

**UNIVERSIDADE FEDERAL DA PARAÍBA – UFPB
CENTRO DE CIÊNCIAS JURÍDICAS – CCJ
COORDENAÇÃO DO CURSO DE DIREITO – CAMPUS JOÃO PESSOA
COORDENAÇÃO DE MONOGRAFIA**

EVANDIR VIRGULINO DE SOUZA

**PRINCÍPIO DA SERENDIPIDADE: o encontro fortuito da prova no processo penal e a
jurisprudência correlata**

**JOÃO PESSOA
2018**

EVANDIR VIRGULINO DE SOUZA

PRINCÍPIO DA SERENDIPIDADE: o encontro fortuito da prova no processo penal e a jurisprudência correlata

Trabalho de Conclusão de Curso apresentado ao Curso de Graduação em Direito de João Pessoa do Centro de Ciências Jurídicas da Universidade Federal da Paraíba como requisito parcial da obtenção do grau de Bacharel em Direito.

Orientadora: Ms. Lenilma Cristina Sena de Figueiredo Meirelles

**JOÃO PESSOA
2018**

Souza, Evandir Virgulino de.

S729p

PRINCÍPIO DA SERENDIPIDADE: o encontro fortuito da prova no processo penal e a jurisprudência correlata / Evandir Virgulino de Souza. - João Pessoa, 2018.

51 f.

Orientação: Ms. Lenilma Cristina Sena de Figueiredo Meirelles.

Monografia (Graduação) - UFPB/CCJ.

1. Processo penal. Provas. Serendipidade. I. Sena de Figueiredo Meirelles, Lenilma Cristina.

II. Título.

UFPB/CCJ

EVANDIR VIRGULINO DE SOUZA

PRINCÍPIO DA SERENDIPIDADE: o encontro fortuito da prova no processo penal e a jurisprudência correlata

Trabalho de Conclusão de Curso apresentado ao Curso de Graduação em Direito de João Pessoa do Centro de Ciências Jurídicas da Universidade Federal da Paraíba como requisito parcial da obtenção do grau de Bacharel em Direito.

Orientadora: Ms. Lenilma Cristina Sena de Figueiredo Meirelles

DATA DA APROVAÇÃO: 13 DE NOVEMBRO DE 2018

BANCA EXAMINADORA:



Prof.^a Ms. LENILMA CRISTINA SENA DE FIGUEIREDO MEIRELLES
(ORIENTADORA)

Prof. Dr. RÖMULO RHEMO PALITOT BRAGA
(AVALIADOR)

Prof. Ms. EDUARDO DE ARAÚJO CAVALCANTI
(AVALIADOR)

RESUMO

O fenômeno do encontro fortuito de provas pode se manifestar nas diversas fases do processo penal e atingir variados meios de produção ou obtenção de provas. Estas provas encontradas fortuitamente podem ser consideradas lícitas mediante a presença de alguns requisitos elencados pela doutrina, tomando-se como base para justificar a licitude das provas a invocação do princípio ou teoria da serendipidade. Se não for possível a utilização de tais provas dentro do processo que deflagrou a diligência probatória, será possível com base nos elementos de provas colhidos, o oferecimento de nova denúncia para a apuração dos fatos surgidos fortuitamente. A jurisprudência tem adotado o mesmo posicionamento doutrinário, também considerando lícitas as provas fortuitas se presentes os requisitos que possibilite a aplicação do princípio em apreço. Para a presente análise proceder-se-á ao cotejo da temática que aborda o fenômeno do encontro fortuito de provas com algumas teorias sobre provas no processo penal. A presente análise toma como base a estrutura do processo penal desenhado pela Constituição Federal de 1988.

Palavras-chave: Processo penal. Provas. Serendipidade. Licitude da prova.

LISTA DE ABREVIATURAS E SIGLAS

CF – CONSTITUIÇÃO FEDERAL
CPP – CÓDIGO DE PROCESSO PENAL
DJE – DIÁRIO DA JUSTIÇA ELETRÔNICO
DJ – DIÁRIO DA JUSTIÇA
INQ – INQUÉRITO
IP – INQUÉRITO POLICIAL
HC – HABEAS CORPUS
MIN – MINISTRO
MP – MINISTÉRIO PÚBLICO
MS – MANDADO DE SEGURANÇA
REL – RELATOR
ROC – RECURSO ORDINÁRIO CONSTITUCIONAL
RHC – RECURSO EM HABEAS CORPUS
STJ – SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA
STF – SUPREMO TRIBUNAL FEDERAL

SUMÁRIO

1 INTRODUÇÃO	8
2 TEORIAS SOBRE PROVAS NO PROCESSO PENAL BRASILEIRO E O PRINCÍPIO DA SERENDIPIDADE	11
2.1 VERDADE REAL.....	11
2.2 INICIATIVA PROBATÓRIA DO JUIZ E DISTRIBUIÇÃO DO ÔNUS DA PROVA ...	12
2.3 BREVES CONSIDERAÇÕES ACERCA DA ADMISSIBILIDADE DA PROVA NO PROCESSO PENAL	15
2.4 SERENDIPIDADE: CONCEITO E CRITÉRIOS PARA A APLICAÇÃO.....	17
2.4.1 A Teoria do Juízo Aparente.....	25
3 O ENCONTRO FORTUITO DE PROVAS, A RELATIVIZAÇÃO DOS DIREITOS FUNDAMENTAIS E A RELATIVIZAÇÃO DAS NULIDADES NO PROCESSO PENAL.....	29
3.1 A RELATIVIZAÇÃO DOS DIREITOS FUNDAMENTAIS	30
3.1.1 O princípio da proporcionalidade e a admissibilidade da prova no processo penal.....	32
3.2 A PROVA E A RELATIVIZAÇÃO DAS NULIDADES	33
4 ALGUMAS DILIGÊNCIAS QUE PODEM ENSEJAR O FENÔMENO DA SERENDIPIDADE	36
4.1 INTERCEPTAÇÕES TELEFÔNICAS.....	36
4.2 BUSCA E APREENSÃO.....	40
4.3 COLABORAÇÃO PREMIADA.....	44
5 CONSIDERAÇÕES FINAIS	48
REFERÊNCIAS	50

1 INTRODUÇÃO

Considerando a importância do tema provas no processo penal e as suas respectivas divergências doutrinárias e jurisprudenciais, o presente trabalho versa sobre o encontro fortuito de provas ou teoria da serendipidade, ou ainda, como parte da doutrina também denomina, encontro casual de provas.

A controvérsia em torno do tema se estabelece quando havendo diligências para a produção e obtenção de provas, uma ou algumas delas surgem fortuitamente. Para tal fenômeno, a legislação não estabelece qual postura a ser adotada pelo magistrado, cabendo, portanto, indagar se referidas provas podem ser consideradas lícitas a ponto de embasar uma decisão condenatória (?).

A resposta a tal questionamento, constitui o cerne do presente trabalho, que será estudado à luz da doutrina e da jurisprudência.

Utilizando-se de teorias, que abarcam as provas no processo penal, especialmente as que têm relação com o encontro fortuito das mesmas aponta-se: a) verdade real no processo penal; b) iniciativa probatória por parte do magistrado e o ônus da prova no processo penal.

Adiante, entrar-se-á no âmbito da admissibilidade das provas no processo penal, com ênfase nas teorias sobre licitude das provas. O intento é averiguar a manifestação desse fenômeno, traçando-se um quadro comparativo com as teorias sobre ilicitude das provas no processo penal.

Em seguida, passa-se a tratar do cerne da presente investigação, que é o encontro fortuito de provas em si. Conceitua-se o que é serendipidade, bem como analisa-se das diversas nomenclaturas utilizadas pela doutrina e as formas como este fenômeno se manifesta. Procura-se especificar as nuances referentes ao encontro fortuito de provas.

Para justificar o princípio em questão, no que se refere à competência, é invocado a teoria do juízo aparente, conforme aponta a doutrina. A jurisprudência, também se filia a esta corrente conforme aponta os julgados colacionados.

Numa perspectiva constitucional o tema será abordado fazendo-se um paralelo com os direitos e garantias fundamentais. Cabendo registrar, em caráter introdutório, que os direitos e garantias fundamentais resguardados pela Carta Magna e por outros instrumentos normativos não têm natureza absoluta, podendo em determinadas circunstâncias serem relativizados. Na hipótese de colisão de direitos fundamentais, um dos princípios a ser invocado é o princípio da proporcionalidade. Proceder-se-á uma correlação entre os direitos fundamentais e a admissibilidade da prova no processo penal, considerando que se tem

admitido a prova ilícita quando esta for favorável ao réu, conforme aponta a doutrina. Entretanto, tal posicionamento, deve ser admitido com bastante cuidado para não se tornar um instrumento de salvaguarda para a violação dos direitos e garantias fundamentais. Ainda sobre o tema relativização, o processo tem uma natureza instrumental, ou seja, os atos processuais devem obedecer certas formalidades estabelecidas pela lei, sob pena de uma vez desconsideradas serem passíveis de declaração de nulidade. Não são raras as vezes em que Juízes e Tribunais têm relativizado as nulidades no processo penal, em especial as nulidades referentes às provas. Examina-se, pois, as principais nuances concernentes à estas questões.

O fenômeno do encontro fortuito de provas pode se manifestar nos mais diversos meios de produção e obtenção de provas, *v. g.*, a busca e apreensão, a quebra de sigilo bancário e fiscal, a interceptação das comunicações telefônicas e telemáticas, a colaboração premiada, a prova testemunhal ou nas perícias. Explanar-se-á tão somente a interceptação das comunicações telefônicas e telemáticas, a busca e apreensão e a colaboração premiada, visto que são os meios mais comuns em que o fenômeno se manifesta, conforme se pode constatar na análise da jurisprudência.

A interceptação das comunicações telefônicas está prevista de forma genérica na Constituição Federal de 1988, em seu art. 5º, inciso XII. O sigilo das comunicações é estabelecido pela Constituição como regra e a Lei nº 9.296 de 1996, conhecida como lei de interceptação telefônica, prescreve as hipóteses em que é possível a quebra do sigilo destas comunicações.

Quanto a busca e apreensão, o Código de Processo Penal as disciplina no Capítulo XI do Título VII, do art. 240 ao art. 250. Aludir-se-á então, sobre os requisitos para a decretação da medida de busca e apreensão, a iniciativa para deflagração desta medida e, ainda, as principais peculiaridades referentes a este meio de produção e obtenção de provas.

Por derradeiro, examina-se a colaboração premiada ou delação premiada, como prefere intitular parte da doutrina. A recente Lei nº 12.850 de 02 de agosto de 2013, que define organizações criminosas e dispõe sobre meios de obtenção de provas, também traz no seu bojo a colaboração premiada enquanto meio de produção e obtenção de provas.

Na ocasião em que se falará de cada meio de produção e obtenção de provas acima citados, aponta-se, pois, algumas considerações doutrinárias referentes a cada meio. Analisa-se alguns dos principais julgados nos tribunais superiores os quais considera-se paradigmáticos, cujo fenômeno aqui estudado se manifesta.

O propósito da presente investigação não é esgotar o tema, mas explorá-lo à luz da doutrina e da jurisprudência pátria, objetivando-se ao final, apresentar um quadro comprehensivo que possibilite adentrar minimamente à matéria.

2 TEORIAS SOBRE PROVAS NO PROCESSO PENAL BRASILEIRO E O PRINCÍPIO DA SERENDIPIDADE

O processo penal é o meio pelo qual se permite a persecução penal; é o caminho que o Estado percorre para concretizar o *jus puniendi*, em face do cometimento de uma infração penal. Nesta senda, as provas exercem uma função crucial, que é fundamentar as decisões judiciais.

Acerca das provas no processo penal, esclarece Carnelutti, (2002, p. 46): “As provas servem, exatamente, para voltar atrás, ou seja, para fazer, ou melhor, reconstruir a história”.

É, portanto, uma forma de reconstrução de um fato passado – um delito ou não – para a aplicação de uma decisão.

Assim, considerando o objeto do presente trabalho faz-se necessário, de início, tecer breves considerações atinentes a algumas teorias sobre provas reputadas importantes pela doutrina.

2.1 VERDADE REAL

Acerca do princípio da verdade real, inicialmente convém ressaltar que é impossível encontrar a verdade exata sobre um delito, no máximo o que se consegue é a reconstrução aproximada dos fatos. Por outro lado, o princípio é abordado no sentido de se permitir amplos poderes instrutórios ao juiz e até mesmo em alguns casos substituir a função do membro do Ministério Público. Deve prevalecer, entretanto, no processo penal, a verdade formal (material, judicial ou processual) e não a verdade real que outrora prevalecia, isso porque o modelo processual brasileiro adotado pela Constituição Federal de 1988 funda-se no sistema acusatório, em que as partes devem atuar nos limites circunscritos legalmente sem adentrar na esfera de atuação dos demais.

Acerca dessa reflexão, entende-se pertinente o posicionamento do processualista Lopes Jr. (2014, p. 409), *in verbis*:

Em suma, a verdade real é impossível de ser obtida. Não só porque a verdade é excessiva (como se verá na continuação), senão porque constitui um gravíssimo erro falar em “real” quando estamos diante de um fato passado, histórico. É o absurdo de equiparar o real ao imaginário. O real só existe no presente. O crime é um fato passado, reconstruído no presente, logo, no campo da memória, do imaginário. A única coisa que ele não possui é um dado de realidade.

Deste modo, como sustenta o autor, sabe-se que o objeto do processo penal é a apuração de infrações penais, que é um fato histórico, passado, portanto. Assim, mesmo que os órgãos do Estado que são incumbidos da persecução penal fossem bem aparelhados para investigar, é impossível se ter uma noção exata da realidade de um fato passado.

Entretanto, referido posicionamento deve ser aceito com ressalvas, visto que o processo penal, enquanto instrumento de reconstrução do passado, perderia a sua finalidade se a verdade não fosse pelo menos um ideal a ser alcançado.

Neste sentido destaca Badaró (2003, p. 25), nos seguintes termos:

Partindo da premissa de que a busca da verdade é o único critério aceitável como premissa para uma decisão judicial justa, o juiz deve procurar atingir o conhecimento verdadeiro dos fatos para, diante da certeza de sua ocorrência – ou inocorrência –, realizar a justiça no caso concreto.

Desta forma, a inobservância da verdade como um norte constituiria uma contradição, visto que para a prolação de uma decisão – condenatória ou absolutória – justa se faz necessário a certeza, mesmo que esta certeza seja a certeza da dúvida, que neste caso deve ser favorável ao réu.

Assim, o dito princípio da verdade real deve ser observado, mas no sentido de não assegurar poderes instrutórios ao juiz, pois, como já mencionado é praticamente impossível de se obter uma verdade absoluta, e no modelo de sistema processual penal adotado pelo legislador constituinte de 1988 não se tem mais espaço para a adoção de tal princípio. A verdade, deve ser observada, portanto, sob outro prisma, qual seja, ter como objetivo reconstruir uma realidade aproximada para concretizar a certeza para uma decisão justa.

Feitas estas considerações, passa-se ao trato de tema relevante, que é a gestão da prova nas mãos do juiz e o ônus da prova no processo penal, temas estes que são objeto de divergências doutrinárias.

2.2 INICIATIVA PROBATÓRIA DO JUIZ E DISTRIBUIÇÃO DO ÔNUS DA PROVA

É irrefutável a ideia de que o legislador constituinte originário de 1988 adotou um sistema processual penal acusatório, o qual tem como características básicas a distribuição das funções de julgar, defender e acusar, dispostas nas mãos de órgãos ou pessoas distintas. Tal ideia foi endossada pela Emenda Constitucional nº 45, de 08 de dezembro de 2004, que instituiu a reforma do poder judiciário. Isto por dois motivos, o primeiro é o amplo leque de

direitos e garantias fundamentais insculpidos no art. 5º da Carta Magna de 1988. O sistema processual inquisitório por vezes viola tais garantias, o que é incompatível com a nova ordem constitucional.

O segundo motivo é a ampliação e o fortalecimento do Ministério Público enquanto instituição independente. Na forma como dispõe o art. 127 da Constituição, o Ministério Público é instituição permanente, essencial à função jurisdicional do Estado, incumbindo-lhe a defesa da ordem jurídica, do regime democrático e dos interesses sociais e individuais indisponíveis. O § 1º do art. 127 da Constituição estabelece alguns princípios e entre os quais está o princípio da independência funcional do Ministério Público. É função institucional do Ministério Público, entre tantas outras, a promoção da ação penal pública, na forma do art. 129, inciso I da Constituição Federal.

Neste aspecto ressalta Lima, (2016, p. 819):

Com a adoção do sistema acusatório pela Constituição Federal (art. 129, inciso I), restou consolidada a obrigatoriedade de separação das funções de acusar, defender e julgar, fazendo com que o processo se caracterize como um verdadeiro *actum trium personarum*, sendo informado pelo contraditório.

Deste modo, não resta dúvida que a Constituição Federal de 1988 adota um sistema processual acusatório. Conforme destaca o autor, a finalidade da tal adoção é evitar a concentração de poderes nas mãos de uma só pessoa – o juiz – e garantir a sua imparcialidade. Aliado a estes objetivos cita-se os seguintes princípios: princípio da publicidade e oralidade, que igualmente são marcos do sistema processual acusatório.

Não obstante as considerações acima expostas, o Código de Processo Penal que é de 1941, é um Código de Processo Penal de origem ideológica fascista, que foi editado em um contexto totalmente diverso do que se tinha em 1988 e tem-se atualmente. Depreende-se que o Código de Processo Penal adota o sistema inquisitório, típico dos Estados totalitários. Para corroborar esta afirmação, basta a leitura do art. 156, o qual permite a iniciativa probatória por parte do juiz, mesmo antes do início da ação penal. Tal dispositivo é muito criticado pela doutrina, sob o argumento de que não haveria no processo penal constitucional espaço para a iniciativa probatória por parte do juiz, considerando que a iniciativa probatória cabe à acusação e à defesa. Neste sentido pontua Lopes Jr. (2014, p. 417):

É, ainda, necessário dar-se conta de que a *gestão da prova* está vinculada à noção de *gestão do fato histórico*, e, portanto, deve estar nas mãos das partes. Do contrário, atribuindo-se ao juiz, estamos incorrendo no erro

(psicológico) da inquisição de permitir-lhe (re)construir a história do crime da forma como lhe aprouver para justificar a decisão já tomada (o já tratado “primado das hipóteses sobre os fatos”). Permitir que o juiz seja o gestor do fato histórico é incorrer no mais grave dos erros: aderir ao núcleo imantador do sistema inquisitório.

Como se percebe admitir poderes instrutórios ao juiz é algo perigoso para o processo penal constitucional, visto que o magistrado ao ir em busca da prova de ofício, sai da posição de espectador e passa a ser ator, comprometendo, consequentemente, a sua imparcialidade no momento de decidir.

No que tange ao ônus da prova no processo penal, nos termos do que prescreve o já citado art. 156 do Código de Processo Penal, a prova das alegações incumbe a quem fizer. Como se pode depreender da leitura do dispositivo, o ônus da prova cabe a acusação e a defesa, sendo facultado ao magistrado a determinação da produção de ofício. Eis que surge mais um ponto controverso do nosso processo penal: o fato de o acusado ser obrigado a provar sua inocência. Na medida em que temos o princípio da presunção de inocência ou princípio da presunção de não culpabilidade conforme entendimento do Supremo Tribunal Federal, na forma como prescreve o art. 5º, inciso LVII da Constituição Federal de 1988, não cabe ao réu provar absolutamente nada, como destaca Lopes Jr. (2014, p. 395). Portanto, em respeito ao princípio da presunção de inocência, que deve ser princípio reitor do processo penal não cabe ao réu provar sua inocência, mas a acusação derrubar tal presunção.

Acerca da distribuição do ônus da prova, segue defendendo Lopes Jr. (2014, p. 396):

É importante recordar que, no processo penal, não há distribuição de cargas probatórias: a carga da prova está inteiramente nas mãos do acusador, não só porque a primeira afirmação é feita por ele na peça acusatória (denúncia ou queixa), mas também porque o réu está protegido pela presunção de inocência.

Assim, respeitando a estrutura acusatória do processo penal estabelecido pela Constituição Federal de 1988, não cabe ao réu nem ao magistrado provar algo, e sim a acusação. Estas questões são de difícil superação, entende-se que somente com uma reforma da legislação processual penal é que se poderia esperar uma mudança cultural, muito embora se saiba que o Código de Processo Penal atual seja obsoleto e não atenda aos moldes estabelecidos pela Constituição Federal de 1988 e aos Pactos Internacionais os quais o Brasil é signatário. O Projeto de Lei que institui um novo Código de Processo Penal que tramita no

Congresso Nacional caminha a passos lentos e sabe-se que atualmente não têm condições de ser concretizado.

Adiante passa-se a tecer algumas considerações no que tange a admissibilidade da prova no processo penal brasileiro, como será visto a admissibilidade da prova está diretamente relacionada com a licitude da prova.

2.3 BREVES CONSIDERAÇÕES ACERCA DA ADMISSIBILIDADE DA PROVA NO PROCESSO PENAL

Tratar da admissibilidade da prova no processo penal é abordar também a licitude e a ilicitude da prova, razão pela qual segue adiante algumas considerações acerca das teorias da licitude e ilicitude das provas.

Na forma como dispõe o Código de Processo Penal, em seu art. 157, *caput*, são inadmissíveis, devendo ser desentranhadas do processo, as provas ilícitas. A Constituição Federal de 1988, por sua vez, dispõe em seu art. 5º, inciso LVI, que são inadmissíveis no processo as provas obtidas por meios ilícitos.

Acerca da inadmissibilidade das provas ilícitas, destaca com propriedade Pacelli (2017, p. 348), *in verbis*:

Mais que uma afirmação de propósitos éticos no trato das questões de Direito, as aludidas normas, constitucional e legal, cumprem uma função ainda mais relevante, particularmente no que diz respeito ao processo penal, a saber: a vedação das provas ilícitas atua no controle da regularidade da atividade estatal persecutória, inibindo e desestimulando a adoção de práticas probatórias ilegais por parte de quem é o grande responsável pela sua produção. Nesse sentido, cumpre função eminentemente pedagógica, ao mesmo tempo que tutela determinados valores reconhecidos pela ordem jurídica.

Conforme se pode depreender, tal vedação tem duas funções: uma pedagógica e a outra é tutelar determinados valores resguardados pela ordem jurídica, como sustenta o autor.

No âmbito da legalidade das provas, deve-se distinguir provas ilegais e ilegítimas, de provas obtidas por meios ilícitos. As provas ilegais é gênero, do qual são espécies as provas ilegítimas e as obtidas por meios ilícitos. A Constituição Federal de 1988 utiliza a expressão “provas obtidas por meios ilícitos”, visto que a prova pode ser lícita, mas a forma como ela foi produzida não. A prova é considerada ilícita quando na sua produção tem violação de norma de direito material, seja direito penal ou constitucional. Por outro lado, a

prova será considerada ilegítima quando obtida mediante a violação de norma de direito processual, como sustenta Jesus (2015, p. 185).

A doutrina e a jurisprudência dominantes adotam a teoria da inadmissibilidade absoluta das provas obtidas por meios ilícitos. Tem-se admitido, porém, a prova obtida por meio ilícito em benefício do réu, conforme será abordado ao longo do trabalho.

São também inadmissíveis as provas derivadas das ilícitas, em consequência da adoção da teoria dos frutos da árvore envenenada – *fruits of the poisonous tree* –, conforme preceitua o art. 157, § 1º do Código de Processo Penal. Neste sentido, seria uma contradição que a Constituição Federal de 1988 e o Código de Processo Penal vedassem a admissão das provas ilícitas e não vedassem também as provas delas decorrentes, como destaca Lima (2016, p. 835).

Existe uma ressalva quanto as provas ilícitas por derivação, prevista também no Código de Processo Penal, em seu art. 157, § 1º, que ocorre quando não fica evidenciado o nexo de causalidade entre as provas obtidas por meios ilícitos e as derivadas ou quando estas podem ser obtidas por uma fonte independente. O art. 157, § 2º do Código de Processo Penal, traz o conceito do que seria uma fonte independente. Na forma como estabelece o dispositivo em questão, 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.

Pontua-se, que o legislador foi muito cuidadoso ao tratar da matéria, visto que não basta que a prova seja considerada ilícita, a mesma deve ser desentranhada dos autos do processo, nos termos do, já citado art. 157 do Código de Processo Penal.

Oportuno mencionar, que foi um retrocesso para o processo penal brasileiro o veto do § 4º do art. 157 do Código de Processo Penal, introduzido pela Lei 11.690/2008. Em sua redação original, o dispositivo previa que não poderia proferir sentença ou acórdão o juiz que tivesse contato com o conteúdo da prova considerada ilícita, *in verbis*: “§ 4º *O juiz que conhecer do conteúdo da prova declarada inadmissível não poderá proferir sentença ou acórdão*”. Evidentemente tal dispositivo representaria um avanço no direito processual penal brasileiro, pois, não poderia proferir sentença ou acórdão o magistrado que tivesse contato com a prova ilícita. Não resta dúvida que o magistrado uma vez tendo conhecimento do conteúdo da prova ilícita e esta prova que fosse desfavorável ao réu, ele iria formar a sua convicção, muito embora a prova ilícita fosse desentranhada dos autos do processo. Nas palavras de Lopes Jr. (2014, p. 342) o magistrado estaria contaminado e, portanto, impedido

de julgar, *in verbis*: “É óbvio que o juiz que conheceu a prova ilícita não pode julgar, pois está contaminado. Não basta desentranhar a prova; deve-se “desentranhar” o juiz!”.

Sobre a descontaminação do magistrado sustenta Lima (2016, p. 857): “O objetivo do dispositivo era evitar que o juiz que tivesse contato com a prova ilícita viesse a julgar o caso, pois não teria isenção de ânimo suficiente para apreciar o caso concreto com a imparcialidade que dele se espera. É o que se denomina de descontaminação do julgado”.

As razões do veto¹ são injustificáveis, fundadas em um “interesse público”, ressaltando que o dispositivo em questão iria de encontro ao que se pretendia com a reforma, que era proporcionar maior celeridade e simplicidade ao desfecho do processo. Cabe questionar-se que celeridade e prestação jurisdicional se pretendeu com a reforma?

O processo penal não pode ser visto como mero instrumento de utilidade na persecução penal por parte do Estado, tem-se, antes de tudo que respeitar as garantias fundamentais do indiciado ou réu, que são pressupostos do devido processo legal no Estado Democrático de Direito.

Superado este ponto, adiante passa-se a abordar o conceito de serendipidade, os critérios para a aplicação do princípio e a jurisprudência relativa a este tema.

2.4 SERENDIPIDADE: CONCEITO E CRITÉRIOS PARA A APLICAÇÃO

Como ensina Távora e Alencar (2016, p.784): “No âmbito do direito processual penal, serendipidade significa, em poucas palavras, o encontro fortuito de provas relativas a fato delituoso diverso daquele que é o objeto das investigações”.

Serendipidade significa o encontrar algo que não estava procurando, sair em busca de alguma coisa e encontrar outra diferente.

Ao tratar do tema ensina Lima (2016, p. 848):

A teoria do encontro fortuito ou casual de provas é utilizada nos casos em que, no cumprimento de uma diligência relativa a um delito, a autoridade policial casualmente encontra provas pertinentes à outra infração penal, que não estavam na linha de desdobramento normal da investigação.

¹ Razões do veto: “O objetivo primordial da reforma processual penal consubstanciada, dentre outros, no presente projeto de lei, é imprimir celeridade e simplicidade ao desfecho do processo e assegurar a prestação jurisdicional em condições adequadas. O referido dispositivo vai de encontro a tal movimento, uma vez que pode causar transtornos razoáveis ao andamento processual, ao obrigar que o juiz que fez toda a instrução processual deva ser, eventualmente substituído por um outro que nem sequer conhece o caso. Ademais, quando o processo não mais se encontra em primeira instância, a sua redistribuição não atende necessariamente ao que propõe o dispositivo, eis que mesmo que o magistrado conhecedor da prova inadmissível seja afastado da relatoria da matéria, poderá ter que proferir seu voto em razão da obrigatoriedade da decisão coligada.”

Como bem esclarece o autor para configuração do fenômeno da serendipidade é necessário que a prova encontrada seja casual, ou seja, não esteja previsto a sua colheita. É pertinente a lição de Gomes (2009), sobre o termo serendipidade, *in verbis*:

Serendipidade: essa estranha palavra (como nos informa Ethevaldo Siqueira - O Estado de S. Paulo de 15.02.09, p. B10) significa "algo como sair em busca de uma coisa e descobrir outra (ou outras), às vezes até mais interessante e valiosa. Vem do inglês *serendipity* (de acordo com o Dicionário Houaiss), onde tem o sentido de descobrir coisas por acaso. Serendip era o antigo nome da ilha do Ceilão (atual Sri Lanka). A palavra foi cunhada em 1754 pelo escritor inglês Horace Walpole, no conto de fadas, *Os três príncipes de Serendip*, que sempre faziam descobertas de coisas que não procuravam".

Assim, serendipidade no processo penal consiste no encontro casual ou fortuito da prova na ocasião do cumprimento de diligências para a produção e obtenção de provas. Muito embora este fenômeno seja estudado a pouco tempo no Brasil, é comum encontrarmos tal expressão na jurisprudência brasileira, *v. g.*, o trecho de um julgado do Superior Tribunal de Justiça, *in verbis*:

Durante a interceptação das conversas telefônicas, pode a autoridade policial divisar novos fatos, diversos daqueles que ensejaram o pedido de quebra do sigilo. Esses novos fatos, por sua vez, podem envolver terceiros inicialmente não investigados, mas que guardam relação com o sujeito objeto inicial do monitoramento. Fenômeno da **serendipidade**.² (Grifo nosso).

No que concerne à terminologia, na doutrina brasileira encontramos diversas expressões, como se pode observar a seguir.

Autores como Pacelli (2017, p. 369) e Lima (2016, p.848), referem-se ao fenômeno em tela como “[...] teoria do encontro fortuito de provas”. Também se fala em princípio da serendipidade, como por exemplo Távora e Alencar (2016, p.784), *in verbis*:

A aplicação da serendipidade para entender válida a prova encontrada casualmente é que nos dá a ideia da existência de um princípio. Tal princípio, que exigirá a presença de certos requisitos, possibilita reconhecer como lícita a prova ou a fonte de prova de outra infração penal, obtida no bojo de investigação cujo objeto não abrangia o que foi, inesperadamente, revelado.

² Disponível em:
<http://www.stj.jus.br/SCON/jurisprudencia/doc.jsp?livre=serendipidade&b=ACOR&p=true&l=10&i=37>. Acesso em 10 jul. 2018.

Conforme se pode observar, estes autores usam a expressão princípio da serendipidade, pois, as provas fortuitas podem ser consideradas lícitas e valoradas no processo se alguns requisitos estiverem presentes, os quais serão objeto de estudo no curso do presente trabalho. A invocação do princípio da serendipidade é o que justifica a utilização destas provas no processo o qual foi determinado a produção de provas.

Lopes Jr. (2014, p. 420), por sua vez, se refere ao fenômeno em estudo como “desvio de vinculação causal”. Segundo o autor as diligências para a produção de provas quase sempre implicam em sacrifício a algum direito fundamental. Desta forma, a decisão que determina a realização de tais diligências deve ser específica para tal finalidade, não podendo a autoridade policial no curso do seu cumprimento desviar da finalidade a qual ensejou a diligência, sob pena de a prova colhida ser considerada ilícita.

Tratando-se da questão central abordado no presente trabalho que é a análise do fenômeno do encontro fortuito de provas, especificamente se esta prova colhida fortuitamente pode ser valorada pelo juiz no processo penal. O fenômeno em questão pode ocorrer em diversos meios de produção e obtenção de provas, a exemplo da interceptação telefônica, a busca e apreensão, a quebra do sigilo bancário e fiscal etc. conforme será analisado adiante.

Em primeiro lugar, cabe questionar se a decisão que determinou a diligência para a produção e obtenção de provas está em conformidade com os ditames legais. Conforme aponta a doutrina e a jurisprudência, para a configuração do princípio da serendipidade deve se fazer presente os seguintes requisitos:

- a) uma decisão que determina a produção de provas fundamentada, proferida por juiz competente;
- b) especificação do lugar em que será cumprido a busca e apreensão, bem como dos indivíduos os quais irão sofrer a busca, no caso de busca pessoal, ou no caso de interceptação telefônica, os indivíduos que serão alvo da interceptação;
- c) existência de relação de conexão ou continência, entre o fato investigado e as provas fortuitas;
- d) comunicação do surgimento de provas fortuitas ao juiz competente;
- e) remessa dos autos ao juízo competente, no caso do encontro de provas relativas a pessoas detentoras de foro privilegiado;
- f) ausência de excessos no curso do cumprimento de mandados de produção e obtenção de provas;
- g) respeito a ampla defesa e ao contraditório.

Destaca-se que a doutrina e a jurisprudência não são uníssonas no que se refere a estes requisitos.

A questão da fundamentação da decisão é de suma relevância, visto que as diligências para produção de provas não raras as vezes sacrificam direitos fundamentais do indivíduo sobre quem recai a diligência. No que concerne à competência, no trato do encontro fortuito de provas, é adotado a teoria do juízo aparente, a qual será objeto de estudo em tópico específico.

Outro requisito apontado pela doutrina e pela jurisprudência é a especificação do lugar em que será cumprido a busca e apreensão, bem como dos indivíduos os quais irão sofrer a busca, no caso de busca pessoal, ou no caso de interceptação telefônica, os indivíduos que serão alvo da interceptação. Como se sabe, o mandado que determina a produção de provas está vinculado ao local e/ou pessoa sobre os quais irão recair a diligência.

A doutrina e a jurisprudência também reputam como necessário para a configuração do princípio em tela a existência da relação de conexão ou continência entre o fato investigado e a prova fortuita ou, ainda, fonte de prova do fato descoberto. Previstas no Código de Processo Penal, a conexão e a continência são critérios definidores da competência. A conexão prevista no art. 76, ocorre quando está presente um nexo causal entre duas ou mais infrações praticadas. Já a continência está prevista no art. 77, ocorre quando uma única infração produz vários resultados ou quando praticada por várias pessoas, sendo neste caso vários acusados pela infração.

Távora e Alencar (2016, p.785), defendem a necessidade da existência da relação de conexão ou continência. Também no mesmo sentido Lopes Jr (2013, p. 423), mas, ressaltando a dificuldade de estabelecer os critérios para definição da conexão estabelecidos pelo Código de Processo Penal e a necessidade de obediência a especialidade da decisão que determina a produção de provas e, ainda, a obediência à vinculação entre a prova colhida e o fato objeto da investigação.

Outro requisito para a configuração do princípio aqui tratado, é a necessidade imediata de comunicação do encontro da prova fortuita de possível prática de delito conexo ou contínuo ou de envolvimento de terceiro em regime de coautoria ou participação pela autoridade policial ao magistrado, especialmente quando este terceiro envolvido for pessoa com prerrogativa de função, como defende Távora e Alencar (2016, p.786).

Ainda se faz necessário para a configuração do encontro fortuito de provas e aplicação do princípio em tela, a remessa dos autos ao juízo competente, no caso do encontro

de provas relativas a pessoas detentoras de foro privilegiado, pois, como é sabido a incompetência do juízo é causa de nulidade.

É necessário que no cumprimento da diligência não haja excesso por parte da autoridade policial, ou seja não haja desvio de finalidade, como esclarece com Lopes Jr (2014, p. 421), *in verbis*:

Incialmente, é preciso compreender que o ato judicial que autoriza, por exemplo, a obtenção de informações bancárias, fiscais ou telefônicas – com o sacrifício do direito fundamental respectivo – é plenamente vinculado e limitado. Há todo um contexto jurídico e fático necessário para legitimar à medida que institui uma “especialidade” da medida. Ou seja, a excepcionalidade e lesividade de tais medidas exigem uma eficácia limitada de seus efeitos e, mais ainda, uma vinculação àquele processo.

O despacho que determina a produção de provas implica em sacrifício a algum direito fundamental, devendo, assim, ser vinculado e específico para aquele ato.

Além dos requisitos, já mencionados, se faz necessário que a prova fortuita passe pelo crivo do contraditório e da ampla defesa, visto que estes são mandamentos constitucionais a serem observados no processo penal.

A título de exemplo passa-se a ilustrar a seguinte situação: no curso de uma investigação por possível prática de delito de sonegação fiscal é determinado um mandado de busca e apreensão nos termos do art. 243, I e II do Código de Processo Penal, a ser cumprido na residência do indiciado com finalidade de obtenção de documentos que comprovem a autoria delitiva e, ao cumprir a diligência a autoridade policial passa a revistar objetos pessoais da esposa do indiciado, que se quer estava sendo investigada e são encontrados papelotes com substância entorpecente. Evidente que o achado neste caso constitui prova flagrantemente ilícita, pois não estava na linha de desdobramento da diligência, a prova encontrada não estar vinculada ao mandado que determinou tal diligência e houve um desvio de finalidade por parte da autoridade policial. Nesta hipótese, os elementos colhidos podem servir de base para o oferecimento de nova *notitia criminis*. Neste mesmo sentido esclarece Lima (2016, p. 848):

Nesses casos, a validade da prova inesperadamente obtida está condicionada à forma como foi realizada a diligência: se houve desvio de finalidade, abuso de autoridade, a prova não deve ser considerada válida; se o encontro da prova foi casual, fortuito, a prova é válida.

Assim, não resta dúvida que no caso hipotético em tela a prova é ilícita, considerado que as ações da autoridade policial não estavam vinculadas ao mandado que determinou a busca e apreensão. Como a própria terminologia sugere – encontro fortuito – a prova para ser válida neste caso deve ser obtida de forma inesperada.

Quanto à finalidade da teoria da serendipidade, destaca Pacelli (2017, p. 369): “A teoria, portanto, presta-se a justificar a adoção de medidas acautelatórias em favor da proteção do direito à intimidade e/ou privacidade, de modo a impedir o incentivo à prática do abuso autoridade”. Acertadíssima a sustentação do autor, visto que em alguns casos na produção de provas direitos fundamentos resguardados pelo ordenamento jurídico podem ser relativizados. Do contrário, admitir a licitude da prova colhida mediante desvio de finalidade seria um salvo-conduto para que as autoridades policiais violassem as garantias fundamentais dos investigados, que, não custa ressaltar, são acima de tudo sujeitos de direitos.

Feitas estas considerações, merece destaque uma classificação trazida pela doutrina, que consiste na divisão da serendipidade em serendipidade de primeiro grau e serendipidade de segundo grau. Neste sentido é o posicionamento de Távora e Alencar (2016, p. 785/786) e Gomes (2009).

A serendipidade de primeiro grau ou encontro fortuito de provas de primeiro grau resta configurado quando a prova ou fonte de prova colhida casualmente tem relação com os fatos objeto do processo que ensejou a determinação de sua produção, se fazendo presentes os requisitos já mencionados para a aplicação do princípio da serendipidade, repita-se: a) uma decisão que determina a produção de provas fundamentada, proferida por juiz competente; b) especificação do lugar em que será cumprido a busca e apreensão, bem como dos indivíduos os quais irão sofrer a busca, no caso de busca pessoal ou no caso de interceptação telefônica, os indivíduos que serão alvo da interceptação; c) existência de relação de conexão ou continência, entre o fato investigado e as provas fortuitas; d) comunicação do surgimento de provas fortuitas ao juiz competente; e) remessa dos autos ao juízo competente, no caso do encontro de provas relativas a pessoas detentoras de foro privilegiado; f) ausência de excessos no curso do cumprimento de mandados de produção e obtenção de provas, e g) observância a ampla defesa e ao contraditório.

Quanto a serendipidade de segundo grau ou encontro fortuito de provas de segundo grau, configura-se quando é revelado fatos que não guarda relação com os fatos objetos do processo que ensejou a medida produção de provas. Conforme sustentam Távora e Alencar (2016, p. 786/787), está presente tal modalidade quando: a) for encontrado prova de crime diverso daquele que autorizou a medida judicial para produção de provas; b) ficar

constatado que o crime investigado foi cometido por pessoa diversa da investigada, não sendo o caso de concurso de pessoas; c) ficar evidenciado que o fato descoberto não segue o desdobramento histórico do fato que ensejou a medida judicial de produção de provas e, por último, d) a prova encontra fortuitamente se referir a relação entre advogado e cliente.

Sobre este último ponto, vale ressaltar que a inviolabilidade do escritório de advocacia, os instrumentos de trabalho e sua correspondência são resguardados pelo art. 7º, inciso II, do Estatuto da Advocacia e da Ordem dos Advogados do Brasil. Neste caso, como ressalta Lima (2016, p. 850), os escritórios de advocacia só podem ser alvo de busca e apreensão mediante mandado judicial a ser cumprido com a presença de representante da Ordem dos Advogados do Brasil, sendo vedado a utilização de documentos, mídias e objetos relativos a relação entre advogado e cliente. A finalidade do dispositivo constante da Lei nº 8.906/94 é assegurar o sigilo profissional entre advogado e cliente.

Sobre esta classificação, merece destaque o julgado adiante transcrito, *in verbis*:

EMENTA: HABEAS CORPUS. PENAL E PROCESSUAL PENAL. DENÚNCIA. CORRUPÇÃO ATIVA. INÉPCIA. INOCORRÊNCIA. ATIPICIDADE DA CONDUTA. ANÁLISE DETIDA DE PROVAS. IMPOSSIBILIDADE NA VIA DO WRIT. DEFERIMENTO DA REALIZAÇÃO DE DILIGÊNCIAS PARA APURAR A PRÁTICA DE OUTROS CRIMES, DIVERSOS DOS CONTIDOS NA DENÚNCIA. POSSIBILIDADE. CONTEXTO DA OPERAÇÃO "ANACONDA". VIOLAÇÃO AO DIREITO DE DEFESA PRELIMINAR PREVISTO PELA LEI N° 8.038/90. IMPROCEDÊNCIA. CONTRADITÓRIO E DEVIDO PROCESSO LEGAL OBSERVADOS, EM RELAÇÃO AOS FATOS IMPUTADOS. ANÁLISE DA PRÁTICA DE OUTROS CRIMES NA INSTRUÇÃO CRIMINAL. IMPOSSIBILIDADE. AUSÊNCIA DE ACUSAÇÃO E DE DEFESA. DESENTRANHAMENTO DAS PROVAS. ORDEM PARCIALMENTE CONCEDIDA.

[...]

5. Legalidade do deferimento de diligências requeridas no bojo da denúncia, para o fim de apurar a possível prática de outros crimes, além daqueles narrados na denúncia. Estreita ligação entre os fatos apurados na ação penal de origem e aqueles averiguados na "Operação Anaconda". **Caso legítimo de "descoberta fortuita" em investigação criminal.** Razoabilidade. 6. O deferimento de diligências para apurar outros fatos, diversos daqueles narrados na denúncia, não configurou violação ao procedimento do contraditório preambular previsto nos artigos 4º e 5º da Lei nº 8.038/90, pois a decisão impugnada determinou, textualmente, a notificação dos acusados para oferecer resposta preliminar aos termos da denúncia.

[...]

(HC 84224, Relator(a): Min. GILMAR MENDES, Relator(a) p/ Acórdão: Min. JOAQUIM BARBOSA, Segunda Turma, julgado em 27/02/2007, DJe-

088 DIVULG 15-05-2008 PUBLIC 16-05-2008 EMENT VOL-02319-03
PP-00522) ³. (Grifo nosso).

Conforme pode-se depreender da leitura do trecho deste julgado, o paciente pleiteava o trancamento da ação penal, sob o argumento de que a prova encontrada fortuitamente seria ilícita. A ordem foi concedida parcialmente no sentido de desentranhar as provas fortuitas pois estas não passaram pelo crivo da ampla defesa e, o Ministério Público não teria no momento, se quer oferecido denúncia. É o típico caso de serendipidade de segundo grau. Ponto relevante no julgado retro transcrito, é a necessidade de uma vez presente o fenômeno do encontro fortuito de provas, ser estritamente observado a ampla defesa e o contraditório, estes corolários do devido processo legal.

De todo o exposto, pode-se concluir que estando presente a serendipidade de segundo grau, a prova não será válida, será considerada ilícita dentro do processo ao qual foi determinado à medida judicial para produção de provas, neste caso, também serão consideradas provas ilícitas, as provas delas decorrentes. Nesta hipótese, aplica-se a teoria dos “frutos da árvore envenenada” – *fruits of the poisonous tree* – na forma como preceitua o art. 157, § 1º do Código de Processo Penal. Por mais que não possa ser utilizada no processo que ensejou a sua produção, a prova fortuita de segundo grau pode ser fonte de provas, podendo ensejar nova *notitia criminis*, como já sustentado anteriormente, sendo necessário uma determinação judicial autônoma para produção de novas provas, com a finalidade comprovar o que foi constatado inicialmente.

Questão relevante, é saber se a prova encontrada fortuitamente serviria para absolver o réu. Muito embora a doutrina seja silente neste sentido, considerando a estrutura do processo penal estabelecida pela Constituição Federal de 1988, considerando também, que há amparo na doutrina e na jurisprudência a admissibilidade da prova ilícita em benefício do réu mediante certas circunstâncias, entendemos que é perfeitamente possível a utilização da prova fortuita em benefício do réu como nos ensina Lopes Jr (2014, p. 420).

Um ponto que merece ser discutido é a necessidade de refazimento da diligência que uma vez realizada se depara com o fenômeno aqui estudado. A doutrina é silente acerca do tema. A jurisprudência, conforme já destacado, tem admitido a prova fortuita desde que esteja apta a aplicação do princípio. Por outra via, uma vez presente este fenômeno se não for

³ Ementa completa disponível em:

<<http://www.stf.jus.br/portal/jurisprudencia/listarJurisprudencia.asp?s1=%28PROVAS+FORTUITA%29&base=baseAcordaos&url=http://tinyurl.com/ya69xy98>>. Acesso em 04 set. 2018.

possível aplicar o princípio em questão, se faz necessário a realização de nova diligência, sob pena da prova ser declarada nula posteriormente.

Feitas estas considerações, passa-se a tratar da questão da competência, especificamente, no que se refere aos desdobramentos atinentes ao objeto do presente trabalho. Como se verá é adotado pela doutrina e pela jurisprudência a teoria do juízo aparente.

2.4.1 A Teoria do Juízo Aparente

O Código de Processo Penal traz vários critérios para a fixação da competência, como por exemplo o lugar da infração, o domicílio ou residência do réu, a natureza da infração, a prerrogativa de função, a distribuição, entre tantos outros previstos no corpo do art. 69.

A problemática existente entre a competência e o fenômeno do encontro fortuito de provas surge quando da realização de diligências para a produção e obtenção de provas, é revelado provas de suposto crime praticado por pessoas detentoras de foro privilegiado que inicialmente não estavam sendo investigadas ou processadas. Considerando que a produção de provas foi determinada por um juiz que era competente ao tempo da determinação, este pode passar a ser incompetente a partir do momento em que é encontrada provas relativas a possível prática de delito por pessoas com foro privilegiado. Nesta hipótese, a jurisprudência tem aplicado a teoria do juízo aparente, que consiste em reputar com lícita a prova encontrada nestas circunstâncias.

Sobre a validade da medida que determina a produção de provas, ressalta Lima (2016, p. 1008), que este tipo de medida obedece a regra *rebus sic stantibus*, ou seja, ao tempo da determinação e até o cumprimento do mandado é plenamente válida, não ficando eivado de qualquer nulidade, se regulamente cumprido.

Ressalta-se, que o magistrado uma vez se deparando com provas de delito possivelmente praticado por pessoa com foro privilegiado e que não é competente para processar e julgar deve adotar algumas cautelas, sob pena de ter como consequência a ilicitude da prova, deve o magistrado de imediato notificar o membro do Ministério Público e remeter os autos ao juízo que for competente. Neste sentido merece destaque o julgado adiante colacionado. Trata-se de um recurso ordinário constitucional julgado pela Suprema Corte, *in verbis*:

Ementa Recurso ordinário em habeas corpus. Constitucional. Processual Penal. Crimes de corrupção passiva e advocacia administrativa. Interceptações telefônicas realizadas em primeiro grau de jurisdição. Operação Vegas. Surgimento de indícios do envolvimento de Senador da República, detentor de prerrogativa de foro, em fatos criminosos em apuração. Competência do Supremo Tribunal Federal para processar e julgar originariamente a causa (CF, art. 102, I, b e c). Necessidade de imediata remessa dos autos à Corte. Não ocorrência. Usurpação de sua competência constitucional configurada. Prossseguimento das investigações em primeiro grau. Tentativa de arrecadar maiores elementos de informação por via oblíqua sem a autorização do Supremo Tribunal Federal. Violation do princípio do juiz natural (CF, art. 5º, LIII). Operação Monte Carlo. Surgimento de indícios do envolvimento de detentor de prerrogativa de foro nos fatos em apuração. Sobrestamento em autos apartados dos elementos arrecadados em relação ao referido titular de prerrogativa. Prossseguimento das diligências em relação aos demais investigados. Desmembramento caracterizado. Violation de competência exclusiva da Corte, juiz natural da causa. Invalidade das interceptações telefônicas relacionadas ao recorrente nas operações Vegas e Monte Carlo e das provas diretamente delas derivadas. Teoria dos frutos da árvore envenenada (fruit of the poisonous tree). Precedentes. Recurso parcialmente provido.

[...]

Desde o início da operação, em 2011, já havia indícios relevantes de envolvimento do recorrente com os fatos apurados, sendo certo que não cabia ao juízo de primeiro grau, para prosseguir com as investigações, promover seu desmembramento, tal qual ocorreu ao se determinar a formação de autos em apartado contendo o “Relatório de Inteligência acerca dos encontros fortuitos envolvendo pessoas que possuem prerrogativa de foro”. 12. **Como afirmou a autoridade policial, o relatório de inteligência acerca dos encontros fortuitos em referência continha nada menos do que 6 (seis) volumes e 1.237 páginas, o que sugere a existência de farto material que se acumulou por ocasião das interceptações.** 13. Restou configurado, portanto, que as interceptações telefônicas levadas a cabo, tanto na operação Vegas, quanto na operação Monte Carlo, revelaram que seu conteúdo passou por análise que, indiscutivelmente, não competia a juízo de primeiro grau, mas ao Supremo Tribunal Federal, o que contaminou de nulidade os elementos de prova angariados em desfavor do recorrente nas operações policiais em evidência, por violação do princípio do juiz natural (CF, art. 5º, LIII). 14. **Recurso parcialmente provido para se conceder a ordem de habeas corpus no sentido de invalidar as interceptações telefônicas relacionadas ao recorrente nas operações Vegas e Monte Carlo, realizadas em primeiro grau, bem como as provas diretamente delas derivadas, determinando-se seu desentranhamento dos autos da ação penal à qual responde perante o Tribunal de Justiça do Estado de Goiás**, a quem compete avaliar se remanesce justa causa para o prosseguimento do feito, a partir de eventual constatação de outras provas autônomas suficientes ao embasamento da acusação, uma vez que a via estreita do habeas corpus, na linha de precedentes, não permite revolver o acervo fático-probatório para melhor se reanalisar essa questão.

(RHC 135683/GO, Rel. Ministro DIAS TOFFOLI, SEGUNDA TURMA, julgado em 25/10/2016)⁴ (grifo nosso).

⁴ Ementa completa disponível em:

<<http://www.stf.jus.br/portal/jurisprudencia/listarJurisprudencia.asp?s1=%28135683%2E%2E+OU+135683%2EACMS%2E%29&base=baseAcordaos&url=http://tinyurl.com/z82l5ne>>. Acesso em: 10 jul. 2018.

O caso supracitado é paradigmático, sendo precedente para diversos casos que tratam da matéria, nele o paciente pleiteava a liberdade de locomoção, alegando entre outras teses a ilicitude das provas colhidas em sede de interceptação telefônica e consequente violação ao princípio do juiz natural. Muito embora a interceptação da comunicação telefônica tenha sido autorizada por juiz que a princípio era competente, foi descoberto ocasionalmente evidências de possível prática de crime por Senador da República. Ocorre que ao se deparar com o fenômeno do encontro fortuito de provas, o juízo que era incompetente para processar e julgado Senador da República, deveria de imediato remeter os autos ao Supremo Tribunal Federal, o que não foi feito consubstanciando a nulidade da prova. O recurso ordinário constitucional foi provido em parte para declarar a nulidade da prova, pois, muito embora a medida que decretou a produção de provas tenha sido decretada por juízo competente, este passou a ser incompetente em face do encontro fortuito de provas de delito praticado por pessoa detentora de foro privilegiado. De outro modo, no presente caso restaria apto a aplicação do princípio da serendipidade se ao se deparar com os elementos probatórios fortuitos, o juízo de primeiro grau tivesse de imediato remetido os autos ao Supremo Tribunal Federal.

Merce destaque também o julgado adiante transcrito. Trata-se de recurso ordinário constitucional julgado pelo STJ:

PENAL E PROCESSUAL PENAL. RECURSO ORDINÁRIO EM HABEAS CORPUS. INQUÉRITO POLICIAL. CRIME DE HOMICÍDIO TENTADO. MEDIDA DE BUSCA E APREENSÃO DETERMINADA POR JUÍZO ESTADUAL. INDÍCIOS DA PRÁTICA DE DELITOS DE COMPETÊNCIA DA JUSTIÇA FEDERAL. CRIME CONTRA O SISTEMA FINANCEIRO. EVASÃO DE DIVISAS. POSTERIOR REMESSA À JUSTIÇA FEDERAL. JUÍZO APARENTE. SERENDIPIDADE. VALIDADE DAS PROVAS OBTIDAS DURANTE O CUMPRIMENTO DA MEDIDA. JUÍZO ATÉ ENTÃO COMPETENTE PARA AS INVESTIGAÇÕES. RECURSO DESPROVIDO. I - Esta Corte possui entendimento firmado no sentido de que "como consequência da serendipidade, aplica-se a teoria do juízo aparente, segundo a qual não há nulidade na colheita de elementos de convicção autorizada por juiz até então competente para supervisionar a investigação". (Rcl 31.629/PR, Corte Especial, Rel. Min. Nancy Andrighi, DJe 28/09/2017, grifei). II - In casu, o Juízo do 1º Tribunal do Júri de São Paulo/SP, autorizou a medida de busca e apreensão a fim de apurar a suposta prática do delito de tentativa de homicídio, e, com os elementos de provas obtidos, revelaram-se indícios da prática de crime contra o Sistema Financeiro Nacional (evasão de divisas), ensejando a remessa dos autos à Justiça Federal. III - Conclui-se que, pela própria moldura fática existente até aquele momento - investigação de suposto crime contra a vida -, não há qualquer eiva de nulidade na busca e

apreensão deferida pela Justiça Estadual, pois, tanto a serendipidade, quanto a competência do Juízo aparente mantêm a licitude das provas obtidas durante o cumprimento da medida constitutiva. Recurso ordinário desprovido. (RHC 67.468/SP, Rel. Ministro FELIX FISCHER, QUINTA TURMA, julgado em 20/03/2018, DJe 26/03/2018)⁵. (Grifo nosso).

No caso, em tela foi determinada busca e apreensão para a apuração de suposta prática de crime de tentativa de homicídio. No cumprimento da diligência foram colhidos elementos de provas que se revelaram indícios da prática de crime contra o Sistema Financeiro Nacional – evasão de divisas –, ensejando a remessa dos autos à Justiça Federal. Assim, a prova colhida fortuitamente, foi considerada válida, para a instauração de outra ação penal, configurando a serendipidade de segundo grau, conforme a classificação de Gomes, Távora e Alencar. Muito embora a prova tenha sido colhida por juízo incompetente para processar e julgar a pessoa contra quem foi encontrado as provas, foi aplicada a teoria do juízo aparente e com posterior remessa ao juízo competente.

Por fim, como se percebe, as medidas judiciais de produção e obtenção de provas sempre ocasionam desdobramentos para os indivíduos processados ou indiciados, como por exemplo o sacrifício de algum direito fundamental. Assim, deve o magistrado uma vez se deparando com o fenômeno do encontro fortuito de provas, agir com certa cautela, sempre respeitando a dignidade humana, o devido processo legal, o contraditório e a ampla defesa, pois como se sabe, estes são mandamentos constitucionais e pressupostos para o processo penal constitucional.

No próximo capítulo passa-se a tratar do encontro fortuito de provas e a sua relação com a relativização dos direitos fundamentais e a relativização das nulidades no curso do processo penal.

⁵ Disponível em:
<<http://www.stj.jus.br/SCON/jurisprudencia/doc.jsp?livre=serendipidade&b=ACOR&p=true&l=10&i=2>>. Acesso em 05 ago. 2018.

3 O ENCONTRO FORTUITO DE PROVAS, A RELATIVIZAÇÃO DOS DIREITOS FUNDAMENTAIS E A RELATIVIZAÇÃO DAS NULIDADES NO PROCESSO PENAL

Convém inicialmente, fazer algumas considerações em torno do encontro fortuito de provas e a sua relação com os direitos e garantias fundamentais. Tal análise é importante, pois, como se sabe, por vezes o processo penal constitui meio para violação dos direitos fundamentais, em especial quando se trata do cumprimento de medidas para a produção de provas. Não raras as vezes, os indivíduos sobre quem recai as medidas de produção de provas, têm os seus direitos fundamentais violados, como por exemplo direito a intimidade, a vida privada, honra e imagem, direito a inviolabilidade do domicílio, a inviolabilidade do sigilo da correspondência e das comunicações telegráficas, de dados e das comunicações telefônicas, entre outros. Neste sentido, pode-se citar como meios que mitigam tais direitos as interceptações das comunicações telefônicas e telemáticas, as medidas de busca e apreensão, a quebra de sigilo bancário e fiscal, etc.

De natureza essencialmente constitucional, os direitos e garantias fundamentais estão previstos no Título II da Constituição Republicana de 1988, denominado *Dos Direitos e Garantias Fundamentais*. No Capítulo I de tal título temos os *Direitos e Deveres Individuais de Coletivos*, os quais estão previstos no art. 5º. Diversos princípios podemos extrair da leitura deste dispositivo, v. g. princípio da isonomia, princípio da legalidade ou reserva legal, princípio do juiz natural, princípio do devido processo legal, entre tantos outros.

A Carta Magna inovou no sentido de prescrever tais direitos, prevendo uma série deles, isto não é por acaso, pois a Constituição Federal de 1988 foi promulgada num período pós exceção, diga-se, período pós ditadura militar que teve como marco característico graves violações aos direitos humanos por parte de representantes do Estado brasileiro.

Assim, os direitos e garantias fundamentais são valores supremos resguardados pela Constituição Federal que como regra devem ser respeitados. Ressalta-se, que o legislador constituinte originário de 1988 foi tão cuidadoso que elevou os direitos e garantias individuais a *status* de cláusula pétreas, que como sabemos, é aquele núcleo de direitos previstos na Constituição que não podem ser alterados no sentido de restringir direitos.

Adiante tratar-se-á da relativização dos direitos fundamentais no curso do processo penal, especificamente em diligências para a produção e obtenção de provas. Será objeto de tratamento também neste capítulo o princípio da proporcionalidade e a sua relação com admissibilidade da prova no processo penal e, por derradeiro, será traçado algumas considerações acerca das nulidades no processo penal brasileiro.

3.1 A RELATIVIZAÇÃO DOS DIREITOS FUNDAMENTAIS

Questão de relevância é a relativização dos direitos fundamentais pelo poder judiciário. A Constituição Federal de 1988 resguarda uma série de direitos, entre os quais estão: o direito a inviolabilidade do domicílio; inviolabilidade da intimidade e vida privada; a inviolabilidade do sigilo das correspondências e das comunicações telegráficas e telefônicas, entre tantos outros direitos.

Não obstante, a Carta Magna tenha como um dos seus objetivos a proteção dos direitos fundamentais, esta proteção não tem natureza absoluta, podendo, em algumas hipóteses os direitos fundamentais serem relativizados. Neste sentido colaciona-se a seguir um trecho de um julgado no qual se posicionou o Ministro Celso de Melo do Supremo Tribunal Federal no julgamento do MS 23.452/RJ, *in verbis*:

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 Constituição⁶.

Destarte, os direitos fundamentais a depender do caso concreto podem ser mitigados. Ao ser determinado as diligências para a produção e obtenção de provas, não raro é necessário o sacrifício de algum direito do indivíduo sobre quem deve recair a diligência.

Deve-se fazer uma análise entre os meios empregados e os fins a que se pretende, bem como a verificação da legitimidade dos fins desejados. Presentes estas condições é que poderemos ter a limitação de algum direito, como sustenta Barroso (2010, p. 226).

Tratando dos direitos fundamentais, Pacelli (2017, p. 37) ressalta:

O que torna necessário o estabelecimento de critérios minimamente objetivos que possam resolver possíveis e inevitáveis conflitos entre direitos fundamentais. E não há como negar: em tema de Direito e de Direito Processual Penal, a realização de um direito individual nem sempre se faz sem o tangenciamento de direito alheio.

⁶ Disponível em: <<https://stf.jusbrasil.com.br/jurisprudencia/738746/mandado-de-segurança-ms-23452-rj>>. Acesso em: 22 ago. 2018.

Indubitavelmente a concretização de um direito individual ou coletivo, quase sempre implica em sacrifício do direito de outrem. O que deve ser feito, como ressalta o autor é o estabelecimento de critérios objetivos para resolver estes possíveis conflitos.

Acerca do tema em tela, destaca com propriedade Lima (2016, p. 981), nos seguintes termos:

Na verdade, não há falar em direito fundamental absoluto. Todos os direitos fundamentais devem ser submetidos a um juízo de ponderação quando entram em rota de colisão com outros direitos fundamentais, preponderando aquele de maior relevância.

Assim, o que deve acontecer na hipótese de colisão de direitos é um juízo de ponderação, devendo aquele que tem maior relevância ser sobreposto ao de menor relevância. Não obstante a tese do autor seja considerável, a crítica que se faz a isto é a dificuldade de aferir qual o direito de maior relevância no caso concreto.

As interceptações das comunicações telefônicas, por exemplo, mitigam o direito à inviolabilidade da vida privada e o direito a inviolabilidade do sigilo de dados das comunicações telefônicas, previstos respectivamente nos incisos X e XII, do art. 5º da Constituição Federal. Os mandados de busca e apreensão mitigam o direito a inviolabilidade do domicílio prevista no inciso XI e também o direito a intimidade, também previstos no art. 5º da Constituição Federal.

A Constituição Federal, o Código de Processo Penal e a legislação extravagante estabelecem as hipóteses em que teremos a possibilidade do sacrifício destes direitos. É necessário, portanto, que estas medidas de produção e obtenção de provas que violem os direitos e garantias fundamentais sejam sempre excepcionais, sob pena de violarem princípios de ordem constitucionais e/ou legais e, consequentemente, os direitos dos indivíduos envolvidos, ensejando posteriormente nulidades no processo penal.

Não é incomum, entretanto, a ordem natural das coisas serem invertidas e o que é exceção passa a ser a regra, o que não se pode admitir no processo penal em um Estado Democrático de Direito.

É oportuno ressaltar, como já mencionado alhures, que quando do cumprimento de tais diligências a autoridade policial deve adotar certa postura, no sentido de não cometer excessos, sob pena de a prova colhida ser considerada nula, por violação a direitos do réu ou indiciado. Para ilustrar tal situação, imagine-se uma hipótese na qual se intercepte as comunicações telefônicas de um investigado. No curso de tal interceptação, inevitavelmente o

sigilo das comunicações do investigado, mesmo que não tenha relação com a infração ora investigada está comprometida. Se faz necessário, portanto, que estas comunicações sejam mantidas sob sigilo e só chegue aos autos o que realmente tiver relação com a infração investigada. Nesta situação, por óbvio as comunicações entre terceiros e o investigado, mesmo que não tenha relação o fato objeto da investigação, as comunicações de cunho familiar, por exemplo, estão comprometidas. A lei de interceptação telefônica, que será objeto de análise posteriormente, estabelece que as gravações que não interesse à prova será inutilizada por decisão judicial. O problema quanto a isto surge com a necessidade de requerimento, seja do Ministério Público, seja da parte interessada, quando na verdade o próprio juiz que presidir a investigação ou instrução deveria de ofício proceder com a inutilização, claro que com a participação do Ministério Público e da parte interessada.

Assim, conforme o exposto, o ordenamento jurídico brasileiro tem como uma de suas características a proteção aos direitos fundamentais, entretanto, estes direitos podem ser mitigados, quando, no caso concreto, existir a possibilidade de colisão com outros direitos, devendo o juiz analisar cada caso concreto com um juízo de ponderação.

3.1.1 O princípio da proporcionalidade e a admissibilidade da prova no processo penal

Na hipótese de relativização dos direitos fundamentais, deve o juiz agir com certa cautela para decidir qual o bem jurídico mais importante. Uma das ferramentas que o magistrado pode lançar mão é o princípio da proporcionalidade.

Como bem ressalta Mendes (2012, p. 250): “O princípio da proporcionalidade é invocado, igualmente, quando Poderes, órgão, instituições, ou qualquer outro partícipe da vida constitucional ou dos processos constitucionais colocam-se em situação de conflito”.

Utilizado nos mais diversos ramos do direito, o princípio em tela deve ser invocado no processo penal, quando tem-se uma situação de conflito de direitos.

Tal princípio, deve ser observado sob duas ópticas, uma que ele deve ser tratado como princípio mó, para conciliar e resolver eventuais conflitos. Mas também, deve ser observado no sentido de proibição do excesso, limitando os arbítrios do Estado na persecução criminal, como destaca Távora e Alencar (2016, p. 66).

Conforme mencionado alhures, a maioria da doutrina e a jurisprudência adotam a teoria da inadmissibilidade absoluta das provas ilícitas. Tem-se admitido, entretanto, a tese segundo a qual em nome do princípio da proporcionalidade, a prova ilícita pode ser admitida quando for benéfica para o réu.

Neste sentido, nos ensina com propriedade Lopes Jr (2014, p. 428):

Nesse caso, a prova ilícita poderia ser admitida e valorada apenas quando se revelasse a favor do réu. Trata-se da proporcionalidade *pro reo*, em que a ponderação entre o direito de liberdade de um inocente prevalece sobre um eventual direito sacrificado na obtenção da prova (dessa inocência).

Também no mesmo sentido, Távora e Alencar (2016, p. 782/783):

Dessa maneira, a prova ilícita poderia ser utilizada em favor da inocência, de sorte a evitar-se uma limitação na utilização de prova que, mesmo produzida ao arrepio da lei, cumpre o papel de inibir condenação descabida. Deve-se avaliar, portanto, a sua real utilidade para a persecução penal e o grau de contribuição para revelar a inocência, além do bem jurídico violado para a obtenção da prova.

Assim, é possível a admissibilidade da prova ilícita em benefício do réu, levando em consideração o princípio da proporcionalidade, desde que não haja outra forma de obter ou produzir a prova da inocência do réu. Neste caso, há uma ponderação de interesses, a liberdade de um inocente e a violação do direito de outrem, prevalecendo aquele, em detrimento deste.

Segue adiante análise atinente à questão probatória e a relativização das nulidades no processo penal.

3.2 A PROVA E A RELATIVIZAÇÃO DAS NULIDADES

Para que um ato jurídico seja considerado perfeito é necessário que preencha determinadas formalidades estabelecidas pelo Código de Processo Penal e pela legislação extravagante.

O processo penal tem uma natureza instrumental. Desta forma, se faz imprescindível que os procedimentos processuais sejam realizados com determinados atos, termos e solenidades para os quais a lei reserva formalidades, objetivando a concretização do devido processo legal, neste sentido Avena (2018, p. 1.235).

Sobre as nulidades destaca Pacelli (2017, p. 917): “A declaração de nulidade seria, assim, a consequência jurídica da prática irregular de ato processual, seja pela não observância da forma prescrita em lei, seja pelo desvio de finalidade surgido com a prática”.

A declaração de qualquer nulidade, portanto, é a consequência da prática de ato sem as devidas observâncias às formalidades.

É consenso na doutrina que a declaração das nulidades tem um caráter de sanção pela prática de ato sem a observância à formalidade, que gera prejuízo. Neste sentido, Lima (2016, p. 2192) e Távora e Alencar (2016, p. 1935).

As nulidades, assim, devem ser compreendidas sob um duplo aspecto, quais sejam, o vício ou defeito impregnado no ato processual, isto é praticado sem a observância das formalidades e deve ser entendida como sanção judicial, invalidando o ato processual e retirando os seus efeitos jurídicos, neste sentido Bonfim (2016, p. 827).

A disciplina das nulidades está prevista no CPP do art. 563 ao 573. Estabelece o art. 563 que nenhum ato será declarado nulo se desta nulidade não resultar prejuízo para a acusação ou para a defesa, tal afirmação é resumida no brocado latino *pas de nullité sans grief* ou princípio da instrumentalidade das formas como, já mencionado anteriormente, Pacelli (2017, p. 917).

Das nulidades, em especial no que concerne às provas, decorrem diversos desdobramentos prejudiciais ao réu ou ao indiciado, muitas vezes desconsideradas por juízes e Tribunais e, consequentemente, comprometendo o devido processo legal. Neste sentido, podemos mencionar os diversos casos em que os juízes ou Tribunais deixam de declarar a nulidade das provas ilícitas, isto ao arrepio das determinações Constitucionais, do CPP e da legislação extravagante.

No tocante ao encontro fortuito de provas podem decorrer diversas nulidades, v. g. às relativas à competência, na forma do art. 564, inciso I, do CPP. É o caso do encontro fortuito de provas relativas a infração praticada por pessoa detentora de foro privilegiado na hipótese em que o juízo que determinou a diligência não é competente para o processo e julgamento de tal pessoa. Temos também a hipótese de nulidade por ilegitimidade da parte na forma do art. 564, inciso II, do CPP. Neste caso imaginemos a situação hipotética na qual é encontrada fortuitamente, provas de infração em que a ação penal é de iniciativa privativa para o ofendido ou seus sucessores e o representante do Ministério Público oferece denúncia sem a representação do ofendido ou de quem tenha qualidade para representa-lo. Neste caso ocorrerá a nulidade, inteligência do art. 564, inciso II c/c o art. 24, *caput*, ambos do CPP.

Um dos casos de nulidade que encontramos recorrentemente na jurisprudência são os casos de cerceamento de defesa. O contraditório e da ampla defesa, constitui princípio fundamental no processo penal, como preceitua, o art. 5º, inciso LV da Carta Magna. De forma análoga prescreve o art. 155 do CPP, que o juiz formará sua convicção pela livre

apreciação da prova produzida em contraditório judicial. Nesta senda, questão que merece ser superada é se o encontro fortuito de provas violaria o princípio do contraditório e da ampla defesa. De todo o exposto, de acordo com a doutrina e a jurisprudência sobre o tema, se da diligência para produção de provas quando surgir fatos novos, seja relativo ao envolvimento de pessoa diversa da investigada ou processada, seja da descoberta de delitos conexos com a infração que deu origem a diligência, não sendo o mandado de diligência cumprido com excesso por parte da autoridade policial ou não havendo desvio de finalidade, entre outros requisitos conforme já analisado alhures, a prova é lícita, sendo imprescindível, evidentemente a necessidade de submeter tal prova ao crivo do contraditório e da ampla defesa.

Destarte, no curso do processo penal, uma vez presente o fenômeno do encontro fortuito de provas, deve o magistrado adotar certa postura, verificando se está presente os requisitos, em caso positivo, aplicar o princípio da serendipidade. Se não se fizer presente os requisitos, a prova fortuita deve ser declarada nula e desentranhada dos autos na forma do art. 157 do CPP. Nesta hipótese, os fatos novos relativos a delitos possivelmente praticados pela pessoa investigada ou possivelmente praticados por pessoa diversa da investigada, devem ser considerados elementos para o oferecimento de nova *notitia criminis* – é o caso de serendipidade de segundo grau.

No próximo capítulo tratar-se-á de algumas diligências que podem ensejar o fenômeno do encontro fortuito de provas. Traz-se também à baila, no decorrer desta abordagem, alguns julgados do STF e do STJ que se reputa relevantes no tocante ao tema em apreço.

4 ALGUMAS DILIGÊNCIAS QUE PODEM ENSEJAR O FENÔMENO DA SERENDIPIDADE

Na persecução penal, tratando-se dos meios de produção e obtenção de provas, são medidas que podem ensejar o fenômeno do encontro fortuito de provas, v. g., a busca e apreensão, a quebra de sigilo bancário e fiscal e a interceptação das comunicações telefônicas e telemáticas, a colaboração premiada, a prova testemunhal e as perícias. Alguns destes meios estão previstos no Código de Processo Penal outros na legislação extravagante.

Nos próximos tópicos tratar-se-á apenas da interceptação das comunicações telefônicas e telemáticas, da busca e apreensão e da colaboração premiada. Isto pelo fato de ser os meios de produção e obtenção de provas que mais podem incidir o fenômeno em estudo, conforme se pode constatar na análise da jurisprudência sobre o tema.

4.1 INTERCEPTAÇÕES TELEFÔNICAS

A interceptação das comunicações telefônicas e telemáticas está prevista na Lei nº 9.296 de 1996 que foi editada para regulamentar o inciso XII do art. 5º da Constituição Federal. Importa ressaltar que tal lei não se aplica somente à interceptação das comunicações telefônicas, mas, também à interceptação das comunicações em sistemas de informática e telemática, é o que se depreende da leitura do Parágrafo único do art. 1º.

Atualmente, este dispositivo, torna-se essencial na elucidação de certos delitos, em especial, quando cometidos na rede mundial de computadores ou que podem ser comprovados por este meio.

O art. 2º da lei em comento, estabelece que não será admitido a interceptação quando se fizer presentes quaisquer dos seguintes requisitos elencados: não exista indícios razoáveis de autoria ou participação em infração penal; a prova pode ser obtida ou produzida por outro meio e o fato objeto de investigação constituir infração penal punida, no máximo, com pena de detenção. Quanto ao primeiro requisito, deve haver indícios de autoria ou participação – *fumus comissi delicti* –; é portanto, uma medida cautelar. Ressalta-se, que indícios, na forma do art. 239 do CPP, é a circunstância conhecida e provada que, tendo relação com o fato, autorize, por indução, concluir-se a existência de outra ou outras circunstâncias, Avena (2018, p. 561).

A interceptação é medida excepcional, só podendo ser instaurada quando a prova não poder ser obtida ou produzida por outra via – *periculum in mora* – e também, o fato

investigado deve ser punido com pena de reclusão, neste sentido destaca Távora e Alencar (2016 p. 927): “Trata-se de critério qualitativo adotado pelo legislador para, objetivamente, excluir do âmbito da Lei nº 9.296/1996 delitos de menor gravidade”.

No tocante a este requisito, questão tormentosa é a admissibilidade da prova colhida em sede de interceptação telefônica em processo diverso do que deflagrou a medida, especialmente quando se tratar de delito punido com detenção, sendo que a lei de interceptação telefônica autoriza a instauração do procedimento apenas quando se tratar de delito punível com reclusão, neste sentido é importante a lição de Lopes Jr (2013, p. 422/423), *in verbis*:

Constitui um absurdo obter – por exemplo – uma autorização judicial para realização de uma interceptação telefônica para apuração do delito de tráfico de substâncias entorpecentes e, posteriormente, utilizar esse material probatório para instauração de outro processo criminal, pelo delito de sonegação fiscal. Existe um ilegal desvio causal da prova autorizada para apuração de um crime e utilizada para punição de outro. Torna-se ainda mais grave a ilegalidade, no exemplo citado, se a prova for utilizada no segundo processo e este tiver sido instaurado para apuração do delito previsto no art. 2º da Lei n. 8.137 apenado com detenção (recordemos que o art. 2º da Lei n. 9.296 veda a interceptação telefônica quando o fato for apenado com detenção).

É acertada a posição do autor, considerando que as provas devem ser vinculadas àquele processo para o qual a decisão determinou a sua produção, não podendo ser utilizada e valorada contra pessoa diversa da investigada inicialmente. Entretanto, não tem sido este o posicionamento que prepondera na jurisprudência Superior Tribunal de Justiça, conforme o julgado colacionado a seguir:

PENAL. HABEAS CORPUS SUBSTITUTIVO DE RECURSO PRÓPRIO. INADEQUAÇÃO. ADVOCACIA ADMINISTRATIVA QUALIFICADA. NULIDADE. INTERCEPTAÇÃO TELEFÔNICA. ENCONTRO FORTUITO DE PROVAS (SERENDIPIDADE). CRIME PUNIDO COM DETENÇÃO. POSSIBILIDADE. PROVA LÍCITA. TRANCAMENTO DO PROCESSO PENAL. TIPICIDADE DA CONDUTA. OCORRÊNCIA. JUSTA CAUSA. PARA A PERSECUÇÃO PENAL EVIDENCIADA. LASTRO NAS PROVAS CAUTELARES. HABEAS CORPUS NÃO CONHECIDO. 1. Esta Corte e o Supremo Tribunal Federal pacificaram orientação no sentido de que não cabe habeas corpus substitutivo do recurso legalmente previsto para a hipótese, impondo-se o não conhecimento da impetração, salvo quando constatada a existência de flagrante ilegalidade no ato judicial impugnado. 2. A **jurisprudência desta Corte é firme no sentido da adoção da teoria do encontro fortuito ou casual de provas (serendipidade)**. Segundo essa teoria, independentemente da ocorrência da identidade de investigados ou réus, consideram-se válidas as provas encontradas casualmente pelos agentes da persecução penal, relativas à infração penal até então desconhecida, por ocasião do cumprimento de

medidas de obtenção de prova de outro delito regularmente autorizadas, ainda que inexista conexão ou continência com o crime supervenientemente encontrado e este não cumpra os requisitos autorizadores da medida probatória, desde que não haja desvio de finalidade na execução do meio de obtenção de prova. 3. No caso, nos termos do acórdão de recebimento da denúncia, originalmente, **houve regular autorização judicial de medida de interceptação telefônica a fim de investigar suposto acobertamento pelo acusado Jonaci Silva Herédia quanto ao esquema consistente na apropriação de parte dos vencimentos de servidores públicos (vulgarmente denominado de "40pura40") pelo vereador Olmir Castiglioni, fato este, inclusive, que culminou no recebimento de peça acusatória em que são imputados ao referido Promotor de Justiça os crimes de falsidade ideológica (art. 299, do CP) e advocacia administrativa (art. 321, do CP).** Desta investigação inicial, principalmente durante o período desta primeira interceptação telefônica (crime do art. 299, do CP), foram colhidos indícios da prática de outros ilícitos pelo acusado Jonaci Silva Herédia em conluio com o paciente e outros réus, o que levou o representante ministerial a apurá-los, em cumprimento do seu dever funcional da obrigatoriedade da ação penal pública. 4. **Malgrado apenado com detenção, as provas obtidas quanto ao crime de advocacia administrativa são plenamente válidas, porquanto foram descobertas fortuitamente por meio de interceptação telefônica, decretada regularmente, com vistas a angariar elementos de prova da prática do crime de falsidade ideológica pelo então investigado Jonaci Silva Herédia.** Em perfeita aplicação da Documento: 77688099 - EMENTA / ACORDÃO - Site certificado - DJe: 25/10/2017 Página 1 de 3 Superior Tribunal de Justiça serendipidade, trata-se, portanto, de prova lícita, decorrente de interceptação telefônica de crime apenado com reclusão, com autorização devidamente fundamentada de autoridade judicial competente. [...].

(HABEAS CORPUS N° 376.927 - ES (2016/0286758-9). RELATOR: Min. RIBEIRO DANTAS, Quinta Turma, julgado em 17/10/2017)⁷. (Grifo nosso).

Conforme se pode depreender da análise do trecho deste julgado, foi inicialmente autorizado interceptação telefônica regular para apurar a possível prática de delito de falsidade ideológica, prevista no art. 299 do CP, punível com pena de reclusão. No curso da interceptação, entretanto, foi evidenciado fortuitamente, provas da possível prática do delito de advocacia administrativa, prevista no art. 321 do CP, sendo que este delito é punível com pena de detenção. Embora respeitável, a decisão acima é questionável, pois, o Superior Tribunal de Justiça decidiu pela licitude desta prova, ainda que o delito de advocacia administrativa seja punido com detenção, sendo que a lei de interceptação telefônica em seu art. 2º, inciso III, estabelece que não será admitida a interceptação telefônica quando o fato

⁷ Ementa completa disponível em:
<http://www.stj.jus.br/SCON/jurisprudencia/doc.jsp?livre=serendipidade+desvio+de+finalidade&b=A COR&p=true&t=JURIDICO&l=10&i=2>. Acesso em 15 set. 2018.

objeto da investigação constituir infração penal punida, no máximo com pena de detenção. Destarte, a prova colhida nestas circunstâncias deveria ser considerada ilícita. Com a máxima vênia, entendemos que andou mal a jurisprudência do TSJ ao considerar a prova lícita neste caso.

Outro requisito previsto no art. 1º da lei é a necessidade de ordem judicial emanada de juiz competente. No que concerne a este ponto, já vimos que é adotado pela doutrina e jurisprudência a teoria do juízo aparente. A decisão que determina a medida de interceptação é *rebus sic stantibus*, ou seja, a sua eficácia é limitada ao contexto fático do tempo da sua determinação, neste sentido Lima (2016, p. 1008).

Nesta senda, colaciona-se a seguir um importante precedente do STF:

Ementa: HABEAS CORPUS SUBSTITUTIVO DE RECURSO ORDINÁRIO. NÃO CONHECIMENTO. OPERAÇÃO POLICIAL. TRÁFICO INTERNACIONAL DE DROGAS. INTERCEPTAÇÃO TELEFÔNICA. PRORROGAÇÕES SUCESSIVAS. CABIMENTO. COMPLEXIDADE DA INVESTIGAÇÃO. DEFERIMENTO DE MEDIDA INVESTIGATIVA. POSTERIOR DECLINAÇÃO DE COMPETÊNCIA. VALIDADE. JUÍZO APARENTE. INOVAÇÃO ARGUMENTATIVA. IMPOSSIBILIDADE DE EXAME. RISCO DE SUPRESSÃO DE INSTÂNCIA. 1. Não se admite habeas corpus substitutivo de recurso ordinário constitucional, sob pena de desvirtuamento das regras e prazos processuais, peremptoriamente previstos em lei. 2. É possível a prorrogação do prazo de autorização para interceptação telefônica, ainda que sucessivamente, especialmente quando, em razão do número de fatos e investigados, o caso seja dotado de complexidade que demande uma investigação diferenciada, profícua e contínua. 3. **Segundo a teoria do juízo aparente, não há nulidade na medida investigativa deferida por magistrado que, posteriormente, vem a declinar da competência por motivo superveniente e desconhecido à época da autorização judicial.** 4. Caracteriza-se indevida supressão de instância o enfrentamento de argumento não analisado pela instância a quo. 5. Habeas corpus não conhecido, revogando-se a liminar anteriormente deferida. (HC 120027, Relator(a): Min. MARCO AURÉLIO, Relator(a) p/ Acórdão: Min. EDSON FACHIN, Primeira Turma, julgado em 24/11/2015, PROCESSO ELETRÔNICO DJe-030 DIVULG 17-02-2016 PUBLIC 18-02-2016)⁸ (grifo nosso).

O julgado destacado trata de HC, no qual o paciente alegava a ilicitude da prova obtida em sede de interceptação telefônica sob o argumento de que o juízo que autorizou a

⁸ Disponível em:

<<http://stf.jus.br/portal/jurisprudencia/listarJurisprudencia.asp?s1=%28HC%24%2E%2E+120027%2E%2E%29+OU+%28HC%2EACMS%2E+ADJ2+120027%2EACMS%2E%29&base=baseAcordaos&url=http://tinyurl.com/oxkk8ly>>. Acesso em 10 set. 2018.

medida era incompetente. O HC não foi conhecido, sob o fundamento da aplicação da teoria do juízo aparente, conforme o excerto destacado.

O Parágrafo único do art. 2º da referida lei estabelece a necessidade de descrição com clareza da situação objeto da investigação e a indicação e a qualificação dos investigados, salvo na impossibilidade manifesta, devendo neste caso ser justificado. Este dispositivo tem relação com objeto do presente trabalho, pois o legislador foi cuidadoso em prever a necessidade de identificação e qualificação da pessoa investigada e também a necessidade de descrição da situação que é objeto da investigação. Resta configurado o fenômeno do encontro fortuito de provas na interceptação das comunicações telefônicas quando é revelado fatos relativos ao envolvimento de pessoa diversa da investigada ou processada ou é revelado provas do possível cometimento de crime diverso daquele que ensejou a deflagração da interceptação telefônica.

Sobre o encontro fortuito de provas a lei de interceptação telefônica é silente, devendo, este tipo de desdobramento ser resolvido pela doutrina e pela jurisprudência.

Não há que se falar ilicitude da prova fortuita colhida no âmbito das interceptações telefônicas, se esta for desenvolvida com rigorosa observância à lei, como nos ensina Avena (2018, p. 574).

Como já abordado, a licitude da prova fortuita e a consequente aplicação do princípio da serendipidade está condicionado ao modo como se desenvolveu a diligência, neste caso, a interceptação telefônica. A aplicação do princípio em estudo é importante, pois, realça o zelo que deve ter a autoridade policial no curso da medida de interceptação, uma vez que esta espécie de medida de produção e obtenção de provas pode violar direitos fundamentais do investigado ou do réu, assim também como o direito das pessoas que eventualmente mantem conversa com estes.

4.2 BUSCA E APREENSÃO

A busca e a apreensão estão disciplinadas no CPP, nos arts. 240 ao 250. A busca consiste na ação desenvolvida pelos agentes do Estado no sentido de investigar, descobrir e pesquisar algo relevante para o processo penal, realizado em lugares ou pessoas. Já a apreensão é medida assecuratória que toma algo de alguém ou de algum lugar, com o objetivo de produzir provas ou resguardar direitos, Nucci (2014, p. 477).

Como já destacado alhures, as medidas de produção e obtenção de provas sempre ou quase sempre implicam em restrição a direitos fundamentais, devendo ser sempre meios

excepcionais, neste sentido destaca Lopes Jr. (2014, p. 506): “Mas os direitos fundamentais não são absolutos e podem ser restringidos. A busca e apreensão trabalham nessa exceção da proteção constitucional. São, por isso, medidas excepcionais”. O autor ressalta a ideia já sustentada anteriormente, que é a mitigação dos direitos fundamentais em face de determinadas circunstâncias, conforme sustenta o autor, as medidas de busca e apreensão devem ser meios excepcionais de produção e obtenção de provas.

O art. 5º, inciso XI da Constituição Federal de 1988, resguarda o direito à inviolabilidade do domicílio. O próprio dispositivo constitucional estabelece as hipóteses em que é possível penetrar na residência sem o consentimento do morador, que são nas hipóteses de flagrante delito, desastre, para prestar socorro ou durante o dia, mediante ordem judicial.

Conforme segue defendendo Lopes Jr. (2014, p. 506), a busca e apreensão não só mitiga o direito à inviolabilidade do domicílio como também a dignidade da pessoa humana, o direito à intimidade e vida privada, bem quanto o direito à incolumidade física e moral do indivíduo investigado ou processado e também de terceiros.

Para Távora e Alencar (2016 p. 894), a busca e a apreensão podem assumir três feições, a depender da finalidade. Pode ser meio de prova, pode ser meio de obtenção de prova ou pode ser medida cautelar probatória.

No tocante a iniciativa para a deflagrar a medida de busca e apreensão, dispõe o CPP em seu art. 242, que pode ser deflagrada mediante iniciativa das partes ou *ex officio* pelo próprio magistrado. Cabe ressaltar que na fase de inquérito ou antes da instauração do processo, a iniciativa cabe a autoridade policial, mediante representação, devendo ser deferida em juízo. Quando requisitado pelas partes também se faz necessário submeter o pedido ao crivo do judiciário, sendo imprescindível a fundamentação e demonstração da necessidade, neste sentido é importante a lição de Nucci (2014, p. 477), *in verbis*: “[...] não basta a parte interessada solicitar a diligência, sendo indispensável que a justifique ao magistrado, dando-lhe seus fundados motivos e procurando convencê-lo da sua necessidade”.

No que se refere a possibilidade de o magistrado de ofício, determinar a medida de busca e apreensão, o art. 241, estabelece, fazendo uma interpretação *a contraio senso*, que prescindirá de expedição de mandado, quando a busca domiciliar for realizada pessoalmente pela autoridade policial ou judicial. Com o advento da Constituição Federal, por imposição do sistema acusatório, nitidamente adotado pelo legislador constituinte de 1988, não é mais possível a realização de busca pela própria autoridade policial sem a prévia expedição de mandado. Quanto ao juiz, o entendimento é o mesmo, ou seja, é imprescindível a expedição

de mandado para tal finalidade, ainda que seja feita pessoalmente pelo magistrado, como sustenta, Lopes Jr. (2014, p. 515).

Quanto ao momento, tanto a busca, quanto a apreensão, pode ser feita antes ou durante a fase de inquérito, na fase instrutória ou até mesmo na fase de execução penal, Nucci, (2014, p. 478).

No que se refere aos requisitos do mandado, na forma como estabelece o CPP em seu art. 243, e seu inciso I, se faz necessário especificar precisamente o local em que deverá ser cumprida a diligência e o nome do morador ou proprietário, ou no caso de busca pessoal o nome ou sinais que identifique a pessoa que terá de sofrê-la. Depreende-se, que este dispositivo tem relação direta como o fenômeno objeto da presente pesquisa. Considerando que para a configuração do encontro fortuito de provas, se faz necessário que surja provas inesperadas do envolvimento de pessoas que inicialmente não estavam sedo investigadas ou apareça provas de delitos novos que não estavam na linha de investigação. Assim, para ilustrar, imaginemos que no curso do cumprimento de um mandado de busca e apreensão a ser cumprido em local específico e contra determinada pessoa, é encontrada no local provas do envolvimento de pessoa diversa da investigada. Conforme aduzido anteriormente, a doutrina e a jurisprudência consideram esta prova como lícita, mediante a presença de certos requisitos. Como mencionado alhures, é necessário que no curso da diligência os agentes da persecução penal quando do cumprimento do mandado de busca e apreensão sejam cautelosos, no sentido de não cometer excessos, sob pena de a prova colhida ser considerada nula. Deste modo, se for determinado um mandado de busca e apreensão contra um determinado indivíduo que mora com outro, por exemplo, e na ocasião do cumprimento, a polícia não encontrando provas relativas a pessoa investigada, sem qualquer suspeita prévia, passa a procurar por possíveis provas nos pertences do indivíduo que mora com a pessoa investigada. É evidente que a prova colhida nesta hipótese é ilícita, não podendo servir de base para condenação na ação penal que deflagrou a medida de busca e apreensão. Neste caso, houve desvio de finalidade no curso do cumprimento da diligência e o mandado de busca e apreensão expedido é vinculante à pessoa e ao local previamente determinados. A prova obtida com desvio de finalidade, serviria no máximo para o oferecimento de nova *notitia criminis*, como já analisado.

A seguir colaciona-se a ementa de um julgado do STJ no qual foi considerada lícita a prova colhida fortuitamente na ocasião do cumprimento de mandado de busca e apreensão:

AGRAVO REGIMENTAL EM RECURSO ESPECIAL. EVASÃO DE DIVISAS E LAVAGEM DE DINHEIRO. ALEGADA OCORRÊNCIA DE MOTIVAÇÃO PER RELATIONEM. AUSÊNCIA DE INDICAÇÃO DOS DISPOSITIVOS LEGAIS VIOLADOS EM RELAÇÃO A ALGUMAS ALEGAÇÕES. INCIDÊNCIA DA SÚMULA 284/STF. AVENTADA OFENSA AO ART. 157 DO CPP. INOCORRÊNCIA. TEORIA DO ENCONTRO FORTUITO DE PROVAS. PRETENDIDA APLICAÇÃO DO PRINCÍPIO DA CONSUNÇÃO ENTRE OS DELITOS. IMPOSSIBILIDADE. CONDUTAS AUTÔNOMAS. AUSÊNCIA DE VIOLAÇÃO AO ART. 1º, VI, DA LEI 9.613/98. AFRONTA AO ART. 22, PARÁGRAFO ÚNICO, DA LEI 7.492/86. INOCORRÊNCIA. DEMAIS ALEGAÇÕES. NECESSIDADE DE REVOLVIMENTO DE FATOS E PROVAS. INVIABILIDADE NA VIA ELEITA. INCIDÊNCIA DA SÚMULA 7/STJ. DOSIMETRIA DA PENA. OFENSA AOS ARTS. 59, 62, I, E 68 DO CP. NÃO DEMONSTRAÇÃO. CONCURSO DE CRIMES. CONSIDERAÇÃO DE SOMENTE UMA CONDUTA DE EVASÃO DE DIVISAS. RECONHECIMENTO DO CÚMULO MATERIAL EM RELAÇÃO AO CRIME DE LAVAGEM DE DINHEIRO. REDUÇÃO DA SANÇÃO GLOBAL PELA CORTE ORIGINÁRIA EM SEDE DE APELAÇÃO. SENTENÇA QUE HAVIA RECONHECIDO O CONCURSO FORMAL. RECURSO EXCLUSIVO DA DEFESA. REFORMATIO IN PEJUS CONFIGURADA. OFENSA AO ART. 617 DO CPP. RECLAMO ESPECIAL PROVIDO APENAS NESSE PONTO. SANÇÃO REDIMENSIONADA EM RELAÇÃO A UM DOS CONDENADOS. DECISÃO MONOCRÁTICA CONFIRMADA. AGRAVO IMPROVIDO.

1. O recurso especial interposto com base na alínea "a" do inciso III do art. 105 da Constituição Federal requer a indicação específica do dispositivo legal que teria sido objeto de interpretação divergente, sob pena de não conhecimento. Incidência do verbete n. 284 da Súmula do STF.

2. Quanto à prova obtida através de busca e apreensão autorizada judicialmente, não há ofensa ao art. 157 do CPP, pois os elementos que incriminavam os recorrentes surgiram através do que a doutrina chama de "encontro fortuito de provas", que vem sendo admitido pela jurisprudência desta Corte Superior de Justiça.

[...]

(AgRg no REsp 1254887/SC, Rel. Ministro JORGE MUSSI, QUINTA TURMA, julgado em 13/10/2015, DJe 16/10/2015)⁹. (Grifo nosso).

Conforme se pode inferir da leitura da ementa do julgado colacionado acima, é inequívoco o reconhecimento da aplicação do princípio da serendipidade ou teoria do encontro fortuito de provas pela jurisprudência do STJ na busca e apreensão, não sendo o caso de nulidade das provas na forma do art. 157 do CPP, desde que presentes os requisitos, já mencionados alhures, entre os quais está a regular autorização judicial, conforme está destacado no julgado.

⁹ Ementa completa disponível em:
<http://www.stj.jus.br/SCON/jurisprudencia/doc.jsp?livre=busca+e+apreensao+serendipidade&b=ACOR&p=true&t=JURIDICO&l=10&i=4>. Acesso em 10 set. 2018.

Ponto relevante que merece ser destacado é a ausência de previsão legal, no que se refere ao fenômeno do encontro fortuito de provas. O CPP ao tratar da busca e apreensão é silente a este respeito, devendo, neste caso, uma vez presente o fenômeno em questão, ser resolvido pela jurisprudência e pela doutrina, conforme a análise de cada caso concreto se seria o caso de aplicação do princípio da serendipidade. Como já mencionado anteriormente, cabe ao magistrado analisar cada caso conforme as suas peculiaridades, devendo verificar se o mandado de busca e apreensão foi cumprido com estrita observância às determinações constitucionais e legais, se houve abusos ou desvio de finalidade por parte dos agentes da persecução penal, dentre os outros requisitos capaz de ensejar a aplicação do princípio em análise.

Assim, a doutrina e jurisprudência são uníssonas ao considerar lícitas as provas colhidas fortuitamente em mandados de busca e apreensão, sendo aplicado o princípio da serendipidade. Reitera-se que cada caso deve ser analisado conforme as suas peculiaridades, não sendo possível a invocação do princípio em análise se a colheita fortuita de provas violar direitos fundamentais dos envolvidos.

4.3 COLABORAÇÃO PREMIADA

Tem-se também como meio que pode ensejar o fenômeno ora examinado, os meios de produção e obtenção de provas previstos no bojo da recente Lei nº 12.850 de 02 de agosto de 2013, que define organizações criminosas e dispõe sobre meios de obtenção de provas. Neste sentido, faz-se uma breve análise do instituto da colaboração premiada, bem como da jurisprudência relativa ao objeto do presente trabalho.

Para Lima (2016, p. 1031), a colaboração premiada pode ser conceituada como:

Técnica especial de investigação por meio da qual o coautor e/ou partícipe da infração penal, além de confessar seu envolvimento no fato delituoso, fornece aos órgãos responsáveis pela persecução penal informações objetivamente eficazes para a consecução de um dos objetivos previstos em lei, recebendo, em contrapartida, determinado prêmio legal.

Destarte, a colaboração premiada pode ser entendida como meio pelo qual o coautor e/ou copartícipe além de confessar, fornece informações importantes para o desfecho do caso, recebendo, em contrapartida certos benefícios. Observa-se, que o autor acima citado

conceitua a delação sob dois aspectos, a confissão e a prestação de informações importantes que podem auxiliar na elucidação da infração penal.

Questão que se põe é qual seria a terminologia adequada, se “delação premiada” ou “colaboração premiada”. A lei 12.850, em seu Capítulo II, Seção I, traz como título *Da Colaboração Premiada*. Entende-se que “colaboração premiada” seria expressão mais correta, visto que é a locução prevista na lei, e é também mais ampla que a delação. Neste sentido, Távora e Alencar (2016 p. 841) e Lima (2016, p. 1031). Entretanto, parte da doutrina ainda usa a expressão “delação premiada”, v. g. Rodríguez (2018, p. 02).

Sobre o valor probatório da colaboração premiada, esta, só pode ser valorada como prova mediante a presença de demais elementos colhidos que corroboram o conteúdo da colaboração. Necessário também, a participação do advogado do delatado, sendo imprescindível que este também faça perguntas ao delator, ainda que em oportunidade posterior, conforme nos ensina Távora e Alencar (2016 p. 841).

A presente lei tornou-se a protagonista na operação intitulada de Operação Lava-jato, em especial, temos a colaboração premiada, que, diga-se de passagem, tem sido um dos principais meios de produção e obtenção de provas em tal operação.

Na colaboração, assim como na interceptação telefônica e na busca e apreensão, é muito comum o surgimento de provas fortuitas, podendo ser aplicado, por vezes, o princípio da serendipidade. Pode-se ilustrar tal situação, no caso em que determinado investigado ou processado faz a colaboração premiada e é revelado evidências da coparticipação ou coautoria de terceiro não investigado ou processado, ou ainda, é revelado fatos relativos a delitos diversos do que estavam na linha de investigação. A prova colhida nestas circunstâncias é lícita, desde que o conteúdo da colaboração seja obtido conforme as determinações legais e constitucionais.

Outro requisito da colaboração premiada é a sua voluntariedade, neste sentido, a prova colhida de forma fortuita em sede de colaboração premiada, em que o agente delata sob coação é nula.

Nesta senda, como já repisado no curso do presente trabalho, a prova colhida fortuitamente é lícita, desde que seja colhida de forma incidental, ou seja, não haja abuso por parte dos agentes da persecução penal na sua colheita. Na colaboração premiada não é diferente.

A seguir colaciona-se a ementa de um acórdão do STJ, sobre o tema em apreço, *in verbis*:

PROCESSUAL PENAL. RECLAMAÇÃO. DENÚNCIA. ENCONTRO FORTUITO DE PROVAS. AUTORIDADE COM PRERROGATIVA DE FORO. COLABORAÇÃO PREMIADA. ART. 4º DA LEI 12.850/13. NEGÓCIO JURÍDICO PROCESSUAL. EFEITOS. ATUAÇÃO JURISDICIONAL. EXAME DAS GARANTIAS DO COLABORADOR. CONEXÃO E CONTINÊNCIA DE CRIMES. MODIFICAÇÃO DA COMPETÊNCIA. EXAME. FORO PREVALENTE. USURPAÇÃO DE COMPETÊNCIA. CONFIGURAÇÃO.

[...]

5. **O acordo de colaboração não se confunde com seu conteúdo, razão pela qual as informações prestadas pelo colaborador podem se referir a crimes ou pessoas diversas do objeto inicial da investigação, ficando configurado, nessa hipótese, o encontro fortuito de provas.**

6. **Como consequência da serendipidade, aplica-se a teoria do juízo aparente, segundo a qual não há nulidade na colheita de elementos de convicção autorizada por juiz até então competente para supervisionar a investigação.**

7. **Ocorrendo a descoberta fortuita de indícios do envolvimento de pessoa com prerrogativa de foro, os autos devem ser encaminhados imediatamente ao foro prevalente, definido segundo o art. 78, III, do CPP, o qual é o único competente para resolver sobre a existência de conexão ou continência e acerca da conveniência do desmembramento do processo.**

8. Na presente hipótese, embora os indícios do suposto envolvimento de pessoa com prerrogativa de foro tenha surgido de forma fortuita, os autos da investigação até então procedida não foram encaminhados ao STJ, o que configura usurpação de sua competência. 9. Reclamação julgada parcialmente procedente.

(Rcl 31.629/PR, Rel. Ministra NANCY ANDRIGHI, CORTE ESPECIAL, julgado em 20/09/2017, DJe 28/09/2017)¹⁰. (Grifo nosso).

Conforme se pode observar, no trecho em destaque, a colaboração pode versar sobre crimes ou pessoas diversas do objeto inicial da investigação, ficando configurado, nessa hipótese, o encontro fortuito de provas, restando presentes os requisitos para a aplicação do princípio da serendipidade. *In casu*, foi aplicado a teoria do juízo aparente, segundo a qual não há que se falar em nulidade na obtenção provas autorizadas por juiz, que até o momento era competente para presidir a investigação, como, já estudado no Capítulo 2 do presente trabalho. Como estava presente a descoberta fortuita de indícios do envolvimento de pessoa com prerrogativa de foro, fazia-se imperativo que os autos fossem remetidos imediatamente ao juízo competente, sob pena de a prova colhida nestas circunstâncias serem consideradas ilícitas.

¹⁰ Ementa completa disponível em:

<<http://www.stj.jus.br/SCON/jurisprudencia/doc.jsp?livre=dela%20+premiada+serendipidade&b=ACOR&p=true&t=JURIDICO&l=10&i=2>>. Acesso em: 16 set. 2018

Por fim, a Lei 12.850/2013 perdeu a oportunidade de disciplinar a matéria relativa ao encontro fortuito de provas na colaboração premiada, considerando que seria importante, pois, este fenômeno tem sido cada vez mais recorrente e a sua disciplina legal propiciaria uma maior segurança jurídica no processo penal. Reitera-se que o fenômeno do encontro fortuito de provas deve ser tratado pela jurisprudência com certa cautela, devendo ser sempre analisado se não foi violado direitos fundamentais dos indivíduos envolvidos e se estão presentes os requisitos aptos à aplicação do princípio da serendipidade.

5 CONSIDERAÇÕES FINAIS

Como sustentado inicialmente, a finalidade do processo penal é a concretização do *jus puniendi*, mediante a reconstrução aproximada dos fatos, colhendo provas suficientes para embasar um decreto condenatório ou absolutório. Neste sentido, as provas assumem função de destaque no processo penal, não por acaso elas têm sido objeto de tanta controvérsia doutrinária e jurisprudencial.

Na reconstrução dos fatos, portanto, deve o magistrado ser cauteloso, visto que por vezes as medidas de produção e obtenção de provas podem mitigar os direitos fundamentais dos indivíduos direto ou indiretamente envolvidos.

As provas colhidas fortuitamente podem servir de base para uma condenação mediante a presença dos requisitos, já exaustivamente estudados no decorrer da presente investigação.

Considerando que é impossível a previsão legal de todas as possibilidades passíveis de ocorrência no processo e que não existe previsão legal da postura a ser adotada pelo magistrado, em face do encontro fortuito de provas, a solução foi dada pela doutrina e pela jurisprudência. Deste modo, uma vez presente o fenômeno em questão, as provas podem ser utilizadas no mesmo processo que ensejou a deflagração da medida de produção e obtenção de provas, se for possível a invocação do princípio da serendipidade, sendo necessário a presença dos seguintes requisitos: a) uma decisão que determina a produção de provas fundamentada, proferida por juiz competente; b) especificação do lugar em que será cumprido a busca e apreensão, bem como dos indivíduos os quais irão sofrer a busca, no caso de busca pessoal, ou no caso de interceptação telefônica, os indivíduos que serão alvo da interceptação; c) existência de relação de conexão ou continência, entre o fato investigado e as provas fortuitas; d) comunicação do surgimento de provas fortuitas ao juiz competente; e) remessa dos autos ao juízo competente, no caso do encontro de provas relativas a pessoas detentoras de foro privilegiado; f) ausência de excessos no curso do cumprimento de mandados de produção e obtenção de provas e g) observância a ampla defesa e ao contraditório.

Se não for possível a aplicação deste princípio, as provas colhidas de forma fortuita podem servir de base para o oferecimento de nova *notitia criminis*, podendo ensejar um novo processo posteriormente.

Destarte, muito embora a doutrina e jurisprudência sejam uníssonas, no sentido de reputar como lícitas as provas colhidas fortuitamente, tomando como base a aplicação do princípio da serendipidade, a matéria não é tão simples quanto aparenta ser, no tocante a isto podemos mencionar a questão dos direitos fundamentais que são constantemente mitigados

em diligências de produção e obtenção de provas. Deste modo, uma vez presente o fenômeno em apreço, deve o magistrado decidir com cautela, analisando cada caso concreto. Longe de simplesmente dar uma resposta à sociedade ou de atender aos apelos de setores da imprensa sensacionalista que “condena” com antecedência sem provas e sem o devido processo legal (constitucional). Deve ser abandonado o dogma ainda existente no processo penal, segundo o qual os fins justificam os meios.

Não existe consenso na doutrina e acerca dos requisitos elencados para a utilização e valoração da prova fortuita. Também, a jurisprudência por vezes não é uníssona. Deste modo, uma possível solução para a problemática aqui examinada seria a previsão legal da postura a ser adotada pelo juiz quando presente o fenômeno do encontro fortuito de provas. Considerando que o nosso Código de Processo Penal é de 1941 e por vezes não atende as exigências atuais e aos ditames constitucionais, na oportunidade da formulação de um novo Código seria de grande relevância, pelo menos a previsão genérica da postura a ser adotada pelo juiz quando se deparasse com o fenômeno aqui tratado.

REFERÊNCIAS

- AVENA, Norberto. *Processo Penal*. 10^a ed. São Paulo: Método, 2018.
- BADARÓ, Gustavo Henrique Righi Ivahi. *Ônus da prova do Processo penal*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2003.
- BARROSO, Luís Roberto. *Interpretação e aplicação da Constituição*. 7.ed. São Paulo: Saraiva, 2010.
- BONFIM, Edilson Mougenot. *Curso de Processo Penal*, 11^a. ed. São Paulo: Saraiva, 2016.
- BRASIL. *Constituição da República Federativa do Brasil de 1988*. Brasília, 5 out. 1988. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/Constituicao/Constituicao.htm>. Acesso em: 22 jul. 2018.
- _____. Presidência da República. *Código de Processo Penal*. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/decreto-lei/Del3689Compilado.htm>. Acesso em: 30 jul. 2018.
- _____. Planalto. *Lei nº 9.296 de 24 de julho de 1996. Regulamenta o inciso XII, parte final, da Constituição Federal de 1988*. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/LEIS/L9296.htm>. Acesso em: 03 ago. 2018.
- _____. Planalto. *Lei nº 12.850 de 02 de agosto de 2013. Define organização criminosa e dispõe sobre investigação criminal, os meios de obtenção de prova, infrações penais correlatas e o procedimento criminal*. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/LEIS/L9296.htm>. Acesso em: 20 ago. 2018.
- _____. Planalto. *Mensagem nº 350, de 9 de junho de 2008*. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_Ato2007-2010/2008/Msg/VEP-350-08.htm>. Acesso em: 11 jul. 2018.
- _____. Senado. *Anteprojeto de reforma do Código de Processo Penal*. Disponível em: <<http://www2.senado.leg.br/bdsf/item/id/182956>>. Acesso em: 29 jul. 2018.
- _____. Superior Tribunal de Justiça. *RHC nº 67.468/SP*. Disponível em: <<http://www.stj.jus.br/SCON/jurisprudencia/doc.jsp?livre=serendipidade&b=ACOR&p=true&l=10&i=2>>. Acesso em 05 set. 2018.
- _____. Superior Tribunal de Justiça. *HC nº 376.927/ES*. Disponível em: <<http://www.stj.jus.br/SCON/jurisprudencia/doc.jsp?livre=serendipidade+desvio+de+finalidade&b=ACOR&p=true&t=JURIDICO&l=10&i=2>>. Acesso em: 15 set. 2018. .
- _____. Superior Tribunal de Justiça. *AgRg no REsp nº 125.4887/SC*. Disponível em: <<http://www.stj.jus.br/SCON/jurisprudencia/doc.jsp?livre=busca+e+apreensao+serendipidade&b=ACOR&p=true&t=JURIDICO&l=10&i=4>>. Acesso em 10 set. 2018.
- _____. Superior Tribunal de Justiça. *Rcl nº 31.629/PR*. Disponível em:

<<http://www.stj.jus.br/SCON/jurisprudencia/doc.jsp?livre=dela%20ao+premiada+serendipida+de&b=ACOR&p=true&t=JURIDICO&l=10&i=2>>. Acesso em: 16 set. 2018

_____. Supremo Tribunal Federal. *HC nº 84.224*. Disponível em:
 <<http://www.stf.jus.br/portal/jurisprudencia/listarJurisprudencia.asp?s1=%28PROVAS+FOR+TUITA%29&base=baseAcordaos&url=http://tinyurl.com/ya69xy98>>. Acesso em 04 set. 2018.

_____. Supremo Tribunal Federal. *RHC nº 13.5683/GO*. Disponível em:
 <<http://www.stf.jus.br/portal/jurisprudencia/listarJurisprudencia.asp?s1=%28135683%2E%20ME%2E+OU+135683%2EACMS%2E%29&base=baseAcordaos&url=http://tinyurl.com/z82l5ne>>. Acesso em: 10 ago. 2018.

_____. Supremo Tribunal Federal. *MS nº 23.452/RJ*. Disponível em:
 <<https://stf.jusbrasil.com.br/jurisprudencia/738746/mandado-de-seguranca-ms-23452-rj>>. Acesso em: 22 ago. 2018

_____. Supremo Tribunal Federal. *HC nº 120.027*. Disponível em:
 <<http://stf.jus.br/portal/jurisprudencia/listarJurisprudencia.asp?s1=%28HC%24%2E%20ESCLA%2E+E+120027%2E%20UME%2E%29+OU+%28HC%2EACMS%2E+ADJ2+120027%2EACMS%2E%29&base=baseAcordaos&url=http://tinyurl.com/oxkk8ly>>. Acesso em 10 set. 2018

CARNELUTTI, Francesco. *As misérias do processo penal*. 2ª ed. Tradução de José Antônio Cardinalli. Campinas: Bookseller, 2002.

GOMES, Luiz Flávio. *Natureza jurídica da serendipidade nas interceptações telefônicas*. Disponível em <http://www.lfg.com.br>. 18 de março de 2009.

JESUS, Damásio E. de. *Código de Processo Penal Anotado*. 27ª ed. – São Paulo: Saraiva, 2015.

LIMA, Renato Brasileiro de. *Manual de processo penal*: volume único. 4ª. ed. rev., ampl.e atual. – Salvador: JusPodivm, 2016.

LOPES JR, Aury. *Direito processual penal*. 11ª. ed. – São Paulo: Saraiva, 2014.

MENDES, Gilmar Ferreira; BRANCO, Paulo Gustavo Gonet. *Curso de Direito Constitucional*. 7ª ed. rev. e atual. São Paulo: Saraiva, 2012.

NUCCI, Guilherme de Souza. *Código de processo penal comentado*. 13. ed. rev. e ampl. Rio de Janeiro: Forense, 2014.

PACELLI, Eugênio. *Curso de Processo Penal*. 22ª. ed. São Paulo: Atlas, 2017.

RODRÍGUEZ, Victor Gabriel. *Delação Premiada – Limites ao Estado*. Rio de Janeiro: Forense, 2018.

TÁVORA, Nestor; ALENCAR, Rosmar Rodrigues. *Curso de Direito Processual Penal*. 11ª. Ed.- Salvador: JusPodivm, 2016.