



UEPB

**UNIVERSIDADE ESTADUAL DA PARAÍBA
CAMPUS I
CENTRO DE CIÊNCIAS JURÍDICAS
CURSO DE BACHARELADO EM DIREITO**

LUANA LIRA FREIRE

**O INSTITUTO DA SERENDIPIDADE: UM ESTUDO SOBRE A LICITUDE DO
ENCONTRO FORTUITO DE PROVAS À LUZ DO DIREITO PROCESSUAL PENAL**

**CAMPINA GRANDE
2022**

LUANA LIRA FREIRE

O INSTITUTO DA SERENDIPIDADE: UM ESTUDO SOBRE A LICITUDE DO ENCONTRO FORTUITO DE PROVAS À LUZ DO DIREITO PROCESSUAL PENAL

Trabalho de Conclusão de Curso (Artigo) apresentado à Coordenação do Curso de Direito da Universidade Estadual da Paraíba, como requisito parcial à obtenção do título de Bacharel em Direito.

Área de concentração: Ciências Criminais e Novas Tecnologias.

Orientador: Profa. Me. Rayane Félix Silva

**CAMPINA GRANDE
2022**

É expressamente proibido a comercialização deste documento, tanto na forma impressa como eletrônica. Sua reprodução total ou parcial é permitida exclusivamente para fins acadêmicos e científicos, desde que na reprodução figure a identificação do autor, título, instituição e ano do trabalho.

F866o Freire, Luana Lira.

O instituto da serendipidade [manuscrito] : um estudo sobre a licitude do encontro fortuito de provas à luz do direito processual penal / Luana Lira Freire. - 2022.

24 p.

Digitado.

Trabalho de Conclusão de Curso (Graduação em Direito) - Universidade Estadual da Paraíba, Centro de Ciências Jurídicas, 2023.

"Orientação : Prof. Me. Rayane Félix Silva, Coordenação do Curso de Direito - CCJ. "

1. Encontro fortuito. 2. Serendipidade. 3. Diligências investigativas. 4. Insegurança jurídica. I. Título

21. ed. CDD 345

LUANA LIRA FREIRE

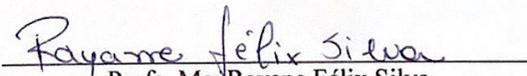
O INSTITUTO DA SERENDIPIDADE: UM ESTUDO SOBRE A LICITUDE DO ENCONTRO FORTUITO DE PROVAS À LUZ DO DIREITO PROCESSUAL PENAL

Trabalho de Conclusão de Curso (Artigo) apresentado à Coordenação do Curso de Direito da Universidade Estadual da Paraíba, como requisito parcial à obtenção do título de Bacharel em Direito.

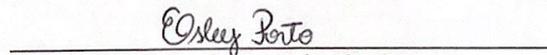
Área de concentração: Ciências Criminais e Novas Tecnologias

Aprovada em: 30/11/2022.

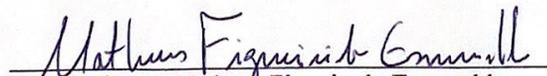
BANCA EXAMINADORA



Prof. Me. Rayane Félix Silva
Universidade Estadual da Paraíba (UEPB)



Prof. Me. Esley Porto
Universidade Estadual da Paraíba (UEPB)



Prof. Me. Matheus Figueiredo Esmeraldo
Universidade Estadual da Paraíba (UEPB)

LISTA DE ABREVIATURAS E SIGLAS

AgRg	Agravo Regimental em Recurso Regimental
AREsp	Agravo em Recurso Especial
CF	Constituição Federal
CFB	Constituição Federativa Brasileira
CPP	Código de Processo Penal
HC	Habeas Corpus
RHC	Recurso em Habeas Corpus
STF	Supremo Tribunal Federal
STJ	Superior Tribunal de Justiça

SUMÁRIO

1	INTRODUÇÃO	7
2	PROVAS NO DIREITO PROCESSUAL PENAL.....	8
3	INSTITUTO DA SERENDIPIDADE.....	9
3.1	<i>Teoria da serendipidade.....</i>	9
3.2	<i>Princípio da razoabilidade.....</i>	11
4	PRINCIPAIS MEDIDAS QUE ENSEJAM O SURGIMENTO DO ENCONTRO FORTUITO DE PROVAS.....	11
4.1	<i>Interceptação telefônica.....</i>	12
4.2	<i>Busca e apreensão.....</i>	13
4.3	<i>Colaboração premiada.....</i>	14
5	MANIFESTAÇÕES DOUTRINÁRIAS E JURISPRUDENCIAIS ACERCA DO ENCONTRO FORTUITO DE PROVAS.....	16
6	METODOLOGIA	21
7	CONCLUSÃO	21
	REFERÊNCIAS	22

O INSTITUTO DA SERENDIPIDADE: UM ESTUDO SOBRE A LICITUDE DO ENCONTRO FORTUITO DE PROVAS À LUZ DO DIREITO PROCESSUAL PENAL

THE INSTITUTE OF SERENDIPITY: A STUDY ABOUT THE LEGALITY OF FORTUITOUS ENCOUNTER OF EVIDENCE ACCORDING TO CRIMINAL PROCEDURE LAW

Luana Lira Freire¹

RESUMO

Na seara do processo penal, o Estado assume o dever de exercer o *jus puniendi* através do poder judiciário, e para isso, conta-se como peça fundamental os meios de obtenção de prova, utilizados no decorrer da persecução penal. Através da prova, o julgador consegue construir o seu livre convencimento, analisando-as para assim proferir uma decisão sobre cada caso. Ocorre que em algumas situações, no decorrer do cumprimento de determinadas diligências, o agente público acaba se deparando com fatos ou provas de infrações ou sujeitos distintos daqueles que originaram o procedimento investigatório. Para tais situações a doutrina definiu que se trata de um encontro fortuito de provas, chamado de instituto da serendipidade. Diligências como a interceptação telefônica, busca e apreensão e colaboração premiada são grandes exemplos de meios de obtenção de prova que possuem alto índice no encontro fortuito de provas. Embora no Brasil esse cenário seja bastante corriqueiro, o ordenamento jurídico ainda é omissivo a respeito do tema, conjuntura que motiva a propagação de uma demasiada rede de discussões doutrinárias e jurisprudenciais a respeito da admissibilidade desse instituto e seus posteriores efeitos, das quais se estendem até a atualidade. Sendo assim, não há o que se falar da existência de um entendimento pacífico no que se refere a utilização desse fenômeno, o que pode ocasionar insegurança jurídica. Frente à essa problemática, a presente pesquisa objetivou a análise das discussões acerca do tema, destacando os requisitos de admissibilidade defendidos, além de se versar sobre as principais diligências que favorecem a serendipidade. Para tanto, adotou-se como metodologia a pesquisa bibliográfica, e no que tange aos fins, o trabalho pode ser classificado como de cunho descritivo. Ao final, concluiu-se que um meio eficaz para a resolução da problemática seria a elaboração de uma previsão normativa que aborde sobre a in/admissibilidade do encontro fortuito de provas bem como as medidas que devem ser adotadas pelo juiz quando deparar-se com tais casos.

Palavras-chave: Encontro fortuito; Serendipidade; Diligências investigativas; Insegurança jurídica.

ABSTRACT

In the field of criminal proceedings, the State assumes the duty to exercise *jus puniendi* through the judiciary, and for that, the means of obtaining evidence, used in the course of the criminal prosecution, are a fundamental element. Through the evidence, the judge manages to build his free conviction when analyzing it and thus pronouncing a decision on each case. It happens that in some situations, while the process is still ongoing, the public agent may find evidence, facts, infractions or subjects other than those that originated the investigative procedure. For such situations, the doctrine defined that it is a fortuitous encounter of evidence, called the institute of serendipity. Diligences such as telephone interception, search and seizure, and award-

¹ Aluna de Graduação de Direito da Universidade Estadual da Paraíba – Campus I. Centro de ciências Jurídicas – CCJ. E-mail: luana.lira@aluno.uepb.edu.br.

winning collaboration are great examples of means to obtain evidence that have a high rate of fortuitous finding of evidence. Although in Brazil this scenario is quite commonplace, the legal system is still silent on the subject, a situation that motivates the propagation of a network of doctrinal and jurisprudential discussions regarding the admissibility of this institute and its subsequent effects, which extend to the present. Therefore, there is nothing to talk about the existence of a peaceful understanding regarding the use of this phenomenon, which can cause legal uncertainty. Regarding this problem, this research aimed to analyze the discussions on the subject, highlighting the defended admissibility requirements, in addition to dealing with the main steps that favor serendipity. For this purpose, bibliographical research was adopted as a methodology, and in terms of purposes, the work can be classified as descriptive in nature. In the end, it was concluded that an effective means for solving the problem would be the elaboration of a normative forecast that addresses the in/admissibility of the fortuitous meeting of evidence as well as the measures that must be adopted by the judge when faced with such cases.

Keywords: Fortuitous encounter; Serendipity; Investigative steps; Juridical insecurity.

1 INTRODUÇÃO

Tendo em vista a alta relevância que a produção probatória tem no âmbito processual penal, especialmente por servir de base para o efetivo cumprimento do *jus puniendi* estatal, o presente trabalho vem com o intuito de debruçar-se sobre uma temática de bastante incidência na seara dos meios de obtenção de prova dentro do processo penal.

Durante a execução de alguns meios de obtenção de prova, é comum a descoberta de fatos, indícios ou até provas relacionados a fatos distintos daqueles que justificaram a medida investigatória, a isso deu-se o nome de Serendipidade.

Para tal fenômeno, a legislação não estabelece qual postura a ser adotada pelo magistrado, cabendo, portanto, o questionamento se as referidas provas podem ser consideradas lícitas a ponto de embasar uma decisão condenatória. Diante disso, muito se discute a respeito do uso da Serendipidade, são diversos questionamentos doutrinários sobre o valor probatório das provas fortuitas bem como a sua licitude.

À vista disso, o presente trabalho surge com o principal objetivo de analisar, com base na doutrina e na jurisprudência, os posicionamentos sobre a validade probatória atribuída as provas encontradas de forma fortuita dentro do processo penal. Para tanto, parte-se do seguinte questionamento: o aproveitamento do encontro fortuito de provas no processo penal brasileiro pode ser considerado lícito?

A escolha da temática justifica-se pela alta incidência de casos que percorrem e surgem na seara processual penal, estes que acabam não dispendo de tanta segurança jurídica em virtude da ausência de dispositivos normativos que versem acerca da temática.

Preliminarmente, será realizado um panorama geral a respeito das provas no direito processual penal, esclarecendo a finalidade das provas na esfera processual penal, o seu papel para o cumprimento do *jus puniendi estatal*, bem como a vedação imposta pelo ordenamento jurídico brasileiro no que concerne o uso das provas ilícitas e o que pode caracterizá-las assim.

Por conseguinte, será detalhado o surgimento do fenômeno da serendipidade, além de sua prévia conceituação, para assim, chegar no surgimento da teoria da serendipidade criada pela doutrina e jurisprudência brasileira, trazendo o princípio da razoabilidade como um forte argumento utilizado por aqueles que defendem a utilização do instituto de maneira equilibrada.

Em outra seção serão abordados os principais tipos de diligências investigatórias que levam à descoberta fortuita de provas ou fatos distintos da infração originária, serão elencados os requisitos normativos para a realização de tais medidas, bem como exemplos de posicionamentos jurisprudenciais sobre casos específicos.

Por fim, na última seção, a qual concentra-se a parte principal deste estudo, consistirá na exposição das discussões e controvérsias envolvendo o referido instituto, através de posicionamentos doutrinários e jurisprudenciais sobre a (in)admissibilidade do aproveitamento das provas fortuitas.

No mais, é importante mencionar que, quanto aos meios, será utilizada a pesquisa bibliográfica e, no que concerne aos fins, a pesquisa será descritiva.

2 PROVAS NO DIREITO PROCESSUAL PENAL

O conceito de prova apresentado pela doutrina, apesar de amplo, pode ser sintetizado como sendo um conjunto de atos praticados pelos sujeitos integrantes do processo com o propósito de comprovar a verdade real dos fatos, e conseqüentemente, construir o convencimento do julgador. Sendo assim, pode-se dizer que a prova possui o papel de maior aliada aos interesses das partes, seja do réu, para provar a sua inocência, seja do acusador, para conseguir atingir o objetivo da condenação.

No Brasil, em decorrência da adoção ao sistema do livre convencimento motivado, o ordenamento jurídico conferiu ao julgador uma certa liberdade para decidir e apreciar as provas que lhe são apresentadas, com a obrigação de que o faça de forma motivada e fundamentada. (ZIMIANI, 2020)

Diante disso, fica evidente que para que ocorra a correta e justa apreciação do conjunto probatório é imprescindível que o instituto da produção de provas, presente no procedimento investigatório, tenha sido exercido de forma eficiente e legítima, visto que é através do material coletado que o magistrado construirá uma convicção a respeito do fato, e conseqüentemente, efetivará o cumprimento do *jus puniendi* estatal.

Sobre a relevância das provas no processo penal, pontua Lopes Júnior (2020):

O processo penal é um instrumento de retrospectiva, de reconstrução aproximativa de um determinado fato histórico. Como ritual, está destinado a instruir o julgador, a proporcionar o conhecimento do juiz por meio da reconstrução histórica de um fato. Nesse contexto, as provas são os meios através dos quais se fará essa reconstrução do fato passado (crime). (LOPES JÚNIOR, 2020, p 556)

Deste modo, pode-se inferir que a prova consiste no meio pelo qual busca-se convencer o julgador a respeito da veracidade dos fatos alegados. Para tanto, faz-se necessário a produção de provas dotadas de legalidade e legitimidade, vedando-se assim o uso de provas obtidas ou derivadas de fontes ilícitas.

No que tange à essa vedação ao uso das provas ilícitas, o ordenamento jurídico brasileiro dispôs expressamente nos artigos 5º, LVI da Constituição Federativa do Brasil (CFB) e 157 do Código de Processo Penal (CPP), os quais demonstram uma limitação ao princípio da liberdade probatória:

Art. 5º, inciso LVI - são inadmissíveis, no processo, as provas obtidas por meios ilícitos.

Art. 157. São inadmissíveis, devendo ser desentranhadas do processo, as provas ilícitas, assim entendidas as obtidas em violação a normas constitucionais ou legais.

Portanto, entende-se como prova ilícita as provas obtidas em decorrência da violação de alguma norma ou direito, seja ele material ou processual, e por isso, não podem ser aproveitadas nem mesmo mencionadas em juízo. Além disso, ao passo que é descoberta a ilicitude de alguma prova já produzida, ela e suas derivadas, em regra, devem ser retiradas imediatamente do processo, conforme prevê a teoria dos frutos da árvore envenenada.

Contudo, além das provas ilícitas, existem algumas situações que nutrem discussões e questionamentos a respeito da licitude ou admissibilidade da prova encontrada. É o que ocorre nos casos em que durante a busca ou colheita de provas de uma determinada infração penal, são encontrados outros delitos/contravenções, sujeitos, ou indícios de outras infrações desconhecidas até o momento da diligência.

3 INSTITUTO DA SERENDIPIDADE

Durante o cumprimento de determinadas diligências como a interceptação telefônica e busca e apreensão, é comum que sejam encontrados de maneira fortuita fatos, vestígios ou provas de infrações divergentes daquelas que ensejaram o cumprimento de tais medidas. Esse fenômeno é o que a doutrina e a jurisprudência chamam de serendipidade ou encontro casual de provas.

Segundo o doutrinador Fernando Capez (2021), o termo ‘serendipidade’, faz referência à tradução da palavra serendipity, vocábulo criado em 1754 pelo escritor inglês Horace Walpole, em menção à lenda oriental sobre os três príncipes de Serendip, viajantes os quais durante os caminhos percorridos faziam diversas descobertas sem nenhuma ligação com o objetivo original de suas viagens.

A respeito do significado doutrinário, Távora e Alencar dispõem que:

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. 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. (TAVORA; ALENCAR, 2017, p. 639)

Nesse ínterim, pode-se dizer que o instituto da serendipidade consiste no encontro fortuito de fatos ou provas no curso de uma instrução penal, sobretudo nas diligências investigatórias regularmente autorizadas que levam à descoberta de novas infrações ou indícios de um objeto diferente daquele que ensejou o cumprimento de tais medidas.

É imperioso destacar que a primeira qualificação jurídica a respeito do tema surgiu no ano de 1976, quando a Suprema Corte Alemã, depois de anos de discussões doutrinárias, julgou procedente a recepção desse instituto junto à lei de escutas telefônicas, de 1968 (ALVES; DURAN, 2015). Após esse evento, sua utilização percorreu pelo direito espanhol para assim pousar sobre o direito brasileiro em decorrência do grande poder de influência do direito português e alemão.

Contudo, apesar da influência do direito português e alemão, o ordenamento jurídico brasileiro ainda é omissivo quando se trata do tema ora abordado, divergindo nesse aspecto dos países mencionados. Essa conjuntura provoca o surgimento de uma grande rede de discussões doutrinárias e jurisprudenciais a respeito da admissibilidade deste instituto e seus posteriores efeitos, das quais se estendem até a atualidade. Portanto, não há o que se falar da existência de um entendimento pacífico no que se refere à utilização desse fenômeno.

3.1 Teoria da Serendipidade

Na seara do direito processual penal foi se destacando o surgimento da chamada teoria da serendipidade, cujo objetivo é analisar a legitimidade e viabilidade do uso de provas encontradas de maneira fortuita através da realização de diligências devidamente autorizadas para investigação e busca de elementos probatórios de outras infrações.

O posicionamento propagado pela referida teoria dispõe sobre a viabilidade da utilização de provas fortuitas, desde que preenchidas algumas condições, em especial a forma como foi realizada a busca que levou a tais descobertas. Nos casos em que for comprovado a ocorrência de desvio de finalidade no cumprimento da diligência, ou seja, quando for provado que durante a diligência as provas não foram encontradas ao acaso, o seu uso não pode ser considerado válido (LIMA, 2016).

Além disso, também deve ser verificado onexo causal entre a infração motivadora da diligência investigatória e as provas alcançadas de forma fortuita. É necessário observar a existência de um ponto que permita a conexão entre ambos, para assim constituir uma vinculação entre os atos e fatos alcançados. Dessa forma, nos casos em que não se verifica essa ligação, os elementos encontrados não poderão ser usados dentro do mesmo processo, porém, podem vir a ser utilizados como meio de iniciar um outro processo investigatório.

Acerca da finalidade dessa teoria, Dos Reis (2017) destaca:

[...] este entendimento tem o propósito de evitar a prática de eventuais abusos de autoridade por parte dos envolvidos na execução das diligências relacionadas a persecução penal, como exemplo, nas hipóteses de busca e apreensão e no uso de interceptações telefônicas, para que tais medidas não se tornem notadamente excessivas ao ponto de ferirem direitos fundamentais para investigação de outros delitos que nada teriam a ver com o caso a ser apurado. (DOS REIS, 2017, p 30)

No que concerne à admissibilidade do encontro casual de provas defendida pela teoria, a doutrina a subdivide em dois graus. Haverá a serendipidade de primeiro grau nos casos em que houver relação de conexão ou continência entre o delito originariamente investigado e os fatos ou provas fortuitamente descobertos, ensejando assim o aproveitamento da prova dentro do mesmo processo investigatório, para posterior apreciação do juiz. Em contrapartida, fala-se em serendipidade de segundo grau quando os fatos ou provas não forem conexos ou continentes à infração originária, cenário no qual a prova ou fato não poderá ser utilizado no mesmo processo, podendo servir apenas como *notitia criminis*.

Ainda sobre à serendipidade de primeiro grau, acrescenta Fontella:

No caso da serendipidade de primeiro grau, a descoberta fortuita de crime conexo ou de sujeito diverso envolvido no mesmo crime, por continência, ainda precisará ser imediatamente comunicada à autoridade judicial, para que confirme sua validade como prova, após concluir que o crime descoberto ou a participação de outro sujeito seguiu o desdobramento do crime investigado originariamente. (FONTELLA, 2019, p 39)

Ademais, no que diz respeito à conexão e continência dos fatos, caracteriza-se a conexão (Art. 76, CPP) quando a infração ora investigada possui uma relação direta com outro delito descoberto casuisticamente. Já no caso da continência (Art. 77, CPP), é possível verificá-la na hipótese de a investigação apontar, ao menos, mais um sujeito envolvido na prática do mesmo delito, sem que fosse um prévio suspeito.

Em suma, com base na teoria em estudo, nos casos em que forem cumpridos os requisitos que condicionam a introdução das provas fortuitas no processo, ou seja, se for utilizado o meio apropriado para a realização da diligência, se existir uma relação de conexão ou continência das provas encontradas com o elemento principal das investigações e se observar a conformidade delas com os direitos assegurados pela constituição, elas estarão aptas para serem aplicadas ao processo, visando se provar determinado fato levantado nos autos.

3.2 Princípio da razoabilidade

Para aqueles que dispõem de um entendimento favorável à admissibilidade do uso da prova fortuita, um dos principais argumentos levantados é uso a favor do interesse coletivo. Diante disso, levando em consideração que nos casos envolvendo a prova fortuita surgirão conflitos de interesses (réu e sociedade), pode-se falar sobre o uso do princípio da razoabilidade como premissa para a utilização da prova fortuita.

A respeito desse princípio, destaca Hernandes (2014):

O princípio da razoabilidade consiste em sopesar, numa balança cujos pesos são igualmente importantes, aquele que se apresenta o mais importante. Recai principalmente sobre os direitos e princípios fundamentais, pois estes não excluem uns aos outros, podendo contrapor-se em determinadas situações. (HERNANDES, 2014, p 43)

A razoabilidade trata-se de um princípio disposto implicitamente na Constituição Federal, e, no campo processual, exerce a função de princípio garantidor do devido processo legal, com a finalidade de que seja este usado de maneira racional e moderada, com atenção especial a ideia de justiça social e interesse comum.

Conforme Barroso (2014) o princípio da razoabilidade constitui-se como sendo um basilar de valoração dos atos do Poder Público, para aferir se eles estão informados pelo valor superior inerente a dado ordenamento jurídico: a Justiça. Diante disso, pode-se inferir que o princípio da razoabilidade possui a finalidade de aplicar o direito com o intuito de proteger o interesse que se apresentar mais benéfico.

Ainda sobre o referido princípio, acrescenta Hernandes (2014):

O princípio da razoabilidade não busca aniquilar um ou outro princípio ou fundamento jurídico, mas sim tornar sua aplicação racional. Isto é, este princípio tem como escopo afastar a extrema legalidade que muitas vezes ronda uma norma e torna a aplicação do Direito distante dos interesses sociais. (HERNANDES, 2014, p 43)

Como mencionado anteriormente, nos casos em que é feita a descoberta de fatos ou provas de maneira fortuita que versam sobre a existência de um novo delito, surge imediatamente um conflito de interesses relevantes, quais sejam: o da segurança estatal, no qual o Estado, como garantidor da segurança pública, não poderá ignorar a existência do ocorrido após tomar conhecimento; e o interesse do réu no que tange à proteção aos direitos fundamentais.

Sobre essa temática, a jurisprudência brasileira dispõe que na hipótese de choque entre dois direitos assegurados, não haverá supremacia de um sobre o outro, mas sim uma análise do caso concreto para que seja devidamente preponderado a aplicação de um direito em prejuízo do outro (SILVA JÚNIOR, 2019).

Nesse diapasão, é evidente a necessidade de que seja aplicado o princípio da razoabilidade nos casos de serendipidade, fazendo-se um sopeso de interesses sociais, que são igualmente importantes, para que possa ser aplicado o direito a fim de proteger o interesse que se demonstrar mais relevante no caso concreto.

4 PRINCIPAIS MEDIDAS QUE ENSEJAM O SURGIMENTO DO ENCONTRO FORTUITO DE PROVAS

Na seara dos meios de obtenção de prova, a interceptação telefônica, busca e apreensão e a colaboração premiada são as principais diligências que podem provocar o surgimento de um encontro fortuito de fatos ou provas.

4.1 Intercepção telefônica

A regulamentação da realização de intercepções telefônicas, em sistemas de informática e telemáticas foi estabelecida mediante a promulgação da Lei nº 9.296 de 1996 a qual foi editada para regulamentar o inciso XII do artigo 5º da Constituição Federal (CF). Além de já estabelecer todas as hipóteses da referida diligência e os procedimentos a serem seguidos pelos agentes públicos.

Conforme está disposto no inciso XII do art. 5º da Constituição Federal, é intangível o sigilo da correspondência, das comunicações telegráficas, de dados e das comunicações telefônicas salvo, no último caso, por ordem judicial, nas hipóteses e na forma que a lei estabelecer para fins de investigação criminal ou instrução processual penal.

Nesse viés, a lei nº 9.296/96, traz em seu artigo 2º as hipóteses de inadmissibilidade e requisitos para a realização de intercepção telefônica, são elas:

- I - não houver indícios razoáveis da autoria ou participação em infração penal;
 - II - a prova puder ser feita por outros meios disponíveis;
 - III - o fato investigado constituir infração penal punida, no máximo, com pena de detenção.
- Parágrafo único. Em qualquer hipótese deve ser descrita com clareza a situação objeto da investigação, inclusive com a indicação e qualificação dos investigados, salvo impossibilidade manifesta, devidamente justificada.

A vista disso, é notório que a lei ao estabelecer pressupostos da situação e dos sujeitos da intercepção, limitou a aplicação da medida em situações específicas, caracterizando o seu uso como meio de obtenção de prova de natureza excepcional. Ademais, verifica-se que o legislador preocupou-se com a correta individualização do fato, objeto da persecução, assim como com a pessoa que está sendo investigada. (GOMES, 2009)

Todavia, no decorrer do cumprimento da intercepção, podem sobrevir fatos ou até mesmo provas de outras situações penalmente relevantes e distintas da situação que deu origem à investigação.

Parte da doutrina defende o posicionamento de apenas admitir o uso do fato criminoso ou prova encontrada, se guardar conexão ou continência com a situação que promoveu a busca originalmente. Contudo, especificamente no que diz respeito ao instituto da serendipidade presente no curso de intercepções telefônicas, evidencia-se uma demasiada controvérsia doutrinária.

Para alguns autores, além da condição de existência de conexão ou continência entre as provas encontradas e o fato inicial, aquela que for descoberta de forma acidental deverá enquadrar-se nos moldes do art. 2º, inciso III, da Lei n. 9.296/96 – em outras palavras, para que exista a possibilidade de ser utilizada no processo a infração deverá ter como sanção prevista a reclusão.

Autores como Greco Filho (2015) e Gomes e Maciel (2018) invalidam por completo os fatos descobertos quando não se enquadram no critério da sanção prevista, ainda que estejam presentes a relação de conexão ou continência. Não obstante, existem autores como Souza (2009) e Avena (2017) que julgam impertinente tal restrição, alegando ser imprescindível apenas a relação da conexão ou continência entre os fatos.

Insta pontuar também, que segundo França, juristas como Grinover, Gomes Filho e Fernandes (2011) defendem a ideia de que:

[..] o método da conexão e da continência aplica-se apenas aos conhecimentos fortuitos que dizem respeito a pessoa não mencionada na autorização judicial. Em se tratando de provas relativas à infração penal diversa do objeto da investigação, o critério utilizado pelos autores é a proporcionalidade, guiada pela gravidade do delito.

Assim, se o crime encontrado fortuitamente admitir interceptação, poderá ser utilizado como elemento probatório no processo, independentemente se conexo ou continente com o delito que legitimou a interceptação (FRANÇA, 2018, p 56 Apud GRINOVER; GOMES FILHO; FERNANDES, 2011, p. 177)

França (2018) também discorre a respeito do posicionamento do doutrinador Luiz Torquato Avolio, o qual tece críticas ao entendimento majoritário sobre o aproveitamento do material encontrado de forma fortuita como espécie de *notitia criminis*. Segundo o autor, apesar de a exigência da conexão ou continência ser o mais viável para a resolução do impasse nos casos de serendipidade, nas situações em que essa conectividade não existir a prova perderá completamente o seu valor probatório, não podendo, assim, ser utilizada no processo, nem mesmo como espécie de notícia-crime para instaurar investigação diversa.

Por fim, no que tange o posicionamento jurisprudencial acerca da serendipidade nas interceptações telefônicas, atualmente, a jurisprudência majoritária vem entendendo ser possível o aproveitamento da prova fortuita desde que não seja caracterizado desvio de funcionalidade.

Em 2006 o STJ se manifestou através de um acórdão referente à um Habeas Corpus, cuja decisão permanece a mesma nos dias atuais:

Analisando, contudo, especificamente a hipótese dos autos, tenho que, em princípio, havendo o encontro fortuito de notícia da prática futura de conduta delituosa, durante a realização de interceptação telefônica devidamente autorizada pela autoridade competente, não se deve exigir a demonstração da conexão entre o fato investigado e aquele descoberto, a uma, porque a própria Lei nº 9.296/96 não a exige, a duas, pois o Estado não pode se quedar inerte diante da ciência de que um crime vai ser praticado e, a três, tendo em vista que se por um lado o Estado, por seus órgãos investigatórios, violou a intimidade de alguém, o fez com respaldo constitucional e legal, motivo pelo qual a prova se consolidou lícita. (STJ. HC 69552 PR 2006/0241993-5)

Corroborando com o entendimento proferido acima, em 2016, o STJ julgou um Recurso em Habeas Corpus (RHC) que tratava a respeito de organização criminosa e tráfico de drogas:

PENAL E PROCESSO PENAL. RECURSO EM HABEAS CORPUS. ORGANIZAÇÃO CRIMINOSA E TRÁFICO DE DROGAS, COMPETÊNCIA DO JUÍZO. PREVENÇÃO. FATO DELITUOSO DESCOBERTO A PARTIR DA INTERCEPTAÇÃO TELEFÔNICA AUTORIZADA EM RELAÇÃO A TERCEIRO. ENCONTRO FORTUITO DE PROVAS (SERENDIPIDADE). NULIDADES NO DECRETO PRISIONAL. NÃO OCORRÊNCIA. RECURSO NÃO PROVIDO.

2. Noutro vértice, consoante orientação jurisprudencial deste Sodalício o denominado encontro fortuito de provas (serendipidade) é fato legítimo, refletido, no caso concreto, na descoberta, em interceptação telefônica judicialmente autorizada, do envolvimento de pessoas diferentes daquelas inicialmente investigadas, não gerando irregularidade a macular o Decreto de custódia cautelar ou o inquérito policial. Precedentes. 3. Recurso em habeas corpus não provido. (STJ; RHC 77.003; Proc. 2016/0266807-8; SP; Quinta Turma; Rel. Min. Joel Ilan Paciornik; Julg. 23/10/2018; DJE 09/11/2018; Pág. 1730)

4.2 Busca e apreensão

No tocante à diligência de busca e apreensão, é possível dizer que ela é uma medida de caráter cautelar que tem como finalidade a extração de provas necessárias ao processo penal afim de servir como base para a construção do livre convencimento do magistrado, que decidirá sobre o interesse de uma das partes.

Para Fernando Capez (2012):

[...] a medida cautelar de busca e apreensão é destinada a evitar o desaparecimento das provas. A busca é, lógica e cronologicamente, anterior à apreensão. Pode ser realizada tanto na fase inquisitorial como no decorrer da ação penal, e até mesmo durante a execução da pena. A apreensão é uma consequência da busca quando esta tenha resultado positiva.” (CAPEZ, 2012, p. 401)

É importante frisar que embora a medida seja comumente utilizada de forma conjunta, a busca é uma diligência e a apreensão, outra. Segundo Lima (2011) a busca consiste em um meio de obtenção de prova cujo intuito é de achar pessoas ou objetos, já a apreensão é uma medida que busca manter pessoas ou objetos perante à custódia do Estado.

Contudo, no presente trabalho serão abordadas as medidas unificadas, haja vista que em boa parte dos casos, elas se complementam e são utilizadas em conjunto. Isto posto, pode-se afirmar que a busca e apreensão tem por objetivo a busca do corpo de delito ou de coisas relevantes a infração com o intuito de assegurar ao processo os elementos de autoria e materialidade, quais sejam, as provas, ou até mesmo as pessoas acusadas ou foragidas.

Nesse diapasão, acrescenta a autora Cleunice A. Valentim Bastos Pitombo:

A finalidade da busca, no processo penal brasileiro, é, de modo geral, achar o desejado, ou o descobrimento do pretendido, de pessoa, coisa móvel – objeto, papel ou documento –, semovente, e de outros elementos materiais. Todos ligados, de alguma sorte, à persecução penal, em seus momentos: extrajudicial e judicial. (PITOMBO, 1999, p. 105)

Quanto aos tipos de busca e apreensão, o Código de Processo Penal (CPP) estabelece que a busca poderá ser domiciliar ou pessoal. A busca domiciliar é uma das exceções ao preceito constitucional da inviolabilidade do domicílio, disposta no artigo 5º da Constituição, medida a qual depende de prévia autorização judicial para seu cumprimento. Em contrapartida, na busca pessoal, alguns dos casos não dependerão de ordem judicial fundamentada para que seja realizada. Essa medida configura-se com uma possibilidade de violação ao direito fundamental da inviolabilidade da intimidade, vida privada, honra e imagem das pessoas.

Há de ressaltar que para que seja deferida uma ordem judicial autorizando o mandado de busca e apreensão seja ela domiciliar ou pessoal, é imprescindível que sejam preenchidos os requisitos dispostos no artigo 243 do Código de Processo Penal, para que seja mínima a violação aos direitos constitucionais assegurados ao indivíduo, são eles:

- I - indicar, o mais precisamente possível, a casa em que será realizada a diligência e o nome do respectivo proprietário ou morador; ou, no caso de busca pessoal, o nome da pessoa que terá de sofrê-la ou os sinais que a identifiquem;
- II - mencionar o motivo e os fins da diligência;
- III - ser subscrito pelo escrivão e assinado pela autoridade que o fizer expedir.

Na hipótese do devido cumprimento dos requisitos, durante a execução da medida de busca e apreensão, seja ela domiciliar ou pessoal, assim como na interceptação, é muito comum que os agentes encontrem provas ou indícios da existência de outros crimes que não originaram a realização da medida. “Podemos citar como exemplo os casos de buscas objetivando apuração de crime de tráfico de drogas e, no decorrer da diligência, apreende-se arma utilizada em crime de homicídio motivado pela “guerra do controle do tráfico.” (SILVA JÚNIOR, 2019).

4.3. Colaboração premiada

O instituto da colaboração premiada foi regulamentado a partir da publicação da Lei nº 12.850 de 02 de agosto de 2013, a qual define as organizações criminosas e dispõe sobre meios

de obtenção de provas para tal delito. Essa medida pode ser definida como um instrumento que auxilia no andamento do processo, mediante a busca de elementos de convicção, cujo protagonista é um dos sujeitos investigados.

Segundo Renato Brasileiro, a colaboração premiada é caracterizada como:

(...) técnica especial de investigação por meio da qual o coautor 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. (LIMA, 2016, p. 520)

Em síntese, pode-se dizer que esse instituto é uma espécie de acordo jurídico celebrado entre a parte acusadora e o investigado, com o intuito de promover a celeridade da persecução penal em troca de benefícios aquele que está colaborando, reduzindo as consequências de seus atos delitivos. A respeito disso, o Supremo Tribunal Federal definiu que “A colaboração premiada é um negócio jurídico processual, uma vez que, além de ser qualificada expressamente pela lei como meio de obtenção de prova, seu objeto é a cooperação do imputado para a investigação e para o processo criminal” (STF. HC 127.483/PR, 2016)

O prêmio, com base na redação da referida Lei, pode ser uma entre três opções: a) perdão judicial (sem punição alguma); b) redução da pena de até 2/3 da pena privativa de liberdade que vier a ser aplicada; c) substituição da pena privativa de liberdade por restritiva de direitos.

Contudo, para que o colaborador receba os benefícios dispostos na lei, é fundamental que as informações repassadas por ele forneçam os seguintes resultados:

- I - a identificação dos demais coautores e partícipes da organização criminosa e das infrações penais por eles praticadas;
- II - a revelação da estrutura hierárquica e da divisão de tarefas da organização criminosa;
- III - a prevenção de infrações penais decorrentes das atividades da organização criminosa;
- IV - a recuperação total ou parcial do produto ou do proveito das infrações penais praticadas pela organização criminosa;
- V - a localização de eventual vítima com a sua integridade física preservada (BRASIL, 2013, Art. 4)

Portanto, é evidente que a simples celebração do acordo de colaboração não configura como pressuposto para o recebimento de benefícios pela parte investigada, sendo imprescindível que as informações repassadas provoquem algum dos efeitos acima.

Ocorre que no decorrer da colaboração, é comum que o colaborador venha a mencionar fatos ou terceiros que não eram objetos da investigação principal, levando à descoberta de fatos ou provas fortuitas. E, conforme pontua Souza “A prova colhida nestas circunstâncias é lícita, desde que o conteúdo da colaboração seja obtido conforme as determinações legais e constitucionais” (SOUZA, 2018, p 45).

Ao passo que for obtida de forma incidental, isto é, não havendo abuso por parte dos agentes que compõem a persecução penal, a prova é totalmente lícita e seu uso é admitido. Em outras palavras, não existindo coação nem abuso policial em face do delator, a prova fortuita é completamente válida.

A serendipidade no referido instituto já foi objeto de discussão pela jurisprudência. O Superior Tribunal de Justiça já se manifestou em diversos julgados sobre a admissibilidade do uso da prova fortuita nos casos de colaboração premiada, e sua decisão mais recente foi proferida este ano, em julgamento de Habeas Corpus (HC) trazendo em sua fundamentação o entendimento dado pelo STF:

HABEAS CORPUS. CRIMES DE LAVAGEM DE CAPITAIS (ART. 1.º DA LEI N. 9.613/98) E CORRUPÇÃO PASSIVA E ATIVA (RESPECTIVAMENTE PREVISTOS NOS ARTS. 317, § 1.º E 333, PARÁGRAFO ÚNICO, AMBOS DO CÓDIGO PENAL). SUPOSTA ORGANIZAÇÃO CRIMINOSA ESTRUTURADA EM JUÍZO DE DIREITO. DELAÇÃO PREMIADA. HOMOLOGAÇÃO VÁLIDA, NOS TERMOS DA LEI N. 12.850/2013. POSSIBILIDADE DE CELEBRAÇÃO DE ACORDO DE COLABORAÇÃO PREMIADA EM QUAISQUER CRIMES COMETIDOS EM COAUTORIA. MEDIDAS DE BUSCA E APREENSÃO QUE NÃO SE FUNDAM EXCLUSIVAMENTE NAS DECLARAÇÕES DO DELATOR. AUTORIZAÇÃO JUDICIAL LASTREADA EM INFORMAÇÕES ANTERIORES À DELAÇÃO OU A FATOS ANTECEDIDOS DE DILIGÊNCIAS PRELIMINARES (ART. 4.º, INCISO I, PARÁGRAFO 16, TAMBÉM DA LEI N. 12.850/2013). DESCOBERTA FORTUITA EM DILIGÊNCIA AUTORIZADA EM CAUSA QUE TRAMITA EM RAMO DIVERSO DO PODER JUDICIÁRIO. ELEMENTO DE PROVA VÁLIDO PARA FUNDAR INVESTIGAÇÃO NA JUSTIÇA ESTADUAL. PARECER DO MINISTÉRIO PÚBLICO FEDERAL ACOLHIDO. ORDEM DE HABEAS CORPUS DENEGADA.

9. A Defesa do Paciente alega ainda nulidade porque no caso foram empregados elementos de provas encontrados durante o cumprimento de diligências ordenadas em causa referente a fatos absolutamente a ele alheios (antes da sua prisão, foi realizada busca e apreensão no endereço do Delator em razão do seu envolvimento em feito que se desdobrou da Operação Lava jato, determinadas por outro ramo judicial - a Justiça Federal). O ordenamento jurídico brasileiro, todavia, admite que provas descobertas fortuitamente possam lastrear investigações diversas. "Os elementos de informação trazidos pelo colaborador a respeito de crimes que não sejam conexos ao objeto da investigação primária devem receber o mesmo tratamento conferido à descoberta fortuita ou ao encontro fortuito de provas" (STJ, HC 582678 / RJ, HABEAS CORPUS 2020/0117026-3)

Por fim, conforme o STJ, na hipótese em que no decorrer da colaboração seja mencionado o envolvimento de uma autoridade com foro por prerrogativa de função, esta que não fazia parte da investigação inicial, o encontro fortuito de provas não vai acarretar qualquer nulidade ao inquérito que se sucederá no foro competente para tal autoridade, desde que remetidos os autos à instância competente tão logo verificados indícios em face da autoridade (SILVA JÚNIOR, 2019).

5 MANIFESTAÇÕES DOUTRINÁRIAS E JURISPRUDENCIAIS ACERCA DO ENCONTRO FORTUITO DE PROVAS

Diante da ausência de dispositivos normativos que versem sobre a admissibilidade do uso de provas fortuitas no processo penal, entendimentos doutrinários e jurisprudenciais ganham destaque e servem como alicerce para futuros casos e discussões que surgirem. Nesse viés, analisando os entendimentos doutrinários a respeito da referida temática, observa-se que eles se dividem em três correntes, duas minoritárias, e uma de cunho moderado, que é a majoritariamente adotada.

A primeira corrente, não tão defendida, versa a respeito da completa inadmissibilidade do uso da prova encontrada de forma fortuita, utilizando-se do argumento do desvio causal probatório e da violação ao princípio da especialidade da prova, que torna a prova ilícita.

Conforme afirma o doutrinador Aury Lopes Júnior (2019), o ato judicial que autoriza a realização de diligências que resultam no encontro acidental de provas é um ato completamente vinculado e limitado à uma situação fática singular, sendo assim, nos casos em que ocorre a serendipidade, existirá a ausência de autorização judicial específica para violação de garantia constitucional no contexto da nova infração descoberta, não tendo assim o respaldo legal na sua obtenção.

Corroborando com tal entendimento, expõe Hernandes (2014):

Observando o fenômeno da serendipidade, é possível que sua ocorrência não guarde compatibilidade com o que determina a lei. Se é necessário que haja precisa delimitação do que será objeto da investigação, a prova fortuitamente descoberta não encontra abrigo neste ponto, haja vista que seu encontro não estaria previsto nos mandados que ordenaram as buscas. (HERNANDES, 2014, p 38)

Destarte, o desvio de finalidade caracterizado através do encontro fortuito de provas configurar-se-á como um descumprimento da autorização judicial, pois ela é concedida apenas para a situação originária da investigação. Com isso, é atingido também o pressuposto legal do meio de prova, tornando-o ilegal e infectando toda a operação investigativa, bem como as demais provas colhidas (BRANCO, 2019).

Embora defendam o entendimento da completa inadmissibilidade do aproveitamento das provas fortuitas no processo penal, alguns doutrinadores concordam com a sua validade em alguns casos específicos. Autores como Camargo Aranha (2006) e Damásio de Jesus (2015), apesar de se mostrarem contra a admissibilidade, mencionam serem adeptos à possibilidade do uso nos casos em que outros sujeitos estejam envolvidos na infração ou nas hipóteses de flagrante delito.

Em contrapartida, existem juristas com posicionamentos completamente divergentes dos autores mencionados anteriormente. Com um olhar mais flexível, alguns doutrinadores defendem o entendimento do completo aproveitamento da prova fortuita, não mencionando qualquer impasse para a sua utilização legítima dentro do processo penal, considerando que a atuação da autoridade policial em tais procedimentos está amparada pela lei e pela decisão judicial que a autorizou, caracterizando os atos como lícitos.

Acerca do tema, menciona Branco:

O embasamento que sustenta esse entendimento é encontrado no artigo 6º do Código de Processo Penal, pois o dispositivo elenca quais condutas devem ser tomadas pela autoridade policial diante conhecimento do cometimento de um crime, estando, dentre elas, a ação de “colher todas as provas que servirem para o esclarecimento do fato e suas circunstâncias.” (BRANCO, 2019, p 37)

Portanto, assim que tiver o conhecimento da prova de um crime, com base no diploma normativo, o agente policial possui o dever legal de colher a prova e utilizá-la para investigar a nova infração, ou notificá-la formalmente como crime. De acordo com Nucci (2017), é imperioso que o policial ao achar uma prova de maneira casuística, previamente resguarde o local onde os materiais foram descobertos e requeira ao juiz que estiver de plantão a autorização legal para poder apreendê-los.

Ademais, outro argumento levantado pelos defensores de tal corrente, é o da Teoria da Exceção de Boa-fé, que consiste em uma exceção à teoria dos frutos da árvore envenenada, a qual versa sobre a ideia de que toda prova obtida em consequência de uma descoberta por meios ilícitos estará contaminada pela ilicitude desta. Conforme a teoria da boa-fé, “quando a prova for produzida com total pureza de intenção, com a crença de se estar agindo dentro dos termos legais, pode ela ser aceita, ainda que ilícita” (BRESSAN, 2015)

Corroborando com esse entendimento, Nucci (2017) pontua que no caso das interceptações telefônicas, é válida a utilização das provas obtidas mediante tal diligência, ainda que não exista conexão entre o delito originário, defendendo assim a ideia da existência de respaldo constitucional e legal, levando à consolidação da licitude da prova.

Nesse mesmo raciocínio, afirma Fernando Capez (2018):

A ordem de quebra do sigilo vale não apenas para o crime objeto do pedido, mas também para quaisquer outros que vierem a ser desvendados no curso da comunicação, pois a autoridade não poderia adivinhar tudo o que está por vir. Se a interceptação foi autorizada judicialmente, ela é lícita, e, como tal, captará licitamente toda a conversa. Não há nenhum problema. (CAPEZ, 2018, p 547)

Dessa forma, conclui-se que para os que defendem esse entendimento, existindo a prévia e devida autorização judicial para a realização de determinada diligência, e verificado a inexistência de desvio de finalidade ou abuso de autoridade, como pontua Renato Brasileiro (2017), não há o que se falar em prova ilícita, sendo perfeitamente possível o seu aproveitamento dentro da persecução penal ou como meio de iniciar uma nova investigação, mesmo não existindo nexos causal com o fato originário.

Por fim, existe uma terceira corrente que apresenta-se como um meio termo entre os dois entendimentos mencionados acima, e é a mais utilizada pela doutrina brasileira. Segundo essa corrente, para que o aproveitamento da prova fortuita seja admitido, precisa-se identificar os elementos de conexão e continência entre o fato originário e as provas ou fatos achados casualmente, caso contrário, a prova não será válida, podendo servir apenas como *notitia criminis*.

Como mencionado no tópico anterior, pode-se falar em conexão e continência quando ocorrer a descoberta da existência de outras infrações ou sujeitos que se relacionam com o fato que deu origem a diligência. São “causas modificadoras da competência e que têm por fundamento a necessidade de reunir os diversos delitos conexos ou os diferentes agentes num mesmo processo, para julgamento simultâneo.” (LOPES, 2018, p 294).

O Código de Processo Penal (CPP), prevê em seus artigos 76 e 77 as hipóteses de conexão e continência:

Art. 76. A competência será determinada pela conexão:

I - se, ocorrendo duas ou mais infrações, houverem sido praticadas, ao mesmo tempo, por várias pessoas reunidas, ou por várias pessoas em concurso, embora diverso o tempo e o lugar, ou por várias pessoas, umas contra as outras;

II - se, no mesmo caso, houverem sido umas praticadas para facilitar ou ocultar as outras, ou para conseguir impunidade ou vantagem em relação a qualquer delas;

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

Art. 77. A competência será determinada pela continência quando:

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

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

Portanto, é notório que os referidos institutos abordados no dispositivo normativo acima versam sobre as possibilidades nas quais deve-se existir um único processo e julgamento, haja vista a pluralidade de agentes ou infrações que se interligam. Dessa forma, assim que for verificado a existência do elemento de conexão ou continência, deve-se, imediatamente, ser aplicada a regra disposta no CPP.

Isto posto, verificando a existência da relação de conexão e continência entre o fato que originou a investigação e as novas provas ou conhecimentos fáticos encontrados, esses serão válidos e admitidos na persecução penal, caracterizando-se dessa forma o encontro fortuito de primeiro grau, abordado anteriormente. Na hipótese em que for verificada a inexistência de tais institutos, os fatos e provas achados serão inválidos para o processo e só poderão ser utilizados como *notitia criminis*, o que denota o encontro fortuito de segundo grau.

Cumprido destacar que dentro dessa corrente, nas situações que envolvem interceptações telefônicas e a serendipidade, nota-se posicionamentos contrários, ainda que dentro do mesmo entendimento. Alguns doutrinadores defendem a ideia de que além da relação de conexão e

continência, a infração descoberta casuisticamente deverá se enquadrar no que está disposto no art. 2º, inciso III da Lei nº 9.296/96 – Lei das interceptações telefônicas – isto é, deve ter a reclusão como pena prevista, caso contrário, será invalidada. Em contrapartida, existem aqueles que consideram suficiente a existência da conexão ou continência, não tendo relevância a sanção prevista.

Superada as discussões doutrinárias, cabe reservar um espaço para os entendimentos jurisprudenciais, esses que, em decorrência da carência legislativa sobre o referido tema, bem como a alta incidência de casos, vem ganhando bastante destaque e relevância.

A respeito dessa temática, o ordenamento jurídico brasileiro se manifestou pela primeira vez no ano de 2004, através da apreciação de um Habeas Corpus (HC) pela 2ª Turma do Supremo Tribunal Federal (STF), em decorrência de uma investigação da “Operação Anaconda”, na qual o STF julgou que não haveria a possibilidade de reconhecimento fortuito de fato criminoso que fosse estranho ao objeto das investigações principais. (DOS REIS, 2017)

Contudo, em 2007, o STF mudou o entendimento e proferiu uma nova decisão para a mesma operação, no HC 84224 DF, na qual utilizando-se da teoria da serendipidade, deferiu a realização de diligências para apurar a prática de outros crimes diversos dos contidos na denúncia.

Analisando julgados do Superior Tribunal de Justiça (STJ), bem como do Supremo Tribunal Federal (STF), nota-se que não existem impasses para a admissibilidade do uso da prova fortuita, ainda que inexistam relações de conexão ou continência com o fato que deu início à realização da diligência investigativa.

Nesse viés, pode-se citar como exemplo o julgamento do Agravo Regimental no Recurso Especial (AgRg) de nº 1.174.858/SP em 2017 pelo STJ:

AGRAVO REGIMENTAL NO RECURSO ESPECIAL. TRÁFICO DE DROGAS. AUSÊNCIA DE CITAÇÃO. REQUISICÃO DE RÉU PRESO. PREJUÍZO NÃO COMPROVADO. INEXISTÊNCIA DE NULIDADE. ENCONTRO FORTUITO DE PROVAS (SERENDIPIDADE). POSSIBILIDADE. APLICAÇÃO DA MINORANTE DO ART. 33, § 4º, DA LEI N. 11.343/2006. DEDICAÇÃO A ATIVIDADES CRIMINOSAS. RECURSO NÃO PROVIDO.

4. A jurisprudência consolidou o entendimento pela possibilidade da utilização de prova obtida a partir da interceptação telefônica judicialmente autorizada para pessoas ou crimes diversos daquele originalmente perseguido, de modo que não existe ilicitude na respectiva apuração.

5. O uso, contra terceiro, de interceptação telefônica produzida em outra ação penal não ocasiona inobservância às garantias do contraditório e da ampla defesa, no caso em que o acusado teve acesso aos respectivos laudos e não os impugnou especificamente.

7. Agravo regimental não provido.

Ademais, em 2021, uma decisão face ao AgRg no AREsp 2035619/SP a 5ª turma do STJ versou sobre a questão levantada e discutida entre os doutrinadores da corrente majoritária, que diz respeito à admissibilidade das infrações encontradas através de interceptação telefônica cuja pena não seja de reclusão. A decisão foi assim ementada:

PENAL E PROCESSUAL PENAL. AGRAVO REGIMENTAL NO AGRAVO EM RECURSO ESPECIAL. CRIMES EM LICITAÇÃO E CONTRATO ADMINISTRATIVO. INEXISTÊNCIA DE VIOLAÇÃO DO ART. 619 DO CPP. INTERCEPTAÇÃO TELEFÔNICA. PRETENDIDA PRODUÇÃO DE PROVA PERICIAL PARA VERIFICAR A QUEM PERTENCEM AS VOZES GRAVADAS. VALIDADE DA INTERCEPTAÇÃO TELEFÔNICA, ORIGINALMENTE DEFERIDA PARA APURAR CRIMES PUNIDOS COM RECLUSÃO. ENCONTRO FORTUITO DE PROVAS DE DELITOS APENADOS COM DETENÇÃO. PRINCÍPIO DA SERENDIPIDADE. PLEITO

ABSOLUTÓRIO. SÚMULA 7/STJ. ADVENTO DA LEI N. 14.133/2021. ABOLITIO CRIMINIS. INOCORRÊNCIA. CONTINUIDADE TÍPICO-NORMATIVA. AGRAVO REGIMENTAL DESPROVIDO.

4. Durante a interceptação telefônica deferida para investigar crimes punidos com reclusão, se forem encontrados fortuitamente elementos comprobatórios da prática de delitos apenados com detenção, é válido o uso das provas na ação penal referente a estes últimos, ainda que não haja conexão entre os fatos. Inteligência do princípio da serendipidade. Precedente desta Quinta Turma.

5. Constatada pelo Tribunal de origem a existência de um conluio doloso para fraudar licitação, inclusive com superfaturamento, contando com a efetiva participação dos agravantes, o pleito absolutório encontra óbice na Súmula 7/STJ.

6. Não houve abolitio criminis das condutas tipificadas nos arts. 90 e 96, I, da Lei n. 8.666/1993 pela Lei n. 14.133/2021, permanecendo sua criminalização nos arts. 337-F e 337-L, V, do CP. Incidência do princípio da continuidade típico-normativa.

7. Agravo regimental desprovido.

Além disso, à respeito da licitude no uso dos fatos ou provas achados fortuitamente para servir de *notitia criminis* e ensejar a abertura de um novo procedimento investigatório alheio ao do fato originário, observa-se também diversos julgados sendo favoráveis a tais situações, a exemplo do Recurso Ordinário em Habeas Corpus (RHC) 60871/MT, julgado em 2015 pela 6ª Turma do STJ:

PENAL E PROCESSUAL PENAL. RECURSO EM HABEAS CORPUS. CORRUPÇÃO PASSIVA E FORMAÇÃO DE QUADRILHA. OPERAÇÃO ASAFE. VIOLAÇÃO DA AMPLA DEFESA PELA AUSÊNCIA DE DOCUMENTOS QUE EMBASARAM A DENÚNCIA.

DESNECESSIDADE. INCOMPETÊNCIA DO JUÍZO NO QUAL HOUE SERENDIPIDADE OU ENCONTRO FORTUITO DE PROVAS. NÃO CONFIGURAÇÃO. INTERCEPTAÇÃO TELEFÔNICA COMO PRIMEIRA MEDIDA INVESTIGATIVA. NÃO OCORRÊNCIA. NULIDADES DAS INTERCEPTAÇÕES TELEFÔNICAS E AMBIENTAIS. STJ É A AUTORIDADE COATORA. IMPOSSIBILIDADE DE CONHECIMENTO. RECURSO PARCIALMENTE CONHECIDO E IMPROVIDO.

1. Não há violação ao princípio da ampla defesa a ausência das decisões que decretaram a quebra de sigilo telefônico em investigação originária, na qual de modo fortuito ou serendipidade se constatou a existência de indícios da prática de crime diverso do que se buscava, servindo os documentos juntados aos autos como mera *notitia criminis*, em razão da total independência e autonomia das investigações por não haver conexão delitiva.

2. O chamado fenômeno da serendipidade ou o encontro fortuito de provas - que se caracteriza pela descoberta de outros crimes ou sujeitos ativos em investigação com fim diverso - não acarreta qualquer nulidade ao inquérito que se sucede no foro competente, desde que remetidos os autos à instância competente tão logo verificados indícios em face da autoridade.

4. Recurso em habeas corpus parcialmente conhecido e improvido.

Embora alguns julgados façam referência à necessidade da relação de conexão ou continência entre a infração originária e as fortuitamente descobertas, a jurisprudência mais hodierna do Superior Tribunal de Justiça não tem mais exigido tal pressuposto, estabelecendo apenas o critério de regularidade do meio probatório para a efetivação da validade probatória dos encontros fortuitos. (FRANÇA, 2018).

O posicionamento mais recente do Supremo consolidou-se no sentido da licitude da prova fortuitamente encontrada, existindo ou não a relação de conexão ou continência com o fato originário da investigação. Contudo, fora exigido apenas o respeito aos requisitos constitucionais e legais para a autorização da medida cautelar e que não seja verificado desvio de finalidade no cumprimento da diligência.

Portanto, após a referida análise, pode-se concluir que atualmente tanto a jurisprudência quanto grande parte dos doutrinadores vêm corroborando com a ideia da admissibilidade do aproveitamento das provas e fatos achados de maneira casuística, desde que preenchido certos pressupostos.

6 METODOLOGIA

Conforme afirma (GIL 2002, p. 17) “Pode-se definir pesquisa como o procedimento racional e sistemático que tem como objetivo proporcionar respostas aos problemas que são propostos”. E ainda acrescenta:

A pesquisa é desenvolvida mediante o concurso dos conhecimentos disponíveis e a utilização cuidadosa de métodos, técnicas e outros procedimentos científicos. Na realidade, a pesquisa desenvolve-se ao longo de um processo que envolve inúmeras fases, desde a adequada formulação do problema até a satisfatória apresentação dos resultados. (GIL, 2002, p. 17)

Além disso, cumpre esclarecer que o método mencionado por Gil pode ser definido como “atividades sistemáticas e racionais que, com maior segurança e economia, permite alcançar o objetivo - conhecimentos válidos e verdadeiros -, traçando o caminho a ser seguido, detectando erros e auxiliando as decisões do cientista” (LAKATOS, MARCONI, 2003, p. 83)

Com o intuito de alcançar aos objetivos previamente estimados no início da pesquisa, fora estabelecido um tipo de pesquisa adequado para o trabalho ora em apreço. Segundo Vergara (2016), a classificação dos tipos de pesquisa é feita com base em dois parâmetros: quanto aos fins aos meios.

No que tange os meios empregados, adotou-se a pesquisa bibliográfica, que é “aquela desenvolvida a partir de materiais constituídos principalmente de livros e artigos científico” (GIL, 2002, p. 44), e documental, que, ao contrário da bibliográfica, desenvolve-se a partir de fontes “muito mais diversificadas e dispersas” (GIL, 2002, p. 46).

Quanto aos fins, o trabalho pode ser classificado como sendo de cunho descritivo, pois objetivou-se apresentar o instituto da serendipidade e seus desdobramentos doutrinários e jurisprudenciais, bem como as principais hipóteses de diligências que ensejam o encontro fortuito de provas, trazendo à baila diferentes posicionamentos acerca do tema.

7 CONCLUSÃO

Conforme demonstrado no trabalho, é incontestável que um dos maiores objetivos do processo penal é a devida execução do *jus puniendi*, e para isso, se faz necessário uma efetiva reconstrução aproximada dos fatos ocorridos através da obtenção de elementos probatórios suficientes para auxiliar o livre convencimento do julgador, que o levarão a proferir uma decisão condenatória ou absolutória.

Essa produção probatória denota demasiada importância, visto que servirá de base para defender direitos fundamentais, quais sejam o da segurança pública e interesse comum, ou o interesse do réu no que tange à proteção aos direitos fundamentais, a exemplo de sua liberdade. Dessa forma, não há o que se falar na permissão do uso de meios ilícitos e arbitrários na persecução penal.

Em certas situações, durante o cumprimento de alguma diligência, o agente pode vir a se deparar com a descoberta de novos fatos, o que se intitula como fenômeno da Serendipidade, objeto de diversas discussões no que concerne aos meios de obtenção de prova.

No âmbito da persecução penal, o instituto da Serendipidade mostra-se como um importante instrumento de captação de elementos de prova, possibilitando que o Estado

descubra fatos e autores de infrações que não estão no âmbito originário de determinadas diligências.

Contudo, esse cenário, verificado principalmente nos casos de interceptações telefônicas, mandados de busca e apreensão e colaboração premiada, ainda é objeto de muitas discussões, especialmente no campo doutrinário, haja vista a ausência de dispositivo normativo dentro do ordenamento brasileiro que verse sobre a temática.

No Brasil, não existe um entendimento doutrinário pacífico acerca das hipóteses e requisitos para o aproveitamento e admissibilidade do uso da prova fortuita. E apesar de a jurisprudência vir demonstrando entendimento favorável à teoria, não há o que se falar em segurança jurídica pois decisões jurisprudenciais podem divergir de acordo com as circunstâncias de cada processo, vez que não possuem força vinculante.

Dessa forma, uma possibilidade de resolução para a problemática exposta seria a elaboração de uma previsão normativa que aborde sobre a in/admissibilidade do encontro fortuito de provas bem como as medidas que devem ser adotadas pelo juiz quando deparar-se com tais casos.

REFERÊNCIAS

ALVES, Nicolas Dourado Galves; DURAN, Laís Batista Toledo. **A serendipidade e a teoria das janelas quebradas**. ETIC - Encontro de Iniciação Científica, 2015. Disponível em: <<http://intertemas.toledoprudente.edu.br/index.php/ETIC/article/view/4911/4690>>. Acesso em: 19 de out. 2022.

AVENA, Norberto Cláudio Pâncaro. **Processo penal**. 9. ed. rev. e atual. – Rio de Janeiro: Forense; São Paulo: MÉTODO, 2017.

ARANHA, A. J. Q. T. de C. **Da prova no Processo Penal**. 7. ed. São Paulo: Saraiva, 2006.

BARROSO, Luis Roberto. **Temas de Direito Constitucional**. São Paulo: Renovar, 2014.

BRANCO, Rafael Cavalcanti. **O fenômeno da serendipidade nas interceptações telefônicas e nas buscas e apreensões: uma análise sobre a admissibilidade das provas descobertas ao acaso**. 2019. Monografia (Bacharelado em direito) – Centro de Ciências Jurídicas, Universidade Federal da Paraíba, Paraíba, 2019.

BRASIL. Código de Processo Penal Brasileiro. **Decreto-Lei nº 3689/1941**. Rio de Janeiro, RJ: Diário oficial da União, 1941.

BRASIL. Constituição (1988). **Constituição da República Federativa do Brasil**. Brasília, DF: Senado Federal: Centro Gráfico, 1988.

BRASIL. Lei nº 12.850, de 2 de Agosto de 2013. **Lei das Organizações Criminosas**. Diário Oficial da União: Brasília, DF, 1996.

BRASIL. Lei nº 9.296, de 24 de julho de 1996. **Lei das interceptações telefônicas**. Diário Oficial da União: Brasília, DF, 1996.

BRASIL. Superior Tribunal de Justiça (2. Turma). **Agravo Regimental no Recurso Especial 1.174.858/SP**. Agravante: Giones José Leite. Relatora: Min. Humberto Martins, 2017. **Lex**: jurisprudência do Superior Tribunal de Justiça, São Paulo, 2017

BRASIL. Superior Tribunal de Justiça (2. Turma). **Habeas Corpus 84224/DF**. Impetrante: Antônio Augusto César, Antônio Nabor Areias Bulhões e outro(s) Relator: Min. Gilmar Mendes, 27 de fevereiro de 2007. **Lex**: jurisprudência do Superior Tribunal de Justiça, São Paulo, 2007.

BRASIL. Superior Tribunal de Justiça (5. Turma). **Agravo Regimental no Agravo em Recurso Especial 1.174.858/SP**. Agravante: Felipe Antônio Araújo dos Santos e Roger de Souza Panato. Relator: Min. Ribeiro Dantas, 2021. **Lex**: jurisprudência do Superior Tribunal de Justiça, São Paulo, 2022

BRASIL. Superior Tribunal de Justiça (5. Turma). **Habeas Corpus 69552/PR**. petrante: Marcos César Kaimen. Relator: Min. Felix Fischer, 2007. **Lex**: jurisprudência do Superior Tribunal de Justiça, São Paulo, 2007.

BRASIL. Superior Tribunal de Justiça (5. Turma). **Recurso Ordinário em Habeas Corpus 77.003/SP**. Recorrentes: Geraldo Dias da Silva e Geferson Mendes da Silva. Relator: Min. Joel Ilan Paciornik, 2016. **Lex**: jurisprudência do Superior Tribunal de Justiça, São Paulo, 2018.

BRASIL. Superior Tribunal de Justiça (6. Turma). **Habeas Corpus 582678/RJ**. Impetrante: Rafael Luiz Duque Estrada. Relatora: Min. Laurita Vaz, 2020. **Lex**: jurisprudência do Superior Tribunal de Justiça, São Paulo, 2022.

BRASIL. Superior Tribunal de Justiça (6. Turma). **Recurso Ordinário em Habeas Corpus 60871/MT**. Impetrante: Marcos César Kaimen. Relator: Min. Nefi Cordeiro, 2015. **Lex**: jurisprudência do Superior Tribunal de Justiça, São Paulo, 2015.

BRASILEIRO, Renato. **Manual de Processo Penal**. 5ª ed. Volume Único, Editora Juspodivm, 2017.

BRESSAN, Adilson José. **Provas ilícitas por derivação: A (in)aplicabilidade no processo penal brasileiro, das teorias norte-americanas que atenuam a doutrina dos frutos da árvore envenenada**. 2015. Disponível em: <https://jus.com.br/artigos/41654/provas-ilicitas-por-derivacao>. Acesso em: 27 ago. 2019.

CAPEZ, Fernando. **Curso de Processo Penal**. 19 ed. São Paulo: Saraiva, 2012. p. 401.

CAPEZ, Fernando. **Curso de Processo Penal**. 25ª ed. 2018, Editora Saraiva.

CAPEZ, Fernando. **Serendipidade: o encontro fortuito de prova**. Consultor Jurídico, 2021. Disponível em: < <https://www.conjur.com.br/2021-mai-20/fernando-capez-serendipidade-encontro-fortuito-prova> >. Acesso em: 18 de out. de 2022.

DOS REIS, Mainara Lacerda. **Encontro fortuito de provas e sua admissibilidade no processo penal brasileiro**. 2017. Monografia (Bacharelado em direito) – Centro Universitário de Formiga - UNIFOR-MG, Minas Gerais, 2017.

FONTELLA, Vainer Villanova. **Encontro fortuito de provas na interceptação telefônica: Da omissão legal à aceitação da serendipidade pela jurisprudência no processo penal brasileiro**. 2019. Monografia (Bacharelado em direito) – UNIJUÍ – Universidade Regional do Noroeste do Estado do Rio Grande do Sul, Rio Grande do Sul, 2019.

FRANÇA, Gabriela Roldão. **O encontro fortuito de provas e sua validade no processo penal**. 2018. Monografia (Bacharelado em direito) – Universidade do Sul de Santa Catarina, Santa Catarina, 2018.

GIL, Antônio Carlos. **Como elaborar projetos de pesquisa**. 4. ed. São Paulo: Atlas, 2002.
GOMES, Luiz Flávio. CERVINI, Raul. Interceptação telefônica: Lei 9.296, de 4.07.96. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1997. P. 192.

GOMES, Luiz Flávio. **Natureza jurídica da serendipidade nas interceptações telefônicas**, LFG, 2009. Disponível em <<http://www.lfg.com.br>> Acesso em: 20 de julho de 2022.

GOMES, Luiz Flávio; MACIEL, Silvio. **Interceptação Telefônica e das Comunicações de Dados e Telemáticas: Comentários à Lei 9.296/96**. 4. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2018.

GRECO FILHO, Vicente. **Manual de Processo Penal**. 11. ed. São Paulo: Saraiva, 2015.

HERNANDES, Gabriela Fabricio. **O encontro fortuito de provas e a utilização no processo penal**. 2014. Monografia (Bacharelado em direito) – Centro Universitário “Antônio Eufrásio de Toledo”, São Paulo, 2014.

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

LAKATOS, Eva Maria; MARCONI, Marina de Andrade. **Fundamentos de metodologia científica**. São Paulo: Atlas 2003. 5 ed.

LIMA, Renato Brasileiro. **Manual de Processo Penal**. 5ª ed. Volume Único, Editora Juspodivm .2016

LOPES JÚNIOR, Aury. **Direito processual penal**. 17. ed. São Paulo: Saraiva, 2020.

NUCCI, Guilherme de Souza. **Curso de direito processual penal**. 15. ed. Rio de Janeiro: Forense, 2017.

PITOMBO, Cleunice A. Valentim Bastos. **Da busca e da apreensão no processo penal**. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 1999. p. 105.

SILVA JÚNIOR, Ricardo Barbosa. **Encontro fortuito de provas à luz dos tribunais superiores**. 2019. Monografia (Bacharelado em direito) - Centro Universitário de Goiás – Uni-ANHANGUERA, Goiânia, 2019.

SOUZA, Evandir Virgulino. **Princípio da serendipidade: o encontro fortuito da prova no processo penal e a jurisprudência correlata**. 2018. Monografia (Bacharelado em direito) – Centro de Ciências Jurídicas da Universidade Federal da Paraíba, Paraíba, 2018.

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

VERGARA, Sylvia Constant. **Projetos e relatórios de pesquisa em administração**. 16. ed. São Paulo: Atlas, 2016.

ZIMIANI, Gustavo Bertho. **O fenômeno da serendipidade à luz da Jurisprudência do STJ e do STF**. Revista Jurídica UNIGRAN, Mato Grosso do Sul, v. 22, n. 43, p 135-149, Jan./Jun. 2020.

AGRADECIMENTOS

Agradeço, acima de tudo, a Deus, pelo seu propósito em minha vida, por estar ao meu lado em todos os momentos, sendo minha fortaleza e o meu guia.

Aos meus pais, Giseuda e Elias, por nunca desistirem de mim. Jamais esquecerei de todos os esforços feitos por vocês para conseguirem me proporcionar uma vida confortável e uma educação de qualidade. Obrigada por me incentivarem e acreditarem nos meus sonhos, sem vocês nada disso seria possível. Prometo honrá-los por toda a minha vida.

À minha irmã Lívia, que mesmo sendo 7 anos mais nova que eu, sempre esteve ao meu lado me apoiando e me ajudando em tudo o que eu precisava.

À minha avó Emília (in memoriam), por me colocar todos os dias em suas orações e por todo o amor e cuidado. Apesar de não estar mais entre nós, ela sempre será uma das minhas maiores fontes de força e inspiração.

Aos meus tios, Hilda, Humberto e Cileide, e minhas primas Danielly e Geane por todo o incentivo e apoio durante toda a minha caminhada. Vocês são muito especiais.

Ao meu namorado Marcelo, por todo o amor e companheirismo. Obrigada por me dar força e tranquilidade nos momentos difíceis. Você foi fundamental nessa reta final, serei eternamente grata.

À todos da minha família que torceram e torcem por mim, obrigada por todo o apoio e por sempre acreditarem em mim.

Aos meus amigos da graduação, em especial, Bruna, Flay, Luíza, Duda, Lucas, Renally, Milka e Bia por dividirem comigo tantas memórias durante o curso. Fico feliz e grata por ver que conseguimos criar vínculos tão fortes e que ultrapassam os muros do CCJ.

Aos meus amigos do “Qualquer Dia, Qualquer Hora”, por dividirem comigo tantos momentos incríveis e importantes. Vocês foram sinônimo de leveza e acolhimento durante toda a minha graduação, e continuam sendo.

À todos os membros da Defensoria Pública, núcleo de Campina Grande, que tanto contribuíram para o meu crescimento profissional e pessoal. Sempre lembrarei de todos com muito carinho. A Defensoria foi o melhor e mais valioso estágio da minha graduação.

À minha orientadora, professora Rayane Félix Silva, por aceitar fazer parte do meu trabalho e por toda a ajuda que forneceu para que ele fosse concluído com êxito. Obrigada por toda a prestatividade e solicitude.

Aos professores Esley Porto e Matheus Figueiredo, por aceitarem fazer parte da banca examinadora. A vocês, minha total admiração, fico feliz que o CCJ tem ganhado profissionais tão competentes.

Por fim, à todos aqueles que de alguma forma contribuíram para que eu conseguisse concluir esse ciclo tão importante em minha vida.

Esse é só o começo de uma longa caminhada. Muito obrigada!