de peculato por parte da paciente, que figura como integrante da diretoria-geral da associação que concorreu para o desvio de recursos federais, detendo poderes de decisão e tendo participado de procedimentos licitatórios reputados forjados, a desconstituição da descrição contida na denúncia somente poderá ser realizada durante a instrução criminal, até porque alcançar conclusão nesse sentido demanda ampla dilação probatória, inviável na via estreita do habeas corpus. 7. O fato de as medidas de quebra do sigilo bancário e fiscal não terem como objetivo inicial investigar o crime de peculato não conduz à ausência de elementos indiciários acerca do referido crime, podendo ocorrer o que se chama de fenômeno da serendipidade, que consiste na descoberta fortuita de delitos que não são objeto da investigação. Precedentes. 8. Evidenciado que o membro do Ministério Público Federal, além

de fazer minuciosa descrição do modus operandi da suposta associação criminosa, logrou individualizar a conduta de cada acusado, não há falar sequer em inépcia formal da inicial acusatória. 9. Mostra-se inviável o pleito de decretação do segredo de justiça do writ, quando, levando-se em consideração o disposto no art. 93, IX, da Constituição Federal, verifica-se que a situação dos autos não é apta a justificar exceção ao princípio da publicidade dos atos processuais, pois não se questiona matéria que envolva a intimidade das pessoas, nem existe exigência de interesse público para tal. 10. Habeas corpus não conhecido. (grifo nosso)⁸.

São vários os entendimentos quando se trata da Serendipidade. Alguns doutrinadores se posicionam contra, como anteriormente, no entanto alguns são favoráveis, seguindo o mesmo norte do entendimento Jurisprudencial anterior citado.

Para a doutrina majoritária a Serendipidade dá-se em dois graus, o 1º se trata daquele em que há uma conexão ou continência em relação ao fato

⁸STJ , Relator: Ministro SEBASTIÃO REIS JÚNIOR, Data de Julgamento: 24/04/2014, T6 - SEXTA TURMA.

inicial ao qual se desencadeou a investigação, sendo assim esses novos fatos seriam válidos e podendo ser utilizados como provas. Já no 2º grau não há relação de conexão ou continência, não podendo assim utilizar-se dos elementos como meio probatórios, eles apenas se destinariam à uma *notitia criminis*, dando ensejo a uma outra futura investigação.

Como citado anteriormente para que a Serendipidade seja válida deverá haver uma relação entre as provas surgidas e aquelas iniciais da investigação. Essa relação se dará por dois institutos do Direito processual Penal quais sejam a continência e a conexão. O artigo 76 do referido código traz que a competência será determinada pela conexão:

- I - se, ocorrendo duas ou mais infrações, houverem sido praticadas, ao mesmo tempo, por várias pessoas reunidas, ou por várias pessoas em concurso, embora diverso o tempo e o lugar, ou por várias pessoas, umas contra as outras;
- II - se, no mesmo caso, houverem sido umas praticadas para facilitar ou ocultar as outras, ou para conseguir impunidade ou vantagem em relação a qualquer delas;

III - quando a prova de uma infração ou de qualquer de suas circunstâncias elementares influir na prova de outra infração.

Já o artigo 77 ao tratar da continência discorre:

I - duas ou mais pessoas forem acusadas pela mesma infração;

II - no caso de infração cometida nas condições previstas nos arts.51, § 1º, 53, segunda parte, e 54 do Código Penal.

Dessa forma, conexão será quando houver um liame entre dois crimes. Como melhor discorre Tourinho Filho:

Quando dois ou mais delitos estiverem ligados por um vínculo ou liame que aconselhe a união dos processos, tudo para que o julgador possua uma perfeita visão do quadro probatório. Em complemento à brilhante lição acima estampada, ainda podemos mencionar que a conexão servirá como forma de se evitar decisões conflitantes entre crimes estritamente ligados, além de se

garantir economia processual e uma razoável duração do processo.⁹

Já na continência por diversos que sejam os fatos ocorridos a lei penal considera apenas como um crime, como por exemplo, o concurso formal em que mediante apenas uma conduta a pessoa pratica dois crimes, como por exemplo, uma pessoa que atropela várias outras por meio de apenas uma conduta o resultado será várias mortes.

Sobre os graus da Serendipidade Luís Flávio Gomes discorre:

Em relação ao encontro fortuito de fatos conexos (ou quando haja continência) parece-nos acertado falar em serendipidade ou encontro fortuito de primeiro grau (ou em fato que está na mesma situação histórica de vida do delito investigado – historischen Lebenssachverhalt). Nesse caso a prova produzida tem valor jurídico e deve ser analisada pelo juiz (como prova válida). Pode essa prova conduzir a uma condenação penal. Quando se trata, ao contrário, de fatos

⁹TOURINHO FILHO, Fernando da Costa. **Processo Penal**, vol. 1. 1ª ed. Bauru: Javoli, 1979.p. 165

não conexos (ou quando não haja continência), impõe-se falar em serendipidade ou encontro fortuito de segundo grau (ou em fatos que não estão na mesma situação histórica de vida do delito investigado). A prova produzida, nesse caso, não pode ser valorada pelo juiz. Ela vale apenas como notitia criminis.¹⁰

Da mesma forma Scarance Fernandes:

O material probatório obtido somente terá valor em relação a outros fatos ou sujeitos não determinados na decisão que autorizou a medida, se existir conexão entre o crime investigado e os fatos obtidos fortuitamente. Aqueles fatos que não forem conexos servem, ao menos, como fonte de prova ou notitia criminis, para dar início a uma nova investigação¹¹.

¹⁰GOMES, Luiz Flávio. **Natureza jurídica da serendipidade nas interceptações telefônicas.** Disponível em <<http://blog.ebeji.com.br/graus-da-serendipidade-voce-sabia-que-eles-existem-compreendendo-o-fenomeno-do-encontro-fortuito-de-provas/>> acesso em 06 de dez de 2014.

¹¹FERNANDES, Antonio Scarance. **Processo Penal Constitucional.** 5^o.ed. rev. atual. eampl. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2007. p.109-110.

Assim, serão utilizadas em nosso ordenamento jurídico apenas as provas que surgirem ao acaso, de modo fortuito, e que possuam uma conexão, ou mesmo uma continência, com aquelas já discriminadas anteriormente nas investigações. As que não se enquadrarem nesse limite não são totalmente descartadas, pois, poderão servir como *notitia criminis*, ensejando um novo processo e assim uma nova investigação, onde então será legalmente fundamentada.

José Paulo Baltazar Jr., tratando da descoberta fortuita afirma:

De início, é possível afirmar que, no momento da investigação não há uma delimitação completa e exata do objeto, não havendo como se exigir os rigores do princípio da correlação entre a denúncia e a sentença, investiga-se com base em uma hipótese, mas sem uma definição totalmente precisa dos contornos do fato, o que é próprio da denúncia. Assim estando os fatos descobertos dentro dos contornos mais ou

menos fluidos do tema da investigação, a prova deve ser admitida.¹²

Dessa forma já vem decidindo nossos tribunais a favor do Princípio da Serendipidade. O Tribunal de Justiça de Santa Catarina reconheceu a presença do fenômeno da Serendipidade:

PENAL. APELAÇÃO CRIMINAL (RÉU PRESO). TRÁFICO DE DROGAS E ASSOCIAÇÃO PARA O TRÁFICO (ARTS. 33, CAPUT, E 35, AMBOS DA LEI 11.343/2006). SENTENÇA CONDENATÓRIA. RECURSO DA DEFESA. PRELIMINARES. INÉPCIA DA DENÚNCIA. EXORDIAL ACUSATÓRIA QUE CONTÉM COERENTE DESCRIÇÃO DOS FATOS E INDICAÇÃO DA AUTORIA. REQUISITOS DO ART. 41 DO CÓDIGO DE PROCESSO PENAL PREENCHIDOS. NULIDADE DAS INTERCEPTAÇÕES TELEFÔNICAS. AUSÊNCIA DE ORDEM JUDICIAL.

¹²BALTAZAR JR. José Paulo. **Dez anos da lei da interceptação telefônica (Lei 9296 de 24 de julho de 1996. Interpretação Jurisprudencial e anteprojeto de mudança.** Revista Jurídica. São Paulo, Ano 54, dezembro de 2006, n° 350. p.259.

INOCORRÊNCIA. FENÔMENO DA
SERENDIPIDADE. PROVA
EMPRESTADA. AUTORIZAÇÃO
JUDICIAL EM AUTOS DIVERSOS.
ORDEM DE JUNTADA DAS
TRANSCRIÇÕES AOS PRESENTES
AUTOS. AUSÊNCIA DE VIOLAÇÃO DO
PRINCÍPIO DA INÉRCIA. AUSÊNCIA DE
LAUDO DE COMPARAÇÃO FONÉTICA.
DESNECESSIDADE. INEXISTÊNCIA DE
IDENTIFICAÇÃO DO EXECUTOR DAS
TRANSCRIÇÕES. DESNECESSIDADE.
INEXISTÊNCIA DE EXIGÊNCIA LEGAL
NESTE SENTIDO. PREFACIAIS
AFASTADAS. - Não há falar em inépcia da
denúncia quando estão presentes todos os
elementos do artigo 41 do Código de
Processo Penal. - A ordem judicial para a
interceptação telefônica foi dada em processo
diverso, uma vez que se trata de prova
emprestada, ante a ocorrência do fenômeno
da serendipidade, e é plenamente válida. - O
princípio da inércia não é ofendido quando
funcionário apenas dá cumprimento à
determinação judicial para juntada de prova
oriunda de outro feito. - É desnecessária a

realização de perícia de voz e identificação do executor das transcrições para a validação das interceptações telefônicas. MÉRITO. MATERIALIDADE E AUTORIA. PROVA ACERCA DA PRÁTICA DOS DELITOS DE TRÁFICO. DEPOIMENTO SEGURO E HARMÔNICO DOS POLICIAIS MILITARES. APREENSÃO DE 50,2 GRAMAS DE COCAÍNA. ASSOCIAÇÃO PARA O TRÁFICO. COMPROVADA A CONVERSÃO DE VONTADES PARA A PRÁTICA DELITUOSA. INTERCEPTAÇÃO TELEFÔNICA QUE COMPROVA A INTENSA COMUNICAÇÃO ENTRE OS APELANTES E SUAS TAREFAS PARA O COMETIMENTO DOS ILÍCITOS. DOSIMETRIA. APLICAÇÃO DO § 4º DO ART. 33 DA LEI 11.343/2006. INVIABILIDADE. MINORAÇÃO DA PENA BASE. COCAÍNA. INVIÁVEL. SENTENÇA MANTIDA. - Presente substrato probatório se [...](grifo nosso).¹³

¹³TJ-SC - APR: 20120557025 SC 2012.055702-5 (Acórdão), Relator: Carlos Alberto Civinski, Data de Julgamento: 01/07/2013, Primeira Câmara Criminal Julgado.

Outros tribunais vêm decidindo reiteradamente na mesma concepção, reconhecendo a presença do fenômeno da Serendipidade e seu valor probatório, como por exemplo, a decisão da Oitava Câmara Criminal Tribunal de Justiça do Rio Grande do Sul:

APELAÇÃO CRIME. ROUBO DUPLAMENTE MAJORADO. EMPREGO DE ARMA. CONCURSO DE AGENTES. RECEPÇÃO. FORMAÇÃO DE QUADRILHA ARMADA. 1. ROUBO DUPLAMENTE MAJORADO. ÉDITO CONDENATÓRIO. MANUTENÇÃO. Prova amplamente incriminatória. Relato vitimário coerente e preciso no sentido de que o acusado Marcelo, subjugando-o com o emprego de arma de fogo, abordou-o no momento em que deixava o estabelecimento comercial, obrigando-o entregar um malote contendo a quantia de R\$ 66.000,00 em espécie e cheques de clientes do comércio, deixando o local na companhia de assecla ignoto, que o aguardava no interior de um automóvel VW/Jetta preto. Milicianos que, realizando diligências, lograram êxito em

recuperar o automóvel utilizado na fuga nas proximidades de um matagal, descobrindo que o veículo possuía origem ilícita, inclusive com as placas clonadas. Interceptação telefônica judicialmente autorizada na Comarca de Dois Irmãos, realizada pelo DENARC, a qual, dentre outros, possuía como alvo o celular do imputado Marcelo, possibilitando que a autoridade policial acompanhasse toda a ação criminosa através das ligações mantidas pelo aparelho interceptado com os demais asseclas em tempo real. Possibilidade e validade da descoberta fortuita de outros crimes quando da interceptação telefônica judicialmente autorizada para investigação de tráfico de entorpecentes. Fenômeno da serendipidade. Precedentes. Vítima que, ainda no calor dos acontecimentos, primeiro por fotografia e após, pessoalmente, reconheceu o imputado Marcelo, sem sombra de dúvidas, como sendo o indivíduo que, com o uso ostensivo de arma de fogo, arrebatou-lhe o malote contendo os valores subtraídos. A inobservância das regras insertas no art. 226 do CPP não afasta a credibilidade dos

reconhecimentos, figurando como mera recomendação. Lesado que, em pretório, pessoalmente, reafirmou a certeza a respeito dos atos recognitivos realizados na fase policial. Policiais civis responsáveis pelas investigações que relataram, em pretório, todo o desenrolar da operação que culminou na prisão dos agentes. Presença do elemento típico "vis compulsiva" (grave ameaça) perfeitamente delineada nos autos. Teses exculpatórias inverossímeis e incomprovadas. Prova segura ao veredicto condenatório, que vai mantido. [...] (grifo nosso).¹⁴

Atualmente já vendo se tornando pacífico o entendimento dos nossos Tribunais Superiores sobre o Princípio da Serendipidadedes de que os crimes sejam conexos entre os fatos ou mesmo os indivíduos da investigação criminal.

¹⁴TJ-RS - ACR: 70056299076 RS , Relator: Fabianne Breton Baisch, Data de Julgamento: 12/03/2014, Oitava Câmara Criminal, Data de Publicação: Diário da Justiça do dia 26/03/2014.

2. AS PROVAS E O ORDENAMENTO JURÍDICO BRASILEIRO

Quando se trata de lide as provas são meios essenciais tanto da defesa como da acusação, pois, são por meio delas que se formará a convicção do Juiz ao qual se pretende provar a veracidade de um fato ou mesmo a existência ou inexistência deste.

A Lei 11.690/2008 gerou uma nova redação ao art. 155 do CPP:

O juiz formará sua convicção pela livre apreciação da prova produzida em contraditório judicial, não podendo fundamentar sua decisão exclusivamente nos elementos informativos colhidos na investigação, ressalvados, as provas cautelares, não repetíveis e antecipadas.

Diante da nova redação do artigo fica claramente evidenciado a existência de uma diferença quanto aos conceitos de prova e elementos informativos. A prova em regra é aquela utilizada no curso do processo e exige alguns requisitos, como por exemplo, a participação das partes, e a presença

do contraditório e da ampla defesa, princípios garantidos na nossa Constituição Federal, em seu art.5º, inc. LV¹⁵. Já os elementos informativos são aqueles colhidos durante a investigação, não possuem efetividade como as provas, pois não são respaldados pelos princípios garantidores do processo citados anteriormente.

No entanto, tais elementos podem ser utilizados de maneira subsidiária como já se pronunciou a 2ª Turma do STF: “Os elementos do inquérito podem influir na formação do livre-convencimento do juiz para a decisão da causa quando complementem outros indícios e provas que passam pelo crivo do contraditório em juízo”.¹⁶

2.1 Da prova ilegal

O direito à prova assim como as garantias constitucionais não possui caráter absoluto estando assim sujeitas a limitações. Não são todos os tipos de provas que são aceitos, pois de acordo com a nossa Constituição Federal, em seu artigo 5º LVI: “são

¹⁵LV - aos litigantes, em processo judicial ou administrativo, e aos acusados em geral são assegurados o contraditório e ampla defesa, com os meios e recursos a ela inerentes.

¹⁶STF, 2ª Turma, RE-AgR nº 425.734/MG, Relª Min.ª Ellen Gracie, Dj 28/10/2005, p. 57.

inadmissíveis, no processo, as provas obtidas por meios ilícitos”. Sobre o mesmo assunto dispõe o art.157 do CPP que são inadmissíveis as provas ilícitas, assim entendidas as obtidas em violação de normas constitucionais ou legais, devendo ser desentranhadas dos autos do processo.

Posicionando-se a cerca da vedação das provas ilícitas Renato Brasileiro discorre:

Em um estado Democrático de Direito, a descoberta da verdade não pode ser feita a qualquer preço. Mesmo que em prejuízo da apuração da verdade, em prol do ideal maior de um processo justo, condizente com o respeito aos direitos e garantias fundamentais da pessoa humana, não se pode admitir a utilização em um processo de provas obtidas por meios ilícitos. A eficiência processual, compreendida como a funcionalidade dos mecanismos processuais tendentes a alcançar a finalidade do processo, que é a apuração dos fatos e das responsabilidades, não pode prescindir do respeito aos direitos e garantias

fundamentais, sob pena de deslegitimação do sistema punitivo.¹⁷

E se tratando de provas ilícitas, Nucci destaca que:

Os meios ilícitos abrangem não somente os que forem expressamente proibidos por lei, mas também os imorais, antiéticos, atentatórios à dignidade e à liberdade da pessoa humana e aos bons costumes, bem como os contrários aos princípios gerais do direito.¹⁸

Ao se dizer sobre ilicitude não são somente os meios de provas que podem ser considerados ilícitos, mas também os meios de obtenção das provas que se referem a procedimentos regulados por lei, sendo garantido o contraditório a cerca da produção e efetiva participação das partes na realização dos procedimentos.

Devem também ser citados os meios de investigação, como por exemplo, busca pessoal ou

¹⁷Lima, Renato Brasileiro de. **Manual de Processo Penal**, vol. I/ Renato Brasileiro de Lima-2. ed., Niterói, RJ: Impetus, 2012.p.867.

¹⁸NUCCI, Guilherme de Souza. **Manual de processo penal e execução penal**. 5ª ed. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2008.p.389/390.

domiciliar, interceptação telefônica, que se difere dos meios de prova quanto ao seu objetivo, que se destina obtenção de fontes materiais de provas e não dos elementos de provas.

Renato Brasileiro de Lima, afirma sobre a distinção entre os meios de provas:

Essa distinção entre meios de provas e meios de obtenção de provas também é importante quando se aponta as consequências de eventuais irregularidades ocorridas do momento de sua produção. Deveras, eventuais vícios quanto aos meios de prova terá como consequência a nulidade da prova produzida, haja vista referir-se a uma atividade endoprocessual. Lado outro, verificando-se qualquer ilegalidade no tocante à produção de determinado meio de obtenção de prova, a consequência será o reconhecimento de sua inadmissibilidade no processo, diante da violação de regras relacionadas à sua obtenção (CF, art. 5º, inc. LVI), com o consequente desentranhamento dos autos do processo(CPP, art. 157, *caput*).¹⁹

¹⁹Lima, Renato Brasileiro de. **Manual de Processo Penal, vol. 1/ Renato Brasileiro de Lima**-2º Ed., Niterói, RJ: Impetus,2012.p. 829.

A vedação de provas ilícitas em nosso ordenamento jurídico visa proteger princípios constitucionais, sendo o principal deles, a dignidade da pessoa humana e os direitos e garantias fundamentais dos cidadãos.

Nesse sentido, Pacelli discorre que:

Além da proteção aos direitos e garantias fundamentais, a vedação das provas ilícitas também funciona como uma forma de controle da regularidade da persecução penal, atuando como fator de inibição e dissuasão à adoção de práticas probatórias ilegais. Cumpre, assim, eminente função pedagógica, ao mesmo tempo em que tutela direitos e garantias assegurados pela ordem jurídica.²⁰

Referindo-se as provas ilícitas destaca o Min. Celso de Mello:

A ação persecutória do Estado, qualquer que seja a instância de poder perante a qual se

²⁰OLIVEIRA, Eugênio Pacielli. **Curso de processo penal**. 11ª ed. Rio de Janeiro: Editora Lumen Juris, 2009. p. 303.

instaure, para revestir-se de legitimidade, não pode apoiar-se em elementos probatórios ilicitamente obtidos, sob pena de ofensa à garantia constitucional *due processo of Law*, que tem, no dogma da inadmissibilidade das provas ilícitas, uma de suas mais expressivas projeções concretizadoras no plano do nosso sistema de direito positivo. – A Constituição da República, em norma revestida de conteúdo vedatório (CF, art.5º, inc. LVI), desautoriza, por incompatível com os postulados que regem uma sociedade fundada em bases democráticas (CF, art.1º), qualquer prova cuja obtenção, pelo Poder Público, derive de transgressão a cláusulas de ordem constitucional, repelindo, por si mesmo, quaisquer elementos probatórios que resultem de violação do direito material (ou, até mesmo, do direito processual), não prevalecendo, em consequência, no ordenamento normativo brasileiro, em matéria de atividade probatória, a forma autoritária do *male captum, bene retentum*.²¹

²¹ STF, 2ª Turma, RHC nº 90.376/RJ, Rel. Min. Celso de Mello, Dje-018-17/05/2007. A expressão *male captum, bene retentum* significa “mal colhida, mas bem conservada”.

Dessa forma, a prova será considerada ilícita quando for obtida por meios que violem as regras do direito material (penal, constitucional), ou seja, quando ferir os direitos fundamentais protegidos constitucionalmente como, por exemplo, a intimidade, inviolabilidade da vida privada, da honra, da imagem, do domicílio e do sigilo de dados, respeito à integridade física e moral do preso, dignidade da pessoa humana, e principalmente o contraditório e a ampla defesa.

Para Renato Brasileiro de Lima:

Esta em regra pressupõe uma violação no momento da colheita da prova, geralmente em momento anterior ou concomitante ao processo, mas sempre externamente a este. Daí a se dizer que a prova ilícita é aquela obtida fora do processo com violação de norma de direito material. Apesar de, em regra, a prova ilícita ser produzida externamente ao processo, nada impede que a sua produção ocorra em juízo. Basta imaginar, *v.g.*, que o magistrado obtenha a confissão do acusado em seu interrogatório judicial, sem prévia e formal advertência quanto ao seu direito ao silêncio

(CF, art.5, inc. LXIII). Nesse caso, é possível concluir-se pela presença de prova ilícita produzida no curso do próprio processo.²²

Essa vedação de provas em desacordo às normas do direito material ocorre sob o meio escolhido e incluem também a relação de resultados que podem ser obtidos por tais provas, sendo assim preciso atentar-se sobre os resultados da prova, se os mesmos configuram ou não violação de algum direito e se esta violação está ou não autorizada. Há algumas exceções que são permitidas, como por exemplo, a interceptação telefônica, que pode ser lícita, mesmo ferindo de certa forma o direito a inviolabilidade de dados, intimidade, privacidade; desde que seja autorizada judicialmente, cumprindo os requisitos elencados pela lei.

No mesmo sentido, discorre Pacelli:

No que se refere à questão da qualidade da prova, o reconhecimento da ilicitude do meio de obtenção da prova já impede o aproveitamento de métodos cuja idoneidade probatória seja previamente questionada,

²²Lima, Renato Brasileiro de. **Manual de Processo Penal, vol. 1/ Renato Brasileiro de Lima-2º Ed.**, Niterói,RJ: Impetus, 2012.p.869

como ocorre, por exemplo, na confissão obtida mediante tortura, ou mediante hipnose, ou ainda, pela ministração de substâncias químicas (soro da verdade, etc...). De outro lado, a vedação das provas obtidas ilicitamente também oferece repercussão no âmbito da igualdade processual, no ponto em que, ao impedir a produção probatória irregular pelos agentes do estado – normalmente os responsáveis pela prova-, equilibra a relação de forças relativamente à atividade instrutória desenvolvida pela defesa.²³

Assim fica claro que o princípio da liberdade probatória não é absoluto encontrando limites na busca da verdade real. Na lição de Paulo Rangel, “a vedação da prova ilícita é inerente ao Estado Democrático de Direito que não admite a prova do fato e, conseqüentemente, punição do indivíduo a qualquer preço, custe o que custar”.²⁴

No mesmo sentido, Nestor Távora:

²³OLIVEIRA, Eugênio Pacielli. **Curso de processo penal**.17ª ed. São Paulo: Atlas, 2013.p.343.

²⁴RANGEL, Paulo. **Direito processual penal**. 7. ed. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2013.p. 414.

Seria impensável uma persecução criminal ilimitada, sem parâmetros, onde os fins justificassem os meios, inclusive na admissão de provas ilícitas. O Estado precisa ser sancionado quando viola a lei. Assegurar a imprescritibilidade das provas colhidas em desrespeito à legislação é frear o arbítrio, blindando as garantias constitucionais, é eliminando aqueles que trapaceiam, desrespeitando as regras do jogo.²⁵

Além das provas ilícitas também são consideradas provas ilegais as provas ilegítimas assim classificadas por atentar contra as normas processuais, ou seja, o direito formal, provas essas que a própria lei processual cuida expressamente de excluí-las. Sobre isso relata Antônio Alberto Machado:

A lei processual veda explicitamente a utilização de algumas provas, não porque elas sejam propriamente ilícitas, mas porque são insuficientes para a comprovação de determinado fato, ou porque ferem a

²⁵NESTOR TÁVORA, Rosmar Rodrigues Alencar. **Curso de direito processual penal**.5ª ed. Salvador: Juspodivm, 2011. p.360.

isonomia processual. Em regra, são provas que não bastam para a demonstração de um fato ou ato jurídico em juízo, portanto, não exibem valor probante suficiente; ou ainda que forem trazidas de modo extemporâneo para o processo, ou que forem produzidas sem a observância de alguma formalidade processual.²⁶

Assim, as provas ilegais no processo penal brasileiro podem ser definidas como ilícitas e ilegítimas, conceito este adotado pela doutrina e jurisprudência tradicional que é proveniente do direito italiano.

Segundo Grinover:

A prova ilícita diz respeito à transgressão do direito material, ocorrendo a violação no momento da colheita da prova; a prova ilegítima, por sua vez, diz respeito à transgressão de regra de caráter processual, ocorrendo em momento posterior à sua colheita [...].²⁷

²⁶MACHADO, Antônio Alberto. **Curso de processo penal**. 3 ed. São Paulo: Atlas, 2010. p. 435.

²⁷GRINOVER, Ada Pellegrini. **As provas Ilícitas na Constituição**. São Paulo: Livro de Estudos Jurídicos, 1989. p. 98.

Outro ponto relevante entre as provas ilícitas e as ilegítimas é que as primeiras são inadmissíveis, pois ela afronta o devido processo legal quando se trata do seu meio de obtenção, assim ela não pode ser juntada nos autos do processo, devendo ser prontamente desentranhada dos mesmos autos. No mesmo sentido vem decidindo nossos tribunais:

PROVA ILÍCITA. MATERIAL FOTOGRÁFICO QUE COMPROVARIA A PRÁTICA DELITUOSA (LEI Nº 8.069/90,ART. 241). FOTOS QUE FORAM FURTADAS DO CONSULTÓRIO PROFISSIONAL DO RÉU E QUE, ENTREGUES À POLÍCIA PELO AUTOR DO FURTO, FORAM UTILIZADAS CONTRA O ACUSADO, PARA INCRIMINÁ-LO. INADMISSIBILIDADE (CF, ART. 5º, LVI).- A cláusula constitucional do devido processo legal encontra, no dogma da inadmissibilidade processual das provas ilícitas, uma de suas mais expressivas projeções concretizadoras, pois o réu tem o direito de não ser denunciado, de

não ser processado e de não ser condenado com apoio em elementos probatórios obtidos ou produzidos de forma incompatível com os limites ético-jurídicos que restringem a atuação do Estado em sede de persecução penal.- A prova ilícita - por qualificar-se como elemento inidôneo de informação - é repelida pelo ordenamento constitucional, apresentando-se destituída de qualquer grau de eficácia jurídica.- Qualifica-se como prova ilícita o material fotográfico, que, embora alegadamente comprobatório de prática delituosa, foi furtado do interior de um cofre existente em consultório odontológico pertencente ao réu, vindo a ser utilizado pelo Ministério Público, contra o acusado, em sede de persecução penal, depois que o próprio autor do furto entregou à Polícia as fotos incriminadoras que havia subtraído. No contexto do regime constitucional brasileiro, no qual prevalece a inadmissibilidade processual das provas ilícitas, impõe-se repelir, por juridicamente ineficazes, quaisquer elementos de informação, sempre que a obtenção e/ou a produção dos dados probatórios resultarem de transgressão, pelo

Poder Público, do ordenamento positivo, notadamente naquelas situações em que a ofensa atingir garantias e prerrogativas asseguradas pela Carta Política (RTJ 163/682 - RTJ 163/709), mesmo que se cuide de hipótese configuradora de ilicitude por derivação (RTJ 155/508), ou, ainda que não se revele imputável aos agentes estatais o gesto de desrespeito ao sistema normativo, vier ele a ser concretizado por ato de mero particular. Doutrina.[...] A cláusula constitucional do *due process of law* - que se destina a garantir a pessoa do acusado contra ações eventualmente abusivas do Poder Público - tem, no dogma da inadmissibilidade das provas ilícitas, uma de suas projeções concretizadoras mais expressivas, na medida em que o réu tem o impostergável direito de não ser denunciado, de não ser julgado e de não ser condenado com apoio em elementos instrutórios obtidos ou produzidos de forma incompatível com os limites impostos, pelo ordenamento jurídico, ao poder persecutório e ao poder investigatório do Estado. A absoluta invalidade da prova ilícita infirma-lhe, de modo radical, a eficácia demonstrativa

dos fatos e eventos cuja realidade material ela pretende evidenciar. Trata-se de consequência que deriva, necessariamente, da garantia constitucional que tutela a situação jurídica dos acusados em juízo penal e que exclui, de modo peremptório, a possibilidade de uso, em sede processual, da prova -de qualquer prova - cuja ilicitude venha a ser reconhecida pelo Poder Judiciário. A prova ilícita é prova inidônea. Mais do que isso, prova ilícita é prova imprestável. Não se reveste, por essa explícita razão, de qualquer aptidão jurídico-material. Prova ilícita, qualificando-se como providência instrutória repelida pelo ordenamento constitucional, apresenta-se destituída de qualquer grau ,por mínimo que seja, de eficácia jurídica.[...] grifo nosso)²⁸

Diferentemente, as provas ilegítimas são consideradas como provas nulas, podendo até permanecer nos autos do processo, mas devem ser

²⁸STF - RE: 251445 GO, Relator: Min. CELSO DE MELLO, Data de Julgamento: 21/06/2000, Data de Publicação: DJ 03/08/2000 PP-00068.

consideradas inválidas o que torna possível a mesma ser renovada, ou seja, poderá ser refeita.

2.2 Provas ilícitas por derivação e os frutos da árvore envenenada

Ao se tratar de provas ilícitas por derivação deve-se primeiramente atentar-se para o fato de que essas provas são obtidas por meio lícitos, porém, derivam de alguma forma de uma prova ilícita originária, por exemplo, por meio de uma informação como nos casos em que há uma confissão testemunhal, obtida por meio de tortura, a testemunha confessa sobre certo objeto ilícito como drogas ou armas, diante dessa informação obtida realiza-se o mandado de busca e apreensão dessa droga. A busca e apreensão com o seu devido mandado é lícita, porém derivada de uma prova ilícita originária, no caso em tela, a confissão onde foi utilizada a tortura ferindo assim os preceitos constitucionais.

A jurisprudência majoritária do nosso Supremo Tribunal Federal entende que tais provas devem sim ser excluídas do processo e consideradas ilegais, uma vez que, as mesmas têm descendência

ilícita, ou seja, derivaram de uma prova ilícita originária, prova esta inadmitida nos processos, visando à proteção dos direitos e garantias fundamentais.

A corte ainda afirma que as possibilidades de admissibilidade de provas derivadas causariam um efeito no que insta sobre o aumento de provas produzidas por meio ilícitos, gerando um caos e infringindo nossas normas constitucionais o que não pode ser permitido já que a Constituição Federal busca garantir a eficácia do direito, esta que é subordinada às suas normas.

A lei nº 11.690/08 introduziu na legislação a ilicitude das provas derivadas das ilícitas ao realizar a reforma do Código de Processo Penal com a inserção da redação atual do artigo 157, §1º, a qual dispõe serem também inadmissíveis as provas derivadas das ilícitas. Com essa mudança tornou-se positivada a teoria dos frutos da árvore envenenada em nosso ordenamento que até então só existia nas decisões jurisprudenciais e em alguns posicionamentos doutrinários.

Assim, conclui-se que as provas derivadas das ilícitas originárias, mesmo que indiretamente, vão contra as normas legais, causando dessa forma desrespeito ao nosso ordenamento jurídico.

Como exemplo, pode-se citar a tortura, que é um meio ilícito e totalmente proibido em nossa Constituição. Qualquer pessoa que esteja sendo torturada se torna suscetível a alegar fatos apenas para que se possam cessar os maus tratos, dessa forma, os fatos confessados devidos à tortura não devem ser admitidos estando contaminados pela prova ilícita.

Todavia, não é totalmente absoluta, ela comporta uma exceção que se trata das fontes independentes e também da descoberta inevitável, também conhecida como descoberta fortuita ou Princípio da Serendipidade.

Sobre isso discorre Antônio Alberto Machado:

A Própria lei estabelece um limite à inadmissibilidade da prova ilícita por derivação, ou seja, adota uma espécie de “teoria mitigada dos frutos da árvore envenenada”, ao permitir que as provas derivadas das ilícitas possam ser utilizadas “quando não evidenciado o nexo de causalidade entre umas e outras, ou quando as derivadas puderem ser obtidas por uma

fonte independente das primeiras” (art.157, § 1º, do CPP).²⁹

Em seu artigo 157§ 2º, o código de processo penal discorre:

Considera-se fonte independente aquela que por si só, seguindo os trâmites típicos e de praxe, próprios da investigação ou instrução criminal, seria capaz de conduzir ao fato objeto da prova.

Cesar Dario Mariano da Silva assim conceitua fonte capaz de, por si só, ser capaz de conduzir ao fato objeto da prova:

A fonte é capaz, de, por si só, usando de métodos regulares de obtenção de prova, chegar ao fato objeto da prova considerada ilícita. Nesse caso, a fonte independente fatalmente chegaria a mesma prova que se originou da ilícita, motivo pelo qual a lei não a macula, podendo ser aproveitada no processo. Note-se que se trata de uma

²⁹MACHADO, Antônio Alberto. **Curso de processo penal**. 3.ed. São Paulo: Atlas, 2010.p.439.

presunção legal de licitude, já que a lei, dentro de um critério de razoabilidade, entende que seria possível chegar-se ao objeto da prova com o emprego dos trâmites típicos e de praxe próprios da investigação e da instrução criminal. A título de exemplo, suponhamos que por meio de uma interceptação telefônica ilegal seja apreendido carregamento de drogas. Como a apreensão decorreu de uma prova ilícita, ela é contaminada pela ilicitude probatória, bem como todas as demais provas dela decorrentes. No entanto, paralelamente à interceptação telefônica ilegal, corriam outras diligências investigatórias independentes ilícitas (oitiva de testemunhas, apreensão legal de documentos etc.), de modo que, por meio delas, fatalmente chegar-se-ia ao carregamento de drogas. Como efeito, como essas diligências são consideradas fontes independentes, a apreensão do carregamento de drogas não será contaminada pela ilicitude e poderá ser admitida no processo.³⁰

³⁰SILVA, Cesar Dario Mariano da. **Provas Ilícitas**. 6 ed. Editora Atlas, São Paulo, 2010. p.24.

Para Pacelli:

Aquela que por si só, seguindo os trâmites típicos e de praxe, próprios da investigação ou instrução criminal, seria capaz de conduzir ao fato objeto da prova, refere-se à segunda teoria, ou seja, a da descoberta inevitável, muito aplicada no direito americano, na qual se admite a prova, mesmo derivada da ilícita, porque em uma investigação rotineira ela seria, de qualquer forma, revelada. Evitando-se, assim, a contaminação de todas as provas subsequentes aquela declarada ilícita.³¹

Por se tratar de uma exceção, a prova colhida de forma independente não sendo assim considerada prova ilícita, é aceita em nosso ordenamento jurídico, como podemos notar na jurisprudência a seguir:

HABEAS-CORPUS SUBSTITUTIVO DE
RECURSO ORDINÁRIO.
RECONHECIMENTO FOTOGRÁFICO NA
FASE INQUISITORIAL.
INOBSERVÂNCIA DE FORMALIDADES.

³¹OLIVEIRA, Eugênio Pacielli. **Curso de processo penal**.17.ed. São Paulo: Atlas, 2013.p. 319.

TEORIA DA ÁRVORE DOS FRUTOS
ENVENENADOS. CONTAMINAÇÃO DAS
PROVAS SUBSEQÜENTES.
INOCORRÊNCIA. SENTENÇA
CONDENATÓRIA. PROVA AUTÔNOMA.

1. Eventuais vícios do inquérito policial não contaminam a ação penal. O reconhecimento fotográfico, procedido na fase inquisitorial, em desconformidade com o artigo 226, I, do Código de Processo Penal, não tem a virtude de contaminar o acervo probatório coligido na fase judicial, sob o crivo do contraditório. Inaplicabilidade da teoria da árvore dos frutos envenenados (fruits of the poisonous tree). Sentença condenatória embasada em provas autônomas produzidas em juízo. 2. Pretensão de reexame da matéria fático-probatória. Inviabilidade do writ. Ordem denegada.³²

Assim, diante do que foi exposto não deve se confundir as provas surgidas de forma fortuita como provas ilícitas por derivação, pois, por mais que a prova tenha sido obtida, ou derivada ilicitamente, ela

³²STF - HC: 83921 RJ , Relator: EROS GRAU, Data de Julgamento: 03/08/2004, Primeira Turma, Data de Publicação: DJ 27-08-2004 PP-00070 EMENT VOL-02161-02 PP-00209 RTJ VOL-00191-02 PP-00598.

viria a ser descoberta independentemente da prova anterior ilícita. Sendo somente essa “derivação” o fato dela ser ilícita, ou seja, ela de qualquer forma viria a ser descoberta, e essa descoberta seria totalmente feita de forma lícita.

2.3 Provas ilícitas e o princípio da proporcionalidade

Sobre as provas ilícitas sabemos que elas são inadmissíveis devendo ser desentranhadas dos processos, no entanto, a jurisprudência e a doutrina trazem uma exceção que se dá em razão do princípio da proporcionalidade ou razoabilidade, que é realizado levando-se em consideração os valores e princípios relacionados na apuração dos delitos, ou seja, deverá ser analisado os valores atingidos pela conduta do criminoso em face dos valores violados pela utilização da prova ilícita.

Conforme ensina Alexandre de Moraes surgem hipóteses em que as provas ilícitas em caráter excepcional poderão ser utilizadas e isso se deve por nenhum princípio constitucional conter caráter absoluto e ocorrendo casos que o direito tutelado é

mais importante que os princípios constitucionais devendo assim ser permitido sua utilização.³³

No que insta a utilização da prova ilícita ela poderia ser utilizada se houvesse o juízo de proporcionalidade e também fosse utilizada em benefício do réu para sua defesa. Scarance Fernandes lembra que “é ampla a aceitação da prova ilícita nos casos em que a comprovação da inocência do réu fica dependendo de prova produzida com violação até mesmo da garantia constitucional.”³⁴

Seguindo o mesmo entendimento, Tourinho Filho destaca:

Se a proibição da admissão das provas ilícitas está no capítulo destinado aos direitos fundamentais do homem, parece claro que o princípio visa a resguardar o réu. Sendo assim, se a prova obtida por meio ilícito é favorável à Defesa, seria um não-senso sua inadmissibilidade. É que nos pratos afilados da balança estão dois interesses em jogo: a liberdade e o direito de terceiro sacrificado, e entre os dois obviamente deve pesar o bem

³³MORAES, Alexandre de. **Direito Constitucional**. 19. ed. São Paulo: Atlas, 2006.

³⁴FERNANDES, Antonio Scarance. **Processo penal constitucional**, 5.ed. rev. atual. ampl. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2007.p.88

maior, no caso a liberdade, pelo menos como decorrência do princípio do *favor libertatis*.³⁵

Ainda, no mesmo sentido Nucci:

A teoria da proporcionalidade ou razoabilidade ou do interesse predominante, visa o equilíbrio entre direitos fundamentais e interesses da coletividade, mitigando o caráter absoluto da inadmissibilidade das provas prevista no texto constitucional.³⁶

Assim, ocorreria uma mitigação das normas constitucionais que em conflito com alguns direitos fundamentais optaria pelo bem maior, *favor rei*, ou seja, a liberdade, acatando a defesa do réu por meio da utilização de uma prova ilícita.

Podemos citar como exemplo uma interceptação de dados não autorizada judicialmente ferindo os direitos e garantias fundamentais referentes, por exemplo, a violação à intimidade, mas que seja capaz de provar a inocência de quem está sendo acusado.

³⁵TOURINHO FILHO, Fernando da Costa. **Processo Penal**. Editora Saraiva. São Paulo, 2008.p.60.

³⁶NUCCI, Guilherme de Souza. **Código de processo penal comentado**. 8ª ed., rev., atual. e ampl. 2ª tir. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2008.p. 352.

Assim, deve ser levado em conta o direito à intimidade, à liberdade e à injusta condenação de uma pessoa inocente. Dessa forma, visando um bem maior é possível a utilização da prova ilícita depois de feito o juízo de proporcionalidade entre os direitos envolvidos.

Esta tendência do direito brasileiro é destacada por Mendonça nos seguintes termos:

Consagra-se a ideia da admissibilidade das provas ilícitas, violadoras de direitos substanciais ou princípios constitucionais, desde que em casos extremos se verifique que no outro prato da balança esteja outro direito igualmente constitucional que também deve ser protegido. Não há, portanto, um conceito absoluto do direito à prova, assim como também não há quanto à inadmissibilidade das provas obtidas ilicitamente, utilizando-se para este fim o princípio da proporcionalidade e da razoabilidade, largamente contemplados nos direitos germânico e americano, respectivamente.³⁷

³⁷MENDONÇA, Rachel Pinheiro de Andrade. **Provas ilícitas: limites à licitude probatória**. 2ª ed., rev. E ampl., Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2004.p.54 e 55.

Dessa forma então, a utilização da prova ilícita *pro reo* pode ser utilizada visando o convencimento do Juiz quando se busca uma sentença justa relacionando-se aos direitos fundamentais do réu contrapostos com os direitos fundamentais da sociedade.

Ada Pellegrini Grinover, ao discorrer sobre o Princípio da Proporcionalidade *pro reo*, explica: “Além disso, quando a prova, aparentemente ilícita, for colhida pelo próprio acusado, tem-se entendido que a ilicitude é eliminada por causas legais, como a legítima defesa, que exclui a antijuridicidade.”³⁸”

Assim, em nosso Ordenamento é possível a utilização da prova ilícita desde que seja aplicada *pro reo*, mas, mesmo assim, ela sofre algumas restrições para que não ocorra a violação dos preceitos constitucionais, devendo a valoração da prova seguir alguns requisitos, como por exemplo, a boa fé ao colher a prova e o valor dessa prova, ou seja, não pode haver uma liberdade de produção dessa prova ilícita, esses requisitos servem como meio de controles visando garantir a moralidade e a legalidade.

No mesmo sentido professor Rangel:

³⁸GRINOVER. Ada Pellegrini. **O Processo em Evolução**. 2 ed. Rio de Janeiro: Forense Universitária, 1998. p. 49.

A questão visa evitar graves inconvenientes e injustiças que poderiam ocorrer caso o réu (inocente) não pudesse, mesmo aparentemente violando a lei, fazer a prova de sua inocência. [...] Afirmamos ser aparente a infringência da lei por entendermos que o estado de necessidade exclui a ilicitude, pois a necessidade de salvar o interesse maior (liberdade de locomoção), sacrificando o menor (sigilo das comunicações telefônicas) em uma situação não provada de conflito externo, justifica a conduta do réu. Estará o ele (réu) agindo de acordo com o direito e não de forma contrária.³⁹

Concordando com a utilização da prova ilícita desde que em favor do réu, e havendo dessa forma um juízo de proporcionalidade, o doutrinador Luiz Francisco Torquato Avolio discorre:

A aplicação do princípio da proporcionalidade sob a ótica do direito de

³⁹RANGEL, Paulo. **Direito Processual Penal**. 16ª Ed. Editora Lumen Juris: Rio de Janeiro, 2009. p. 438/439.

defesa, também garantido constitucionalmente, e de forma prioritária no processo penal, onde impera o princípio do favor rei, é de aceitação praticamente unânime na doutrina e na jurisprudência.⁴⁰

Assim, mesmo sendo uma prova que não é bem vista aos olhos dos penalistas, a prova ilícita se torna uma forma de defesa para o réu desde que haja um juízo de proporcionalidade de outros fatores. Isto será permitido porque tal prova ilícita é capaz de provar sua inocência, e a dignidade da pessoa humana deve sempre prevalecer sobre outros valores meramente formais.

⁴⁰AVOLIO, Luiz Francisco Torquato. **Provas Ilícitas: Interceptações Telefônicas e Gravações Clandestinas**. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1995, p. 66.

3. ANALISANDO O CASO PRÁTICO: A SERENDIPIDADE NAS INTERCEPTAÇÕES TELEFÔNICAS E NA BUSCA E APREENSÃO

Durante as diligências realizadas nos procedimentos da busca e apreensão e das interceptações telefônicas, podem surgir provas novas cuja autoridade não tenha descrito anteriormente no mandado, requisito básico para realização desses atos. Assim, deve-se verificar se tais provas podem ser utilizadas como meios probatórios.

3.1 Lei nº 9.296/96 de 24 de julho de 1996, Lei das interceptações telefônicas

O artigo 5º X da Constituição Federal estabelece que:

São invioláveis a intimidade, a vida privada, a honra e a imagem das pessoas, assegurado o direito a indenização pelo dano material ou moral decorrente de sua violação.

A inviolabilidade das pessoas sempre foi uma preocupação dos Estados que visam proteger a intimidade e a vida privada de seus cidadãos. Com o avanço das tecnologias essa preservação passou a cada vez mais correr o risco de ser violada.

Com o avanço das telecomunicações e da internet ficou mais complicado exercer a proteção e garantia desse direito fundamental. Apesar deste direito ser considerado constitucional, cabe destacar que tais direitos não são absolutos comportando exceções. Como o artigo que trata desta garantia se trata de uma norma de eficácia limitada ele necessita de outra norma, uma lei, que viesse complementá-lo a fim de gerar efeitos. Por este motivo, surgiu então a Lei nº 9.296/96, que discorre sobre a Interceptação Telefônica, possuindo assim caráter excepcional, pois é, em si, a exceção da inviolabilidade das comunicações prevista em nossa Constituição.

Assim, como a regra é a inviolabilidade das comunicações, a quebra das mesmas acarretaria uma exceção, a qual é devidamente regulada pela nossa Carta Magna que dispõe somente ser possível esta quebra por meio de ordem judicial e nas hipóteses e forma que a lei estabelecer para fins de investigação criminal ou instrução processual penal.

Esse avanço da tecnologia e das comunicações telefônicas vem sendo muito utilizado como forma dos criminosos conversarem sobre os crimes. O meio facilita a comunicação e assim os detalhes, os planejamentos dos crimes que vão ocorrer, ou mesmo algumas informações daqueles que já ocorreram.

No nosso ordenamento jurídico a sentença deverá sempre ser motivada, motivação esta que deriva das provas obtidas durante o trâmite do processo, daí tal importância da prova obtida por esse meio, pois esta configura uma prova importantíssima onde são descobertas as práticas criminosas.

São vários os meios utilizados para que se possa ter acesso à comunicação entre as pessoas, entre eles, a gravação, a escuta e por fim a interceptação. Geraldo Prado define cada um delas da seguinte forma:

A interceptação se refere à captação da conversa telefônica entre dois ou mais interlocutores (ou dos dados transmitidos por essa via ou meio análogo) por terceira pessoa, sem o conhecimento de qualquer deles. A escuta telefônica por sua vez é a mesma captação, por terceiro, mas com a anuência de

um dos interlocutores. Completa não haver ilicitude na gravação na conversa telefônica por um dos interlocutores e assim também na sua divulgação, sem o consentimento do outro, apenas quando haja justa causa para a conduta⁴¹.

Dentre as conversas captadas vários são os assuntos decorrentes delas, pois se levando em consideração que não se sabe sobre a interceptação as pessoas conversam normalmente e sobre inúmeros assuntos. É muito comum, no entanto, surgirem assuntos que versam sobre outros crimes ou outras pessoas relacionadas ao crime investigado, é o que conhecemos como o fenômeno da Serendipidade.

O problema que surge diante do fato é o de não haver uma norma que discorra sobre este novo fato que surgiu de forma fortuita, devendo então nos fundar nos ensinamentos doutrinários e nas decisões dos nossos tribunais a cerca do assunto.

O caso analisado no presente trabalho será aquele que trata da interceptação em sentido estrito, por ser este o meio previsto na Lei analisada.

⁴¹PRADO, Geraldo. **Limite as interceptações telefônicas e a Jurisprudência do Superior Tribunal de justiça**. 2.ed Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2006, p.50-51

Todavia, para se obter uma prova lícita por meio da interceptação telefônica é preciso seguir rigorosamente os requisitos dispostos na mesma, sob pena de ser declarada ilegal e não possuir nenhum valor probatório; e posteriormente, sendo essas provas obtidas por meio lícito, será feita avaliação daquelas que surgiram fortuitamente quanto à sua validade ou não dentro do processo.

Primeiramente, ao tratarmos de interceptação telefônica temos que destacar qual seu objetivo, que sendo uma medida cautelar visa à colheita de provas antes de seu perecimento. Essas provas se dividem em parte objetiva (fática) e subjetiva (pessoas), ou seja, por meio desta medida surgirão provas relacionadas aos fatos criminosos em si, bem como, às pessoas autoras destes fatos.

Além disso, por ser uma medida cautelar deverão estar presentes o *fumus boni iuris* e o *periculum in mora*, os requisitos para ser decretada, respectivamente, devendo estar presentes indícios de autoria e materialidade de um crime e o perigo que a demora pode acarretar. Os requisitos citados devem ser analisados em virtude da necessidade de decretação de medida cautelar, isto se dá pelo fato de que a “interceptação telefônica só ocorrerá para prova de investigação criminal e em instrução

processual penal”, como preceitua o artigo 1º da Lei 9.296/96.

Como esta medida se trata de uma exceção a uma norma constitucional ela exige vários elementos para que possa ser decretada afim de não ferir tais normas garantidoras segundo o artigo 2º da Lei:

Não será admitida a interceptação telefônica quando: I- não houver indícios razoáveis da autoria ou participação em infração penal; II- a prova puder ser feita por outros meios disponíveis; III- o fato investigado constituir infração penal punida, no máximo, com pena de detenção.

No parágrafo único do referido artigo também consta:

Em qualquer hipótese deve ser descrita com clareza a situação objeto da investigação, inclusive com a indicação e qualificação dos investigados, salvo impossibilidade manifesta, devidamente justificada.

Tais requisitos são bem objetivos e para que se possa ser decretada a interceptação ela deverá

respeitar tais vedações elencadas no artigo citado anteriormente devendo sempre haver indício razoável de um fato criminoso e que não pudesse ser descoberto por outro meio.

Neste caso é necessário se esgotar todos os meios possíveis de obtenção de prova no curso de uma investigação criminal não podendo iniciar uma investigação, sendo a interceptação telefônica a última medida a ser tomada. Porém essa medida só se destina aos crimes punidos com reclusão.

Mesmo respeitados tais requisitos a lei ainda exige que somente o Juiz seja a autoridade competente para decretar a medida podendo ocorrer de ofício ou a requerimento da autoridade policial ou membro do Ministério Público nos moldes do artigo 3º da Lei, mas tal pedido deve conter que sua decretação é necessária, além de indicar os meios a serem empregados. Caso determinada competência não seja respeitada e a medida seja decretada por outra autoridade, isto irá incorrer em crime, previsto no artigo 10º da mesma Lei.

Sobre este fato o STJ tem se pronunciado da seguinte maneira:

A ausência de autorização judicial para excepcionar o sigilo das comunicações

macula indelevelmente a diligência policial das interceptações em causa, ao ponto de não se dever – por causa dessa mácula – sequer lhes analisar o conteúdos, pois obtidos de forma claramente ilícita.⁴²

Além disso, essa competência destinada ao poder judicial visa proteger a integridade das pessoas que estão sendo investigadas, pois dessa forma, é menos provável que haja ilegalidades durante a investigação. Isto se pode notar levando em consideração que se fosse da competência de outras autoridades certamente haveria abuso de poder por parte das mesmas.

Neste sentido se posiciona Luiz Flávio Gomes:

A exigência da lei de que a autoridade judicial seja competente para a “ação principal” tem sua razão de ser: a interceptação é medida cautelar que envolve o sigilo das comunicações, isto é, a intimidade, a vida privada das pessoas, por isso, tudo deve ser feito em “segredo de justiça”, para que poucos tenham

⁴²EDcl no HC 130429- CE, 5.ªT., rel. Napoleão Nunes Maia Filho, 27.04.2010,v.u.

conhecimento das incontáveis comunicações telefônicas do investigado ou acusado, não quer a lei nem se quer que muitos juízes venham a participar dessa medida cautelar. Estão em jogos direitos fundamentais, que constituem a base para o desenvolvimento da personalidade do sujeito. A revelação de uma comunicação telefônica que nada tem haver com o que se investiga pode arrasar a vida de uma pessoa.⁴³

A decisão do Juiz também deve respeitar algumas regras dispostas na lei, sua decisão deve ser fundamentada sob pena de nulidade, indicando também a forma de execução de diligência que não poderá exceder o prazo de 15 dias e que poderá ser renovável por igual tempo desde que comprovada à indisponibilidade da medida.

A interceptação que ultrapassar este prazo será tida como manifestamente ilegal dessa forma, caso durante o tempo estipulado não se obteve êxito na descoberta de alguma prova o período de 15 dias pode ser prorrogado por igual período desde que comprovada sua necessidade.

⁴³GOMES, Luis Flávio; CERVINI, Raúl. **Interceptação Telefônica: Lei 9296 de 24.07.96**. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1997, p.157

Sobre a necessidade da continuidade da interceptação Antônio Alberto Machado discorre:

[...] a contumácia ou continuidade da prática criminosa constitui circunstância autônoma que justifica a renovação da diligência a ser determinada também por uma nova decisão, em novo despacho fundamentado. Nem teria sentido o criminoso, escoado o prazo da primeira interceptação, pudesse prosseguir na sua prática delituosa imune a esse tipo de investigação.⁴⁴

Caso depois de decorrido esses dias mesmo assim não foi suficiente para obter todas as provas almejadas na decretação da interceptação, poderá ocorrer uma nova decretação, em outro despacho judicial, seguindo novamente todos os requisitos legais já citados.

⁴⁴MACHADO, Antônio Alberto. **Curso de processo penal**. 3.ed. São Paulo: Atlas, 2010.p. 482.

3.1.1 A Serendipidade nas interceptações telefônicas

Ocorre que mesmo seguindo todos os requisitos da lei, podem surgir casos que não foram descritos nas diligências da interceptação, esses casos surgem então de forma fortuita e inesperada, o que é denominado Princípio da Serendipidade. Dessa forma, resta a indagação de como seriam tratados esses casos diversos dos previstos inicialmente na ordem judicial e ainda as novas pessoas e provas que surgiram, se tais casos assim seriam lícitos e propiciar alguma utilidade ao processo.

Ao lidar com o tema Serendipidade percebemos que existe uma grande divergência ao se tratar de provas. Resta evidente que ao se tratar de provas que surgiram no processo jamais seria possível a descrição de tais, pois até o presente momento sequer sabiam-se de sua possível existência. É sobre este ponto que surgem as divergências, pois como é claro que a medida decretada que não cumpra os requisitos legais é ilícita restaria prejudicada o surgimento dessas novas provas que não foram descritas na decretação na interceptação.

Os entendimentos sobre tal assunto também se divergem, a doutrina se divide no que diz respeito à validade das provas descobertas fortuitamente. Uma parte alega que seria possível desde que houvesse uma conexão entre o crime que deu origem a medida cautelar. Já a outra parte que vai contra esta possibilidade fundamentando que a prova surgida é ilícita, levando em consideração o artigo 2º da Lei 9296/96, já que não houve a descrição clara dessas provas devendo as mesmas serem descartadas.

José Paulo Baltazar Jr afirma:

De início, é possível afirmar que, no momento da investigação não há uma delimitação completa e exata do objeto, não havendo como se exigir os rigores do princípio da correlação entre a denúncia e a sentença. Investiga-se com base em uma hipótese, mas sem uma definição totalmente precisa dos contornos do fato, o que é próprio da denúncia. Assim estando os fatos descobertos dentro dos contornos mais ou menos fluidos do tema da investigação, a prova deve ser admitida⁴⁵.

⁴⁵BALTAZAR Jr, José Paulo. **Dez anos da lei da Interceptação Telefônica (Lei nº 9296 de 24 de julho de 1996). Interpretação**

Atualmente já é pacífica nos tribunais a possibilidade da utilização das provas que surgiram de forma inesperada nas interceptações telefônicas desde que entre elas possa haver uma conexão sendo estas consideradas lícitas. A parte final do artigo 2º da lei 9296/96 permite esta análise, pois embora tenha surgido uma prova contra uma pessoa que não foi elencada na diligência restaria impossível, pois não se tinha conhecimento de que esta se tratava de pessoa envolvida no crime investigado.

Deste modo, não poderia o Estado deixar de exercer seu *jus puniendi* onde teria apenas por base algumas formalidades, pois no processo penal se busca a verdade material. Portanto não seria ilícita a prova descoberta fortuitamente desde que houvesse conexão com o delito investigado na medida cautelar decretada.

No entanto, não termina aí as divergências, há também de se destacar quanto ao crime futuro, ou seja, aquele crime que está sendo preparado pelos criminosos por meio de comunicações telefônicas e que está prestes a ocorrer. Neste caso, ele se diferencia quanto ao caso discutido anteriormente,

em que os crimes já foram praticados, pois nestes as provas colhidas só são válidas caso haja conexão, diferente deste, que por ser um crime que ainda não ocorreu deve ser analisado de forma diferente.

Nesse sentido temos o seguinte julgado do STJ:

PENAL E PROCESSUAL PENAL. HABEAS CORPUS SUBSTITUTIVO DE RECURSO ORDINÁRIO. ART. 288 DO CÓDIGO PENAL. INÉPCIA DA DENÚNCIA OFERECIDA EM DESFAVOR DOS PACIENTES BASEADA EM MATERIAL COLHIDO DURANTE A REALIZAÇÃO DE INTERCEPTAÇÃO TELEFÔNICA PARA APURAR A PRÁTICA DE CRIME DIVERSO. ENCONTRO FORTUITO. NECESSIDADE DE DEMONSTRAÇÃO DA CONEXÃO ENTRE O CRIME INICIALMENTE INVESTIGADO E AQUELE FORTUITAMENTE DESCOBERTO. I - Em princípio, havendo o encontro fortuito de notícia da prática futura de conduta delituosa, durante a realização de interceptação telefônica devidamente autorizada pela

autoridade competente, não se deve exigir a demonstração da conexão entre o fato investigado e aquele descoberto, a uma, porque a própria Lei nº 9.296/96 não a exige, a duas, pois o Estado não pode se quedar inerte diante da ciência de que um crime vai ser praticado e, a três, tendo em vista que se por um lado o Estado, por seus órgãos investigatórios, violou a intimidade de alguém, o fez com respaldo constitucional e legal, motivo pelo qual a prova se consolidou lícita. II - A discussão a respeito da conexão entre o fato investigado e o fato encontrado fortuitamente só se coloca em se tratando de infração penal pretérita, porquanto no que concerne as infrações futuras o cerne da controvérsia se dará quanto a licitude ou não do meio de prova utilizado e a partir do qual se tomou conhecimento de tal conduta criminosa. Habeas corpus denegado. (grifo nosso).⁴⁶

⁴⁶STJ - HC: 69552 PR 2006/0241993-5, Relator: Ministro FELIX FISCHER, Data de Julgamento: 06/02/2007, T5 - QUINTA TURMA, Data de Publicação: DJ 14.05.2007 p. 347.

Estando já entendidos quanto aos crimes pretéritos e futuros surge uma questão dentre eles. Sabemos que a interceptação só é válida para aqueles delitos punidos com reclusão, mas podem surgir durante a medida cautelar, indícios suficientes de autoria e materialidade de crimes punidos com detenção. O ministro Joaquim Barbosa entende ser constitucional a utilização das provas surgidas durante a interceptação, desde que esta tenha sido feita sobre crimes punidos com reclusão, está será lícita, sendo assim também serão lícitas aquelas novas provas que mesmo sendo punidas por detenção sejam conexos a estes:

Trata-se de agravo regimental, interposto pelo Ministério Público do Estado de Minas Gerais, contra decisão de inadmissibilidade do recurso extraordinário que impugnava acórdão de rejeição da denúncia proferido pelo Tribunal de Justiça. A decisão agravada afirmou que a invocação de dissídio pretoriano não mais se presta para fundamentar o recurso extraordinário (Ag. 149.764-5SP, rel. min. Sepúlveda Pertence, DJU de 06.04.94, p. 6854), mesmo porque do tema não trata o disposto no artigo 102, III,c.

O agravo cumpre os pressupostos de admissibilidade. Assim, conhecimento do recurso. No caso, o Ministério Público ofereceu denúncia contra juiz de direito, com base no encontro fortuito de prova da prática, em tese, dos crimes de prevaricação, advocacia administrativa e favorecimento pessoal, pelo envolvimento com delegado de polícia que vinha sendo alvo de interceptação telefônica. O TJMG rejeitou a denúncia, sob o fundamento de os crimes imputados ao juiz serem punidos com detenção, o que violaria o disposto no art. 2º, III, da Lei 9.296/96. Para o Ministério Público, o acórdão em questão viola o art. 5º, XII e LVI, da Constituição da República, que possibilitaria a legalidade da prova fortuita. De acordo com a inicial, havia autorização para a interceptação telefônica do Delegado de Polícia MARÇO TÚLIO FADEL, que estaria envolvido em vários delitos. No curso da diligência, constatou-se que o juiz WANDERLEY SALGADO DE PAIVA estaria praticando atos tendentes a subtrair o policial civil à ação da justiça”, razão pela qual foram-lhe imputados os crimes já mencionados, conexos aos do

Delegado alvo da investigação. Assim, segundo o Ministério Público, a prova não poderia ser considerada ilícita, nos termos do art. 5º, LVI, da Constituição da República. O entendimento do Tribunal de Justiça do Estado de Minas Gerais teria afrontado, ainda, o entendimento do Supremo Tribunal Federal, firmado no HC 83.515, verbis: “5. Uma vez realizada a interceptação telefônica de forma fundamentada, legal e legítima, as informações e provas coletadas dessa diligência podem subsidiar denúncia com base em crimes puníveis com pena de detenção, desde que conexos aos primeiros tipos penais que justificaram a interceptação. Do contrário, a interpretação do art. 2º, III, da Lei 9.296/96 levaria ao absurdo de concluir pela impossibilidade de interceptação para investigar crimes apenados com reclusão quando forem estes conexos com crimes punidos com detenção. Habeas corpus indeferido. [...] Portanto, ao reconhecer a legalidade da interceptação decretada, mas a ilegitimidade do uso do resultado desta diligência como prova da prática de crimes de detenção nela descobertos, o Tribunal de

Justiça do Estado de Minas Gerais conferiu interpretação errônea aos dispositivos constitucionais invocados pelo Agravante, razão pela qual a decisão merece reforma. Por todo o exposto, nos termos do art. 28, § 3º, da Lei 8.038/90, e do art. 557, § 1-A, do Código de Processo Civil, provejo o agravo e, por estar suficientemente instruído, converto-o em recurso extraordinário a que dou provimento, para determinar que o Tribunal de Justiça do Estado de Minas Gerais reexamine a denúncia oferecida pelo Ministério Público, devendo considerar legítima a prova dos crimes apenados com detenção, obtida fortuitamente no curso das interceptações telefônicas conduzidas nos autos de origem (grifo nosso).⁴⁷

Ao se tratar de Serendipidade, os casos que carecem de preceitos normativos para se dirimir as controvérsias que surgem deveram ter um juízo de proporcionalidade, onde estão postos contra si as garantias constitucionais e de outro lado o poder de

⁴⁷STF - AI: 626214 MG , Relator: Min. JOAQUIM BARBOSA, Data de Julgamento: 26/03/2010, Data de Publicação: DJe-094 DIVULG 25/05/2010 PUBLIC 26/05/2010.

punir do Estado. Deve-se ressaltar que as práticas de crimes se sobressaem, pois estas violam os bens mais preciosos como a vida, o patrimônio, entre outros e que são protegidos tanto constitucionalmente, como pelos nossos Códigos Penal e Processual Penal. Dessa forma o poder de punir do Estado fala mais alto que as formalidades constitucionais visando um bem maior qual seja a efetiva justiça.

3.2 A Busca e Apreensão

A busca e apreensão é medida cautelar do processo penal destinada à colheita de provas visando evitar o perecimento das coisas e desaparecimento das provas e pessoas descritas em um mandado onde é feita descrição de toda a investigação como meio de uma política de segurança pública evitando dessa forma a violação das garantias constitucionais, e no caso principalmente a privacidade e a intimidade. Como na interceptação telefônica esta medida também está sujeita ao surgimento de novas provas durante a realização das diligências. Com o surgimento de tais provas fortuitas estamos novamente frente ao princípio da Serendipidade.

Diferentemente da interceptação telefônica que possui uma lei que regulamenta seu procedimento, a busca e apreensão não possui o mesmo privilégio e para que possamos adentrar ao assunto devemos analisar as disposições do Código de Processo Penal em relação às medidas cautelares neste âmbito.

Sobre o que vem a ser a busca e apreensão ensina Cleunice Pitombo:

A busca, portanto, é ato do procedimento persecutivo penal, restritivo de direito individual (inviolabilidade da intimidade, vida privada, domicílio e da integridade física ou moral), consistente em procura, que pode ostentar-se na revista ou no varejamento, conforme a hipótese: de pessoa (vítima de crime, suspeito, indiciado, acusado, condenado, testemunha e perito), semoventes, coisas (objetos, papéis e documentos), bem como de vestígios (rastros, sinais e pistas) da infração.⁴⁸

⁴⁸PITOMBO, Cleunice A. Valentim Bastos. **Da busca e da apreensão no processo penal**. 2ª ed., São Paulo: Revista dos Tribunais, 2005.p. 109.

É importante frisar que tais medidas cautelares não são inseparáveis por mais que pareçam ser a busca e a apreensão são medidas independentes entre si podendo dessa forma existir independente uma da outra, sobre tal fato discorre Gustavo Henrique Badaró:

Há casos em que a busca é positiva, mas não se apreende o que foi buscado. Assim, por exemplo, no caso de busca de criminosos, haverá a sua prisão e não a sua apreensão (CPP, art. 240, §1º, alínea “a”). No caso de busca de pessoas, como a vítima de um delito, à busca seguirá imediata apreensão, mas a pessoa será ao seguir, posta em custódia da autoridade ou de seus agentes. Por outro lado, é possível que a apreensão não seja precedida de busca, como ocorre quando a coisa é entregue espontaneamente à autoridade, lavrando-se apenas o ato de exibição e apreensão, (p. ex.: o autor do crime confessa o delito e entrega a arma ao delegado de polícia).⁴⁹

⁴⁹BADARÓ, Gustavo Henrique RighiIvahy, **Direito Processual Penal: Tomo I/ Gustavo Badaró, Márcia Dinamarco**. Rio de Janeiro: Elsevier, 2008. p. 271

As medidas cautelares necessitam de dois requisitos genéricos: Adequabilidade e necessidade, porém é importante destacar aqueles direcionados à busca e apreensão, estes estão dispostos no capítulo XI DA BUSCA E DA APREENSÃO, também do Código de Processo Penal. Em seu primeiro artigo, de número 240 §1º está presente um rol que define a medida que visa a obtenção de provas em infrações penais.

Para Julio Fabbrini Mirabete:

O art. 240 relaciona ainda objetos e pessoas que podem ser objeto da busca e apreensão tanto pela autoridade policial como pelo juiz, quando fundadas razões a autorizarem. Embora a busca e apreensão estejam inseridas no capítulo das provas, a doutrina as considera mais como medida acautelatória, liminar, destinada a evitar o perecimento das coisas e das pessoas.⁵⁰

Sobre o artigo 240 surgem algumas divergências se tal rol seria exemplificativo ou

⁵⁰MIRABETE, Julio Fabbrini. **Código de Processo Penal interpretado**. 11ª ed. São Paulo: Atlas, 2003. p. 621.

taxativo. Entendemos, porém, se tratar de situações exemplificativas que permitem a utilização da medida em casos diversos que não estejam presentes neste rol, mas que se demonstre necessário, da mesma forma entende Nucci, em seu comentário a respeito deste artigo do Código de Processo Penal:

Trata-se de rol exemplificativo, nada impedindo que outras hipóteses semelhantes às apresentadas sejam vislumbradas, podendo o juiz expedir mandado de busca (e apreensão, se for o caso) para tanto. Deve-se ter em vista a natureza da busca, que serve para a obtenção de provas, inclusive formação do corpo de delito, bem como para, cautelarmente, apreender coisas. Defendemos, a utilização da analogia, se for preciso, para ampliar o rol mencionado, o que é expressamente autorizado pelo art. 3.º deste Código, salientando, no entanto, que a relação já é extensa o suficiente para prescindir do processo analógico.⁵¹

⁵¹Nucci, Guilherme de Souza, **Código de processo penal comentado**, 13. ed. rev. e ampl. – Rio de Janeiro : Forense,2014.p. 523.

Já o artigo 241 dispõe que caso a busca não seja realizada pessoalmente pela própria autoridade policial ou judiciária deverá ser expedido mandado. É exigido que tal mandado deva conter alguns requisitos, estes elencados no artigo 243, dispostos a seguir:

I - indicar, o mais precisamente possível, a casa em que será realizada a diligência e o nome do respectivo proprietário ou morador; ou, no caso de busca pessoal, o nome da pessoa que terá de sofrê-la ou os sinais que a identifiquem;

II - mencionar o motivo e os fins da diligência;

III - ser subscrito pelo escrivão e assinado pela autoridade que o fizer expedir.

O ponto mais relevante ao se tratar dessa medida cautelar é que a mesma se sobrepõe às garantias fundamentais e se tratando da busca e apreensão as principais são a inviolabilidade ao domicílio, privacidade e intimidade dos investigados. Assim, se tais direitos fossem absolutos isto acarretaria a mitigação das medidas cautelares vez

que estas se sobrepõem de alguma forma a diversas dessas garantias em seu caráter de exceção.

Sobre o fato de não serem tais direitos absolutos discorre o Ministro Celso de Mello, do Supremo Tribunal Federal:

COMISSÃO PARLAMENTAR DE
INQUÉRITO - PODERES DE
INVESTIGAÇÃO (CF, ART. 58, §3º) -
LIMITAÇÕES CONSTITUCIONAIS -
LEGITIMIDADE DO CONTROLE
JURISDICIONAL - POSSIBILIDADE DE A
CPI ORDENAR, POR AUTORIDADE
PRÓPRIA, A QUEBRA DOS SIGILOS
BANCÁRIO, FISCAL E TELEFÔNICO -
NECESSIDADE DE FUNDAMENTAÇÃO
DO ATO DELIBERATIVO -
DELIBERAÇÃO DA CPI QUE, SEM
FUNDAMENTAÇÃO, ORDENOU
MEDIDAS DE RESTRIÇÃO A DIREITOS -
MANDADO DE SEGURANÇA
DEFERIDO. COMISSÃO PARLAMENTAR
DE INQUÉRITO - COMPETÊNCIA
ORIGINÁRIA DO SUPREMO TRIBUNAL
FEDERAL. -[...] OS DIREITOS E
GARANTIAS INDIVIDUAIS NÃO TÊM

CARÁTER ABSOLUTO. Não há, no sistema constitucional brasileiro, direitos ou garantias que se revistam de caráter absoluto, mesmo porque razões de relevante interesse público ou exigências derivadas do princípio de convivência das liberdades legitimam, ainda que excepcionalmente, a adoção, por parte dos órgãos estatais, de medidas restritivas das prerrogativas individuais ou coletivas, desde que respeitados os termos estabelecidos pela própria Constituição. O estatuto constitucional das liberdades públicas, ao delinear o regime jurídico a que estas estão sujeitas - e considerado o substrato ético que as informa - permite que sobre elas incidam limitações de ordem jurídica, destinadas, de um lado, a proteger a integridade do interesse social e, de outro, a assegurar a coexistência harmoniosa das liberdades, pois nenhum direito ou garantia pode ser exercido em detrimento da ordem pública ou com desrespeito aos direitos e garantias de terceiros[..](grifo nosso)⁵².

⁵²MS n° 23.452/RJ, Tribunal Pleno, Rel. Min. Celso de Mello, DJ12.05.2000, p. 20

Neste caso, se de alguma forma as garantias individuais se encontrarem em situações que confrontem o interesse público e até o bem estar social elas devem ser suprimidas, pois deverá prevalecer o bem maior.

3.2.1 A Serendipidade e a Busca e Apreensão

Já sabemos que o mandado de busca e apreensão deve descrever o que de fato está se buscando apreender, todavia, durante as diligências podem surgir provas não descritas no mandado, o que conhecemos por Serendipidade e assim deverá ser verificado se essas provas são lícitas ou não ou se serão consideradas como flagrante.

É autorizada constitucionalmente a violação do domicílio em situações taxativas sem consentimento da pessoa residente no determinado domicílio nos casos de flagrante delito, ocorrência de desastres ou como forma de se socorro, ou por determinação judicial, neste caso, não poderá ocorrer no período da noite.

Ao se tratar de flagrante delito devem estar previstas as causas que indicam que está ocorrendo o

flagrante, elencadas no artigo Art. 302 do Código de Processo Penal:

- I - está cometendo a infração penal;
- II - acaba de cometê-la;
- III - é perseguido, logo após, pela autoridade, pelo ofendido ou por qualquer pessoa, em situação que faça presumir ser autor da infração;
- IV - é encontrado, logo depois, com instrumentos, armas, objetos ou papéis que façam presumir ser ele autor da infração.

Dessa forma, ocorrendo algumas dessas situações é desnecessário uma ordem judicial para se adentrar no domicílio. Da mesma forma todas as provas que puderem ser encontradas fortuitamente por estarem em presença de flagrância serão apreendidas.

O flagrante pode ocorrer também no momento em que se foi realizar a medida cautelar, isso acontece geralmente nos crimes permanentes, sobre este fato esclarece Renato Brasileiro de Lima:

Se a autoridade munida de mandado de busca e apreensão, depara-se com certa quantidade

de droga no interior na residência, temos que a apreensão será considerada válida, pois, como se trata de delito de tráfico de drogas na modalidade de “guardar”, espécie de crime permanente, haverá situação de flagrante delito, autorizando o ingresso no domicílio mesmo sem autorização judicial. Portanto, na hipótese de flagrante delito (v.g., crimes permanentes), mesmo que o objeto do mandado de busca e apreensão seja distinto, será legítima a intervenção policial, a despeito da autorização para entrar na casa lhe ter sido deferida com outra finalidade.⁵³

Fica evidente que a questão de provas fortuitas não interfere na medida de busca e apreensão quando estamos diante de alguma flagrância, pois o flagrante se sobrepõe ao mandado de busca e apreensão, não podendo ser afirmado que surgiram novas provas que não estavam descritas neste, uma vez que, se tratando de flagrante delito não é necessário mandado de busca e apreensão e todas as provas ali encontradas são de suma importância para a instrução criminal devendo todas serem consideradas lícitas.

⁵³Lima, Renato Brasileiro de. **Manual de Processo Penal**, vol. I/ Renato Brasileiro de Lima-2. ed., Niterói, RJ: Impetus, 2012.p. 1022.

A busca e apreensão podem ocorrer tanto na forma domiciliar quanto na forma pessoal. Porém a busca pessoal ocorre geralmente em situações de flagrante onde é desnecessário um mandado que discorra quais provas deverão ser buscadas não ocorrendo aqui à descoberta de provas fortuitas. Ao se tratar de casos fortuitos o estudo deve-se direcionar aquelas referidas à busca e apreensão em domicílios que diferentemente da busca pessoal está sujeita a descoberta de tais provas.

Ao se tratar de buscas domiciliares, Nucci discorre:

As buscas domiciliares, em se tratando de processo penal, somente poderão ser feitas nas seguintes situações: a) durante o dia, com autorização do morador, havendo ou não mandado judicial; b) durante o dia, sem autorização do morador, mas com mandado judicial; c) durante a noite, com ou sem mandado judicial, mas com autorização do morador; d) durante o dia ou a noite, por ocasião de flagrante delito, com ou sem autorização do morador.⁵⁴

⁵⁴Nucci, Guilherme de Souza. **Código de processo penal comentado**.13. ed. rev. e ampl. – Rio de Janeiro : Forense,2014.p. 520

Dessa forma, à busca e apreensão domiciliar só poderá ocorrer se não tiver a autorização do morador quando estiverem embasados no mandado judicial respeitados seus requisitos legais elencados no artigo 243 do Código de Processo Penal.

Somente assim as provas colhidas serão lícitas, assim como aquelas que surgiram fortuitamente, caso não haja mandado judicial, ou este esteja maculado de algum vício, e não haja a autorização do morador para se adentrar em seu domicílio.

O procedimento desta medida exige vários requisitos, como todos estes tem o objetivo de proteger as garantias constitucionais da inviolabilidade do domicílio, porém apresenta exceções, aquelas trazidas pela própria Carta Magna, em seu art. 5º, XI, que estabelece a excepcionalidade da violação a esse direito fundamental em situações estritamente restritas: flagrante delito ou desastre, ou para prestar socorro, ou, durante o dia, por determinação judicial. Fora estes casos, o domicílio é inviolável e aquele que adentrar sem autorização do morador comete o crime disposto no artigo 150 do Código Penal.

Por ser tratar de uma exceção ao direito da inviolabilidade do domicílio o mandado judicial não pode ser genérico, ao analisarmos seus requisitos anteriormente notamos que este exige clara descrição do local a sofrer a busca, bem como os objetos a serem buscados, ou seja, não se pode entrar em uma residência e sair procurando quaisquer provas naquele local, é exigido por lei que antes haja descrição do que se procura apreender. Nesse ponto surge a dúvida quanto aos objetos surgidos fortuitamente, ou seja, aqueles objetos que não poderiam ser previstos estarem ali presentes, mas que são de suma importância para a instrução criminal.

Discordando com tal posicionamento Pacelli de Oliveira destaca que: “Devem ser consideradas ilícitas as provas de infração penal que não tenham estrita relação com o mandado de busca e apreensão expedido, evitando dessa forma, o incentivo à prática do abuso de autoridade.”⁵⁵

No mesmo sentido, Lopes Júnior leciona que:

Deve ser delimitado o objeto, ou objetos buscados, para evitar um substancialismo inquisitório. Se o que se busca é uma arma

⁵⁵OLIVEIRA, Eugênio Pacelli de. **Curso de processo penal**. 11.ed. atual. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2009.p.368

que se faça a busca direcionada para isso, não estando autorizada a autoridade policial buscar e apreender documentos, cartas ou computadores.⁵⁶

Por mais que alguns doutrinadores sejam contra a validade das provas surgidas ao acaso nas medidas de busca e apreensão, nossos tribunais ao oposto entendem serem possíveis, como por exemplo, o STJ no RHC 45.267:

RECURSO ORDINÁRIO EM HABEAS
CORPUS. CRIME DE CORRUPÇÃO
PASSIVA. TRANCAMENTO DA AÇÃO
PENAL. INTERCEPTAÇÃO
TELEFÔNICA. PRORROGAÇÃO
DOMONITORAMENTO. VIABILIDADE.
ILEGALIDADE NÃO
DEMONSTRADA. IDENTIFICAÇÃO DE
TERCEIRO RELACIONADO COM O
OBJETO DA
INVESTIGAÇÃO. POSSIBILIDADE.
AUSÊNCIA DE ILICITUDE DAS
PROVAS. FENÔMENO

⁵⁶LOPES JUNIOR, Aury. **Direito Processual Penal e sua Conformidade Constitucional**. Vol. I. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2011. p. 706/707.

DASERENDIPIDADE. INÉPCIA DA DENÚNCIA. INOCORRÊNCIA. DESNECESSIDADE DEDESCRIÇÃO DO DOLO DO AGENTE. PRECEDENTE. RECURSO DESPROVIDO. 1. A teor do entendimento pacífico desta Corte, o trancamento daação penal pela via do habeas corpus é medida de exceção, que só é admissível quando emerge dos autos, de forma inequívoca, a inocência do acusado, a atipicidade da conduta ou a extinção da punibilidade, circunstâncias essas, no caso, não evidenciadas de plano.2. O prazo de duração da interceptação telefônica pode ser seguidamente prorrogado, quando a complexidade da investigação assim exigir, desde que em decisão devidamente fundamentada, como incasu, em se considerando a ausência de comprovação da ilicitude dasrenovações.3. O deferimento de interceptação de comunicações telefônicas deve ser acompanhado de descrição da situação objeto da investigação, inclusive, salvo impossibilidade, com a indicação e a qualificação do investigado, nos moldes do parágrafo único do art. 2.º da Lei n.º

9.296/96.4. A descoberta de fatos novos advindos do monitoramento judicialmente autorizado pode resultar na identificação de pessoas inicialmente não relacionadas no pedido da medida probatória, mas que possuem estreita ligação com o objeto da investigação. Tal circunstância não invalida a utilização das provas colhidas contra esses terceiros (Fenômeno da Serendipidade).Precedentes.5. A denúncia deve observar criteriosamente os requisitos do art. 41do Código de Processo Penal, sob pena de inépcia. Entretanto, nos delitos dolosos, mostra-se dispensável a descrição do elemento subjetivo do tipo, bastante a menção do preceito legal, em tese, violado, razão por que inviável a rejeição liminar da peça acusatória. 6. Recurso ordinário desprovido (grifo nosso).⁵⁷

Concordando com tal posicionamento Renato Brasileiro de Lima discorre:

⁵⁷STJ, RHC 28794 Rj 2010/0140512-1, Relator(A): Ministra Laurita Vaz, Data De Julgamento: 06/12/2012, T5 - Quinta Turma, Publicação: 13/12/2012.

Ao cumprir o mandado de busca e apreensão, desde que não haja desvio de finalidade, a polícia pode apreender qualquer objeto que contribua para as investigações, ainda que seja de caráter pessoal e independentemente de ter sido mencionado de forma expressa na ordem do juiz. Isso porque não há necessidade de que a manifestação judicial que defere a cautelar de busca e apreensão esmiúce quais documentos ou objetos devem ser coletados, até mesmo porque tal pormenorização só poderia ser implementada após a verificação do que foi encontrado no local. Portanto, supondo que a ordem judicial diga respeito ao recolhimento de documentos relacionados aos fatos investigados, é perfeitamente possível a apreensão de documento pessoal, capaz de revelar detalhes da vida privada do indivíduo (v.g., agenda pessoal).⁵⁸

Então, como na interceptação telefônica, a busca e apreensão também deverá levar em

⁵⁸Lima, Renato Brasileiro de. **Manual de Processo Penal**, vol. I/ Renato Brasileiro de Lima-2. ed., Niterói, RJ: Impetus, 2012.p. 1022.

consideração a conexão entre as provas surgidas e o mandado. Serão válidas aquelas conhecidas como 1º grau pela doutrina, já as de 2º grau, ou seja, aquelas que não possuem nenhum liame à descrição do mandado não serão totalmente rejeitadas servindo de *notitia criminis* podendo dessa forma ensejar novas investigações.

3.3 As jurisprudências a cerca da Serendipidade em nossos tribunais

Como já foi abordado anteriormente ao se tratar de Serendipidade devem-se analisar os ensinamentos doutrinários e jurisprudenciais a cerca do tema, isto devido à lacuna presente na nossa legislação brasileira quanto ao tema abordado. Como já foi feito uma análise a cerca das disposições doutrinárias, é notável que a corrente majoritária discorra que a prova surgida fortuitamente poderá ser usada e tida como lícita, desde que haja uma conexão com o crime investigado. Quanto ao que se refere aos posicionamentos dos nossos tribunais superiores faremos uma análise do que vem sendo decidido recentemente em suas jurisprudências a cerca da Serendipidade.

No HC com pedido de liminar 2013.00.2.010864-8, tendo como Relatora Sandra de Santis, julgado no dia 13/06/2013, pela 1ª Turma Criminal do TJ-DF, o impetrante foi denunciado pela prática, em tese, dos crimes dos artigos 288, parágrafo único, e 155, §4º, incisos I e IV, ambos do Código Penal e 244-B da Lei 8.069/90. Entre outros pedidos ele sustenta ilegalidade da interceptação da comunicação telefônica por violação do art. 5º, inciso LVI da CF e da Lei 9.296/96.

As investigações tiveram início com objetivo de elucidar a autoria de diversos furtos e roubos que estavam ocorrendo. Utilizando-se de interceptação telefônica identificaram alguns suspeitos. Houve, porém, a necessidade de renovação dessa medida cautelar o que ocorreu regularmente como a lei discrimina, e em nova interceptação revelou-se o nome do paciente como suspeito. Foi verificada assim, a descoberta fortuita possuindo entre si conexão com as investigações iniciais, sendo válida a interceptação telefônica, inexistindo assim violação ao art. 5º da Lei 9.296/96.

HABEAS CORPUS - OPERAÇÃO
FACÇÃO - QUADRILHA ARMADA -
FURTO QUALIFICADO - CORRUPÇÃO

DE MENORES - ATUAÇÃO EM VÁRIOS ESTADOS DA FEDERAÇÃO - INTERCEPTAÇÕES TELEFÔNICAS - LEGALIDADE - INSTRUÇÃO ENCERRADA - ALEGAÇÃO DE EXCESSO DE PRAZO. I. NÃO HÁ ILEGALIDADE NAS INTERCEPTAÇÕES TELEFÔNICAS SE HOUVE REPRESENTAÇÃO POLICIAL INSTRUÍDA COM RELATÓRIO DAS INVESTIGAÇÕES E DECISÃO FUNDAMENTADA QUE DEFERE O PEDIDO E JUSTIFICA A IMPRESCINDIBILIDADE DA MEDIDA EXCEPCIONAL. II. O ARTIGO 5º DA LEI 9.296/96 PERMITE A RENOVAÇÃO DE INTERCEPTAÇÃO TELEFÔNICA E NÃO HÁ ÓBICE À EXTENSÃO A NOVOS NÚMEROS OU A TERCEIRO NÃO MENCIONADO INICIALMENTE. III. O ENCONTRO FORTUITO DURANTE A REALIZAÇÃO DE INTERCEPTAÇÃO TELEFÔNICA DEVIDAMENTE AUTORIZADA PELA AUTORIDADE COMPETENTE É CONSIDERADO PROVA LÍCITA SE DEMONSTRADA A

CONEXÃO ENTRE O FATO
INVESTIGADO E AQUELE
DESCOBERTO. IV. ENCERRADA A
INSTRUÇÃO CRIMINAL FICA
SUPERADA A ALEGAÇÃO DE
CONSTRANGIMENTO POR EXCESSO
DE PRAZO (SÚMULA 52 DO STJ). V.
WRIT PARCIALMENTE ADMITIDO.
ORDEM DENEGADA (grifo nosso).⁵⁹

Em decisão monocrática do processo RHC 50011/ PE, recurso ordinário em habeas corpus 2014/0170879-8, o relator ministro Sebastião Reis Júnior, da sexta turma do STJ, na data de 25/11/2014 onde já havia sido realizada uma investigação para desvendar desvio de verbas públicas Federais envolvendo fornecedoras de merenda escolar. Após isso foi instaurado outro inquérito policial destinado a investigação de crimes contra a administração municipal, que tinham como base as interceptações telefônicas realizadas na operação anterior, além de outras provas.

⁵⁹TJ-DF, HBC 20130020108648 DF 0011693-58.2013.8.07.0000, Relator: SANDRA DE SANTIS, Data de Julgamento: 13/06/2013, 1ª Turma Criminal.

A defesa então alegou a nulidade da interceptação telefônica realizada no inquérito policial originário. Com base na incompetência tanto do Juiz da 4ª vara Federal da seção judiciária de Pernambuco e da Polícia Federal ao realizar a investigação para a defesa, uma vez que não havia conexão com o objeto da operação, os crimes apurados deveriam funcionar apenas como *notitia criminis* a fim de autorizar a instauração de nova investigação, na esfera estadual. Todavia, foi reconhecido o Encontro fortuito de Provas (Serendipidade), pois as provas colhidas em uma interceptação telefônica de terceiro tinha relação com a investigação:

RECURSO EM *HABEAS CORPUS*.
ASSOCIAÇÃO CRIMINOSA E
CONCUSSÃO. PRETENSÃO DE
TRANCAMENTO DA AÇÃO PENAL.
ALEGAÇÃO DE AUSÊNCIA DE JUSTA
CAUSA, CONSUBSTANCIADA NO
ARGUMENTO DE QUE O INQUÉRITO
POLICIAL QUE DEU ORIGEM À AÇÃO
PENAL FOI CONDUZIDO PELA POLÍCIA
FEDERAL. IMPROCEDÊNCIA.
ATRIBUIÇÕES DA POLÍCIA JUDICIÁRIA

QUE NÃO SE CONFUNDEM COM ACOMPETÊNCIA DA JUSTIÇA FEDERAL. POSSIBILIDADE DE A POLÍCIA FEDERAL APURAR CRIMES COM REPERCUSSÃO INTERESTADUAL. INQUÉRITO POLICIAL INSTAURADO MEDIANTE A NOTÍCIA DA OCORRÊNCIA DOS CRIMES DE ASSOCIAÇÃO CRIMINOSA E CONCUSSÃO, ATÉ PARA APURAR A EXTENSÃO E COMPLEXIDADE DA ASSOCIAÇÃO. ILEGALIDADE. AUSÊNCIA. IMPOSSIBILIDADE DE NULIDADES DO INQUÉRITO POLICIAL CONTAMINAREM A AÇÃO PENAL. ALEGAÇÕES DE NULIDADES DECORRENTES DE A INTERCEPTAÇÃO TELEFÔNICA TER SIDO AUTORIZADA PELA JUSTIÇA FEDERAL E DE UTILIZAÇÃO DE PROVA EMPRESTADA NÃO RELACIONADA ÀS MESMAS PARTES. ENCONTRO FORTUITO DE PROVAS. ADMISSIBILIDADE. CONSTRANGIMENTO ILEGAL. AUSÊNCIA. 1. O trancamento de ação penal pela via eleita é cabível apenas quando

manifesta a atipicidade da conduta, a extinção da punibilidade ou a manifesta ausência de provas da existência do crime e de indícios de autoria. 2. As atribuições da Polícia Federal e a competência da Justiça Federal, ambas previstas na [Constituição](#) da República (arts. 108, 109 e 144, § 1º), não se confundem, razão pela qual não há falar que a investigação que deu origem à ação penal foi realizada por autoridade absolutamente incompetente. 3. As atribuições da Polícia Federal não se restringem a apurar infrações em detrimento de bens, serviços e interesses da União, sendo possível a apuração de infrações em prol da Justiça estadual. Precedente. 4. No caso, não há ilegalidade na instauração do inquérito policial pela Polícia Federal, realizada com o fim de investigar a prática dos crimes de concussão e associação criminosa pela recorrente e os corréus, até porque, naquela ocasião, apenas se tinham indícios da ocorrência dos crimes apurados, não se sabendo, ao certo, a extensão da associação criminosa ou a complexidade das infrações, elementos que foram apurados justamente com a instauração da investigação

em que a recorrente e alguns corréus foram indiciados. 5. É cediço neste Superior Tribunal que, não sendo o inquérito policial indispensável à propositura da ação penal e dada sua natureza informativa, eventuais nulidades ocorridas na fase extrajudicial não têm o condão de macular a ação penal. Precedentes. 6. Não prosperam as alegações de que é nula a interceptação telefônica realizada no inquérito policial originário, autorizada pela Justiça Federal, e de que se cuida da utilização de prova emprestada não relacionada às mesmas partes, pois se trata do fenômeno do encontro fortuito de provas, que consiste na descoberta imprevista de delitos que não são objeto da investigação, admitida pela jurisprudência deste Superior Tribunal. 7. Recurso em *habeas corpus* improvido. (grifo nosso).⁶⁰

O Informativo nº 0557 da Quinta Turma do STJ julgou recentemente um caso muito polêmico envolvendo a busca e apreensão em um escritório de

⁶⁰Decisão monocrática do processo RHC 50011/ PE, recurso ordinário em habeas corpus 2014/0170879-8, o relator ministro Sebastião Reis Júnior, da sexta turma do STJ, na data de 25/11/2014.

advocacia, RHC: 39412 SP 2013/0230625-6. Tal polêmica gira em torno da inviolabilidade do escritório de advocacia, previsto no inciso II e o § 6º do art. 7º da Lei 8.906/1994. Em cumprimento ao mandado de busca e apreensão no escritório, expedido com o fim de apreender arma que pertenceria ao estagiário do escritório, a polícia se deparou com aproximadamente 765g de maconha e um revólver, calibre 38, além de 14 cartuchos íntegros numa caixa de metal, conforme consta no acórdão. As provas descobertas fortuitamente foram apreendidas levando-se em consideração o fenômeno da Serendipidade e também a ocorrência de flagrante de dois outros crimes, que são considerados permanentes:

**DIREITO PROCESSUAL PENAL.
ENCONTRO FORTUITO DE PROVAS NO
CUMPRIMENTO DE MANDANDO DE
BUSCA E APREENSÃO EM ESCRITÓRIO
DE ADVOCACIA. É lícita a apreensão, em
escritório de advocacia, de drogas e de
arma de fogo, em tese pertencentes a
advogado, na hipótese em que outro
advogado tenha presenciado o
cumprimento da diligência por solicitação**

dos policiais, ainda que o mandado de busca e apreensão tenha sido expedido para apreender arma de fogo supostamente pertencente a estagiário do escritório – e não ao advogado – e mesmo que no referido mandado não haja expressa indicação de representante da OAB local para o acompanhamento da diligência. De fato, o inciso II e o § 6º do art. 7º da Lei 8.906/1994 dispõem, respectivamente, que são direitos do advogado “a inviolabilidade de seu escritório ou local de trabalho, bem como de seus instrumentos de trabalho, de sua correspondência escrita, eletrônica, telefônica e telemática, desde que relativas ao exercício da advocacia” e que “Presentes indícios de autoria e materialidade da prática de crime por parte de advogado, a autoridade judiciária competente poderá decretar a quebra da inviolabilidade de que trata o inciso II do caput deste artigo, em decisão motivada, expedindo mandado de busca e apreensão, específico e pormenorizado, a ser cumprido na presença de representante da OAB, sendo, em qualquer hipótese, vedada a utilização dos

documentos, das mídias e dos objetos pertencentes a clientes do advogado averiguado, bem como dos demais instrumentos de trabalho que contenham informações sobre clientes”. A finalidade das normas acima transcritas é, claramente, salvaguardar o sigilo da profissão, respeitando-se as informações privilegiadas que os advogados recebem de seus clientes, em homenagem ao princípio da ampla defesa, previsto no art. [5º](#), [LV](#), da [CF](#). No caso em análise, os policiais estavam legitimamente autorizados a ingressar no escritório de advocacia por meio de mandado regularmente expedido, e a determinação de busca e apreensão se deu para o endereço profissional do investigado e não para uma sala ou mesa específica. Não obstante o mandado de busca e apreensão tenha sido expedido para apuração de crime praticado pelo estagiário do escritório, verificou-se, coincidentemente, no cumprimento da medida, a ocorrência flagrantial de dois outros crimes que possuem natureza permanente, ou seja, sua consumação se protraí no tempo. Contraria a razoabilidade

exigir-se dos policiais envolvidos na diligência que fingissem não ter visto os crimes, para solicitar, a posteriori, um mandado específico de busca e apreensão para o escritório do advogado. Essa medida contrariaria o art.301 do [CPP](#): “Qualquer do povo poderá e as autoridades policiais e seus agentes deverão prender quem quer que seja encontrado em flagrante delito”. Desse modo, não há excesso por parte dos policiais envolvidos na busca e apreensão, uma vez que a busca em todo o escritório era necessária, haja vista que a arma de fogo pertencente ao estagiário poderia estar escondida em qualquer lugar do escritório, o que justifica a busca em todo o ambiente, e não apenas nos locais, em princípio de exercício da função de estagiário. Ressalte-se que a localização de elementos que configuram outros crimes, praticados por pessoa que não figura como objeto do mandado de busca e apreensão, insere-se na hipótese nominada pela doutrina de “encontro fortuito de provas”. Ademais, em que pese a não indicação expressa de representante da OAB local para o acompanhamento da

diligência, foi solicitado, pelos policiais nela envolvidos, que um advogado estivesse presente e acompanhasse o cumprimento do mandado de busca e apreensão no escritório. Sendo assim, aplicando-se o princípio da instrumentalidade das formas, a finalidade da norma foi atingida, não havendo que se falar em nulidade, mas sim, se muito, em mera irregularidade. (grifo nosso).⁶¹

No HC 300684/RS, relator Ministro Felix Fischer, Órgão Julgador quinta turma do STJ, na data 17/03/2015, no pedido de habeas corpus substitutivo de recurso especial também foi reconhecido o fenômeno da Serendipidade nos casos de interceptações telefônicas desde que haja relação com a investigação:

PROCESSUAL PENAL. HABEAS CORPUS
SUBSTITUTIVO DE RECURSO ESPECIAL.
NÃO CABIMENTO. FATO DELITUOSO
DESCOBERTO A PARTIR DA
INTERCEPTAÇÃO TELEFÔNICA

⁶¹STJ - RHC: 39412 SP 2013/0230625-6, Relator: Ministro FELIX FISCHER, Data de Julgamento: 03/03/2015, T5 - QUINTA TURMA, Data de Publicação: DJe 17/03/2015.

AUTORIZADA EM RELAÇÃO A TERCEIRO. NULIDADE. INOCORRÊNCIA. ENCONTRO FORTUITO DE PROVAS (SERENDIPIDADE). PEDIDO DE JUNTADA DE MÍDIAS AOS AUTOS. INOVAÇÃO RECURSAL. PRECLUSÃO. NULIDADE RELATIVA. EFETIVA DEMONSTRAÇÃO DE PREJUÍZO. INOCORRÊNCIA. HABEAS CORPUS NÃO CONHECIDO. I - A Primeira Turma do col. Pretório Excelso firmou orientação no sentido de não admitir a impetração de habeas corpus substitutivo ante a previsão legal de cabimento de recurso ordinário (v.g.: HC 109.956/PR, Rel. Min. Marco Aurélio, DJe de 11/9/2012; RHC 121.399/SP, Rel. Min. Dias Toffoli, DJe de 1º/8/2014 e RHC 117.268/SP; Rel. Min. Rosa Weber, DJe de 13/5/2014). As Turmas que integram a Terceira Seção desta Corte alinharam-se a esta dicção, e, desse modo, também passaram a repudiar a utilização desmedida do writ substitutivo em detrimento do recurso adequado (v.g.: HC 284.176/RJ, Quinta Turma, Rel. Min. Laurita Vaz, DJe de 2/9/2014; HC 297.931/MG, Quinta Turma, Rel. Min. Marco Aurélio Bellizze, DJe de

28/8/2014; HC 293.528/SP, Sexta Turma, Rel. Min. Nefi Cordeiro, DJe de 4/9/2014 e HC 253.802/MG, Sexta Turma, Rel. Min. Maria Thereza de Assis Moura, DJe de 4/6/2014). II - Portanto, não se admite mais, perfilhando esse entendimento, a utilização de habeas corpus substitutivo quando cabível o recurso próprio, situação que implica o não-conhecimento da impetração. Contudo, no caso de se verificar configurada flagrante ilegalidade apta a gerar constrangimento ilegal, recomenda a jurisprudência a concessão da ordem de ofício. III - Consta do v. acórdão reprochado que a descoberta da dinâmica delitiva em relação aos pacientes originou-se a partir da interceptação telefônica autorizada para investigar um terceiro. IV - Na linha da jurisprudência desta eg. Corte, entende-se por encontro fortuito de provas (serendipidade) a possibilidade de utilização de prova obtida a partir da interceptação telefônica autorizada para investigar fato delituoso de terceiro, desde que haja relação com o fato objeto da investigação. (Precedentes). V - De acordo com a jurisprudência pacificada do col. Supremo Tribunal Federal, sumulado no enunciado n.

523, "no processo penal, a falta da defesa constitui nulidade absoluta, mas a sua deficiência só o anulará se houver prova de prejuízo para o réu". VI - In casu, o pedido de juntada das mídias contendo os áudios somente foi aventado em sede recursal, incorrendo a demonstração do prejuízo aos pacientes, operando-se, portanto, o fenômeno da preclusão. (Precedentes). Habeas corpus não conhecido (grifo nosso).⁶²

Também corroborando com o posicionamento do STJ o STF declarou no HC: 126811 AP, do Relator: Min. GILMAR MENDES, na data de 25/02/2015 a presença da Serendipidade na medida de busca e apreensão e da validade das provas encontradas.

Decisão: Trata-se de habeas corpus, com pedido de medida liminar, impetrado por Demetrio Weill Pessoa Ramos e outros, em favor de José Júlio de Miranda Coelho, contra decisão proferida pelo Ministro João

⁶²STJ - HC: 300684 RS 2014/0192159-6, Relator: Ministro FELIX FISCHER, Data de Julgamento: 17/03/2015, T5 - QUINTA TURMA, Data de Publicação: DJe 25/03/2015.

Otávio de Noronha, do Superior Tribunal de Justiça (STJ), nos autos da Ação Penal 686. Extrai-se dos autos que o paciente foi denunciado por suposta prática dos crimes descritos nos arts. 12 e 16 da Lei 10.826/03, pelo fato de, no dia 25.5.2011, terem sido encontrados no interior de sua residência munições de uso restrito (um cartucho de munição calibre 9 mm e quatro cartuchos de munição calibre 357) e 2 (duas) armas de fogo de uso permitido, registradas em seu nome, mas com o certificado expirado, em desacordo com autorização legal e regulamentar. A Corte Especial do Superior Tribunal de Justiça recebeu a denúncia, por maioria de votos, nos seguintes termos: AÇÃO PENAL ORIGINÁRIA. RECEBIMENTO DA DENÚNCIA. POSSE DE ARMA DE FOGO DE USO PERMITIDO, MAS COM REGISTRO VENCIDO. POSSE DESAUTORIZADA DE MUNIÇÃO DE USO RESTRITO. CONSELHEIRO DO TRIBUNAL DE CONTAS DO ESTADO. DENÚNCIA PELA PRÁTICA DOS CRIMES PREVISTOS NO ARTS. 12 E 16 DA LEI N. 10.826/2003. 1. É

permitido o recebimento da denúncia por delito diferente daquele capitulado equivocadamente na inicial acusatória, especialmente se considerado que o equívoco consiste em erro material que não prejudicou a defesa do acusado. 2. O acusado defende-se dos fatos que lhe são imputados, e não da tipificação feita na denúncia. 3. A posse ilegal/irregular de armas e munições é crime permanente, cuja consumação se protraí no tempo, perdurando o flagrante delito enquanto não cessar a permanência. 4. A apreensão decorrente do conhecimento fortuito da posse ilegal/irregular das armas e munições não implica extrapolação ou nulidade do mandado expedido para a busca e apreensão de objetos referentes a crime diverso. O mandado foi adequadamente expedido, mas a apreensão decorreu do flagrante constatado no interior da residência do acusado. [...] Ainda que não ocorresse esse fenômeno, é incontroverso que a finalidade do mandado de busca e apreensão não era o de apreender armas, conforme se infere da simples leitura do teor do mandado de fl. 54. Portanto, o que a defesa pretendia com as

testemunhas da acusação, que é demonstrar um suposto "desvio de finalidade", está objetivamente constatado. Em outras palavras, o encontro das armas foi fortuito, e isso é incontroverso. As consequências jurídicas disso constituem matéria de direito, de modo que as testemunhas pouco auxiliarão a defesa com seus depoimentos. [...] Advirta-se, outrossim, que a insurgência da defesa quanto à apreensão fortuita das armas irregulares, por ocasião do mandado de busca e apreensão, não encontra respaldo na jurisprudência desta Corte. De fato, não sobejam dúvidas que o objeto do mandado de busca e apreensão não abrangeu as armas, sendo pacífica, entretanto, a plena validade das provas descobertas casualmente, conforme se infere do fenômeno da “serendipidade”. Consigne-se que a serendipidade”, tradução literal do vocábulo inglês serendipity, nada mais é que a descoberta casual de delitos que não são objeto da investigação, hipótese que, por si só, não implica a nulidade da prova. Ao revés, o fenômeno é acolhido pela jurisprudência pátria. Nesse sentido,

confirmam-se: AGRAVO REGIMENTAL EM AGRAVO DE INSTRUMENTO. INTERCEPTAÇÃO TELEFÔNICA LICITAMENTE CONDUZIDA. ENCONTRO FORTUITO DE PROVA DA PRÁTICA DE CRIME PUNIDO COM DETENÇÃO. LEGITIMIDADE DO USO COMO JUSTA CAUSA PARA OFERECIMENTO DE DENÚNCIA. AGRAVO REGIMENTAL DESPROVIDO. 1. O Supremo Tribunal Federal, como intérprete maior da Constituição da República, considerou compatível com o art. 5º, XII e LVI, o uso de prova obtida fortuitamente através de interceptação telefônica lícitamente conduzida, ainda que o crime descoberto, conexo ao que foi objeto da interceptação, seja punido com detenção. 2. Agravo Regimental desprovido”. (AI 626.214 AgR/MG, Rel. Min. Joaquim Barbosa, DJe 08-10-2010)“PENAL E PROCESSO PENAL. COMPETÊNCIA. CONEXÃO. INEXISTÊNCIA. ADITAMENTO DA DENÚNCIA. SISTEMA ACUSATÓRIO. 1. O princípio acusatório é vulnerado de forma reflexa nas

hipóteses em que a decisão do magistrado, após a manifestação do Ministério Público Federal no sentido de remessa dos autos ao juízo competente, determina o aditamento da denúncia para incluir fatos constantes do relatório policial em função da conexão. 2. O sistema acusatório confere ao Ministério Público, exclusivamente, na ação penal pública, a formação do *opinio delicti*, separando a função de acusar daquela de julgar. 3. A conexão permite o Juízo disputar a competência para julgamento do feito, mas não o autoriza, a pretexto do *liame probatório*, a superar o *dominus litis*, o Ministério Público, e determinar o oferecimento de denúncia contra o impetrante, formulando prévio juízo de culpa, gerador de nulidade processual. 4. A conexão intersubjetiva ou instrumental decorrente de encontro fortuito de prova que nada tem a ver com o objeto da investigação principal, não tem o condão de impor o *unumet idem iudex*, máxime com vulneração do princípio acusatório. 5. A conexão no processo dá-se em favor da jurisdição de modo a facilitar a colheita da prova, evitar decisões

contraditórias e permitir cognição mais profunda e exauriente da matéria posta a julgamento. O simples encontro fortuito de prova de infração que não possui relação com o objeto da investigação em andamento não enseja o *simultaneusprocessus*. 6. In casu, durante a Operação Abate” que investigava fraude na obtenção de selo sanitário em frigoríficos no estado de Rondônia, descobriu-se esquema de corrupção envolvendo diversos órgãos federais e estaduais, autarquias e instituições financeiras públicas e privadas com a finalidade de obtenção de vantagem ilícita pelas empresas da família Bihl, no estado do Mato Grosso. O impetrante, ex-funcionário do Ministério da Integração Nacional, supostamente emitiu cartas de anuência mediante fraude para facilitar a formalização de hipoteca pelas empresas do Grupo Bihl. 7. Recurso parcialmente provido para remeter o aditamento da denúncia, apenas em relação ao recorrente, à Justiça Federal no Distrito Federal, com traslado integral dos autos”. (RHC 120379/ RO, Rel. Min. Luiz Fux, DJe 24-10-2014) Feitas as considerações

pertinentes, ressalvo a minha posição pessoal, mas, em homenagem ao princípio do colegiado, adoto a orientação no sentido de não conhecer deste habeas corpus. Ante o exposto, nego seguimento ao presente habeas corpus, por ser manifestamente incabível (art. 21, § 1º, do RI/STF). (grifo nosso)⁶³.

No Processo APn 690 TO 2007/0170824-2, do Relator Ministro JOÃO OTÁVIO DE NORONHA, com julgamento no dia 15/04/2015 pelo Órgão Julgador CE - CORTE ESPECIAL, publicação ocorrida em 22/05/2015, foram denunciados 18 pessoas entre eles desembargadores que foram acusados por venda de decisões judiciais. Os fatos foram descobertos por meio da quebra de sigilo telefônico de um inquérito relativo ao crime de moeda falsa, que por meio disso percebeu-se que um determinado advogado era suspeito de negociações de decisões judiciais. Isto deu ensejo a um novo inquérito para a apuração do crime suspeito. Notamos aqui a presença da Serendipidade, em seu segundo grau, onde a prova será admitida mesmo que

⁶³STF - HC: 126811 AP , Relator: Min. GILMAR MENDES, Data de Julgamento: 25/02/2015, Data de Publicação: DJe-041 DIVULG 03/03/2015 PUBLIC 04/03/2015.

não haja conexão ou continência, desde que a interceptação seja legal, sendo utilizada como uma *notitia criminis*.

PENAL E PROCESSO PENAL. FATOS TÍPICOS ENVOLVENDO DESEMBARGADORES DE TRIBUNAL DE JUSTIÇA. 21 DENÚNCIAS EM UMA ÚNICA PEÇA. DENÚNCIAS Sãs E INEPTAS MESCLADAS, RECEBIDAS E REJEITADAS CONFORME APTIDÃO À PERSECUÇÃO PENAL. TRÊS NÚCLEOS ATIVOS DISTINTOS NA NEGOCIAÇÃO DE DECISÕES JUDICIAIS. OUTROS DELITOS ISOLADOS. CÚMULO OBJETIVO E SUBJETIVO. APOSENTADORIA COMPULSÓRIA DE DESEMBARGADORES PELO CONSELHO NACIONAL DE JUSTIÇA NO CURSO DO INQUÉRITO. CONEXÃO PELA PARTICIPAÇÃO DE DESEMBARGADORES EM MAIS DE UM NÚCLEO. NECESSIDADE DE APRECIÇÃO PROBATÓRIA UNIFORME E VÍNCULO TELEOLÓGICO DOS FATOS. CONCUSSÃO,

CORRUPÇÃO ATIVA E PASSIVA
("VENDA DE SENTENÇA").
CORRUPÇÃO PASSIVA NA
MODALIDADE "RECEBER".
BILATERALIDADE. DESCRIÇÃO DOS
FATOS RELATIVOS AO CORRUPTOR
ATIVO, AINDA QUE NÃO
DENUNCIADO. NÃO OCORRÊNCIA DE
OFENSA AO PRINCÍPIO DA
INDIVISIBILIDADE DA AÇÃO PENAL.
PAGAMENTO FACILITADO DE
PRECATÓRIO. CONCUSSÃO CONTRA
OS BENEFICIÁRIOS CARACTERIZADA
EM TESE. ACORDOS JUDICIAIS
IRREGULARES COM O ESTADO.
BENEFICIÁRIOS DESEMBARGADORES.
CRIME CONTRA A ADMINISTRAÇÃO
PÚBLICA. ASSOCIAÇÃO CRIMINOSA.
INTERCEPTAÇÃO TELEFÔNICA APTA
A SERVIR DE LASTRO PROBATÓRIO.
PRINCÍPIO DA "SERENDIPIDADE". 1. A
denúncia deve ser recebida quando descreve
condutas concretas que se subsumem a
normas penais abstratas (art. 41 do CPP) e,
além disso, esteja respaldada por um início de
prova razoável (justa causa). No caso,

verificam-se 21 acusações distintas contra 18 pessoas, que formam, portanto, 21 denúncias em peça inicial única. Necessidade de apreciação da aptidão de cada uma delas para se tornar ação penal. 2. Propostas de acusação contra desembargadores que perdem o cargo por decisão do Conselho Nacional de Justiça devem, em princípio, pelo cancelamento da Súmula n. 394 do STF, ser remetidas ao órgão competente de primeiro grau. Exceções ao princípio, conforme Súmula n. 704 do STF. Conexão verificada tanto do ponto de vista instrumental quanto pela organicidade dos grupos que atuavam no Tribunal. Demais denúncias respeitantes a ex-desembargadores sobre fatos isolados e sem conexão com os núcleos observados na investigação devem ser remetidas à instância comum. 3. Decisão pela interceptação telefônica por juiz de primeiro grau de pessoas sem foro especial. Aproveitamento na denúncia de diálogos dessas pessoas. Absoluta irrelevância probatória de único diálogo fortuitamente captado, quando o inquérito já estava no Superior Tribunal de Justiça, da pessoa interceptada com desembargador. 4. Durante

a interceptação das conversas telefônicas, pode-se divisar fatos diversos daqueles que a ensejaram. Princípio da "serendipidade". A limitação do prazo de 15 dias para interceptação de conversas telefônicas não constitui óbice à renovação do pedido de monitoramento por mais de uma vez. A repetição dos fundamentos na decisão de prorrogação não representa falta de fundamentação legal. Prova são. 5. Receber dinheiro para manipular decisões em favor de uma parte específica, com a intermediação de advogados, preenche os elementos do tipo da corrupção passiva. 6. Exigir de beneficiários de precatórios cerca de 50% do seu valor para quebrar a ordem de pagamento e apressá-lo mediante vantagem paga a desembargadores competentes para a liberação da verba constitui, em tese, concussão. 7. Núcleos de advogados e magistrados que se organizam para vender decisões judiciais e facilitar o pagamento de precatórios, com papéis definidos de cada um dos membros respectivos de forma estável e sistemática, constituem, em tese, associação criminosa. 8. Concerto entre procuradores estaduais e

desembargadores a fim de receberem indenizações oriundas de acordos dolosa e maliciosamente celebrados com o Estado representa teoricamente o crime contra a administração pública. 9. Demais denúncias recebidas e rejeitadas ou rejeitadas parcialmente, conforme a imputação e início de prova razoavelmente consistente.(grifo nosso).⁶⁴

Na APL: 00651517420118260050 SP 0065151-74.2011.8.26.0050, Relator: Souza Nery, julgada em 26/06/2015 pela 6ª Câmara Criminal Extraordinária, publicado em 26/06/2015, na qual o apelante encontrava-se inconformado com a sentença que o condenou pelo crime de posse irregular de artefatos explosivos, sustentando a ilicitude da prova tendo em vista a violação de seu domicílio sem autorização judicial. O encontro dos artefatos ocorreu de forma fortuita, uma vez os policiais realizaram as diligências procurando por outros objetos suspeitos de um crime de sequestro, cabendo destacar que a entrada do policial foi autorizada pelo colega que

⁶⁴STJ - APn: 690 TO 2007/0170824-2, Relator: Ministro JOÃO OTÁVIO DE NORONHA, Data de Julgamento: 15/04/2015, CE - CORTE ESPECIAL, Data de Publicação: DJe 22/05/2015.

também residia ali, não tendo do que se falar em prova ilícita.

Processo Penal. Prova. Licidade. Encontro fortuito, em diligências realizadas para investigação de outro crime atribuído ao apelante. Serendipidade. Jurisprudência do STJ. Entrada no domicílio autorizada por colega de apartamento. Flagrante permanente. Processo Penal. Prova. Negativa do réu que se mostra isolada em relação ao restante do conjunto probatório. Condenação Mantida. Penal. Dosimetria. Ausência de comprovação de que os artefatos explosivos foram obtidos com abuso de poder ou violação de dever inerente ao cargo. Afastamento da agravante do art. 61, II, g. Penal. Regime e penas alternativas. Imposição de regime semiaberto e negativa de substituição bem justificadas em razão das circunstâncias judiciais desfavoráveis.(grifo nosso).⁶⁵

⁶⁵ TJ-SP - APL: 00651517420118260050 SP 0065151-74.2011.8.26.0050, Relator: Souza Nery, Data de Julgamento: 26/06/2015, 6ª Câmara Criminal Extraordinária, Data de Publicação: 26/06/2015.

No Processo HC 00001670520157000000 MT, da Relatora Maria Elizabeth Guimarães Teixeira Rocha, com Julgamento ocorrido no dia 08/09/2015 e publicação 01/10/2015 notamos a presença da Serendipidade de Segundo grau, em que a descoberta fortuita por não conter conexão ou continência com o delito que desencadeou a investigação, foi utilizada como *notitia criminis* dando ensejo à uma nova investigação. Segundo o impetrante ele foi ouvido na condição de testemunha nos autos de um inquérito para apurar um suspeito depósito bancário. Assim durante a investigação do inquérito descobriu-se ocasionalmente a descoberta de um crédito suspeito que serviu como *notitia criminis* para a instauração de um novo inquérito policial militar. Mesmo o impetrante alegando que seu depoimento foi feito como de uma testemunha e portanto não poderia ser utilizado contra si levando-se em consideração as garantias constitucionais, como por exemplo, do silêncio, do fato de ninguém ser obrigado a produzir provas contra si mesmo, a ação penal instaurada seguiu os trâmites normais, não sendo este fato suficiente para seu trancamento uma vez que este não foi o único embasamento da denúncia.

HABEAS CORPUS. DENÚNCIA QUE NARRA A OCORRÊNCIA DE UM ILÍCITO PENAL. SERENDIPIDADE. PRESCINDIBILIDADE DO IPM. OITIVA DO INVESTIGADO COMO TESTEMUNHA. VIOLAÇÃO DO DIREITO AO SILÊNCIO. CONCESSÃO DE OFÍCIO DA ORDEM. DESENTRAMENTO DO ELEMENTO DE INFORMAÇÃO. A exordial acusatória narra, indubitavelmente, a ocorrência de um ilícito penal, estando instruída com elementos informativos da autoria e da materialidade delitivas. Mais, a Denúncia não foi baseada exclusivamente no Termo de Inquirição de Testemunha do paciente. O início das investigações, relativamente aos fatos narrados neste habeas, não ocorreu devido ao Termo de Inquirição de Testemunha do paciente, e sim em razão do encontro fortuito de provas consubstanciado nos autos do IPM nº 93-40.2013.7.09.0009. Fenômeno da serendipidade, segundo o qual se considera válida a prova encontrada meramente ao acaso. Encontro fortuito de segundo grau. O inquérito policial é peça

meramente informativa e prescindível para deflagração da persecutio criminis. Em virtude disso, eventual vício nessa fase procedimental, em regra, constitui mera irregularidade, sem o condão de invalidar a ação penal devidamente instaurada e instruída de acordo com os princípios e garantias constitucionais a ela inerentes. Sem embargo, a cópia do Termo de Inquirição de Testemunha do paciente (fl. 17) demonstrou que sua oitiva se deu na condição jurídica de testemunha, e não de investigado. Dessa forma, o paciente não foi advertido de sua garantia constitucional ao silêncio quando de sua oitiva no Inquérito Policial Militar, vindo a produzir elementos de informações contra si próprio. Destarte, o desentranhamento do depoimento, pela autoridade coatora (Juiz-Auditor da Auditoria da 9ª CJM), revela-se necessário para coibir práticas desta natureza, calcadas em violação de direitos fundamentais consagrados na Constituição Federal e no direito internacional. Aplicação do art. 157 do CPP, com a redação dada pela Lei 11.690/2008, concedendo a ordem de ofício

para ser desentranhado do processo o elemento de informação ilícito. Ordem conhecida e denegada por falta de amplo legal. Concessão exofficio. Decisão unânime.(grifo nosso).⁶⁶

No Habeas Corpus N° 70061135893, Tribunal de Justiça do RS, Relator Julio Cesar Finger, Julgado em 01/10/2014, neste caso houve a decretação de interceptação telefônica afim de se verificar a presença de infrações penais e a impetrante sustenta a ilicitude das interceptações telefônicas bem como o desentranhamento das interceptações e das demais provas delas derivadas.

No caso houve a descoberta de novos suspeitos apenas no curso das interceptações sendo isto válido como meio de prova, conhecida como Serendipidade das interceptações, que no caso em tela há a presença de conexão ou continência, se tratado assim da Serendipidade de 1° grau.

HABEAS CORPUS. ASSOCIAÇÃO
PARA O TRÁFICO. ALEGADA

⁶⁶STM - HC: 00001670520157000000 MT , Relator: Maria Elizabeth Guimarães Teixeira Rocha, Data de Julgamento: 08/09/2015, Data de Publicação: Data da Publicação: 01/10/2015 Vol: Veículo: DJE

ILICITUDE DAS INTERCEPTAÇÕES TELEFÔNICAS. INTERCEPTAÇÃO POR PROSPECÇÃO. NECESSIDADE DE PRÉVIA APURAÇÃO DOS FATOS. SERENDIPIDADE DAS INTERCEPTAÇÕES. PRORROGAÇÃO E TRANSCRIÇÃO INTEGRAL DAS ESCUTAS. EXCESSO DE PRAZO. SÚMULA 52 DO STJ. 1. Paciente preso preventivamente pela prática, em tese, do delito de associação para o tráfico. A impetrante sustenta a ilicitude das interceptações telefônicas, pois realizadas sem prévia apuração dos fatos, postulando o desentranhamento das interceptações e das demais provas delas derivadas, e a declaração de nulidade absoluta do feito, desde a origem. Alega que as interceptações foram renovadas inúmeras vezes, sem a necessária comprovação da sua indispensabilidade e fundamentação. Sustenta que houve violação aos princípios da ampla defesa e contraditório, pois as interceptações telefônicas não foram integralmente transcritas. Alega que há excesso de prazo na formação da culpa, pois

o paciente está preso há sete meses, sem que a instrução tenha sido encerrada e sem que exista previsão de encerramento. 2. Não há falar em interceptação por prospecção no presente caso, tendo em vista as diligências prévias realizadas pela autoridade policial. Demonstração da existência de indícios de autoria e da indispensabilidade das interceptações, nos termos da Lei nº 9.296/96. 3. Serendipidade das interceptações. Descoberta fortuita de fato conexo ao investigado e/ou de continência. Validade da prova... obtida. Precedente. 4. Possibilidade de prorrogações sucessivas das interceptações quando se mostrarem necessárias à apuração do fato. Precedentes. 5. Desnecessidade de transcrição integral das interceptações. Possibilidade de transcrição dos trechos que interessam à denúncia. Precedentes. 6. Alegação de excesso de prazo ficou superada pelo encerramento da instrução (Súmula 52 do STJ). 7. Inexistência de constrangimento ilegal. **ORDEM DENEGADA.**(grifo nosso).⁶⁷

⁶⁷ Habeas Corpus Nº 70061135893, Primeira Câmara Criminal, Tribunal

Analisando as Jurisprudências dos demais Tribunais ocorridas no passar dos anos até o presente momento podemos verificar que é pacífico o entendimento em todos eles a respeito da prova surgida fortuitamente durante as diligências realizadas.

A validade do princípio da Serendipidade se faz presente dessa forma em nossa legislação, mesmo que tal assunto não tenha uma norma positivada, devendo-se levar em consideração as posições doutrinárias, uma vez que quando a legislação possui lacunas sobre determinado assunto deve-se recorrer as demais fontes do direito.

Ao se tratar de descobertas fortuitas de provas aquelas que tenham conexão com a infração investigada inicialmente, ou seja, a conhecida Serendipidade de primeiro grau, possuíram valor probatório e serão utilizadas dentro do mesmo processo. Já aquelas que não possuírem conexão ou continência serão utilizadas apenas como *notitia criminis*, e assim darão início a uma futura investigação.

Hora alguma essas provas serão consideradas como ilícitas apenas pelo fato de terem surgidas

casualmente no processo. No entanto tais provas devem respeitar os requisitos legais de tais diligências, para que assim as mesmas não sejam eivadas de vícios.

CONSIDERAÇÕES FINAIS

O Princípio da Serendipidade não tem previsão legal em nosso ordenamento jurídico o que gera várias correntes divergentes entre si, seja na doutrina ou na jurisprudência, questionando-se a validade ou não dessa prova que surge fortuitamente.

Com relação às provas surgidas fortuitamente durante as diligências policiais, seja na interceptação telefônica ou na busca e apreensão, serão consideradas válidas, como defende a corrente majoritária da doutrina e a jurisprudência de nossos tribunais. No entanto, como requisito de validade, exige-se que a Serendipidade presente seja a de primeiro grau, ou seja, que as provas encontradas tenham conexão com o crime que originou as diligências. Caso as provas encontradas não possuem conexão com o crime, as mesmas não serão totalmente descartadas servindo no caso como *notitia criminis*, e darão início a um novo procedimento investigatório.

As provas surgidas pelo princípio da Serendipidade serão válidas, porém elas só vão ser consideradas lícitas se respeitarem os requisitos das diligências, ou seja, por exemplo, no caso da interceptação telefônica e da busca e apreensão, caso

seja violado algum requisito na diligência, a medida se torna ilícita, pois fere os preceitos constitucionais de inviolabilidade da privacidade, do domicílio, entre outros. Dessa forma a prova fortuita é um tipo de prova como outro qualquer, devendo respeitar as normais legais impostas aos tipos de provas em nossa legislação.

Mesmo que essas provas possam parecer uma violação a alguns princípios estejam elas de acordo com os requisitos em lei serão lícitas devendo-se levar em consideração o juízo de razoabilidade e da proporcionalidade, pois a solução de um crime é um bem maior e este deve sobrepor a alguns pontos de mera formalidade, como por exemplo, em uma interceptação telefônica que se descobre uma terceira pessoa envolvida que não estava sendo investigada, mas que tem conexão com o crime utilizado, esta interceptação valerá como prova, pois a interceptação originária era lícita e cumpria todos os ditames legais sendo válidas as provas surgidas ao mero acaso e conexas nessa medida cautelar.

Se fossemos seguir o entendimento de que não poderia ser utilizada a interceptação neste caso, este crime ficaria impune. Então, analisando por este ponto de vista concordamos com a parte da doutrina que afirma ser possível a utilização de tais provas

surgidas na interceptação levando em consideração que as garantias constitucionais não podem servir como escudo, ou seja, como um meio de proteger a prática de crimes por não possuírem caráter absoluto.

Dessa forma, as provas que surgirem fortuitamente serão válidas desde que não tenham relação com meios ilícitos, e serão utilizadas no processo desde que haja conexão com o crime anterior. Caso não haja serão utilizadas como meio para dar ensejo a uma nova investigação, ficando evidente a extrema importância das provas surgidas pelo princípio da Serendipidade para o processo penal brasileiro.

REFERÊNCIAS BIBLIOGRÁFICAS

ARANHA, Adalberto José Q. T. de Camargo. **Da prova no Processo Penal**. 7.ed. São Paulo: Saraiva, 2006.

AVOLIO, Luiz Francisco Torquato. **Provas Ilícitas: Interceptações Telefônicas e Gravações Clandestinas**. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1995.

BADARÓ, Gustavo Henrique RighiIvahy. **Direito Processual Penal: Tomo I/ Gustavo Badaró, Márcia Dinamarco**. Rio de Janeiro: Elsevier, 2008.

BALTAZAR JR. José Paulo. **Dez anos da lei da interceptação telefônica (Lei 9296 de 24 de julho de 1996. Interpretação Jurisprudencial e anteprojeto de mudança**. Revista Jurídica. São Paulo, Ano 54, dezembro de 2006, nº 350.

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

GOMES, Luis Flávio; CERVINI, Raúl. **Interceptação Telefônica: Lei 9296 de 24.07.96**. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1997.

GOMES, Luiz Flávio; CUNHA, Rogério Sanches. **Legislação Criminal Especial. Coleção Ciências Criminais**. Vol. 6. São Paulo: Editora

Revista dos Tribunais, 2009. Disponível em <<http://www.webartigos.com/artigos/a-serendipidade-na-interceptacao-telefonica-e-telematica/124202/#ixzz3L8uZcOV5>> acesso 06 de dez de 2014.

GRINOVER, Ada Pellegrini. **As provas Ilícitas na Constituição**. São Paulo: Livro de Estudos Jurídicos, 1989.

GRINOVER. Ada Pellegrini. **O Processo em Evolução**. 2 ed. Rio de Janeiro: Forense Universitária, 1998.

Lima, Renato Brasileiro de. **Manual de Processo Penal, vol. I/ Renato Brasileiro de Lima-2. ed.**, Niterói,RJ: Impetus, 2012.

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

MACHADO, Antônio Alberto. **Curso de processo penal**. 3.ed. São Paulo: Atlas, 2010.

MENDONÇA, Rachel Pinheiro de Andrade. **Provas ilícitas: limites à licitude probatória**. 2.ed., rev. e ampl., Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2004.

MIRABETE, Julio Fabbrini. **Código de Processo Penal interpretado**. 11ª ed. São Paulo: Atlas, 2003.

NESTOR TÁVORA, Rosmar Rodrigues Alencar. **Curso de direito processual penal**.5.ed. Salvador: Juspodivm, 2011.

NUCCI, Guilherme de Souza. **Código de processo penal comentado**. 8.ed., rev., atual. eampl. 2ª tir. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2008.

NUCCI, Guilherme de Souza. **Manual de processo penal e execução penal**. 5ª ed. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2008.

OLIVEIRA, Eugênio Pacelli de. **Curso de processo penal**. 11.ed. atual. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2009.

OLIVEIRA, Eugênio Pacielli. **Curso de processo penal**.17.ed. São Paulo: Atlas, 2013.

PITOMBO, Cleunice A. Valentim Bastos. **Da busca e da apreensão no processo penal**. 2ª ed., São Paulo: Revista dos Tribunais, 2005.

PRADO, Geraldo. **Limite as interceptações telefônicas e a Jurisprudência do Superior Tribunal de justiça**.2.ed Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2006.

RANGEL, Paulo. **Direito Processual Penal**. 16ª Ed. Editora Lumen Juris: Rio de Janeiro, 2009.

SILVA, Cesar Dario Mariano da. **Provas Ilícitas**. 6.ed. Editora Atlas, São Paulo, 2010.

TOURINHO FILHO, Fernando da Costa. **Processo Penal, vol. 1.** 1ª ed. Bauru: Javoli, 1979.

WYNN, Charles M., WIGGINS, Arthur W. **As Cinco Maiores Idéias da Ciência.** Tradução de Roger Maioli. São Paulo: Ediouro, 2002. Disponível em < <http://www.webartigos.com/artigos/a-serendipidade-na-interceptacao-telefonica-e-telematica/124202/#ixzz3L7MivWHm>> Acesso 06 dez de 2014.