

UNIVERSIDADE FEDERAL DO RIO GRANDE DO SUL
FACULDADE DE DIREITO
DEPARTAMENTO DE CIÊNCIAS PENAIS

Gabriel Rocha

**SERENDIPIDADE – O ENCONTRO FORTUITO DE PROVAS NO PROCESSO
PENAL BRASILEIRO**

Porto Alegre
2019

GABRIEL ROCHA

**SERENDIPIDADE – O ENCONTRO FORTUITO DE PROVAS NO PROCESSO
PENAL BRASILEIRO**

Trabalho de conclusão de curso, apresentado ao Departamento de Ciências Penais da Faculdade de Direito Universidade Federal do Rio Grande do Sul, como requisito parcial para a obtenção do título de Bacharel em Ciências Jurídicas Sociais.

Orientador: Prof. Dr. Mauro Fonseca Andrade

Porto Alegre

2019

GABRIEL ROCHA

**SERENDIPIDADE – O ENCONTRO FORTUITO DE PROVAS NO PROCESSO
PENAL BRASILEIRO**

Trabalho de conclusão de curso, apresentado ao Departamento de Ciências Penais da Faculdade de Direito Universidade Federal do Rio Grande do Sul, como requisito parcial para a obtenção do título de Bacharel em Ciências Jurídicas Sociais.

Aprovado em: _____.

BANCA EXAMINADORA

Prof. Dr. Mauro Fonseca Andrade (Orientador)

Prof. Dr. Odone Sanguiné

Prof. Me. Marcus Vinícius Aguiar Macedo

*À minha mãe, Onira, por todo seu esforço para que eu
chegasse até aqui. Te amo.*

*“It's a bizarre but wonderful feeling, to arrive dead center
of a target you didn't even know you were aiming for.”*

Lois McMaster Bujold

RESUMO

A análise dos meios de obtenção de prova no direito processual penal necessita ser realizada sob a luz dos direitos fundamentais existentes no ordenamento jurídico brasileiro, posto que a execução destes meios de prova pode colidir com direitos constitucionais, como o direito à privacidade e proteção à intimidade. Dentro desse contexto, o presente trabalho abordará o encontro fortuito de provas no decorrer da persecução penal, efeito esse também conhecido serendipidade. Quando a prova encontrada fortuitamente for conexa ao crime que originou a autorização de medida investigatória, nos deparamos com a serendipidade de primeiro grau. Quando não se verifica conexão entre o encontro fortuito e o crime original, trata-se de serendipidade de segundo grau e a prova em questão poderá ser utilizada como *notitia criminis*, desencadeando assim um novo processo investigatório. Os efeitos dos encontros fortuitos podem ser verificados com mais intensidade e, por consequência, melhor analisados por meio da interceptação telefônica, regulamentada pela Lei nº 9.296/96 e pela busca e apreensão, prevista em nosso Código de Processo Penal. Por meio da análise da legislação em vigor, da doutrina existente e dos posicionamentos jurisprudenciais, podemos apreciar o valor das provas encontradas fortuitamente, desde que tais provas sejam resultado de um processo persecutório justo, em observância ao devido processo legal e aos direitos fundamentais.

Palavras-chave: Direito Processual Penal. Encontros Fortuitos. Serendipidade. Interceptação Telefônica. Busca e Apreensão.

ABSTRACT

The analysis of the ways to obtain evidence in criminal procedural law needs to be done in the light of the fundamental rights existing in the Brazilian legal system, because the execution of those ways of obtaining evidence may conflict with constitutional rights such as the right to privacy and the protection of intimacy. Within this context, the present work will address the random encounter of evidence during the criminal prosecution, an effect also known as serendipity. When the evidence found randomly is related to the crime that originated the investigative measure, we are faced with serendipity of first degree. When there is no connection between the evidence randomly found and the original crime, this evidence is conceived as serendipity of second degree, and can be used as *notitia criminis*, thus triggering a new investigative process. The effects of serendipity can be better analyzed through interception of telephone communication, which is regulated by the Law No. 9,296/96 and by search and seizure, which is established in the Brazilian Code of Criminal Procedure. Through the analysis of existing legislation, doctrine and jurisprudential positions, we can appreciate the value of the evidence randomly found, as long as such evidence is the result of fair persecutory proceedings, in compliance with the due legal process and the fundamental rights.

Keywords: Criminal Procedural Law. Evidence Randomly Found. Serendipity. Interception Of Telephone Communication. Search And Seizure.

SUMÁRIO

1 INTRODUÇÃO	9
2 PROVA – CONSIDERAÇÕES GERAIS	11
2.1 CONSIDERAÇÕES HISTÓRICAS ACERCA DO SISTEMA PROBATÓRIO	12
2.2 FINALIDADE DA PROVA	13
2.3 MEIOS DE OBTENÇÃO DE PROVA	14
2.4 LIMITES DA ADMISSIBILIDADE DOS MEIOS DE PROVA – PROVAS ILÍCITAS E PROVAS ILEGÍTIMAS	15
3. SERENDIPIDADE – ENCONTRO FORTUITO DE PROVAS	18
3.1 ENCONTROS FORTUITOS NO DIREITO ESTRANGEIRO	19
3.1.1 Estados Unidos	19
3.1.2 Alemanha	22
3.1.3 Espanha	23
3.1.4 Itália	25
3.1.5 Portugal	26
4. ENCONTROS FORTUITOS NO BRASIL – UMA ANÁLISE SOB UMA PERSPECTIVA CONSTITUCIONAL	30
4.1 CLASSIFICAÇÃO DOS ENCONTROS FORTUITOS NO DIREITO BRASILEIRO	32
4.2 OS ENCONTROS FORTUITOS NO ÂMBITO DO PROCESSO PENAL E SUA ADMISSIBILIDADE EM MEIOS DE OBTENÇÃO DE PROVAS ATÍPICOS.....	35
4.3 MEIOS DE OBTENÇÃO DE PROVAS TIPIFICADOS.....	37
5. INTERCEPTAÇÃO TELEFÔNICA – BASE CONSTITUCIONAL	38
5.1 LEI Nº 9.296/96 – REQUISITOS, CARACTERÍSTICAS E COMPETÊNCIA	41
5.2 OS ENCONTROS FORTUITOS E A INTERCEPTAÇÃO TELEFÔNICA.....	43
5.2.1 Impossibilidade da Utilização de Prova Originária de Encontro Fortuito..	44
5.2.2 Admissibilidade Dos Encontros Fortuitos Através Do Critério De Conexão Ou Continência.....	45
5.2.3 Total Admissibilidade De Prova Obtida Por Meio De Encontro Fortuito ...	47
5.2.4 Os Encontros Fortuitos e a Prova Emprestada.....	49
6. BUSCA E APREENSÃO	52
6.1 BUSCA E APREENSÃO – NOÇÕES GERAIS	52
6.2 OS ENCONTROS FORTUITOS NA BUSCA E APREENSÃO	57
7 CONCLUSÃO	62
REFERÊNCIAS BIBLIOGRÁFICAS	64

1 INTRODUÇÃO

O presente trabalho aborda o encontro fortuito de provas durante a investigação e a instrução penal – também conhecido como serendipidade - assim como a validade e utilização dessas provas, seja no processo em que foi localizado, seja em processo distinto do que o elemento probatório foi originalmente encontrado.

Antes de adentrar na teoria em si, lembraremos a origem e evolução dos sistemas de apreciação de prova ao longo dos anos, e que, com seu desenvolvimento, estes sistemas buscaram proteger direitos fundamentais dos indivíduos, assim como estabelecer a ideia de um Estado Democrático de Direito. Dentro do estudo da prova no processo penal, serão retomados os conceitos de finalidade da prova no processo penal, os meios de prova admitidos em nosso ordenamento jurídico, e o limite da admissibilidade dos meios de prova, na sua classificação de licitude e legitimidade probatória.

Para a compreensão da ocorrência dos encontros fortuitos no âmbito do processo penal, analisaremos brevemente como o tema é abordado em outros países, a saber: Estados Unidos, Alemanha, Espanha, Itália e Portugal. Esta abordagem se valerá de posicionamentos doutrinários, jurisprudência local e, ainda, a legislação dos países em questão.

Vencida a compreensão do tema no âmbito do direito comparado, nos ateremos à forma como os encontros fortuitos se integram ao ordenamento jurídico brasileiro. Em seu aspecto constitucional, merece atenção especial o inciso XII do art. 5º da nossa Carta Magna, que garante a inviolabilidade do sigilo das trocas de informações.

Ainda em nosso ordenamento jurídico, será analisado o posicionamento doutrinário sobre o tema dos encontros fortuitos, com a classificação e categorização da serendipidade, passando pela análise da legislação infraconstitucional, com o intuito de identificar a aplicabilidade de elementos probatórios encontrados fortuitamente, tanto nos meios de produção probatória não tipificados, quanto nos meios de produção de prova tipificados.

Nos meios de produção de prova tipificados em lei, o presente trabalho se aterá à análise dos casos de serendipidade verificados durante a interceptação telefônica, regulamentada através da Lei nº. 9.296/96, assim como os requisitos essenciais que devem conter na deflagração da medida; e da ocorrência dos encontros fortuitos nos

procedimentos de busca e apreensão, medida positivada em nosso Código de Processo Penal.

Um dos objetivos do presente trabalho é identificar as espécies da serendipidade e a possível violação aos direitos fundamentais, como, por exemplo, a ampla defesa e o contraditório, o direito à intimidade e à privacidade, buscando evidenciar as previsões constitucionais, a interpretação doutrinária, a aplicação da legislação infraconstitucional, assim como o resultado dessa relação entre as fontes, em nossa jurisprudência.

2 PROVA – CONSIDERAÇÕES GERAIS

O conceito de prova sempre acompanhou a evolução do processo junto aos povos que utilizaram este como meio de resolução de conflitos, desde os tempos primórdios. O tema é imprescindível no âmbito da ciência processual, visto que os efeitos da atividade probatória são inexoráveis na vida das pessoas, razão pela qual se faz necessária que a decisão do conflito tenha, como objetivo, a busca da justiça.¹

Nesse íterim, podemos ver a relação da atividade probatória com uma série de elementos diversos da atividade processual em específico, sejam eles elementos políticos, sociais e culturais, fazendo com que o estudo da prova em uma determinada sociedade, também seja o estudo de elementos políticos, sociais e culturais atuantes em um determinado espaço-tempo.

O vocábulo *processo* pode assumir um diferente gama de significados. A etimologia do termo vem de *probatio*, que significa ensaio, verificação, inspeção, argumento, razão, aprovação ou confirmação. Nesse ensejo, o verbo *provar* deriva do latim *probare*, que denota verificar, examinar, persuadir alguém a alguma coisa ou demonstrar.²

Antonio Magalhães Gomes Filho traz a compreensão do termo *prova*, nos sentidos de demonstração, experimentação e desafio:

A prova é entendida como demonstração quando se diz que ela serve para estabelecer a verdade sobre determinados fatos. Nessa primeira acepção, provar significa apresentar elementos de informação idôneos para decidir se a afirmação ou negação de um fato é verdadeira. [...] Em segundo lugar, a expressão prova indica uma atividade ou procedimento destinado a verificar uma correção de uma hipótese ou afirmação. Em outras palavras, trata-se de realizar uma tese, ao fim do qual é possível admitir como verdadeira, fundada, provável a proposição inicial. [...] Finalmente, numa terceira acepção, prova pode ainda significar desafio ou competição, indicando um obstáculo que deve ser superado como condição para se obter o reconhecimento de certas qualidades ou aptidões.³

É seguro dizer que o estudo da prova, sua evolução ao longo da história, sua finalidade, seus meios de obtenção e outros aspectos intrínsecos ao seu estudo são

¹ DEZEM, Guilherme Madeira. **Curso de Processo Penal**. 3. ed. rev. atual. e aum. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2017. p. 476-479.

² NUCCI, Guilherme de Souza. **Manual de processo e execução penal**. 11. ed. rev. atual. e aum. Rio de Janeiro: Forense, 2014. p. 338.

³ GOMES FILHO, Antonio Magalhães. Notas sobre a terminologia da prova: (reflexos no processo penal brasileiro). In: YARSHELL, Flávio Luiz; MORAES, Maurício Zanoide de. **Estudos em homenagem à professora Ada Pellegrini Grinover**. São Paulo: DPJ, 2005. p. 305.

essenciais para a compreensão do processo, em especial no âmbito das ciências jurídicas penais.

2.1 CONSIDERAÇÕES HISTÓRICAS ACERCA DO SISTEMA PROBATÓRIO

A apreciação probatória passou por diferentes fases ao longo da história, merecendo referenciar as etapas que mais marcaram esta evolução. Na Grécia Antiga e em Roma no período republicano, a produção probatória ocorria de forma racional, tendo como principal meio de produção os testemunhos, na forma de um modelo acusatório, que incluía debates e julgamentos públicos. Porém, após as invasões bárbaras e sob forte influência do direito germânico, passaram a ser introduzidos no direito processual penal elementos com aspectos religiosos, irracionais, denominados juízo de Deus ou ordálias.⁴

Nesse sistema o acusado era submetido, por exemplo, a andar sobre um ferro em brasa para aferir sua responsabilidade. Acreditava-se que Deus interviria e o acusado sairia ileso caso não fosse culpado da acusação. Podemos contatar que nesse sistema não se verifica um regramento em específico das relações probatórias, mas sim uma forma destituída de contraditório e de dignidade humana, em que na própria investigação, o indivíduo sofria uma pena, mesmo sendo inocente.

Ainda no sistema de provas irracionais, encontramos o sistema de convicção íntima do juiz, em que o julgador formava sua convicção com relação aos fatos de forma íntima, sem necessitar se justificar, podendo até mesmo se valer de conhecimentos particulares quanto ao caso, mesmo que isso não tenha sido levado aos autos. Nesse sistema, destaca-se o aspecto do juiz absolutista, assim como o caráter sigiloso das apurações.⁵

Mantendo algumas das características dos meios irracionais de prova citados anteriormente, formou-se o sistema de provas taxadas, em que se estabeleceram regras para a produção de prova, assim como para a sua valoração, em que cada meio de produção de prova possuía um peso diferente; assim como foram estabelecidas regras sobre como o juiz julgaria tais provas.

⁴ MARTINS, Jorge Henrique Schaefer. **Prova criminal: modalidades - Valoração**. 1. ed. Curitiba: Juruá, 1996. p. 28-29.

⁵ MACHADO, Antônio Alberto. **Curso de Processo Penal**. 2. ed. São Paulo: Atlas, 2009. p. 354.

Paulo Rangel, acerca do sistema de provas taxadas ressalta que “O juiz, nas provas legais, era um matemático, pois apenas verificava qual o peso deste ou daquele meio de prova [...]. Seguiu, friamente, o que a Lei nº mandava para aferir os fatos, objetos de prova”.⁶ Encontramos um resquício desse sistema em nosso Código de Processo Penal, tendo como exemplo o artigo 62⁷, que exige a certidão de óbito para provar a morte de indiciado ou réu.

Já na modernidade, sob a luz do Iluminismo, surge o sistema do livre convencimento motivado, também conhecido como sistema de persuasão racional. Para Antônio Alberto Machado, o sistema do livre convencimento motivado está “[...] apoiado na possibilidade de se descobrir a verdade dos fatos a partir do trabalho da razão, [...] sem quaisquer interferências dos elementos mágicos ou irracionais dos antigos sistemas de prova”.⁸ O sistema adotado pelo ordenamento jurídico brasileiro é o de provas racionais, conforme o artigo 155, do Código de Processo Penal.⁹

O presente trabalho não tem como objetivo uma profunda análise histórica acerca dos sistemas probatórios, mas é necessário um breve apanhado nos principais pontos da evolução do sistema probatório para melhor entendimento do tema dos encontros fortuitos. Registra-se assim, mediante os pontos até aqui vistos, que conforme a evolução das sociedades, os meios de obtenção de provas de forma desumanas, assim como a tomada de decisão por parte do julgador por meios injustificados ou obscuros deram espaço à adoção de um sistema que vê as provas como um meio para a obtenção da verdade, seguindo os princípios da dignidade humana.

2.2 FINALIDADE DA PROVA

A função essencial da prova é formar a convicção do juiz. Juízes estes que são integrantes do Poder Judiciário, instituição pela qual se exerce a jurisdição que o Estado possui. No direito penal, na quase totalidade das situações o julgador não presenciou o fato a ser analisado. Sendo assim, faz-se necessária uma retrospectiva

⁶ RANGEL, Paulo. **Direito Processual Penal**. 23. ed. São Paulo: Atlas, 2015. p. 519.

⁷ Art. 62. No caso de morte do acusado, o juiz somente à vista da certidão de óbito, e depois de ouvido o Ministério Público, declarará extinta a punibilidade.

⁸ MACHADO, Antônio Alberto. **Curso de Processo Penal**. 2. ed. São Paulo: Atlas, 2009. p. 355-356.

⁹ Art. 155. O juiz formará sua convicção pela livre apreciação da prova produzida em contraditório judicial, não podendo fundamentar sua decisão exclusivamente nos elementos informativos colhidos na investigação, ressalvadas as provas cautelares, não repetíveis e antecipadas.

dos fatos e acontecimentos, possibilitando identificar os elementos probatórios capazes de convencer o juiz.

Antônio Alberto Machado vai além, arguindo que a prova não se limita a apenas convencer o juiz, mas “[...] se destina também a produzir o convencimento das partes, o que poderá levar não apenas a solução do litígio, mas uma definitiva pacificação do conflito, com evidentes vantagens para os interessados e para a atividade jurisdicional.”, além de se destinar “[...] à apuração da verdade histórica sobre o fato típico”.¹⁰

Em uma análise por um ângulo legalista, podemos verificar que a finalidade da prova é formar a convicção do magistrado, de tal forma que ele fundamente suas decisões com base nos elementos produzidos durante a fase investigatória, assim como os elementos produzidos no contraditório judicial, conforme disposto no Código de Processo Penal, em seu artigo 155:

Art. 155. O juiz formará sua convicção pela livre apreciação da prova produzida em contraditório judicial, não podendo fundamentar sua decisão exclusivamente nos elementos informativos colhidos na investigação, ressalvadas as provas cautelares, não repetíveis e antecipadas.
Parágrafo único. Somente quanto ao estado das pessoas serão observadas as restrições estabelecidas na lei civil.¹¹

2.3 MEIOS DE OBTENÇÃO DE PROVA

A obtenção de provas acontece mediante a realização de ações que podem obstruir determinados direitos fundamentais de alguém; enquanto os meios de prova são as formas pelas quais se busca produzir fundamentos e argumentos a quem esta se destina.

Dentre os meios de obtenção de provas, nos deparamos com os meios nominados, previstos e regulamentados na legislação vigente; e os meios de obtenção inominados. Os meios inominados não possuem previsão legal, mas são permitidos e aceitos no ordenamento jurídico, desde que sejam evitados de legitimidade e legalidade.¹² Dentre os meios de obtenção de provas que estão positivados em nosso

¹⁰ MACHADO, Antônio Alberto. **Curso de Processo Penal**. 2. ed. São Paulo: Atlas, 2009. p. 360.

¹¹ BRASIL. DECRETO-LEI Nº 3.689, de 3 de outubro de 1941. **Código de Processo Penal**. 3 out. 1941. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/decreto-lei/del3689compilado.htm. Acesso em: 7 set. 2019.

¹² LOPES JR, Aury; BADARÓ, Gustavo Henrique. **Direito ao Processo Penal no Prazo Razoável**. 2. ed. rev. e atual. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2009. p. 78

ordenamento jurídico, podemos destacar, entre outros, a interceptação telefônica, a busca e apreensão, a quebra de sigilo bancário¹³ e a captação ambiental de som e imagem¹⁴.

2.4 LIMITES DA ADMISSIBILIDADE DOS MEIOS DE PROVA – PROVAS ILÍCITAS E PROVAS ILEGÍTIMAS

Após a diferenciação entre os meios de prova nominados e inominados, se faz necessária a análise de quais meios de prova são admissíveis dentro do processo penal. A vedação do uso de provas ilícitas possui previsão constitucional, conforme disposto no art. 5º, LVI, da Carta Magna: “são inadmissíveis, no processo, as provas obtidas por meios ilícitos”¹⁵.

Tal previsão constitucional é um contraponto a ideia por trás da expressão *male captum bene retetum*, que em suma, defende que diante de uma prova colhida ilicitamente, mantém-se a utilização daquela prova, apenas punindo quem a produziu. Contudo, uma análise histórica das situações em que esse princípio era aplicado, verificou-se que o Estado agia de forma displicente, não punindo agentes que produziam tais provas, incentivando, de certa forma, seus agentes a praticar atos violadores de direitos nas situações de produção de provas.¹⁶

As provas ilícitas são classificadas em provas ilícitas em sentido estrito (que passaremos a tratar apenas como provas ilícitas) e provas ilegítimas. Nessa classificação:

a) prova ilícita em sentido estrito – denominação empregada para designar a prova obtida por meio de violação de norma, legal ou constitucional, de **direito material** (grifei). Essa nomenclatura é utilizada, portanto, para adjetivar a prova para cuja obtenção violou-se direito que independe da existência do processo. Ex.: extrato de movimentação bancária obtido por meio de indevida violação de sigilo bancário ou confissão extraída mediante coação moral;

¹³ A quebra do sigilo bancário passou a ser regulamentado pela Lei Complementar Nº 105, de 10 de Janeiro de 2001.

¹⁴ A captação ambiental de som e imagem está prevista no inciso II do artigo do 3º da Lei Nº 12.850, de 2 de Agosto de 2013.

¹⁵ BRASIL. **CONSTITUIÇÃO DA REPÚBLICA FEDERATIVA DO BRASIL DE 1988**. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/constituicao.htm. Acesso em: 10 set. 2019.

¹⁶ DEZEM, Guilherme Madeira. **Curso de Processo Penal**. 3. ed. rev. atual. e aum. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2017. p. 518.

b) prova ilegítima – é como se designa a prova obtida ou introduzida na ação por meio de violação de norma de natureza processual. É a prova, portanto, que deriva de comportamento processualmente ilícito. Ex.: exibição, em plenário do Tribunal do Júri, de prova relativa ao fato de que a parte contrária não tenha sido cientificada com a antecedência necessária (art. 479 do CPP).¹⁷

Guilherme Madeira Dezem¹⁸ faz a análise do tema da prova ilícita dividindo em dois momentos: o período pré-2008 e o período pós-2008, ano em que ocorreu a reedição do artigo 157 do Código de Processo Penal. No período pré-2008, havia apenas a previsão de provas ilícitas em lei na Constituição Federal, em seu artigo 5º, LVI¹⁹. A posição doutrinária para a diferenciação entre as provas ilícitas e ilegítimas era, em termos gerais, a caracterização indicada no parágrafo anterior.

No primeiro cenário, se torna clara a consequência para a prova ilegítima – a nulidade, em seus mais variados graus – podendo acarretar na inexistência do ato, a nulidade relativa, a nulidade absoluta, ou mera irregularidade. Sob a ótica do artigo 5º, LVI da Constituição Federal, surge o questionamento quanto à forma que deve se proceder quando uma prova ilícita ter sido admitida em um processo. Decisões à época²⁰ traziam o entendimento de que tais provas deveriam ser desentranhadas dos processos.

Com a sanção da Lei nº 11.690, de 9 de Julho de 2008, o artigo 157 do Código de Processo Penal passou a ter a seguinte redação: “Art. 157. São inadmissíveis, devendo ser desentranhadas do processo, as provas ilícitas, assim entendidas as obtidas em violação a normas constitucionais ou legais”.²¹

Ao analisar a nova redação do artigo supracitado, em conjunto com os conceitos de prova ilegítima (obtida ou introduzida com violação de norma de natureza processual) e de prova ilícita (obtida com violação de norma de direito material), permanece o questionamento se o dispositivo aplica-se apenas aos casos em que

¹⁷ REIS, Alexandre Cebrian Araújo; GONÇALVES, Victor Eduardo Rios. **Direito Processual Penal Esquemático**. 1. ed. São Paulo: Saraiva, 2012. p. 257.

¹⁸ DEZEM, Guilherme Madeira. **Curso de Processo Penal**. 3. ed. rev. atual. e aum. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2017. p. 518-519.

¹⁹ Art. 5º LVI - são inadmissíveis, no processo, as provas obtidas por meios ilícitos.

²⁰ BRASIL. Superior Tribunal de Justiça. **HC 59967**. Rel. Min. Nilson Naves. Disponível em: <https://stj.jusbrasil.com.br/jurisprudencia/7142763/habeas-corpus-hc-59967-sp-2006-0115249-9/inteiro-teor-12853282?ref=juris-tabs>. Acesso em 10 set. 2019.

²¹ BRASIL. DECRETO-LEI nº 3.689, de 3 de outubro de 1941. **Código de Processo Penal**, 3 out. 1941. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/decreto-lei/del3689compilado.htm. Acesso em: 10 set. 2019.

ocorrer violação de direito material, ou aplica-se, da mesma forma, aos casos de violação de direito processual.

Como resposta a este questionamento, surgem duas vertentes de interpretação do artigo, uma que entende que se faz necessária a manutenção da diferenciação entre prova ilegítima e prova ilícita conforme as ideias apresentadas anteriormente, enquanto outra vertente passa a conceituar prova ilícita como “[...] as provas obtidas, admitidas ou produzidas com violação das garantias constitucionais, sejam as que asseguram as liberdades públicas, sejam as que estabelecem garantias processuais [...]”²², aglutinando os dois conceitos.

Para Guilherme Madeira Dezem, o artigo 157 do Código de Processo Penal deve ser analisado de forma a diferenciar o que são provas ilícitas, cabendo a tais provas seu desentranhamento e inutilização; do que são provas ilegítimas, situação em que a prova nula deve ser refeita, com a permanência do ato nulo no processo.²³

²² DEZEM, Guilherme Madeira. **Curso de Processo Penal**. 3. ed. rev. atual. e aum. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2017. p. 522-523

²³ Ibidem.

3. SERENDIPIDADE – ENCONTRO FORTUITO DE PROVAS

No andamento de uma investigação criminal, ao empregar meios de obtenção de provas tidos como invasivos, tais como busca e apreensão, interceptação telefônica e quebra do sigilo bancário e fiscal, é possível que se alcance indivíduos ou objetos diversos aos que legitimaram o ato autorizador. Tal situação ocorre, pois os atos em questão violam o sigilo do indivíduo que pretende se investigar, não sendo possível limitar a extensão do que o agente interceptador irá identificar.

Ao identificar indivíduos e crimes diversos, que tenham ou não conexão com o crime que autorizou a medida invasiva, ocorrerá o encontro fortuito de provas, também conhecido como serendipidade. Ethevaldo Siqueira discorre sobre a etimologia do termo serendipidade:

[...] significa algo como sair em busca de uma coisa e descobrir outras muito mais importantes e valiosas. O dicionário Houaiss da Língua Portuguesa registra serendipidade como forma aportuguesada do inglês *serendipity* e a define como aptidão, faculdade ou dom de atrair coisas úteis ou de descobri-las por acaso. Serendip era o antigo nome da ilha do Ceilão (atual Sri Lanka). A palavra foi cunhada em 1754 pelo escritor inglês Horace Walpolem no conto de fadas Os três príncipes de Serendip, que sempre faziam descobertas de coisas que não procuravam.²⁴

Luiz Flávio Gomes sobre a serendipidade no contexto da investigação criminal através da interceptação telefônica:

Mas no curso da captação da comunicação telefônica ou telemática podem surgir outros fatos penalmente relevantes, distintos da 'situação objeto da investigação'. Esses fatos podem envolver o investigado ou outras pessoas. De outro lado, podem aparecer outros envolvidos, com o mesmo fato investigado ou com outros fatos, diferentes do que motivou a decretação da interceptação. É nisso que reside o fenômeno da serendipidade, que significa procurar algo e encontrar coisa distinta (buscar uma coisa e descobrir outra, estar em busca de um fato ou uma pessoa e descobrir outro ou outra por acaso).²⁵

Em que pese a explanação supracitada tenha aludido a serendipidade nas situações originadas por interceptação telefônica, sua definição aplica-se aos mais diversos meios de obtenção de prova tipificados. O encontro fortuito de indivíduos ou

²⁴ SIQUEIRA, Ethevaldo. Internet é o melhor exemplo de serendipidade. **O Estado de São Paulo**, São Paulo, p. B10, 15 fev. 2009.

²⁵ GOMES, Luiz Flávio. **Legislação Criminal Especial**. 1. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2009. p 333.

de crimes diversos, por muitas vezes mais interessantes e valiosos que o objeto inicial da procura é tema debatido em doutrina e jurisprudência brasileira, assim como em ordenamentos jurídicos estrangeiros, como passaremos a ver a seguir.

3.1 ENCONTROS FORTUITOS NO DIREITO ESTRANGEIRO

Vencidos alguns dos aspectos referentes à teoria da prova, e antes de adentrar ao estudo do encontro fortuito de provas no ordenamento jurídico brasileiro, cabe tecer alguns apontamentos sobre a forma que o tema da serendipidade é tratado na legislação estrangeira. Os ordenamentos jurídicos estrangeiros aqui apresentados foram selecionados seja por tratarem o assunto de forma vanguardista, seja pela influência que tiveram no direito processual penal brasileiro.

Cabe destacar que neste capítulo apresentaremos as consequências processuais do encontro fortuito na legislação destes países, trazendo a regulamentação legal acerca do tema, assim como soluções apresentadas pela doutrina e pela jurisprudência, sem se ater às formas de obtenção de prova em cada um destes lugares. O objeto do presente trabalho não é esgotar o estudo do tema no âmbito do direito comparado, mas sim enriquecer o debate do assunto da serendipidade no terreno do direito processual penal brasileiro.

3.1.1 Estados Unidos

Os Estados Unidos da América possuem como alicerce legal três documentos básicos que compõem seu sistema constitucional - A Declaração da Independência, a Constituição Federal de 1787 e o *Bill of Rights*. O sucesso da Constituição norte-americana repousa na sua flexibilidade material.²⁶ Passaremos a analisar neste estudo, a previsão da inadmissibilidade de provas obtidas através de meios ilícitos, disposta na Constituição americana.

Enquanto no ordenamento jurídico brasileiro há apenas a uma regra geral, prevista na Constituição Federal em seu artigo 5º, LVI, determinando a inadmissibilidade de provas obtidas por meios ilícitos, a Constituição dos Estados

²⁶ CASTRO JÚNIOR, Osvaldo Agripino de. **Introdução à história do Direito: Estados Unidos x Brasil**. Florianópolis: IBRADD/CESUSC, 2001. p. 60-63.

Unidos, em sua emenda IV, garante proteção em face de buscas e apreensões injustificadas. Em tradução livre:

O direito do povo à segurança de suas pessoas, casas, papéis e pertences contra registros, arrestos e sequestros 'desarrazoados' não será violado, e nenhum mandado se emitirá, senão mediante causa provável, apoiado por juramento ou afirmação, e particularmente descrevendo o lugar para ser inspecionado, e as pessoas ou coisas a serem apreendidas.^{27 28}

A justificativa para a existência dessa emenda se dá pelo histórico existente nos Estados Unidos, que à época eram colônias, e os mandamentos gerais instituídos pela Coroa Inglesa, mandamentos estes que não especificavam a quem se destinavam, sem causa provável, permitindo assim a prisão de quem se opusesse ao regime britânico instaurado.

Em razão da forma pela qual foi construída a relação entre os estados e a federação nos Estados Unidos, ao invés de existir a determinação de que o juiz, ao julgar determinado caso, siga regras de direito oriundas de precedentes jurisprudenciais, o que se busca é a segurança das relações jurídicas, sem que ocorram divergências inexoráveis nas decisões prolatadas. Sendo assim, é possível ver através de análise de casos que envolvam o encontro fortuito de provas sob a luz da Emenda IV, a evolução da jurisprudência neste tema.²⁹

O caso *Illinois v. Caballes* evidencia a forma que a jurisprudência americana trata o tema dos encontros fortuitos. No ocorrido, um policial do estado de Illinois, Daniel Gillette, parou Roy Caballes por excesso de velocidade em uma rodovia interestadual. Quando o soldado informou através do rádio acerca da abordagem para a central de polícia, um membro da equipe de repressão de narcóticos ouviu o relatório e seguiu para o local em que Caballes fora abordado. Quando o segundo policial chegou, Caballes estava na viatura policial, enquanto o policial formalizava uma multa

²⁷ ZACLIS, Daniel; PALAZZI, Leonardo; BORRI, Luiz Antonio; AVOLIO, Luiz Francisco Torquato. Conhecimentos Fortuitos e Apreensão de Documentos. **Revista dos Tribunais**, v. 1004. jun/2019. p. 193.

²⁸ Texto original em inglês: "In all criminal prosecutions, the accused shall enjoy the right to a speedy and public trial, by an impartial jury of the State and district wherein the crime shall have been committed, which district shall have been previously ascertained by law, and to be informed of the nature and cause of the accusation; to be confronted with the witnesses against him; to have compulsory process for obtaining witnesses in his favor, and to have the Assistance of Counsel for his defence." Disponível em https://www.senate.gov/civics/constitution_item/constitution.htm#amdt_4_1791. Acesso em 29 set. 2019

²⁹ HAMILTON, Sergio Demoro. As provas ilícitas, a teoria da proporcionalidade e a autofagia do Direito. **Revista do Ministério Público do Rio de Janeiro**, Rio de Janeiro, v. 11. jan-jun 2000. p. 264-265

de advertência. Enquanto isso ocorria, o membro da equipe de repressão de narcóticos rodeou com seu cachorro farejador de drogas pelo carro de Caballes, e o cão alertou para o porta-malas. Dentro do porta-malas, os policiais encontraram maconha. O episódio inteiro durou menos de 10 minutos.³⁰

Caballes foi condenado por tráfico de drogas, sentenciado a 12 anos de prisão e pagamento de multa de U\$\$ 256,136,00, decisão da qual ele apelou. Na ocasião da análise da apelação, o Tribunal analisou minuciosamente os diálogos trocados entre Gillette e Caballes, assim como o tempo de transmissão de sua abordagem para a central de polícia, a fim de concluir se o policial havia estendido sua abordagem, referente ao excesso de velocidade, de forma que o segundo policial pudesse chegar com o cão farejador em tempo hábil, para a verificação da existência de entorpecentes. A conclusão do Tribunal no caso pela legalidade da duração da abordagem apenas para a verificação do delito de excesso de velocidade, e não para o porte de drogas.³¹

A Suprema Corte de Illinois decidiu que a abordagem do veículo por excesso de velocidade, ação até este momento legal, transformou-se numa apreensão de narcóticos eivada de ilegalidade, tendo em vista que o farejar do cão foi efetuado sem a apresentação de fatos específicos e articulados, ampliando assim o escopo da abordagem, inicialmente referente a um delito de trânsito, para uma investigação de drogas.

No caso em questão, verifica-se que o entendimento aplicado pela Suprema Corte do Estado americano um cunho restritivo para a obtenção de provas obtidas fortuitamente, caracterizando tal encontro como ilegal, posto que a forma pela qual esta prova foi identificada se contradiz com o disposto na Emenda IV da Constituição, além de ser injustificada a busca que extrapolou tempo de duração considerado legítimo, ferindo assim o devido processo legal.³²

³⁰ ACLU AMICUS BRIEF IN ILLINOIS V. CABALLES. [S. l.], 1998. Disponível em: <https://www.aclu.org/legal-document/aclu-amicus-brief-illinois-v-caballes?redirect=cpreirect/19658>. Acesso em: 23 out. 2019.

³¹ Ibidem

³² ZACLIS, Daniel; PALAZZI, Leonardo; BORRI, Luiz Antonio; AVOLIO, Luiz Francisco Torquato. Conhecimentos Fortuitos e Apreensão de Documentos. **Revista dos Tribunais**, v. 1004. jun/2019. p. 193.

3.1.2 Alemanha

A ciência do direito penal na Alemanha limita a intervenção jurídico-penal, tendo como ponto de partida a teoria do bem jurídico, sustentando que este ramo protege apenas bens jurídicos concretos.³³ Nesse sentido, o ordenamento jurídico alemão é pioneiro ao positivizar o conhecimento fortuito de provas, particularmente no que toca a interceptação telefônica.

Anderson Bezerra Lopes indica a forma pela qual o conhecimento fortuito de provas foi positivado na legislação alemã:

Em 15 de julho de 1992, quando a Lei de Combate ao Tráfico Ilegal de Drogas e Outras Formas de Manifestação da Criminalidade Organizada (em alemão: Gesetz zur Bekämpfung des illegalen Rauschgift Handel und anderer Erscheinungsformen der organisierten Kriminalität – OrgKG) alterou o § 100b, inc. V, do Código de Processo Penal, passando a estabelecer que: **“As informações pessoais obtidas apenas podem ser usadas como prova em outros processos criminais na medida em que delas resultem informações necessárias para o esclarecimento de uma infração criminal prevista no § 100a”** (em tradução livre) [grifei]³⁴

O dispositivo legal em questão regula e permite a utilização de provas oriundas de interceptações telefônicas, incluindo a utilização de encontros fortuitos. Para a utilização de tais provas, faz-se necessário a observância de três pontos.

O primeiro ponto é de que os processos nos quais a prova conhecida fortuitamente for utilizada devem ser processos de natureza criminal, assim como o processo em que a prova em questão foi obtida; Em segundo lugar, a prova encontrada acidentalmente poderá ser admitida apenas nas situações em que esta seja de fato necessária para a apuração do delito penal a ser julgado no processo em que foi aproveitada a prova localizada por acaso; E, por fim, só é possível a admissibilidade e valoração das provas encontradas fortuitamente para crimes previstos elencados no § 100a da referida lei.³⁵

No que toca o terceiro ponto suscitado, a jurisprudência daquele país vem tendo uma interpretação mais ampla do dispositivo legal. Caso fosse seguido à risca o disposto no § 100b, inc. V, do Código de Processo Penal alemão, seria possível a

³³ ROXIN, Claus. **A proteção de bens jurídicos como função do direito penal**. 2. ed. Tradução André Luís Callegari e Nereu José Giacomoli. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2009. p. 12.

³⁴ LOPES, Anderson Bezerra. **Os conhecimentos fortuitos de prova no direito processual penal**. 2013. 231 p. Dissertação (Mestrado) - Faculdade de Direito, Universidade de São Paulo. 2013.

³⁵ Ibidem

admissibilidade e valoração das provas encontradas fortuitamente apenas aos crimes indicados no § 100a. Contudo, a jurisprudência vem aplicando o entendimento de que podem ser admitidas e valoradas provas encontradas fortuitamente mesmo para crimes não indicados no § 100a da lei alemã, desde que essas provas sejam utilizadas no mesmo processo em que tais provas surgiram.³⁶ Sendo assim, trata-se de um critério de conexão processual.

No que toca as situações de serendipidade em buscas domiciliares e apreensão, não há um rol de crimes previstos no Código de Processo Penal alemão para os quais se permite a admissão de provas encontradas fortuitamente. Sendo assim, as buscas podem ser realizadas em qualquer crime. Entretanto, o texto da lei alemã, em seu §108, prevê a necessidade de que os objetos encontrados fortuitamente sejam apreendidos e os fatos devem ser comunicados imediatamente ao Ministério Público.³⁷

3.1.3 Espanha

Não há previsão legal na legislação espanhola para as ocorrências de encontros fortuitos de provas. Contudo, há aspectos na legislação daquele país, referente aos casos de interceptações telefônicas e de busca e apreensão que merecem uma análise em nosso estudo. A regulamentação para as interceptações telefônicas na legislação espanhola consta no art. 579, §§ 2º e 3º, da Ley de Enjuiciamiento Criminal – LECRIM.

O § 2º da referida lei estabelece que o juiz poderá determinar a interceptação das comunicações telefônicas do processado, caso haja indícios de obter por esse meio o descobrimento ou a comprovação de algum fato ou circunstância importante para a causa, enquanto o § 3º prevê a observação das comunicações postais, telegráficas ou telefônicas das pessoas sobre as quais existam indícios de responsabilidade criminal, assim como as comunicações de que se sirvam para a realização de seus fins delitivos.³⁸

³⁶ ANDRADE, Manuel da Costa. **Sobre as Proibições de Prova em Processo Penal**. Coimbra: Coimbra Editora, 2006. 244 p.

³⁷ Ibidem

³⁸ LOPES, Anderson Bezerra. **Os conhecimentos fortuitos de prova no direito processual penal**. Dissertação (Mestrado) - Faculdade de Direito, Universidade de São Paulo. 2013. p. 173.

Em linhas gerais, a doutrina espanhola, defende de forma majoritária a inadmissibilidade de provas ilícitas, arguindo que fatos ilícitos não podem beneficiar o autor. Não haverá distinção do momento processual de admissão, incorporação ou da apreciação das provas ilícitas, posto que elas são consideradas ineficazes.³⁹

Três posições doutrinárias relevantes tentam resolver o dilema da valoração das provas encontradas fortuitamente, tendo em vista que não há na legislação espanhola um rol de crimes prevendo a admissibilidade de tais tipos de provas.⁴⁰

A primeira corrente se faz valer do critério de conexão, diferenciando o que é conhecimento fortuito, que não poderá ser utilizado fora do processo em que foi produzido, exceto para a criação de notícia-crime, e o que é conhecimento da investigação do processo, de fato.

A segunda corrente faz a interpretação de artigo da LECRIM que determina que correspondência interceptada que não tenha valor com a causa deve ser devolvida (art. 586 da LECRIM). Com base no artigo em questão, entendem que nenhum fato encontrado fortuitamente deva ser utilizado.

Por fim, a terceira e última corrente faz valer o posicionamento existente no direito alemão, de que é admitida a valoração dos encontros fortuitos, inclusive em face de terceiros, desde que a interceptação telefônica tenha seguido todos os dispositivos legais vigentes.⁴¹

Há uma mudança de paradigma na posição jurisprudencial espanhola com relação aos requisitos necessários para a admissibilidade de provas conhecidas fortuitamente. Um exemplo é a decisão do caso Naseiro, em que foi autorizada interceptação telefônica para a investigação do crime de tráfico de drogas, porém durante a investigação foram interceptados indícios dos crimes de corrupção e suborno.⁴²

A decisão da 2ª Sala do Tribunal Supremo, em 18 de junho de 1992, foi de admitir as provas encontradas através da serendipidade, desde que os agentes

³⁹ QUIROGA, Jacobo Lopez Barja De. **Las escuchas telefónicas y La prueba ilegalmente obtenida**. Madri: Akal, 1999. *apud* SOARES, Abel Rafael. **Da Admissibilidade De Provas Ilícitas No Processo Penal Brasileiro: A Boa-Fé**. Dissertação (Pós-Graduação) - Escola Da Magistratura Do Estado Do Rio De Janeiro, Rio De Janeiro, 2018. p. 9.

⁴⁰ LOPES, Anderson Bezerra. **Os conhecimentos fortuitos de prova no direito processual penal**. Dissertação (Mestrado) - Faculdade de Direito, Universidade de São Paulo. 2013. p. 174.

⁴¹ *Ibidem*

⁴² NOGALES, Inés Olaizola. "Medidas de regeneración democrática": La nueva regulación de La financiación de los partidos políticos em España. *In*: LEITE, Alaor; TEIXEIRA, Adriano. **Crime e política: corrupção, financiamento irregular de partidos políticos, caixa dois eleitoral e enriquecimento ilícito**. Rio de Janeiro: FGV Editora, 2017. p. 166-167.

investigadores comunicassem ao juiz autorizador da medida investigatória imediatamente acerca da descoberta, fato que ocorreu no caso em comento. O juiz então analisaria sua competência acerca do crime encontrado fortuitamente e decide se amplia o escopo da investigação atual para incluir os crimes conhecidos fortuitamente, ou se instaura nova investigação para estes delitos.⁴³

Nos últimos anos, contudo, o posicionamento jurisprudencial é de atenuar a necessidade de legalidade da prova, fundamentando esse entendimento através da teoria da descoberta inevitável, permitindo a admissibilidade de provas encontradas fortuitamente, mesmo quando a prova originária é tida como ilícita.

No que toca as buscas domiciliares, a legislação espanhola não indica um rol taxativo de crimes em que tal medida é permitida. Sendo assim, são admissíveis durante a investigação de qualquer delito. O entendimento jurisprudencial para os casos de encontro fortuito de provas em ações de busca é o que não há necessidade de interrupção da medida para comunicação do juiz acerca do fato, não ocorrendo nesta situação novação do objeto da investigação. Nos casos de flagrante delito durante buscas domiciliares, a jurisprudência permite a valoração dos elementos probatórios encontrados.⁴⁴

3.1.4 Itália

O Código de Processo Penal italiano, que entrou em vigor 24 de outubro de 1989, empenhou-se em buscar um distanciamento do Código de Processo Penal anteriormente vigente, conhecido como Código Rocco.⁴⁵ No Código Processual Penal em vigor, existe previsão legal para a utilização em um novo processo de provas encontradas fortuitamente, oriundas de interceptações telefônicas. Os crimes em que é possível a aplicação deste instituto estão relacionados no art. 266 do Código de Processo Penal italiano.⁴⁶

⁴³ Ibidem

⁴⁴ LOPES, Anderson Bezerra. **Os conhecimentos fortuitos de prova no direito processual penal.** Dissertação (Mestrado) - Faculdade de Direito, Universidade de São Paulo. 2013. p. 177.

⁴⁵ ANDRADE, Mauro Fonseca. A atividade probatória *ex officio judicis* na recente reforma processual penal. **Revista de Doutrina da 4ª Região**, Porto Alegre, n. 34, fevereiro. 2010. Disponível em: http://www.revistadoutrina.trf4.jus.br/artigos/edicao034/mauro_andrade.html. Acesso em: 01 out. 2019.

⁴⁶ CODICE di procedura penale - Libro III - Prove. 13 mar. 2019. Disponível em: <https://www.altalex.com/documents/news/2014/03/26/mezzi-di-ricerca-della-prova>. Acesso em: 4 out. 2019.

O artigo 270, § 1º, segunda parte, do Código de Processo Penal italiano aponta que caso sejam identificados crimes ou indivíduos diversos aos que originaram a medida investigatória, tal prova só poderá ser admitida em novos processos caso seja indispensável para a comprovação de crimes estes em que a prisão em flagrante é indispensável. Tais provas permanecerão em posse da autoridade competente a condução do processo diverso, e não do originário (art. 270, § 2º). Caso não sejam atendidas as formas de admissibilidade previstas em lei, ou se descumprirem os procedimentos processuais legais, tais provas serão inutilizadas (art. 271, § 1º).⁴⁷

Caso as provas não sejam consideradas como essenciais para a comprovação do crime, e não possam ser utilizadas no processo em que intendia seu uso, há entendimento jurisprudencial na doutrina italiana de que tal material poderá ser utilizado como notícia-crime.⁴⁸

Tanto os defensores das partes, quanto o ministério público local terão acesso ao conteúdo destas provas, nos termos do art. 270, § 3º, do Código de Processo Penal italiano, em tradução livre: “O ministério público e os defensores das partes estão autorizados a examinar os termos e os registros apresentados anteriormente no processo em que as interceptações foram autorizadas”.⁴⁹ Enquanto há previsão legal na legislação italiana para os casos de encontros fortuitos durante interceptações telefônicas, não existe previsão em lei na ocorrência desta mesma situação durante os procedimentos de busca e apreensão.

3.1.5 Portugal

A 15.º alteração ao Código de Processo Penal português, aprovada pela Lei n.º 48/2007, de 29 de Agosto de 2007, promoveu uma série de modificações na legislação penal lusitana, dentre elas a positivação de situações em que se permite a admissibilidade de provas encontradas de forma fortuita, durante a realização de interceptações e gravações de conversações ou comunicações telefônicas, conforme disposto no art. 187, n. 7 e 8:

⁴⁷ LOPES, Anderson Bezerra. **Os conhecimentos fortuitos de prova no direito processual penal**. Dissertação (Mestrado) - Faculdade de Direito, Universidade de São Paulo. 2013. p. 179.

⁴⁸ TONINI, Paolo. **A prova no processo penal italiano**. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2002. p. 252.

⁴⁹ CODICE di procedura penale - Libro III - Prove. 13 mar. 2019. Disponível em: <https://www.altalex.com/documents/news/2014/03/26/mezzi-di-ricerca-della-prova>. Acesso em: 4 out. 2019.

7 - Sem prejuízo do disposto no artigo 248.⁵⁰, a gravação de conversações ou comunicações só pode ser utilizada em outro processo, em curso ou a instaurar, se tiver resultado de interceptação de meio de comunicação utilizado por pessoa referida no n.º 4 e na medida em que for indispensável à prova de crime previsto no n.º 1.

8 - Nos casos previstos no número anterior, os suportes técnicos das conversações ou comunicações e os despachos que fundamentaram as respectivas interceptações são juntos, mediante despacho do juiz, ao processo em que devam ser usados como meio de prova, sendo extraídas, se necessário, cópias para o efeito.⁵¹

Ainda no art. 187, n. 7, constatamos que é permitida a aplicação das gravações de conversações e comunicações apenas ao rol indicado no n. 4 do mesmo artigo, sendo estes: “a) Suspeito ou arguido; b) Pessoa que sirva de intermediário, relativamente à qual haja fundadas razões para crer que recebe ou transmite mensagens destinadas ou provenientes de suspeito ou arguido; ou c) Vítima de crime, mediante o respectivo consentimento, efectivo ou presumido”⁵²

Além da admissibilidade desse material limitar-se apenas ao rol supracitado, a aplicação do material encontrado fortuitamente em outros processos é permitida apenas caso a prova descoberta seja indispensável para comprovar a prática dos crimes citados no n.º 1, do artigo 187 do Código de Processo Penal lusitano. Os crimes em questão são:

- a) Puníveis com pena de prisão superior, no seu máximo, a 3 anos;
- b) Relativos ao tráfico de estupefacientes;
- c) De detenção de arma proibida e de tráfico de armas;
- d) De contrabando;
- e) De injúria, de ameaça, de coacção, de devassa da vida privada e perturbação da paz e do sossego, quando cometidos através de telefone;
- f) De ameaça com prática de crime ou de abuso e simulação de sinais de perigo; ou
- g) De evasão, quando o arguido haja sido condenado por algum dos crimes previstos nas alíneas anteriores.⁵³

Diante do extenso rol de requisitos a serem obedecidos para que seja possível a utilização das provas encontradas fortuitamente, podemos inferir que o artigo 187

⁵⁰ O artigo 248 do Código Penal português dispõe acerca da comunicação da notícia do crime pelos órgãos de polícia criminal, que possuem um prazo limite de 10 dias para a realização da medida.

⁵¹ CÓDIGO DE PROCESSO PENAL (versão actualizada). 6 set. 2019. Disponível em: http://www.pgdlisboa.pt/leis/lei_mostra_articulado.php?ficha=101&artigo_id=&nid=199&pagina=2&tab_ela=leis&nversao=&so_miolo=. Acesso em: 13 out. 2019.

⁵² Ibidem

⁵³ Ibidem

do Código de Processo Penal português deverá ser interpretado de forma restritiva. Observados todos os requisitos dispostos em lei, o material encontrado fortuitamente será juntado ao processo em que tais provas serão utilizadas, juntamente com o despacho que autorizou a medida investigatória. Essas são as condições previstas no n. 8 do art. 187. Sendo assim, podemos auferir que a lei portuguesa valorou os conhecimentos obtidos através da serendipidade de igual forma com como os demais conhecimentos obtidos pela investigação.⁵⁴

O artigo 189 de Código de Processo Penal português estende a aplicação do disposto nos artigos 187 e 188, que trata das formalidades das operações investigatórias, para outras formas de comunicações diferentes do telefone: “[...] designadamente correio electrónico ou outras formas de transmissão de dados por via telemática, mesmo que se encontrem guardadas em suporte digital, e à intercepção das comunicações entre presentes”.⁵⁵

Manoel da Costa Andrade discorre acerca do impacto social do regime de escutas telefônicas, e no quanto o código português foi influenciado pela legislação germânica:

Um regime positivo das escutas telefônicas como o consagrado pelos artigos 187º e seguintes do CPP português ou pelos preceitos homólogos da codificação germânica tem subjacente uma representação da densidade axiológico-material deste meio de descoberta de prova, que convirá deixar mais explícita.

O que mais sobreleva nesta perspectiva é a já referenciada e qualificada danosidade social das escutas telefônicas, isto é, o teor particularmente elevado do seu potencial de ameaça. As escutas telefônicas são, na verdade, portadoras de uma danosidade social polimórfica e pluridimensional que, em geral, não é possível conter nos limites, em concreto e à partida, tidos como acertados. Tanto no plano jurídico objetivo (dos bens jurídicos sacrificados) como no plano subjectivo (do universo de pessoas atingidas), as escutas telefônicas acabam invariavelmente por desencadear uma mancha de danosidade social, a alastrar de forma dificilmente controlável.⁵⁶

Com o descumprimento de qualquer um dos requisitos previstos em lei, as provas encontradas fortuitamente serão nulas, nos termos do artigo 190 da lei

⁵⁴ ASCENSÃO, José de Oliveira. **O Direito - Introdução e Teoria Geral**. Coimbra: Almedina, 2006. p. 424.

⁵⁵ CÓDIGO DE PROCESSO PENAL (versão actualizada). 6 set. 2019. Disponível em: http://www.pgdlisboa.pt/leis/lei_mostra_articulado.php?ficha=101&artigo_id=&nid=199&pagina=2&tab_ela=leis&nversao=&so_miolo=. Acesso em: 13 out. 2019.

⁵⁶ ANDRADE, Manuel da Costa. **Sobre as Proibições de Prova em Processo Penal**. Coimbra: Coimbra Editora, 2006. p. 283.

lusitana: “Os requisitos e condições referidos nos artigos 187.º, 188.º e 189.º são estabelecidos sob pena de nulidade”.⁵⁷

Já para os procedimentos de busca e apreensão, não há na lei de Portugal indicando um rol de crimes para os quais a medida fica limitada.⁵⁸ Pelo contrário, se permite a busca domiciliar para qualquer crime, quando ordenada e autorizada pelo juiz, e realizada entre 7 e as 21 horas (artigo 177, n. 1 do Código de Processo Penal português). Já para a busca domiciliar realizada em horário noturno, entre 21 e 7 horas, o artigo 177, n. 2 do Código de Processo Penal limita a realização do ato para as situações de terrorismo ou criminalidade violenta ou altamente organizada, com o consentimento do visado, desde que sua concordância seja documentada, ou flagrante delito por prática de crime punível com pena de prisão superior, no máximo a três anos.⁵⁹

Nos termos do art. 178, n. 1, durante a realização do procedimento de busca, qualquer objeto relacionado à prática de algum crime ou então que sejam úteis para a prova de um delito podem ser apreendidos, como “instrumentos, produtos ou vantagens relacionados com a prática de um facto ilícito típico” e “objetos que tiverem sido deixados pelo agente no local do crime ou quaisquer outros suscetíveis de servir a prova”.⁶⁰

Em que pese não exista dispositivo específico tratando acerca da utilização dos conhecimentos fortuitos para as situações de busca, o dispositivo supracitado amplia o escopo das possibilidades de apreensão nos procedimentos de busca domiciliar.⁶¹

⁵⁷ CÓDIGO DE PROCESSO PENAL (versão actualizada). 6 set. 2019. Disponível em: http://www.pgdlisboa.pt/leis/lei_mostra_articulado.php?ficha=101&artigo_id=&nid=199&pagina=2&tab_ela=leis&nversao=&so_miolo=. Acesso em: 13 out. 2019.

⁵⁸ VALENTE, Manoel Monteiro Guedes. **Conhecimentos fortuitos: a busca de um equilíbrio apuleiano**. Coimbra: Almedina, 2006. p. 100-101.

⁵⁹ CÓDIGO DE PROCESSO PENAL (versão actualizada). 6 set. 2019. Disponível em: http://www.pgdlisboa.pt/leis/lei_mostra_articulado.php?ficha=101&artigo_id=&nid=199&pagina=2&tab_ela=leis&nversao=&so_miolo=. Acesso em: 13 out. 2019.

⁶⁰ Ibidem

⁶¹ VALENTE, Manoel Monteiro Guedes. **Conhecimentos fortuitos: a busca de um equilíbrio apuleiano**. Coimbra: Almedina, 2006. p. 100-101.

4. ENCONTROS FORTUITOS NO BRASIL – UMA ANÁLISE SOB UMA PERSPECTIVA CONSTITUCIONAL

Antes de adentrar no estudo dos encontros fortuitos no contexto do processo penal, e, posteriormente, nos principais meios de obtenção de prova, sejam eles tipificados ou não, trataremos da forma em que os conhecimentos fortuitos refletem normais constitucionais, tendo como base as duas principais formas de obtenção de prova em que se pode verificar a ocorrência da serendipidade, que são as interceptações telefônicas e as buscas domiciliares.

A inviolabilidade das comunicações telefônicas está memoravelmente disposta em nossa Constituição Federal, em seu art. 5º, inc. XII:

XII - é inviolável o sigilo da correspondência e 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 ⁶²

Neste dispositivo, o legislador assegura a inviolabilidade das comunicações telefônicas, mas abre caminho para a disposição de hipóteses em que o sigilo possa ser demovido. O inciso em questão é uma cláusula de reserva legal qualificada.⁶³ Dessa forma, a violação do sigilo da comunicação telefônica depende da criação de lei, disciplinando as formas e possibilidades em que tal medida poderá ser aplicada, limitando essa aplicação apenas aos casos de investigação criminal ou instrução processual penal, e ainda, condicionando à existência de ordem judicial autorizadora da medida.

Ainda há a previsão constitucional para a suspensão sigilo das comunicações telefônicas nos artigos 136, que trata da hipótese de Estado de Defesa, e nos artigos 137 a 139, que discorrem acerca do Estado de Sítio. ⁶⁴

No que toca a busca domiciliar, também podemos identificar como esse mecanismo reflete na tutela do domicílio, garantia essa também prevista em nossa Constituição. Em um primeiro momento, podemos analisar de uma forma abrangente, no entendimento que a tutela de proteção ao domicílio está vinculada ao direito da

⁶² BRASIL. CONSTITUIÇÃO DA REPÚBLICA FEDERATIVA DO BRASIL DE 1988. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/constituicao.htm. Acesso em: 24 out. 2019.

⁶³ MENDES, Gilmar Ferreira; BRANCO, PAULO GUSTAVO GONET. **Curso de direito Constitucional**. 4. ed. atual. São Paulo: Saraiva, 2009. p. 343.

⁶⁴ BRASIL. CONSTITUIÇÃO DA REPÚBLICA FEDERATIVA DO BRASIL DE 1988. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/constituicao.htm. Acesso em: 24 out. 2019.

intimidade, nos termos do art. 5º, inc. X, ao afirmar que “são invioláveis a intimidade, a vida privada, a honra e a imagem das pessoas, assegurado o direito a indenização pelo dano material ou moral decorrente de sua violação”.⁶⁵

Dentro da garantia constitucional à intimidade, estão abrangidas uma série de outras proteções, como a proteção contra danos por ataques à dignidade da pessoa, o sigilo de comunicações telefônicas e de correspondências.⁶⁶ O artigo 5º da Constituição Federal, em seu inciso XI corrobora com essa ideia, ao decretar que “a casa é asilo inviolável do indivíduo, ninguém nela podendo penetrar sem consentimento do morador, salvo em caso de flagrante delito ou desastre, ou para prestar socorro, ou, durante o dia, por determinação judicial”⁶⁷. Ao mesmo tempo, o dispositivo legal indica que a inviolabilidade do domicílio não é absoluta, apresentando as hipóteses em que a restrição pode ser aplicada.

Merece destaque também o fato de que para a interceptação de comunicações telefônicas, a restrição do direito fundamental está prevista no texto constitucional, atrelada às hipóteses e formas permitidas em lei. Já na busca domiciliar não se verifica tal condicionamento, posto que tal medida poderá ser realizada durante o dia, desde que seja expedida previamente ordem por autoridade judicial.⁶⁸

Sendo assim, quando realizada a análise de eventuais conhecimentos fortuitos obtidos por meio da interceptação de comunicações telefônicas, só poderá ser admitida quando estiver relacionada com o rol taxativo de crimes previstos em lei, não podendo admitir os conhecimentos fortuitos para crimes excluídos destas hipóteses. Por outro lado, não há esse condicionamento para a admissibilidade de encontros fortuitos obtidos em buscas domiciliares, pois não há essa previsão no texto legislativo que autoriza esta medida.⁶⁹

Por fim, merece ênfase a previsão constitucional disposta no inciso LVI do artigo 5º da Constituição Federal, da inadmissibilidade das provas obtidas por meios ilícitos. Para Gustavo Badaró “[...] podem ser definidas como provas ilícitas as provas obtidas, admitidas ou produzidas com violação das garantias constitucionais, sejam

⁶⁵ BRASIL. CONSTITUIÇÃO DA REPÚBLICA FEDERATIVA DO BRASIL DE 1988. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/constituicao.htm. Acesso em: 24 out. 2019.

⁶⁶ PITOMBO, Cleunice Bastos. **Da busca e da apreensão no processo penal**. 2. ed. rev. atual. e aum. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2005. p. 81.

⁶⁷ BRASIL. CONSTITUIÇÃO DA REPÚBLICA FEDERATIVA DO BRASIL DE 1988. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/constituicao.htm. Acesso em: 24 out. 2019.

⁶⁸ GROTTI, Dinorá Adelaide Musetti. **Inviolabilidade do domicílio na Constituição**. São Paulo: Malheiros, 1993. p. 166-167.

⁶⁹ Ibidem

as que asseguram liberdades públicas, sejam as que estabelecem garantias processuais”.⁷⁰ Devemos atentar que a previsão de inadmissibilidade vale tanto para o momento em que a prova em questão é descoberta, assim como da produção probatória, quanto para o momento em que a prova está em vias de ser admitida no processo – nem sempre a ilicitude da prova será identificada no momento em que esta for produzida.⁷¹

Como podemos ver até aqui, o tema dos conhecimentos fortuitos traz à tona diversos direitos previstos em nossa Carta Magna, a depender da medida investigatória tomada. Cada uma destas medidas, à sua maneira, atua de forma a restringir algum dos direitos fundamentais previstos em nossa Constituição.

4.1 CLASSIFICAÇÃO DOS ENCONTROS FORTUITOS NO DIREITO BRASILEIRO

Os encontros fortuitos de provas podem ser classificados como de primeiro ou de segundo grau. O que diferencia os encontros fortuitos de primeiro e de segundo grau é a existência de conexão ou de continência, com o fato ou com o indivíduo inicialmente investigado.

Quando a prova localizada possuir vínculo com o objeto inicial da investigação ou então com o indivíduo objeto da investigação, esse encontro fortuito será classificado como serendipidade de primeiro grau. Por outro lado, quando não se verificar esse vínculo, seja com o objeto inicial da investigação, seja com a pessoa envolvida, a serendipidade será de segundo grau. Aos encontros fortuitos de segundo grau cabe apenas a sua utilização como *notitia criminis*.⁷²

Em que pese exista o entendimento de que para os encontros fortuitos de segundo grau teriam sua utilização limitada para *notitia criminis*, o Superior Tribunal de Justiça utilizou esta distinção de serendipidade para a utilização de provas encontradas fortuitamente, até mesmo em situações em que não se verificou vínculo entre os crimes investigados:⁷³

⁷⁰ BADARÓ, Gustavo Henrique Righi Ivahy. **Processo penal**. Rio de Janeiro: Campus Elsevier, 2012. p. 289.

⁷¹ Ibidem

⁷² TÁVORA, Nestor; ALENCAR, Rosmar Rodrigues. **Curso de Direito Processual Penal**. 10. ed. rev. atual. e aum. Salvador: Juspodivm, 2015. p. 639-640.

⁷³ LOPES JR, Aury. **Direito processual penal**. 13. ed. São Paulo: Saraiva, 2016. p. 398.

[...] I - Em princípio, havendo o encontro fortuito de notícia da prática futura de conduta delituosa, durante a realização de interceptação telefônica devidamente autorizada pela autoridade competente, não se deve exigir a demonstração da conexão entre o fato investigado e aquele descoberto [...] II - A discussão a respeito da conexão entre o fato investigado e o fato encontrado fortuitamente só se coloca em se tratando de infração penal pretérita [...] ⁷⁴

No mesmo sentido, o acórdão da Ação Penal n. 690 TO, nos termos do relator ministro João Otávio de Noronha:

[...] A interceptação telefônica vale não apenas para o crime investigado inicialmente mas também para outros até então não identificados que se relacionem, de alguma forma, com as pessoas que sofrem a interceptação. Nessa hipótese, deve-se iniciar investigação à parte para apurar os fatos novos, exatamente como foi feito [...]
 A “serendipidade” não pode ser interpretada como ilegal ou inconstitucional simplesmente porque o objeto da interceptação não era o fato posteriormente descoberto. **Claro que, no caso, deve-se abrir novo procedimento específico, como aconteceu neste episódio, mas não entender como *nula tout court* a prova obtida ao acaso [...]**
Não se desconhece a respeitosa doutrina que discorda do aproveitamento fortuito da interceptação telefônica quando os crimes não são conexos ou relativo a pessoas que não eram objeto da escuta [...]
Aqui, opto pela orientação do STJ [...] ou seja, que a prova é admitida para pessoas ou crimes diversos daquele originalmente perseguido, ainda que não conexos ou continentes, desde que a interceptação seja legal. [grifei] ⁷⁵

Conforme o exposto, uma vertente jurisprudencial utiliza o critério de conexão para auferir quais provas resultantes de um desvio causal poderão ou não ser utilizadas em determinado processo. Valendo-se do disposto no artigo 76 do Código de Processo Penal⁷⁶, que relaciona as situações de competência por conexão, podemos auferir que é passível a utilização das provas, sendo necessário que esta refira a um crime conexo ao que motivou a medida cautelar aplicada, posto que os

⁷⁴ BRASIL. Superior Tribunal de Justiça. **HC 69.552 PR**. Relator: Min. Felix Fischer. Julgado em: 06.02.2007. Dj de 14.05.2007. Disponível em: https://ww2.stj.jus.br/processo/revista/documento/mediado/?componente=ITA&sequencial=671032&num_registro=200602419935&data=20070514&formato=PDF. Acesso em 10 nov. 2019.

⁷⁵ BRASIL. Superior Tribunal de Justiça. **APn 690 TO**. Relator. Min. João Otávio de Noronha. Julgado em: 15.04.2015. Dje de 22.05.2015. Disponível em: https://ww2.stj.jus.br/processo/revista/documento/mediado/?componente=ITA&sequencial=1067832&num_registro=200701708242&data=20150522&formato=PDF. Acesso em 10 nov. 2019. (Foram apresentados Embargos de declaração do acórdão citado, julgados em 05.08.2015, e interpostos Agravos Regimentais, que foram julgados em 07.03.2018. Entretanto, não houve reforma do APn 690 TO)

⁷⁶ BRASIL. DECRETO-LEI nº N° 3.689, de 3 de outubro de 1941. **Código de Processo Penal**. 3 out. 1941. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/decreto-lei/del3689compilado.htm. Acesso em: 10 nov. 2019.

crimes conexos serão unidos para julgamento em conjunto, fazendo com que as provas encontradas nas ações passem a ser comuns em todos os processos.⁷⁷

O problema na utilização da prova com este fundamento reside no quão amplo o conceito de conexão pode assumir, podendo decorrer uma série de abusos sob sua justificativa. A própria previsão de conexão existente no Código de Processo Penal, em seu artigo 76, inciso III, ao dizer que esta ocorrerá “quando a prova de uma infração ou de qualquer de suas circunstâncias elementares influir na prova de outra infração”⁷⁸ traz uma explanação ampla e abrangente. Com esse impasse, faz-se necessário que a interpretação da conexão seja de natureza restritiva, de forma que limite-se aos casos em que o nexo seja evidente, para que a discricionariedade judicial não cause a violação das garantias constitucionais do indivíduo que está sendo acusado.⁷⁹

Há ainda a conexão intersubjetiva, disposta no inciso I, do artigo 76 do Código de Processo Penal, para as hipóteses em que “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”⁸⁰. Tal forma de conexão também é extremamente ampla, havendo o entendimento de que poderá ser admitida apenas em caso de concurso de agentes na prática de dois ou mais crimes, situação na qual o material probatório originalmente dirigido a apenas um dos réus poderá então servir a todos.⁸¹

O respeito ao vínculo causal da prova serve para afastar qualquer teor inquisitório, impedindo que ocorram interceptações telefônicas e buscas de cunho genérico, sem objetivo específico e que não possuam ligação com a motivação originária.⁸² Nas palavras de Aury Lopes Junior, “as regras da conexão podem ser admitidas como forma de relativizar o princípio da especialidade da prova, mas exigem

⁷⁷ LOPES JR, Aury. **Direito processual penal**. 13. ed. São Paulo: Saraiva, 2016. p. 399.

⁷⁸ BRASIL. DECRETO-LEI nº Nº 3.689, de 3 de outubro de 1941. **Código de Processo Penal**. 3 out. 1941. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/decreto-lei/del3689compilado.htm. Acesso em: 10 nov. 2019.

⁷⁹ ROSA, Alexandre Morais Da; SILVA, Philipe Benoni Melo e; SILVA, Viviani Ghizoni Da. **Fishing Expedition E Encontro Fortuito Na Busca E Na Apreensão**. 1. ed. Florianópolis: EMais – Editora & Livraria Jurídica, 2019. p. 63.

⁸⁰ BRASIL. DECRETO-LEI nº Nº 3.689, de 3 de outubro de 1941. **Código de Processo Penal**. 3 out. 1941. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/decreto-lei/del3689compilado.htm. Acesso em: 10 nov. 2019.

⁸¹ ROSA, Alexandre Morais Da; SILVA, Philipe Benoni Melo e; SILVA, Viviani Ghizoni Da. **Fishing Expedition E Encontro Fortuito Na Busca E Na Apreensão**. 1. ed. Florianópolis: EMais – Editora & Livraria Jurídica, 2019. p. 63.

⁸² Ibidem

sempre uma leitura restritiva desse conceito, bem como a demonstração da real existência dos elementos que a compõem".⁸³

4.2 OS ENCONTROS FORTUITOS NO ÂMBITO DO PROCESSO PENAL E SUA ADMISSIBILIDADE EM MEIOS DE OBTENÇÃO DE PROVAS ATÍPICOS

O estudo dos meios de obtenção de prova, tanto os tipificados, quanto os meios atípicos, e a forma como os conhecimentos fortuitos ocorrem nestes meios, pode servir como forma de análise e de pesquisa das fontes de prova, assim como a forma de sua inserção na legislação penal brasileira. A principal característica dos encontros fortuitos é a sua acidentalidade – no decorrer da obtenção de um meio de prova lícito, localizou-se algo que excede os limites previstos na decisão judicial que autorizou a medida judicial tomada.

Em breve, passaremos a analisar os meios de produção probatória em que o fenômeno da serendipidade pode ser auferido. Nessa análise, serão tratados os meios de obtenção de prova em que se verifica a serendipidade com maior frequência. Antes dessa análise, contudo, cabe um breve exame da admissibilidade de encontros fortuitos em meios de obtenção de prova atípicos.

Um meio de prova pode ser classificado como atípico por não ter nenhuma regulamentação legal acerca dessa medida, ou então quando a regulamentação vigente acerca do tema está incompleta. A atipicidade probatória pode ser caracterizada como a “ausência de previsão legal da fonte de prova que se quer utilizada no processo”.⁸⁴

Em que pese não haja previsão legal para admissibilidade dos meios de prova atípicos elas podem ser aceitas a partir da combinação do disposto no artigo 3º do Código de Processo Penal⁸⁵, que dispõe que “A lei processual penal admitirá interpretação extensiva e aplicação analógica, bem como o suplemento dos princípios gerais de direito”, unido ao texto do artigo 369 do Código de Processo Civil⁸⁶, ao

⁸³ LOPES JR, Aury. **Direito processual penal**. 13. ed. São Paulo: Saraiva, 2016. p. 400-401.

⁸⁴ DEZEM, Guilherme Madeira. **Da prova penal: tipo processual, provas típicas e atípicas**. 1. ed. Campinas: Millenium, 2008. p. 144.

⁸⁵ BRASIL. DECRETO-LEI Nº 3.689, de 3 de outubro de 1941. **Código de Processo Penal**. 3 out. 1941. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/decreto-lei/del3689compilado.htm. Acesso em: 16 out. 2019.

⁸⁶ BRASIL. LEI Nº 13.105, de 16 de março de 2015. **Código de Processo Civil**. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_ato2015-2018/2015/lei/l13105.htm. Acesso em: 16 out. 2019.

garantir que “As partes têm o direito de empregar todos os meios legais, bem como os moralmente legítimos, ainda que não especificados neste Código, para provar a verdade dos fatos em que se funda o pedido ou a defesa e influir eficazmente na convicção do juiz”.^{87 88}

Um contraponto para a não utilização de provas atípicas, de forma a não desvirtuar os modelos atuais vigentes de produção probatória:

“Nos casos em que a lei estabelece um determinado procedimento para a produção de uma prova, o respeito dessa disciplina legal assegura a genuinidade e a capacidade demonstrativa de tal meio de prova. Toda vez que tal procedimento probatório não é seguido, o problema que se coloca não é saber se o meio de prova produzido é típico ou atípico, mas sim se os requisitos e condições previstos em lei, mas que não foram observados na admissão ou produção da prova eram ou não essenciais para tal meio probatório”⁸⁹

Inexistindo regulamentação legal acerca do meio de obtenção de prova a ser empregado, se torna obscura a distinção de um elemento probatório localizado durante determinada investigação, se tal elemento se trata de um conhecimento obtido dentro do escopo da investigação, ou se foi um caso de encontro fortuito.

Um exemplo de meio de obtenção de prova atípico é a interceptação ambiental, prevista na Lei nº 12.850, de 2 de agosto de 2013, em seu artigo 3º, II. Em que pese esta modalidade esteja positivada como meio de obtenção de prova, não há regulamentação acerca de que como esta medida deva ser executada. Sendo assim, se os conhecimentos da investigação oriundos de meios de prova atípicos não são admitidos, também não serão admitidos os conhecimentos fortuitos obtidos desta forma.⁹⁰

⁸⁷ GOMES FILHO, Antonio Magalhães; BADARÓ, Gustavo Henrique Righi Ivahy. Prova e sucedâneos de prova no processo penal brasileiro. **Revista Brasileira de Ciências Criminais**, São Paulo, ed. 65. mar-abr 2007. p. 180-181

⁸⁸ No artigo “Prova e sucedâneos de prova no processo penal brasileiro”, os autores referenciam o artigo 332 do antigo Código de Processo Civil, vigente à época, com a seguinte redação: “Todos os meios legais, bem como os moralmente legítimos, ainda que não especificados neste Código, são hábeis para provar a verdade dos fatos, em que se funda a ação ou a defesa”. Podemos verificar, por analogia, que este artigo passou a vigorar, com diferente redação, no artigo 369 do Novo Código de Processo Civil.

⁸⁹ BADARÓ, Gustavo Henrique Righi Ivahy. Provas atípicas e provas anômalas: inadmissibilidade da substituição da prova testemunhal pela juntada de declarações escritas de quem poderia ser testemunha. In: YARSHELL, Flávio Luiz; MORAES, Maurício Zanoide de. **Estudos em homenagem à professora Ada Pellegrini Grinover**. São Paulo: DPJ, 2005. p. 344.

⁹⁰ ARANTES FILHO, Marcio Geraldo Britto. **A interceptação de comunicação entre pessoas presentes como meio de investigação de prova no processo penal brasileiro**. Dissertação (Mestrado) - Faculdade de Direito, Universidade de São Paulo. 2011. p. 238.

4.3 MEIOS DE OBTENÇÃO DE PROVAS TIPIFICADOS

Além dos meios de obtenção de prova atípicos, que não possuem regulamentação legal, são elencados em nosso Código de Processo Penal os meios de obtenção de prova típicos, também conhecidos como nominados, elencados entre os capítulos II e XI do dispositivo legal, entre seus artigos 155 e 250, tema já abordado em capítulos anteriores. Dentre os meios tipificados, o presente trabalho irá se limitar a estudar os encontros fortuitos sob a luz das interceptações telefônicas e as medidas de busca e apreensão.

Essa limitação visa trazer mais assertividade no estudo dentro desses dois tópicos, assim como o fato de que tanto doutrina, quanto jurisprudência são mais prolíficas na abordagem do tema da serendipidade nestes dois meios de obtenção probatória.

5. INTERCEPTAÇÃO TELEFÔNICA – BASE CONSTITUCIONAL

Alguns dos direitos fundamentais mais valorizados em nossa Constituição Federal são os direitos à intimidade e a privacidade. A preocupação na proteção desse direito em nossa Carta Magna nada mais é que o reflexo do período anterior à promulgação da Constituição de 1988, em que o Estado não observava esse direito, atuando muitas vezes de forma brutal e violenta, violando direitos dos cidadãos, sob o falso pretexto de proteção à sociedade.⁹¹

Com a instauração do regime democrático e a Constituição Federal de 1988 surge uma nova forma de atuação do Estado. Nesse novo cenário, para que ocorra a restrição de algum direito pelo Estado, é necessário de autorização prévia em lei. O Estado não poderá atuar à sua própria livre vontade, mas sim respeitar o Estado Democrático de Direito, assim como os direitos fundamentais previstos na Constituição e na legislação infraconstitucional.⁹²

Mesmo com todo o aparato legal visando à proteção do indivíduo perante o Estado, não há direito absoluto. Sendo assim, ao tratar da intimidade do indivíduo, a Constituição estabelece exceções. Sendo assim, o sigilo da comunicação telefônica é uma das formas de expressão do direito à intimidade, protegido constitucionalmente, mas que conforme o disposto no artigo 5º, XII da Constituição Federal, poderá ser restringido ante a observância das seguintes condições: autorização judicial, hipóteses e formas previstas em lei e utilização em investigação criminal ou instrução processual penal.⁹³ Conforme veremos na sequência, a Lei 9.296/96 passou a regulamentar a interceptação de comunicações telefônicas no ordenamento jurídico brasileiro.

Analisando a forma em que foi redigida, verificamos que houve na Constituição a preocupação em estabelecer a reserva de jurisdição, impedindo assim a atuação direta de órgãos como Ministério Público, Polícia e Comissões Parlamentares de Inquérito. Essa preocupação vem da intenção de limitar ao máximo a invasão do direito de intimidade do cidadão, que estaria desprotegido caso fosse possível a atuação das autoridades supracitadas, sem que antes houvesse uma fiscalização

⁹¹ REIS, Daniel Aarão; RIDENTTI, Marcelo; MOTTA, Rodrigo Patto Sá. **O Golpe e a ditadura militar – 40 anos depois (1964 - 2004)**. 1. ed. São Paulo: Edusc, 2004. p. 218.

⁹² Ibidem

⁹³ BRASIL. CONSTITUIÇÃO DA REPÚBLICA FEDERATIVA DO BRASIL DE 1988. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/constituicao.htm. Acesso em: 11 nov. 2019.

antecedente pelo poder judicial, mediante a autorização da medida de natureza cautelar previamente pelo magistrado, com o intuito, entre outros, de averiguar a necessidade da medida postulada.⁹⁴

Decisões prolatadas pelo Supremo Tribunal Federal trazem o entendimento de que apenas a decisão do magistrado não é critério suficiente para a licitude da interceptação telefônica. É necessária ainda a observância pela autoridade judicial da necessidade da medida, o cumprimento de requisitos legais, assim como a decisão judicial deverá ser adequadamente fundamentada:

[...] tenho que uma excepcional situação de restrição de um direito ou garantia constitucional só deve ocorrer em situações pontuais, em que restem evidenciadas de forma flagrante a sua real necessidade. No caso dos autos, a envolver o sigilo dos dados bancários, fiscais e das comunicações telefônicas, a regra é a inviolabilidade, a exceção, a sua violação, a qual somente se justifica quando devidamente fundamentada por autoridade judicial competente, consoante o disposto no art. 93, IX, da CF. Daí por que imperioso concluir que a mera alusão ao 'requerimento' do Parquet e/ou da autoridade policial não se mostra suficiente para legitimar a quebra dos sigilos telefônico e bancário dos pacientes. A referência – argumento de autoridade – não passa pelo crivo da proporcionalidade, na medida em que não apresenta motivação idônea para fazer ceder a essa situação excepcional de ruptura da esfera da intimidade de quem se encontra sob investigação. Na espécie, em momento algum, o magistrado de primeiro grau aponta fatos concretos que justifiquem a real necessidade da quebra desses sigilos [...]⁹⁵

A interceptação das comunicações telefônicas é um dos instrumentos de produção probatória de maior utilização no decorrer da investigação criminal, e com grande incidência dos casos de encontro fortuito de prova, trazendo consigo um amplo nível de discussão sobre o assunto, seja pela riqueza de abordagens no âmbito doutrinário, seja pela abordagem no âmbito jurisprudencial.

Enquanto a possibilidade de quebra do sigilo das comunicações telefônicas já estava prevista no texto da Constituição Federal, em seu artigo 5º, inciso XII⁹⁶, a Lei Nº 9.296, de 24 de Julho de 1996⁹⁷ constituiu o regime jurídico para a aplicação deste instrumento, estabelecendo uma série de requisitos e condições a serem observadas.

⁹⁴ CAPEZ, Fernando. **Curso de Processo Penal**. 19. ed. São Paulo: Saraiva, 2012. p. 387.

⁹⁵ BRASIL, Supremo Tribunal Federal. **HC 96.056/PE**. Segunda Turma. Relator: Ministro Gilmar Mendes. Publicado no DJ de 08/05/2012. Disponível em: <https://stf.jusbrasil.com.br/jurisprudencia/21588209/habeas-corpus-hc-96056-pe-stf/inteiro-teor-110380143>. Acesso em 11 nov. 2019.

⁹⁶ BRASIL. CONSTITUIÇÃO DA REPÚBLICA FEDERATIVA DO BRASIL DE 1988. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/constituicao.htm. Acesso em: 11 nov. 2019.

⁹⁷ BRASIL. **LEI nº 9.296, de 24 de julho de 1996**. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/l9296.htm. Acesso em: 11 nov. 2019.

Antes da edição da Lei 9.296/96, o entendimento existente no Superior Tribunal Federal era pela inaplicabilidade da medida de interceptação telefônica em investigações criminais ou em instruções processuais penais, mesmo havendo autorização judicial, posto que não havia recepção do art. 57, II, "e" do Código Brasileiro de Telecomunicações, em sua Lei Nº 4.117, de 27 de agosto de 1962⁹⁸:

[...] O Supremo Tribunal Federal, por maioria de votos, assentou entendimento no sentido de que sem a edição de lei definidora das hipóteses e da forma indicada no art. 5º, inc. XII, da Constituição não pode o Juiz autorizar a interceptação de comunicação telefônica para fins de investigação criminal. Assentou, ainda, que a ilicitude da interceptação telefônica -- à falta da lei que, nos termos do referido dispositivo, venha a discipliná-la e viabilizá-la -- contamina outros elementos probatórios eventualmente coligidos, oriundos, direta ou indiretamente, das informações obtidas na escuta. *Habeas corpus* concedido. [grifei] ⁹⁹

Ainda:

PROVA ILICITA: ESCUTA TELEFONICA MEDIANTE AUTORIZAÇÃO JUDICIAL: AFIRMAÇÃO PELA MAIORIA DA EXIGÊNCIA DE LEI, ATÉ AGORA NÃO EDITADA, PARA QUE, "NAS HIPÓTESES E NA FORMA" POR ELA ESTABELECIDAS, POSSA O JUIZ, NOS TERMOS DO ART. 5, XII, DA CONSTITUIÇÃO, AUTORIZAR A INTERCEPTAÇÃO DE COMUNICAÇÃO TELEFONICA PARA FINS DE INVESTIGAÇÃO CRIMINAL; NÃO OBSTANTE, INDEFERIMENTO INICIAL DO *HABEAS CORPUS* PELA SOMA DOS VOTOS, NO TOTAL DE SEIS, QUE, OU RECUSARAM A TESE DA CONTAMINAÇÃO DAS PROVAS DECORRENTES DA ESCUTA TELEFONICA, INDEVIDAMENTE AUTORIZADA, OU ENTENDERAM SER IMPOSSIVEL, NA VIA PROCESSUAL DO *HABEAS CORPUS*, VERIFICAR A EXISTÊNCIA DE PROVAS LIVRES DA CONTAMINAÇÃO E SUFICIENTES A SUSTENTAR A CONDENAÇÃO QUESTIONADA; [...] NO SENTIDO DE QUE A ILICITUDE DA INTERCEPTAÇÃO TELEFONICA - A FALTA DE LEI QUE, NOS TERMOS CONSTITUCIONAIS, VENHA A DISCIPLINA-LA E VIABILIZA-LA - CONTAMINOU, NO CASO, AS DEMAIS PROVAS, TODAS ORIUNDAS, DIRETA OU INDIRETAMENTE, DAS INFORMAÇÕES OBTIDAS NA ESCUTA [...] [grifei] ¹⁰⁰

⁹⁸ BRASIL. LEI nº 4.117, de 27 de agosto de 1962. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/L4117.htm. Acesso em: 11 nov. 2019.

⁹⁹ BRASIL, Supremo Tribunal Federal. **HC 73.351/SP**. Tribunal Pleno. Relator: Ministro Ilmar Galvão. Publicado no DJ de 19/03/1999. Disponível em: <https://stf.jusbrasil.com.br/jurisprudencia/744091/habeas-corpus-hc-73351-sp>. Acesso em 18 out. 2019.

¹⁰⁰ BRASIL, Supremo Tribunal Federal. **HC 69.912/RS**. Tribunal Pleno. Relator: Ministro Sepúlveda Pertence. Publicado no DJ de 30/06/1993. Disponível em: <https://stf.jusbrasil.com.br/jurisprudencia/749530/habeas-corpus-hc-69912-rs>. Acesso em 12 nov. 2019.

5.1 LEI Nº 9.296/96 – REQUISITOS, CARACTERÍSTICAS E COMPETÊNCIA

Por fim, em 25 de julho de 1996, entrou em vigor a Lei Nº 9.296, que passou a regulamentar o instituto das interceptações telefônicas, trazendo mais segurança na condução das investigações criminais.

Podemos classificar as interceptações telefônicas em três diferentes categorias, sendo elas gravação telefônica, escuta telefônica e a interceptação telefônica *stricto sensu*. A diferença da interceptação telefônica para a escuta telefônica reside no fato de que na escuta telefônica, ao menos um dos agentes interlocutores tem conhecimento de que a conversa em questão está sendo gravada, enquanto na interceptação telefônica, não há conhecimento por nenhum dos interlocutores de que a conversa está sendo gravada.¹⁰¹

Considerando as comunicações telefônicas, de um modo geral, pode-se dizer que estas são fontes de prova. Já a interceptação em sentido estrito e a escuta telefônica são meios de obtenção de provas, consubstanciadas em medidas cautelares, e materializam-se, quando possível, na gravação, tornando-se então, um meio de prova.¹⁰²

Acerca do tema:

O provimento que autoriza a interceptação tem natureza cautelar, já que visa à fixação dos fatos tal como se apresentam no momento da conversa telefônica. Tem por escopo evitar que a situação existente ao tempo do crime venha a se modificar durante a tramitação das investigações ou do processo principal, e, nesse sentido, visa conservar, para fins exclusivamente processuais, o conteúdo de uma comunicação telefônica, daí por que pode ser agrupado entre as cautelas conservativas.¹⁰³

Por se tratar de meio de obtenção probatória de natureza cautelar, a utilização da interceptação telefônica depende da presença do *fumus comissi delicti* e do *periculum in mora*. Sendo assim, no caso concreto deverão existir indícios da existência de um crime, a ponto de justificar a intervenção na intimidade e, ainda,

¹⁰¹ AVENA, Norberto Cláudio Pâncaro. **Processo Penal Esquemático**. 6. ed. rev. atual. e aum. São Paulo: Método, 2017. p. 524.

¹⁰² Ibidem

¹⁰³ AVENA, Norberto Cláudio Pâncaro. **Processo Penal Esquemático**. 6. ed. rev. atual. e aum. São Paulo: Método, 2017. p. 146.

deverá estar presente o perigo da prova se perder, caso esta seja realizada em momento posterior.¹⁰⁴

A Lei 9.296/96 prevê em seu artigo 2º as hipóteses de admissibilidade da interceptação telefônica. Os requisitos apresentados no artigo em questão são negativos. Ou seja, uma vez que qualquer um dos requisitos elencados a seguir estejam presentes, o recurso passa a ser, necessariamente, inadmissível:

Art. 2º Não será admitida a interceptação de comunicações telefônicas quando ocorrer qualquer das seguintes hipóteses:
 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.¹⁰⁵

No que toca ao prazo da interceptação telefônica, o artigo 5º da Lei 9.296/96 estabelece o prazo máximo de quinze dias para a duração da medida, passíveis de prorrogação por igual período.¹⁰⁶ Contudo, o entendimento do Superior Tribunal Federal é de que a interceptação cessará quando houver sido obtido lastro probatório suficiente.¹⁰⁷

[...] Segundo jurisprudência pacífica do Superior Tribunal de Justiça e do Supremo Tribunal Federal, o disposto no art. 5º da Lei n.9.296/1996 não limita a prorrogação da interceptação telefônica a um único período, podendo haver sucessivas renovações, desde que devidamente fundamentadas. **2. No caso, a decisão que deferiu as interceptações telefônicas bem como aquelas que as prorrogaram estão devidamente fundamentadas e demonstraram a necessidade da continuidade da medida, especialmente porque o material que estava sendo coletado indicava a real ocorrência das práticas delituosas investigadas.** 3. Ordem denegada. [grifei] ¹⁰⁸

Com relação à competência para a autorização da medida, enquanto a Constituição Federal preconiza apenas a interceptação telefônica, a Lei 9.296/96

¹⁰⁴ Ibidem.

¹⁰⁵ BRASIL. nº 9.296, de 24 de julho de 1996. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/l9296.htm. Acesso em: 17 out. 2019.

¹⁰⁶ Ibidem

¹⁰⁷ LIMA, Renato Brasileiro de. **Legislação Criminal Especial Comentada**. 2. ed. Salvador: Juspodivm, 2014. p. 137.

¹⁰⁸ BRASIL. Superior Tribunal de Justiça. **HC 121212 RJ**. Sexta Turma. Relator: Ministro Sebastião Reis Júnior. Rio de Janeiro: 05/03/2012. Disponível em: <https://stj.jusbrasil.com.br/jurisprudencia/21400499/habeas-corporus-hc-121212-rj-2008-0255909-0-stj/inteiro-teor-21400500?ref=juris-tabs>. Acesso em: 12 nov. 2019.

estabelece que a ordem para a diligência cabe apenas ao juiz competente. Sendo assim, excetuando-se as hipóteses de Estado de defesa e de sítio, cabe apenas ao Poder Judiciário a autorização da interceptação telefônica, servindo essa exclusividade na competência como uma medida de controle judicial prévio da legalidade, independentemente da natureza do telefone, seja esse público ou particular.¹⁰⁹

5.2 OS ENCONTROS FORTUITOS E A INTERCEPTAÇÃO TELEFÔNICA

O presente trabalho passará a relacionar e contextualizar o encontro fortuito de provas – serendipidade, dentro do tema das interceptações telefônicas, seja através de sua utilização como prova em determinado processo, ou como *notitia criminis* em uma segunda ação, trazendo também as situações em que não se faz possível a utilização das provas encontradas fortuitamente, dos casos de admissibilidade por conexão, da total admissibilidade das provas encontradas fortuitamente, assim como o fenômeno da serendipidade sob a ótica da prova emprestada.

A Lei 9.296/96, em seu artigo 2º, parágrafo único, estabelece que a decisão judicial ao determinar a interceptação telefônica deve observar dois requisitos, sendo o primeiro que o objeto da investigação deve ser descrito com clareza, e o segundo requisito é que sejam indicados ou qualificados os indivíduos investigados.¹¹⁰

No decorrer dessa investigação, podem surgir fatos anteriormente desconhecidos e penalmente relevantes, ou a indicação de novos indivíduos relacionados ao mesmo fato investigado. Diante desse cenário, possivelmente estaremos face ao que é chamado de serendipidade. A prova encontrada fortuitamente será válida quando se tratar de serendipidade de primeiro grau, que ocorrerá quando:

- a) Houver relação de conexão ou de continência nos estritos termos dos artigos 76 e 77, do CPP;
- b) Autoridade policial responsável pela interceptação autorizada comunicar ao juiz imediatamente a revelação de fato delituoso diverso do conexo ou continente, ou, de outra pessoa envolvida em regime de coautoria, notadamente quando a coautoria envolver pessoa com prerrogativa de

¹⁰⁹ LIMA, Renato Brasileiro de. **Legislação Criminal Especial Comentada**. 2. ed. Salvador: Juspodivm, 2014. p. 147.

¹¹⁰ BRASIL. nº **9.296**, de **24 de julho de 1996**. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/l9296.htm. Acesso em: 17 out. 2019.

função, para as cautelares tendentes à autorização de órgão competente para processá-la e julgá-la;

c) O juiz, ciente da hipótese de serendipidade (também chamada, neste caso, encontro fortuito de primeiro grau), aferir que o fato descoberto ou a participação de coautor segue o desdobramento histórico do ilícito penal investigado, conforme os parâmetros exarados na decisão que autoriza a medida, mormente quando a infração penal investigada (o novo crime deve ser conexo ou o crime continente) e à autoria (o investigado encontrado deve ser coautor juntamente com a pessoa apontada como autor da infração penal consignada na decisão que determinou, por exemplo, a interceptação telefônica.¹¹¹

No mesmo passo, quando não houver qualquer tipo de vínculo com a investigação que autorizou a medida de interceptação, o material encontrado servirá apenas como *notitia criminis*, para que possa ser deflagrada outra investigação criminal com objeto distinto da investigação inicial, também caracterizada como serendipidade de segundo grau, conforme já apontado em capítulo anterior deste trabalho. O encontro fortuito de provas de segundo grau ocorrerá quando:

a) For reveladora de crime diverso daquele objeto da investigação, destoando dos parâmetros estabelecidos na decisão que autoriza a medida

b) Evidenciar que o crime foi cometido por pessoa diversa da investigada, ou seja, que se trata de pessoa que não guarda relação de concurso de agentes com aquela apontada na decisão (sem coautoria);

c) O juiz verificar que o fato diverso descoberto não seguir o desdobramento histórico alusivamente àquela que foi o motivo determinante da medida, pelo que não será válida a transcrição da prova (da interceptação telefônica autorizada), mas será fonte de prova válida, eis que será notícia de crime apta a desencadear novas providências investigadas (serendipidade de segundo grau);

d) As conversas entre o investigado e seu advogado, quando a comunicação envolver estritamente relação profissional, conforme disposto no inciso II, do art. 7º do Estatuto da Ordem dos Advogados do Brasil.¹¹²

Em que pese a doutrina supracitada tenha classificado os encontros fortuitos em dois polos visivelmente distintos, no mundo fático não é possível resumir o tema de forma tão simplificada. Na sequência, passaremos a ver três posicionamentos diversos existentes na doutrina sobre a admissibilidade dos meios de prova oriundos da serendipidade.

5.2.1 Impossibilidade da Utilização de Prova Originária de Encontro Fortuito

¹¹¹ TÁVORA, Nestor; ALENCAR, Rosmar Rodrigues. **Curso de Direito Processual Penal**. 10. ed. rev. atual. e aum. Salvador: Juspodivm, 2015. p. 582.583.

¹¹² Ibidem

A justificativa dessa corrente doutrinária para a defesa da não utilização de provas encontradas serendipidade está relacionada com a violação do direito constitucional à intimidade, já visto anteriormente. Aury Lopes Junior argui que “o ato judicial que autoriza a obtenção de informações telefônicas – com o sacrifício do direito fundamental respectivo – é plenamente vinculado e limitado” ¹¹³. Ainda neste posicionamento:

Trata-se de uma vinculação causal, em que a autorização judicial para a obtenção da prova naturalmente vinculada a utilização naquele processo (e em relação àquele caso penal), sendo assim, ao mesmo tempo, vinculada e vinculante. Essa decisão, ao mesmo tempo em que está vinculada ao pedido (imposição do sistema acusatório), é vinculante em relação ao material colhido, pois a busca e apreensão, interceptação telefônica, quebra do sigilo bancário, fiscal etc., está restrita à apuração daquele crime que ensejou a decisão judicial. Não há que se admitir o abuso do poder de polícia no cumprimento de medidas judicialmente determinadas e limitadas, pois isso conduz à ilegalidade do excesso cometido. [...]. A vinculação causal da prova (especialidade) é decorrência natural da adoção de um processo penal minimamente evoluído, como forma de recusa ao substancialismo inquisitorial e às investigações abertas e indeterminadas. ¹¹⁴

Com esse mesmo posicionamento quanto à inadmissibilidade de encontros fortuitos como prova, Eugênio de Oliveira Pacelli entende pela prudência na admissibilidade dos encontros fortuitos.¹¹⁵ Além da proteção à intimidade, já mencionado, a inadmissibilidade dessas provas serve como forma de controle das autoridades que realizam a investigação criminal, pois impede a prática de abuso de autoridade.

5.2.2 Admissibilidade Dos Encontros Fortuitos Através Do Critério De Conexão Ou Continência

O entendimento de que são admissíveis as provas caracterizadas como serendipidade de primeiro grau, quando ocorrer conexão ou continência com o fato investigado. Neste caso não importa se o crime descoberto é punido com detenção

¹¹³ LOPES JR, Aury. **Direito processual penal**. 13. ed. São Paulo: Saraiva, 2016. p. 423.

¹¹⁴ Ibidem

¹¹⁵ PACELLI, Eugênio de Oliveira. **Curso de Processo Penal**. 20. ed. São Paulo: Atlas, 2016. p. 368.

ou reclusão, desde que respeitado as hipóteses de admissibilidade.¹¹⁶ Nesse sentido, jurisprudência do Supremo Tribunal Federal:

AGRAVO REGIMENTAL EM AGRAVO DE INSTRUMENTO. INTERCEPTAÇÃO TELEFÔNICA LICITAMENTE CONDUZIDA. ENCONTRO FORTUITO DE PROVA DA PRÁTICA DE CRIME PUNIDO COM DETENÇÃO. LEGITIMIDADE DO USO COMO JUSTA CAUSA PARA OFERECIMENTO DE DENÚNCIA. AGRAVO REGIMENTAL DESPROVIDO. **1. O Supremo Tribunal Federal, como intérprete maior da Constituição da República, considerou compatível com o art. 5º, XII e LVI, o uso de prova obtida fortuitamente através de interceptação telefônica licitamente conduzida, ainda que o crime descoberto, conexo ao que foi objeto da interceptação, seja punido com detenção [...]. [grifei]**¹¹⁷

A doutrina defende a diferenciação entre os casos em que fica clara a existência de nexos causal entre a prova encontrada fortuitamente e o objeto da investigação, e os casos em que não se é possível verificar tal característica:

É válida a prova se descobre fato delitivo conexo com o investigado, mas desde que de responsabilidade do mesmo sujeito passivo. Logo, se o fato não é conexo ou se versa sobre outra pessoa, não vale a prova. Cuida-se prova nula. Mas isso não significa que a descoberta não tenha nenhum valor: vale como fonte de prova, é dizer, a partir dela pode-se desenvolver nova investigação. Vale, em suma, como *notitia criminis*. Nada impede a abertura de uma nova investigação, até mesmo nova interceptação, mas independente.¹¹⁸

Ainda, na defesa da admissibilidade dos encontros fortuitos nos casos de conexão e continência:

O critério de conexão e continência, como se vê, por si só, é adequado para solução do problema do encontro fortuito. Não é de cogitar, portanto, de extensão ou ratificação a *posteriori* pelo Juiz. Isso não existe no nosso direito, que adotou o critério verificação a *posteriori*.¹¹⁹

¹¹⁶ TÁVORA, Nestor; ALENCAR, Rosmar Rodrigues. **Curso de Direito Processual Penal**. 10. ed. rev. atual. e aum. Salvador: Juspodivm, 2015. p. 586.

¹¹⁷ BRASIL. Supremo Tribunal Federal. **Ag. Reg. 626.214 MG**. Segunda Turma. Relator: Ministro Joaquim Barbosa. Publicação em 08/10/2018. Disponível em: <http://redir.stf.jus.br/paginadorpub/paginador.jsp?docTP=AC&docID=615361>. Acesso em: 12 nov. 2019.

¹¹⁸ GOMES, Luiz Flávio. **Legislação Criminal Especial**. 1. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2009. 373 p.

¹¹⁹ GOMES, Luiz Flávio; CERVINI, Raúl. **Interceptação Telefônica: Lei 9.296, de 24.07.96**. 1. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1997. 278 p. 195.

Dessa forma, não há objeção para que o magistrado retifique posteriormente as provas obtidas fortuitamente, desde que verificada a existência de conexão ou continência com casos de infrações penais pretéritas àquela descoberta. É evidente que só é deferida a interceptação ante a existência de uma infração penal. Não há que se falar em autorização de medida de interceptação telefônica com o intuito de averiguar se o indivíduo investigado está cometendo ou não um crime.

5.2.3 Total Admissibilidade De Prova Obtida Por Meio De Encontro Fortuito

Neste posicionamento, é defendida a utilização da prova independente do grau de serendipidade verificado. Ocorrendo restrição lícita, não pode o poder judiciário ignorar a descoberta realizada, de forma que está autorizada a utilização como prova. Nas palavras de Guilherme Madeira: “[...] se houve restrição lícita à privacidade, pouco importa se há conexão ou não com o fato investigado, deve ser permitida a utilização deste elemento como prova”.¹²⁰

Essa linha doutrinária faz a defesa da utilização dos encontros fortuitos através da teoria da eficácia objetiva da autorização, pois o art. 2º da Lei 9.296/96 prescreve com clareza que na situação objetiva da investigação, o que vincula o juiz em sua decisão, é a descrição detalhada do fato objeto da interceptação telefônica.¹²¹ Ainda, nesse ínterim:

Embora questão suscite divergências na doutrina, entendemos que 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 lícitamente toda a conversa.¹²²

Outro ponto dentro da ideia de admissibilidade total dos encontros fortuitos oriundos de interceptação telefônica é de que tal material pode ser utilizada a favor ou contra qualquer interlocutor no fato que está sendo apurado, e não somente aqueles que justificaram a decretação da medida cautelar. No decorrer da investigação podem surgir elementos probatórios que inocentam a pessoa que justificou a medida, bem

¹²⁰ MADEIRA, Guilherme. **Curso de Processo Penal**. 2. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2016. p. 271.

¹²¹ CAPEZ, Fernando. **Curso de Processo Penal**. 19. ed. São Paulo: Saraiva, 2012. p. 387.

¹²² *Ibidem*

como estabelecer indícios de autoria, materialidade e envolvimento de outras pessoas em crime.¹²³

Nesse mesmo sentido, apontam decisões do Superior Tribunal de Justiça:

[...] I - **Em princípio, havendo o encontro fortuito de notícia da prática futura de conduta delituosa, durante a realização de interceptação telefônica devidamente autorizada pela autoridade competente, não se deve exigir a demonstração da conexão entre o fato investigado e aquele descoberto**, a uma, porque a própria Lei nº 9.296/96 não a exige, a duas, pois o Estado não pode se quedar inerte diante da ciência de que um crime vai ser praticado e, a três, tendo em vista que se por um lado o Estado, por seus órgãos investigatórios, violou a intimidade de alguém, o fez com respaldo constitucional e legal, motivo pelo qual a prova se consolidou lícita. II – A discussão a respeito da conexão entre o fato investigado e o fato encontrado fortuitamente só se coloca em se tratando de infração penal pretérita, porquanto no que concerne as infrações futuras o cerne da controvérsia se dará quanto a licitude ou não do meio de prova utilizado e a partir do qual se tomou conhecimento de tal conduta criminoso. Habeas corpus denegado. [...] [grifei] ¹²⁴

No mesmo entendimento:

[...] 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 [...] ¹²⁵

O posicionamento do Superior Tribunal de Justiça consolida a tese defendida por esta vertente doutrinária, no sentido de validar a prova oriunda de encontros fortuitos, mesmo que esta seja classificada como serendipidade de segundo grau, não importando se existe relação de conexão ou continência entre o delito objeto da investigação e o delito descoberto durante a medida cautelar.

¹²³ GRECO FILHO, Vicente. **Interceptação telefônica**: Considerações sobre a Lei n. 9.296/96, de 24 de julho de 1996. São Paulo: Saraiva, 1996. p. 39.

¹²⁴ BRASIL. Superior Tribunal de Justiça. **HC: 69552 PR**. Relator: Ministro FELIX FISCHER, Data de Julgamento: 06/02/2007, T5 - QUINTA TURMA, Data de Publicação: DJ 14/05/2007. Disponível em: <https://stj.jusbrasil.com.br/jurisprudencia/8939460/habeas-corpus-hc-69552-pr-2006-0241993-5?ref=juris-tabs>. Acesso em: 12 nov. 2019.

¹²⁵ BRASIL. Superior Tribunal de Justiça. **HC 376927 ES** – Rel. Ministro Ribeiro Dantas, QUINTA TURMA, JUGADO EM 17/10/2017, DJe: 25/10/2017. Disponível em: https://ww2.stj.jus.br/processo/revista/documento/mediado/?componente=ATC&sequencial=77688099&num_registro=201602867589&data=20171025&tipo=5&formato=PDF. Acesso em 12 nov. 2019.

5.2.4 Os Encontros Fortuitos e a Prova Emprestada

Em síntese, prova emprestada são aquelas produzidas em um processo, e transportadas a outro. Calha salientar, que a prova produzida ingressa em outro processo sob forma documental, cuja força probatória será valorada pelo juiz, bem como o fato de que prova produzida no curso do inquérito penal não pode ser refeita. A prova emprestada goza dos princípios da celeridade e economia processual, evitando a repetição de atos já firmados.¹²⁶

São requisitos para admissibilidade da prova emprestada: que as partes sejam idênticas, ou seja, devem ser as mesmas em ambos os processos, tanto no processo em que empresta como que vai recepcionar; mesmo fato a ser provado, a garantia do direito ao contraditório no processo emprestado e por fim o respeito a formalidade da produção probatória do processo emprestado.¹²⁷

O Código de Processo Civil, em seu artigo 372 preconiza o empréstimo e valoração de prova pelo magistrado: “O juiz poderá admitir a utilização de prova produzida em outro processo, atribuindo-lhe o valor que considerar adequado, observado o contraditório”.¹²⁸

Não restam dúvidas quanto a utilização das provas obtidas através da interceptação telefônica na investigação criminal. Existe o questionamento, contudo, no âmbito doutrinário, se tais provas podem ser emprestadas para a instrução de um processo em outra esfera, como civil e administrativo. Decisões do Superior Tribunal de Justiça apontam para a possibilidade na utilização destas provas:

Informativo Nº: 0505. Terceira Seção. DIREITO ADMINISTRATIVO. PROCESSO ADMINISTRATIVO DISCIPLINAR (PAD). UTILIZAÇÃO DE INTERCEPTAÇÃO TELEFÔNICA.

É possível utilizar, em processo administrativo disciplinar, na qualidade de prova emprestada, a interceptação telefônica produzida em ação penal, desde que devidamente autorizada pelo juízo criminal e com observância às diretrizes da Lei n. 9.296/1996. Precedentes citados: MS 13.099-DF, DJe 22/3/2012; MS 15.823-DF, DJe 18/8/2011; MS 14.598-DF, DJe 11/10/2011; MS 15.786-DF, DJe 11/5/2011, e AgRg na APn 536-BA, DJ

¹²⁶ TÁVORA, Nestor; ALENCAR, Rosmar Rodrigues. **Curso de Direito Processual Penal**. 10. ed. rev. atual. e aum. Salvador: Juspodivm, 2015. 1686 p. 581.

¹²⁷ Ibidem

¹²⁸ BRASIL. Lei nº 13.105, de 16 de março de 2015. **Código de Processo Civil**. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_ato2015-2018/2015/lei/l13105.htm. Acesso em: 13 nov. 2019.

9/10/2007. MS 14.140-DF, Rel. Min. Laurita Vaz, julgado em 26/9/2012. [grifei] ¹²⁹

No mesmo sentido:

Informativo Nº: 0523. Primeira Seção. DIREITO ADMINISTRATIVO. UTILIZAÇÃO DE INTERCEPTAÇÃO TELEFÔNICA EM PAD. **É possível utilizar, em processo administrativo disciplinar, na qualidade de "prova emprestada", a interceptação telefônica produzida em ação penal, desde que devidamente autorizada pelo juízo criminal e com observância das diretrizes da Lei 9.296/1996.** Precedentes citados: MS 14.226-DF, Terceira Seção, DJe28/11/2012; e MS 14.140-DF, Terceira Seção, DJe 8/11/2012. MS 16.146-DF, Rel. Min. Eliana Calmon, julgado em 22/5/2013. [grifei] ¹³⁰

Dessa forma, verificamos consistência no entendimento do Superior Tribunal de Justiça pela admissibilidade do empréstimo de prova oriunda de investigação criminal em que se utilizou da interceptação telefônica, e que tais meios de prova podem ser emprestados a processos administrativos, desde observadas as diretrizes e requisitos da Lei nº 9.296/96. No mesmo tom, é admissível a utilização da prova colhida no procedimento de interceptação telefônica em outro processo, desde que a prova em questão gere efeito contra quem tenha sido parte no processo originário.¹³¹

O entendimento de Antônio Scarane Fernandes, quanto a utilização de prova emprestada de processo criminal para o processo civil:

Pode-se admitir a prova produzida em outro processo criminal como prova emprestada, com a exigência de que se trate do mesmo acusado, para não haver ofensa ao princípio do contraditório e à ampla defesa. **Mais discutível é o uso da prova emprestada em processo cível, pois a Constituição não permite a interceptação para se obter prova fora do âmbito criminal.** O transplante da prova representaria forma de se contornar a vedação constitucional quanto à interceptação para fins não criminais. **Há, contudo, razoável entendimento no sentido de que a prova poderia ser aceita porque a intimidade, valor constitucionalmente protegido pela vedação das interceptações telefônicas, já teria sido violada de forma lícita.** Não haveria razão, então, para se impedir a produção da prova, sob o argumento de que, por via oblíqua, seria desrespeitado o texto constitucional [grifei] ¹³²

¹²⁹ BRASIL. Superior Tribunal de Justiça. Informativo Nº: 0505. Terceira Seção. **MS 14.140-DF**. Rel. Min. Laurita Vaz, julgado em 26/9/2012. Disponível em: http://www.stj.jus.br/docs_internet/informativos/RTF/Inf0505.rtf. Acesso em 12 nov. 2019.

¹³⁰ BRASIL. Superior Tribunal de Justiça. Informativo Nº: 0523. Primeira Seção. **MS 16.146-DF**. Rel. Min. Eliana Calmon, julgado em 22/5/2013. Disponível em: <https://scon.stj.jus.br/SCON/SearchBRS?b=INFJ&livre=@COD=%270523%27&tipo=informativo>. Acesso em 12 nov. 2019.

¹³¹ CAPEZ, Fernando. **Curso de Processo Penal**. 19. ed. São Paulo: Saraiva, 2012. p. 378.

¹³² FERNANDES, Scarane Antônio. **Processo Penal Constitucional**. 2. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2000. p. 96-97.

Por outro lado, há corrente doutrinária que adverte a impossibilidade em levar para o juízo cível os frutos de uma interceptação telefônica, pois não há previsão constitucional para tal medida, havendo previsão para interceptação telefônica apenas para fins de investigação criminal ou instrução processual penal.¹³³ Com o mesmo posicionamento, Gomes e Cevirini:

Não é possível, conseqüentemente, interceptação para fins civis, comerciais, industriais, administrativos, políticos etc. Nem sequer para investigação que envolva direitos difusos (coletivos). Não cabe interceptação em ação civil pública, ação de enriquecimento ilícito etc.¹³⁴

De acordo com esta tese, o legislador constitucional, no momento em que definiu o cabimento de interceptações telefônicas apenas para determinadas infrações criminais, legislou de forma a ponderar valores, assumindo que o elemento probatório resultante da interceptação telefônica não poderá ser emprestada a outras esferas do direito, distintas do âmbito penal.

¹³³ RANGEL, Paulo. **Direito processual penal**. 9. ed. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2005. p. 522.

¹³⁴ GOMES, Luiz Flávio; CERVINI, Raúl. **Crime organizado**: enfoques criminológico jurídico, lei 9.034-95, e político-criminal. 2. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1997. p. 118.

6. BUSCA E APREENSÃO

O tema central do presente capítulo será a busca e apreensão, a forma como essa diligência está positivada no ordenamento jurídico brasileiro, e como são verificados os encontros fortuitos neste meio de prova.

6.1 BUSCA E APREENSÃO – NOÇÕES GERAIS

Além da interceptação telefônica, já apresentada anteriormente neste trabalho, podemos analisar a incidência de encontros fortuitos na busca e apreensão. Este instrumento tem como objetivo a coleta de provas antes do perecimento das coisas e possíveis desaparecimentos de elementos probatórios. No decorrer de uma diligência de busca e apreensão, podem surgir provas diferentes do objeto que inicialmente autorizou a medida. Ante o surgimento destes elementos, estaremos diante do encontro fortuito de provas.

Acerca da busca e apreensão, ensina Cleunice Pitombo:

A busca, portanto, é ato do procedimento persecutivo penal, restritivo de direito individual (inviolabilidade da intimidade, vida privada, domicílio e da integridade física ou moral), consistente em procura, que pode ostentar-se na revista ou no varejamento, conforme a hipótese: de pessoa (vítima de crime, suspeito, indiciado, acusado, condenado, testemunha e perito), semoventes, coisas (objetos, papéis e documentos), bem como de vestígios (rastros, sinais e pistas) da infração.¹³⁵

As medidas cautelares de *busca* e de *apreensão* são independentes entre si, podendo dessa forma existir independente uma da outra. Em certas situações, a diligência de busca tem resultado positivo, mas não é apreendido o que foi buscado. Nesse sentido, na busca de criminosos, por exemplo, ocorrerá a prisão, e não a sua apreensão, nos termos do Código de Processo Penal, art. 240, §1º, alínea “a”.¹³⁶

Nas situações de busca de pessoas, como a vítima de um delito, a busca será seguida imediatamente por apreensão, com o indivíduo sendo colocado em custódia

¹³⁵ PITOMBO, Cleunice Bastos. **Da busca e da apreensão no processo penal**. 2. ed. rev. atual. e aum. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2005. p. 109.

¹³⁶ BRASIL. DECRETO-LEI Nº 3.689, de 3 de outubro de 1941. **Código de Processo Penal**. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/decreto-lei/del3689compilado.htm. Acesso em: 16 out. 2019.

de autoridade ou de seus agentes. Por outro lado, é possível também que a apreensão ocorra inversamente, antes de uma busca. Isso ocorre quando a coisa é entregue de forma espontânea à autoridade, sendo necessária apenas a lavratura do ato de exibição e apreensão. Um exemplo desta situação seria do autor de um crime, que confessa o delito e entrega sua arma ao delegado de polícia.¹³⁷

Cabe ainda ressaltar a distinção entre *finalidade* e *fim*, declarando que *finalidade* consiste no objetivo, que move o agente a atuar, guiando seu comportamento, enquanto *fim* trata-se do resultado que, na busca, pode ser tanto positivo quanto negativo, isto é, o que está sendo procurado pode não ser encontrado. Destarte, a finalidade da busca é encontrar elementos que de fato sirvam ao processo penal, seja como subsídio da acusação ou da defesa. São também finalidades da busca a citação real, notificação, custódia (referente aos casos de insanidade mental do acusado), prisão e condução coercitiva.¹³⁸

Ao contrário da interceptação telefônica, que possui uma lei específica regulamentando seu procedimento, a busca e apreensão não está instituída da mesma forma, de tal maneira que para adentrar no assunto, devemos analisar as disposições do Código de Processo Penal em relação às medidas cautelares neste âmbito. Nos termos do artigo 240 do Código de Processo Penal¹³⁹, a busca e apreensão poderá assumir duas formas: a pessoal e a domiciliar. No entanto, a divisão clássica não abrange todas as hipóteses existentes de busca, sendo atualmente possível, inclusive, a busca de dados.¹⁴⁰

Como na busca pessoal as provas obtidas, geralmente, decorrem de uma situação de flagrância, nos ateremos no presente trabalho a estudar os encontros fortuitos com relação à busca e apreensão ocorrida no domicílio, em que a possibilidade da ocorrência de encontros fortuitos é maior.

Em tempo, devemos destacar que a busca domiciliar pode ter como finalidade a prisão de algum investigado ou acusado (art. 240, §1º, "a" do Código de Processo

¹³⁷ BADARÓ, Gustavo Henrique Righi Ivahy. **Processo penal**. Rio de Janeiro: Campus Elsevier, 2012. p. 271.

¹³⁸ PITOMBO, Cleunice Bastos. **Da busca e da apreensão no processo penal**. 2. ed. rev. atual. e aum. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2005. p. 81.

¹³⁹ BRASIL. DECRETO-LEI Nº 3.689, de 3 de outubro de 1941. **Código de Processo Penal**, Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/decreto-lei/del3689compilado.htm. Acesso em: 17 nov. 2019.

¹⁴⁰ PITOMBO, Cleunice Bastos. **Da busca e da apreensão no processo penal**. 2. ed. rev. atual. e aum. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2005. p. 123.

Penal)¹⁴¹, preenchidos os requisitos legais referentes à medida cautelar prisional. O legislador também previu no art. 137 do Código de Processo Penal¹⁴², outra possibilidade de busca e apreensão, que é aquela realizada para garantir uma futura indenização civil ocasionada pela prática de um crime. No caso em questão, a busca e a apreensão será uma medida assecuratória e não um meio de prova.

Como modalidade de prova, a busca e a apreensão domiciliar poderá ocorrer tanto na fase pré-processual, quanto na fase processual, sendo necessária a expedição de mandado judicial, nos termos do art. 241 do Código de Processo Penal. A exceção feita pelo legislador para a necessidade de mandado ocorre para a busca e apreensão pessoal (art. 244 do Código de Processo Penal).

Inexistindo mandado judicial na busca e apreensão domiciliar, serão ilícitas as provas vinculadas a situação autorizadora do mandado, assim como também qualquer outra prova localizada fortuitamente. Não só a falta do mandado judicial acarretará a busca e a apreensão ilegal e, por consequência, imprestável, como também a não observância dos requisitos estabelecidos em lei trará a mesma consequência legal (art. 243 do Código de Processo Penal).

No julgamento com repercussão geral RE 603.616/RO, o Supremo Tribunal Federal decidiu que, para estar amparada pela legalidade, a busca domiciliar sem mandado judicial necessita de fundadas razões que indiquem situação de flagrante delito em uma residência. Posteriormente, a busca deve ser justificada sob pena de responsabilidade disciplinar, civil e penal do agente ou autoridade, assim como a nulidade dos atos praticados.¹⁴³ Salienta-se trecho da ementa que, resumidamente, aponta a devida importância conferida ao respeito aos direitos fundamentais:

Controle judicial *a posteriori*. Necessidade de preservação da inviolabilidade domiciliar. Interpretação da Constituição. Proteção contra ingerências arbitrárias no domicílio. Muito embora o flagrante delito legitime o ingresso forçado em casa sem determinação judicial, a medida deve ser controlada judicialmente. **A inexistência de controle judicial, ainda que posterior à execução da medida, esvaziaria o núcleo fundamental da garantia contra a inviolabilidade da casa (art. 5, XI, da CF) e deixaria de proteger contra ingerências arbitrárias no domicílio (Pacto de São José da Costa Rica, artigo 11, 2, e Pacto Internacional sobre Direitos Civis e Políticos,**

¹⁴¹ BRASIL. DECRETO-LEI Nº 3.689, de 3 de outubro de 1941. **Código de Processo Penal**. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/decreto-lei/del3689compilado.htm. Acesso em: 17 nov. 2019.

¹⁴² Ibidem

¹⁴³ BRASIL. Supremo Tribunal Federal. **RE 603616 RO**. Relator: Min. Gilmar Mendes, j. em: 05.11.2015. Dje: 10.05.2016. Disponível em: <http://portal.stf.jus.br/processos/detalhe.asp?incidente=3774503>. Acesso em: 20 nov. 2019

artigo 17, 1). O controle judicial a *posteriori* decorre tanto da interpretação da Constituição, quanto da aplicação da proteção consagrada em tratados internacionais sobre direitos humanos incorporados ao ordenamento jurídico. Normas internacionais de caráter judicial que se incorporam à cláusula do devido processo legal [...] [grifei] ¹⁴⁴

Com relação aos agentes que podem requerer a busca e apreensão domiciliar, a legislação se referiu apenas à expressão "qualquer das partes" (art. 242 do Código de Processo Penal¹⁴⁵). A doutrina, por sua vez, interpreta esse artigo de forma ampliativa ao incluir o assistente da acusação e da defesa, além do Ministério Público e do querelante. A busca e apreensão domiciliar também poderá ser solicitada pela autoridade policial, quando ainda em curso algum inquérito policial.¹⁴⁶

A atenção dada para a medida de busca e apreensão se justifica no fato de estarmos diante de um direito fundamental tutelado em nossa Constituição – a inviolabilidade do domicílio. A Constituição Federal, em seu art. 5º, XI, estabeleceu a excepcionalidade da violação domiciliar, em situações estritamente restritas, a saber: flagrante delito ou desastre, ou para prestar socorro, ou, durante o dia, por determinação judicial.¹⁴⁷

No âmbito da busca e apreensão domiciliar, há que ser analisado o que se entende pelo vocábulo *casa*, empregado pelo constituinte originário. Para o Supremo Tribunal Federal, o entendimento de casa é amplo, ao abranger não apenas o local em que o indivíduo estabelece com intenção de moradia em definitivo, como também qualquer local habitado, alojamento ocupado de habitação coletiva e espaços privados não abertos ao público, em que alguém exerce profissão ou atividade, como por exemplo, um escritório profissional, mesmo sem conexão com a casa de moradia propriamente dita.¹⁴⁸

Veículos de transporte também estão abrangidos dentro do conceito de casa. Nesse sentido, estarão protegidos com a inviolabilidade apenas veículos utilizados para moradia, como por exemplo, trailers, cabine de barcos e motor homes. Não se

¹⁴⁴ *Ibidem*

¹⁴⁵ BRASIL. DECRETO-LEI Nº 3.689, de 3 de outubro de 1941. **Código de Processo Penal**. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/decreto-lei/del3689compilado.htm. Acesso em: 17 nov. 2019.

¹⁴⁶ AVENA, Norberto Cláudio Pâncaro. **Processo Penal Esquemático**. 6. ed. rev. atual. e aum. São Paulo: Método, 2017. p. 647.

¹⁴⁷ BRASIL. **CONSTITUIÇÃO DA REPÚBLICA FEDERATIVA DO BRASIL DE 1988**. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/constituicao.htm. Acesso em: 17 nov. 2019.

¹⁴⁸ BRASIL, Supremo Tribunal Federal. **HC 93.050/RJ**. Segunda Turma. Relator: Ministro Celso de Mello. Publicado no DJ de 01/08/2008. Disponível em: <http://redir.stf.jus.br/paginadorpub/paginador.jsp?docTP=AC&docID=539135>. Acesso em 18 nov. 2019.

inclui neste amparo os veículos de passeio, pois são considerados bens pertencentes à pessoa, ou veículos que transportam passageiros, veículos estes que podem ser fiscalizados sem a necessidade de mandado judicial.¹⁴⁹

Norberto Avena assevera que as buscas em repartições públicas devem ser equiparadas a busca domiciliar. Para a sua forma de realização, contudo, existem duas correntes diversas na doutrina. A primeira delas, apresentada pelo autor como sendo majoritária e no qual ele mesmo se filia, defende a necessidade de um ato anterior à expedição do mandado - a requisição a ser feita pela autoridade competente ao responsável pela repartição e, em não sendo atendida tal solicitação ou se houver suspeita do envolvimento do precitado responsável em prática criminosa, poderá ocorrer a expedição do mandado. A segunda corrente, ao seu passo, defende que a realização da busca não depende de requisição prévia, desde que essa medida esteja amparada nas hipóteses autorizadoras da expedição de mandatório judicial.¹⁵⁰

Após o estabelecimento do que se entende por domicílio, cabe apontar que, para que seja expedido mandado de busca e apreensão domiciliar é necessário que se apresente fundada razão para tal medida. Sendo assim, mera denúncia anônima não ensejará esta ação, fazendo-se necessário um conjunto de indícios suficientes que deflagrem a necessidade do deferimento da medida.¹⁵¹ Tal condição, prevista no art. 240, §1º do Código de Processo Penal, possui conotações históricas. A experiência revela que o Estado, no passado, agiu arbitrariamente de modo a constranger cidadãos, ao invadir as suas casas, sem ter motivo idôneo, por discordância política.

No entanto, o Código de Processo Penal autoriza a busca pessoal com base em situações que se configure a ocorrência de fundada suspeita (artigos 240, §2º e 244 do Código de Processo Penal)¹⁵². O problema neste conceito é que a ideia de fundada suspeita é demasiadamente imprecisa, ficando a cargo da subjetividade e,

¹⁴⁹ Segundo: LOPES JR, Aury. **Direito processual penal**. 13. ed. São Paulo: Saraiva, 2016. p. 528; e ROSA, Alexandre Morais da. **Guia do Processo Penal Conforme a Teoria dos Jogos**. 4. ed. Florianópolis: Empório do Direito, 2017. p. 68.

¹⁵⁰ AVENA, Norberto Cláudio Pâncaro. **Processo Penal Esquematizado**. 6. ed. rev. atual. e aum. São Paulo: Método, 2017. p. 649.

¹⁵¹ BRASIL. Supremo Tribunal Federal. **HC 91.350/SP**. Segunda Turma. Relator: Ministra Ellen Gracie. Publicado no DJ de: 28/08/2008. Disponível em: <http://redir.stf.jus.br/paginadorpub/paginador.jsp?docTP=AC&docID=544071>. Acesso em 19 nov. 2019.

¹⁵² BRASIL. DECRETO-LEI Nº 3.689, de 3 de outubro de 1941. **Código de Processo Penal**, [S. /], 3 out. 1941. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/decreto-lei/del3689compilado.htm. Acesso em: 17 nov. 2019.

em verdade, do arbítrio do policial. A fundada suspeita deve ser decorrente de ação ou omissão do indivíduo, não por estigmas e conclusões subjetivas do agente público, não caracterizando desobediência a resistência à ordem ilegal.¹⁵³

Sobre os horários em que as buscas domiciliares podem ser realizadas, Guilherme Nucci discorre:

As buscas domiciliares, em se tratando de processo penal, somente poderão ser feitas nas seguintes situações: a) durante o dia, com autorização do morador, havendo ou não mandado judicial; b) durante o dia, sem autorização do morador, mas com mandado judicial; c) durante a noite, com ou sem mandado judicial, mas com autorização do morador; d) durante o dia ou a noite, por ocasião de flagrante delito, com ou sem autorização do morador.¹⁵⁴

Com a evolução histórica da sociedade brasileira, culminando no alcance do Estado Democrático de Direito, os direitos fundamentais são estabelecidos em nossa Carta Magna, devendo sua eventual restrição ser fundamentada e necessária. Sendo assim, não cabe a expedição de mandado de busca e apreensão genérico. Nos termos do art. 243, I do Código de Processo Penal¹⁵⁵, é necessário que seja especificado no texto do mandado judicial, pelo magistrado autorizador da medida, a casa em que será realizada a diligência, o nome do respectivo proprietário ou morador, e o item que será objeto da busca.

6.2 OS ENCONTROS FORTUITOS NA BUSCA E APREENSÃO

Vencidos alguns dos conceitos da busca e apreensão domiciliar, devemos analisar a possibilidade da ocorrência da serendipidade neste meio de obtenção probatório. Durante a busca de outras provas, sejam estas referentes ao mesmo crime objeto de investigação ou de crimes diversos, poderão ser aplicados os fundamentos da teoria de serendipidade, analisando cada prova obtida através do critério de conexão.¹⁵⁶

¹⁵³ ROSA, Alexandre Morais da. **Guia do Processo Penal Conforme a Teoria dos Jogos**. 4. ed. Florianópolis: Empório do Direito, 2017. p. 494.

¹⁵⁴ NUCCI, Guilherme de Souza. **Código de processo penal comentado**. 13. ed. rev. e aum. Rio de Janeiro: Forense, 2014. p. 520.

¹⁵⁵ BRASIL. DECRETO-LEI Nº 3.689, de 3 de outubro de 1941. **Código de Processo Penal**. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/decreto-lei/del3689compilado.htm. Acesso em: 17 nov. 2019.

¹⁵⁶ ROSA, Alexandre Morais da. **Guia do Processo Penal Conforme a Teoria dos Jogos**. 4. ed. Florianópolis: Empório do Direito, 2017. p. 745.

No cumprimento de uma diligência de busca e apreensão, caso a prova obtida ao acaso revele a prática de crime conexo ao que estava sendo originalmente investigado, a sua utilização no inquérito policial ou no processo será válida, pois verifica-se serendipidade de primeiro grau. Contudo, se os crimes no caso em comento não forem conexos, a prova obtida fortuitamente será apreendida e poderá servir como *notitia criminis* para uma nova investigação, sendo um caso de serendipidade de segundo grau.¹⁵⁷

Há, contudo, posicionamento doutrinário que defenda que a apreensão de qualquer prova que não esteja reduzida a termo no mandado judicial seja considerada ilícita, independentemente de uma possível conexão entre o crime que originou a medida e o crime encontrado fortuitamente, posto que o ato judicial que autorizou a busca domiciliar é plenamente vinculado e limitado.¹⁵⁸ Da mesma forma, Eugênio Pacelli de Oliveira destaca que “Devem ser consideradas ilícitas as provas de infração penal que não tenham estrita relação com o mandado de busca e apreensão expedido, evitando dessa forma, o incentivo à prática do abuso de autoridade.”¹⁵⁹

Outro posicionamento é de que ao descobrir prova que foge do escopo inicial que autorizou a medida investigatória, que deveriam ser preservados o local e os objetos encontrados, e que na sequência seja solicitado ao juiz um novo mandado de busca e apreensão, com o objetivo de apreender os objetos encontrados ao acaso e os produtos de delito, já que estes não estavam descritos no primeiro mandado.¹⁶⁰

O Superior Tribunal de Justiça, em decisão do HC 282.096/SP, que discorria sobre a quebra de sigilo de dados, indicou a possibilidade da utilização do material obtido, mesmo não tendo vínculo com o crime que originou a investigação. Nos termos do relator, Ministro Sebastião Reis Júnior:

[...] o fato de as medidas de quebra do sigilo bancário e fiscal não terem como objetivo inicial investigar o crime de peculato não conduz à ausência de elementos indiciários acerca do referido crime, podendo ocorrer o que se chama de fenômeno da serendipidade, que consiste na descoberta fortuita de delitos que não são objeto da investigação.¹⁶¹

¹⁵⁷ ROSA, Alexandre Morais da. **Guia do Processo Penal Conforme a Teoria dos Jogos**. 4. ed. Florianópolis: Empório do Direito, 2017. p. 745.

¹⁵⁸ LOPES JR, Aury. **Direito processual penal**. 13. ed. São Paulo: Saraiva, 2016. p. 737.

¹⁵⁹ PACELLI, Eugênio de Oliveira. **Curso de Processo Penal**. 20. ed. São Paulo: Atlas, 2016. p. 368.

¹⁶⁰ NUCCI, Guilherme de Souza. **Código de processo penal comentado**. 13. ed. rev. e aum. Rio de Janeiro: Forense, 2014. p. 377.

¹⁶¹ BRASIL. Superior Tribunal de Justiça. **HC 282.096/SP**. Sexta Turma. Relator: Ministro Sebastião Reis Júnior. Publicado no DJ de 06/05/2014. Disponível em:

Durante o cumprimento da medida cautelar, também poderá ser identificada situação de flagrante, cabendo a busca e apreensão de encontros diversos do objeto do mandado. Isso geralmente ocorre para crimes permanentes, conforme esclarece Renato Brasileiro de Lima:

Se a autoridade munida de mandado de busca e apreensão, depara-se com certa quantidade de droga no interior na residência, temos que a apreensão será considerada válida, pois, como se trata de delito de tráfico de drogas na modalidade de “guardar”, espécie de crime permanente, haverá situação de flagrante delito, autorizando o ingresso no domicílio mesmo sem autorização judicial. Portanto, na hipótese de flagrante delito (v.g., crimes permanentes), mesmo que o objeto do mandado de busca e apreensão seja distinto, será legítima a intervenção policial, a despeito da autorização para entrar na casa lhe ter sido deferida com outra finalidade.¹⁶²

O mesmo autor, ainda, defende licitude na ampliação do escopo em buscas e apreensões domiciliares:

Ao cumprir o mandado de busca e apreensão, desde que não haja desvio de finalidade, a polícia pode apreender qualquer objeto que contribua para as investigações, ainda que seja de caráter pessoal e independentemente de ter sido mencionado de forma expressa na ordem do juiz. Isso porque não há necessidade de que a manifestação judicial que defere a cautelar de busca e apreensão esmiúce quais documentos ou objetos devem ser coletados, até mesmo porque tal pormenorização só poderia ser implementada após a verificação do que foi encontrado no local. Portanto, supondo que a ordem judicial diga respeito ao recolhimento de documentos relacionados aos fatos investigados, é perfeitamente possível a apreensão de documento pessoal, capaz de revelar detalhes da vida privada do indivíduo (v.g., agenda pessoal).¹⁶³

Tendo analisado o posicionamento doutrinário acerca do tema, cabe refletir sobre o que nossa jurisprudência dispõe acerca da admissibilidade de provas encontradas fortuitamente em procedimentos de busca e apreensão. Conforme o que já vimos através dos posicionamentos doutrinários, é notável que a corrente majoritária discorra que a prova surgida fortuitamente poderá ser usada e tida como lícita, desde que haja uma conexão com o crime investigado.¹⁶⁴

<https://stj.jusbrasil.com.br/jurisprudencia/25070615/habeas-corporus-hc-282096-sp-2013-0376972-4-stj/inteiro-teor-25070616>. Acesso em 20 nov. 2019.

¹⁶² LIMA, Renato Brasileiro de. **Manual de Processo Penal**. 2. ed. Niterói: Impetus, 2012. 1022 p. v. I.

¹⁶³ Ibidem

¹⁶⁴ SIQUEIRA, Lorena Isadora. **O princípio da serendipidade no direito processual penal brasileiro**. 1. ed. Frutal: Prospectiva, 2016. p. 112

O Supremo Tribunal Federal, no julgamento do Habeas Corpus HC 126811/AP analisou a ocorrência da serendipidade em medida de busca e a validade das provas encontradas fortuitamente. Durante a Operação Abate, que investigava fraude na obtenção de selo sanitário por frigoríficos, e descobriu-se esquema de corrupção envolvendo órgãos federais e estaduais, autarquias e instituições financeiras públicas e privadas com a finalidade de obtenção de vantagem ilícita pelas empresas da família Bihl, no estado do Mato Grosso. Um ex-funcionário do Ministério da Integração Nacional, supostamente emitia cartas de anuência mediante fraude para facilitar a formalização de hipoteca pelas empresas do Grupo Bihl.

Foi autorizada medida de busca e apreensão na residência do acusado, para a busca de evidências vinculadas ao crime do qual que ele havia sido acusado. Contudo, no decorrer da diligência na residência do indivíduo, a autoridade policial se deparou com armas de fogo de uso permitido, registradas em seu nome, mas com o certificado expirado e munições de uso restrito. No voto do relator, Ministro Gilmar Mendes:

[...] 4. A apreensão decorrente do conhecimento fortuito da posse ilegal/irregular das armas e munições não implica extrapolação ou nulidade do mandado expedido para a busca e apreensão de objetos referentes a crime diverso. O mandado foi adequadamente expedido, mas a apreensão decorreu do flagrante constatado no interior da residência do acusado. [...] Ainda que não ocorresse esse fenômeno, é incontroverso que a finalidade do mandado de busca e apreensão não era o de apreender armas, conforme se infere da simples leitura do teor do mandado de fl. 54. Portanto, o que a defesa pretendia com as testemunhas da acusação, que é demonstrar um suposto "desvio de finalidade", está objetivamente constatado. **Em outras palavras, o encontro das armas foi fortuito**, e isso é incontroverso. As conseqüências jurídicas disso constituem matéria de direito, de modo que as testemunhas pouco auxiliarão a defesa com seus depoimentos. [...] Advirta-se, outrossim, que a insurgência da defesa quanto à apreensão fortuita das armas irregulares, por ocasião do mandado de busca e apreensão, não encontra respaldo na jurisprudência desta Corte. **De fato, não sobejam dúvidas que o objeto do mandado de busca e apreensão não abrangeu as armas, sendo pacífica, entretanto, a plena validade das provas descobertas casualmente, conforme se infere do fenômeno da “serendipidade” [...]** [grifei] ¹⁶⁵

O Informativo nº 0557 da Quinta Turma do Supremo Tribunal de Justiça julgou um interessante caso envolvendo a busca e apreensão em um escritório de advocacia

¹⁶⁵ BRASIL. Superior Tribunal Federal. **HC 126811/AP**, Relator: Min. GILMAR MENDES, Data de Julgamento: 25/02/2015, Publicado no DJ de: 04/03/2015. Disponível em: <https://stf.jusbrasil.com.br/jurisprudencia/25362965/habeas-corpus-hc-126811-ap-stf>. Acesso em: 20 nov. 2019

- RHC 39.412-SP. A polêmica girava em torno da inviolabilidade do escritório de advocacia, nos termos do inciso II e o § 6º do art. 7º da Lei 8.906/1994¹⁶⁶. Durante o cumprimento do mandado de busca e apreensão no escritório, que havia sido expedido com o intuito de apreender arma pertencente a um estagiário, a polícia se deparou com aproximadamente 765 gramas de maconha, um revólver calibre 38 e 14 cartuchos íntegros. O material localizado foi apreendido diante da ocorrência de serendipidade, além da flagrância de outros dois delitos, considerados permanentes:¹⁶⁷

[...] É lícita a apreensão, em escritório de advocacia, de drogas e de arma de fogo, em tese pertencentes a advogado, na hipótese em que outro advogado tenha presenciado o cumprimento da diligência por solicitação dos policiais, ainda que o mandado de busca e apreensão tenha sido expedido para apreender arma de fogo supostamente pertencente a estagiário do escritório - e não ao advogado – e mesmo que no referido mandado não haja expressa indicação de representante da OAB local para o acompanhamento da diligência. [...] Ressalte-se que a localização de elementos que configuram outros crimes, praticados por pessoa que não figura como objeto do mandado de busca e apreensão, insere-se na hipótese nominada pela doutrina de "encontro fortuito de provas" [...] ¹⁶⁸

As jurisprudências apresentadas trazem o pacífico entendimento em respeito da prova surgida fortuitamente durante as diligências de busca e apreensão realizadas. A validade do princípio da serendipidade se faz presente dessa forma em nosso ordenamento jurídico, mesmo que o tema não seja disposto em lei. Devemos analisar o tema dos encontros fortuitos sob luz das posições doutrinárias e jurisprudenciais, considerando as lacunas na legislação sobre o tema.¹⁶⁹

¹⁶⁶ BRASIL. Lei nº 8.906, de 4 de julho de 1994. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/Leis/L8906.htm. Acesso em: 17 nov. 2019.

¹⁶⁷ SIQUEIRA, Lorena Isadora. **O princípio da serendipidade no direito processual penal brasileiro**. 1. ed. Frutal: Prospectiva, 2016. p. 119-120.

¹⁶⁸ BRASIL. Superior Tribunal de Justiça. Informativo Nº: 557. Quinta Seção. **RHC 39.412-SP**. Rel. Min. Felix Fischer, julgado em 3/3/2015, DJe 17/3/2015. Disponível em: <https://scon.stj.jus.br/SCON/SearchBRS?b=INFJ&tipo=informativo&livre=@COD=%270557%27>. Acesso em 21 nov. 2019.

¹⁶⁹ SIQUEIRA, Lorena Isadora. **O princípio da serendipidade no direito processual penal brasileiro**. 1. ed. Frutal: Prospectiva, 2016. p. 147.

7 CONCLUSÃO

A intenção em provar algo tem, em sua essência, à necessidade de se reconstruir a realidade fática de algo que ocorreu no passado, através de mecanismo válido, mantendo a consciência de que a retratação fidedigna do ocorrido é inalcançável. Essa retratação do passado, contudo precisa respeitar as limitações previstas no ordenamento jurídico, tendo como foco as garantias constitucionais ao indivíduo, prezando pela inviolabilidade dos direitos fundamentais das pessoas, que não podem estar em patamar inferior ao do interesse do Estado, na tentativa de punição de um indivíduo.

Um dos principais pontos analisados no presente trabalho foi o da vedação à prova ilícita em nosso ordenamento jurídico, pois em que pese não há taxatividade em matéria de provas, a Constituição Federal estabelece critérios e valores a serem respeitados, incluindo a vedação de provas obtidas ilicitamente.

Nossa legislação, no que toca a consideração da invalidade da prova originária de prova ilícita, determinou duas situações em que estas não são aceitas: quando tais provas puderem ser obtidas de outra forma, ou quando não verificado nexos causal entre a prova ilícita e a prova derivada.

No contexto do estudo das provas ilícitas e da serendipidade, ponto central deste trabalho, o critério definidor para a utilização da prova encontrada fortuitamente de admissibilidade estabelecido pelo legislador será a conexão. Tanto a jurisprudência quanto a doutrina, de forma majoritária, têm o entendimento ao analisar os encontros fortuitos de provas, que eles serão válidos e utilizáveis, caso a prova localizada acidentalmente tenha conexão com o crime que originou a medida probatória, caracterizando assim, a serendipidade de primeiro grau. Para tanto, o ato que originou a prova precisa ser previamente permitido por autoridade judicial, como ocorre com as medidas de busca e apreensão e de interceptação telefônica, tratadas neste trabalho.

Inexistindo conexão entre os fatos criminosos, estaremos diante da serendipidade de segundo grau, e a prova localizada fortuitamente terá poder apenas para originar uma *notitia criminis*, dando início a uma nova investigação tratando acerca do fato novo.

Esse sistema probatório, construído por uma legislação que apresenta certas lacunas, mas com base jurisprudencial e doutrina majoritária apontando para o

mesmo sentido, demonstra que o Estado tem dever de resposta diante da ocorrência de uma infração penal, tal ato deverá ser tratado com a observância do devido processo legal, dos direitos constitucionais e fundamentais do indivíduo.

REFERÊNCIAS BIBLIOGRÁFICAS

ANDRADE, Manuel da Costa. **Sobre as Proibições de Prova em Processo Penal**. Coimbra: Editora Coimbra, 2006. 343 p.

ANDRADE, Mauro Fonseca. A atividade probatória *ex officio judicis* na recente reforma processual penal. **Revista de Doutrina da 4ª Região**, Porto Alegre, n. 34, fevereiro. 2010. Disponível em: http://www.revistadoutrina.trf4.jus.br/artigos/edicao034/mauro_andrade.html. Acesso em: 01 out. 2019.

ARANTES FILHO, Marcio Geraldo Britto. **A interceptação de comunicação entre pessoas presentes como meio de investigação de prova no processo penal brasileiro**. Dissertação (Mestrado) - Faculdade de Direito, Universidade de São Paulo. 2011. 326 p.

ASCENSÃO, José de Oliveira. **O Direito - Introdução e Teoria Geral**. Coimbra: Almedina, 2006. 677 p.

AVENA, Norberto Cláudio Pâncaro. **Processo Penal Esquematizado**. 6. ed. rev. atual. e aum. São Paulo: Método, 2017. 1244 p.

BADARÓ, Gustavo Henrique Righi Ivahy. **Processo penal**. Rio de Janeiro: Campus Elsevier, 2012. 904 p.

BADARÓ, Gustavo Henrique Righi Ivahy. Provas atípicas e provas anômalas: inadmissibilidade da substituição da prova testemunhal pela juntada de declarações escritas de quem poderia ser testemunha. In: YARSHELL, Flávio Luiz; MORAES, Maurício Zanoide de. **In Estudos em homenagem à professora Ada Pellegrini Grinover**. São Paulo: DPJ, 2005. 868 p.

BRASIL. nº 9.296, de 24 de julho de 1996. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/l9296.htm. Acesso em: 17 out. 2019.

BRASIL. **CONSTITUIÇÃO DA REPÚBLICA FEDERATIVA DO BRASIL DE 1988**. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/constituicao.htm. Acesso em: 24 out. 2019.

BRASIL. DECRETO-LEI nº 3.689, de 3 de outubro de 1941. **Código de Processo Penal**. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/decreto-lei/del3689compilado.htm. Acesso em: 7 set. 2019.

BRASIL. LEI nº 9.296, de 24 de julho de 1996. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/l9296.htm. Acesso em: 11 nov. 2019.

BRASIL. Lei nº 13.105, de 16 de março de 2015. **Código de Processo Civil**, Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_ato2015-2018/2015/lei/l13105.htm. Acesso em: 13 nov. 2019.

BRASIL. **LEI nº 4.117, de 27 de agosto de 1962**. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/L4117.htm. Acesso em: 11 nov. 2019.

BRASIL. Superior Tribunal de Justiça. **HC 69.552 PR**. Relator: Min. Felix Fischer. Julgado em: 06.02.2007. Dj de 14.05.2007. Disponível em: https://ww2.stj.jus.br/processo/revista/documento/mediado/?componente=ITA&sequencial=671032&num_registro=200602419935&data=20070514&formato=PDF. Acesso em 10 nov. 2019.

BRASIL. Superior Tribunal de Justiça. **APn 690 TO**. Relator. Min. João Otávio de Noronha. Julgado em: 15.04.2015. Dje de 22.05.2015. Disponível em: https://ww2.stj.jus.br/processo/revista/documento/mediado/?componente=ITA&sequencial=1067832&num_registro=200701708242&data=20150522&formato=PDF. Acesso em 10 nov. 2019.

BRASIL, Supremo Tribunal Federal. **HC 96.056/PE**. Segunda Turma. Relator: Ministro Gilmar Mendes. Publicado no DJ de 08/05/2012. Disponível em: <https://stf.jusbrasil.com.br/jurisprudencia/21588209/habeas-corpus-hc-96056-pe-stf/inteiro-teor-110380143>. Acesso em 11 nov. 2019.

BRASIL, Supremo Tribunal Federal. **HC 73.351/SP**. Tribunal Pleno. Relator: Ministro Ilmar Galvão. Publicado no DJ de 19/03/1999. Disponível em: <https://stf.jusbrasil.com.br/jurisprudencia/744091/habeas-corpus-hc-73351-sp>. Acesso em 18 out. 2019.

BRASIL, Supremo Tribunal Federal. **HC 69.912/RS**. Tribunal Pleno. Relator: Ministro Sepúlveda Pertence. Publicado no DJ de 30/06/1993. Disponível em: <https://stf.jusbrasil.com.br/jurisprudencia/749530/habeas-corpus-hc-69912-rs>. Acesso em 12 nov. 2019.

BRASIL. Superior Tribunal de Justiça. **HC 121212 RJ**. Sexta Turma. Relator: Ministro Sebastião Reis Júnior. Rio de Janeiro: 05/03/2012. Disponível em: <https://stj.jusbrasil.com.br/jurisprudencia/21400499/habeas-corpus-hc-121212-rj-2008-0255909-0-stj/inteiro-teor-21400500?ref=juris-tabs>. Acesso em: 12 nov. 2019.

BRASIL. Supremo Tribunal Federal. **Ag. Reg. 626.214 MG**. Segunda Turma. Relator: Ministro Joaquim Barbosa. Publicação em 08/10/2018. Disponível em: <http://redir.stf.jus.br/paginadorpub/paginador.jsp?docTP=AC&docID=615361>. Acesso em: 12 nov. 2019.

BRASIL. Superior Tribunal de Justiça. **HC: 69552 PR**. Relator: Ministro FELIX FISCHER, Data de Julgamento: 06/02/2007, T5 - QUINTA TURMA, Data de Publicação: DJ 14/05/2007. Disponível em: <https://stj.jusbrasil.com.br/jurisprudencia/8939460/habeas-corpus-hc-69552-pr-2006-0241993-5?ref=juris-tabs>. Acesso em: 12 nov. 2019.

BRASIL. Superior Tribunal de Justiça. **HC 376927 ES** – Rel. Ministro Ribeiro Dantas, QUINTA TURMA, JUGADO EM 17/10/2017, DJe: 25/10/2017. Disponível em: https://ww2.stj.jus.br/processo/revista/documento/mediado/?componente=ATC&sequencial=77688099&num_registro=201602867589&data=20171025&tipo=5&formato=P DF. Acesso em 12 nov. 2019.

BRASIL. Superior Tribunal de Justiça. Informativo Nº: 0505. Terceira Seção. **MS 14.140-DF**. Rel. Min. Laurita Vaz, julgado em 26/9/2012. Disponível em: http://www.stj.jus.br/docs_internet/informativos/RTF/Inf0505.rtf. Acesso em 12 nov. 2019.

BRASIL. Superior Tribunal de Justiça. Informativo Nº: 0523. Primeira Seção. **MS 16.146-DF**. Rel. Min. Eliana Calmon, julgado em 22/5/2013. Disponível em: <https://scon.stj.jus.br/SCON/SearchBRS?b=INFJ&livre=@COD=%270523%27&tipo=informativo>. Acesso em 12 nov. 2019.

BRASIL. Supremo Tribunal Federal. **RE 603616 RO**. Relator: Min. Gilmar Mendes, j. em: 05.11.2015. DJe: 10.05.2016. Disponível em: <http://portal.stf.jus.br/processos/detalhe.asp?incidente=3774503>. Acesso em: 20 nov. 2019

BRASIL, Supremo Tribunal Federal. **HC 93.050/RJ**. Segunda Turma. Relator: Ministro Celso de Mello. Publicado no DJ de 01/08/2008. Disponível em: <http://redir.stf.jus.br/paginadorpub/paginador.jsp?docTP=AC&docID=539135>. Acesso em 18 nov. 2019.

BRASIL. Supremo Tribunal Federal. **HC 91.350/SP**. Segunda Turma. Relator: Ministra Ellen Gracie. Publicado no DJ de: 28/08/2008. Disponível em: <http://redir.stf.jus.br/paginadorpub/paginador.jsp?docTP=AC&docID=544071>. Acesso em 19 nov. 2019.

BRASIL. Superior Tribunal de Justiça. **HC 282.096/SP**. Sexta Turma. Relator: Ministro Sebastião Reis Júnior. Publicado no DJ de 06/05/2014. Disponível em: <https://stj.jusbrasil.com.br/jurisprudencia/25070615/habeas-corpus-hc-282096-sp-2013-0376972-4-stj/inteiro-teor-25070616>. Acesso em 20 nov. 2019.

CAPEZ, Fernando. **Curso de Processo Penal**. 19. ed. São Paulo: Saraiva, 2012. 893 p.

CASTRO JÚNIOR, Osvaldo Agripino de. **Introdução à história do Direito: Estados Unidos x Brasil**. Florianópolis: IBRADD/CESUSC, 2001. 285 p.

DEZEM, Guilherme Madeira. **Curso de Processo Penal**. 3. ed. rev. atual. e aum. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2017. 1184 p.

DEZEM, Guilherme Madeira. **Da prova penal: tipo processual, provas típicas e atípicas**. 1. ed. Campinas: Millenium, 2008. 321 p.

ESTADOS UNIDOS. **ACLU AMICUS BRIEF IN ILLINOIS V. CABALLES**. 1998. Disponível em: <https://www.aclu.org/legal-document/aclu-amicus-brief-illinois-v-caballes?redirect=cpreirect/19658>. Acesso em: 23 out. 2019.

FERNANDES, Scarane Antônio. **Processo Penal Constitucional**. 2. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2000. 341 p.

GOMES FILHO, Antonio Magalhães. Notas sobre a terminologia da prova: (reflexos no processo penal brasileiro). *In*: YARSHELL, Flávio Luiz; MORAES, Maurício Zanoide de. **Estudos em homenagem à professora Ada Pellegrini Grinover**. São Paulo: DPJ, 2005. 868 p.

GOMES FILHO, Antonio Magalhães; BADARÓ, Gustavo Henrique Righi Ivahy. Prova e sucedâneos de prova no processo penal brasileiro. **Revista Brasileira de Ciências Criminais**, São Paulo, ed. 65. mar-abr 2007. p. 175-208.

GOMES, Luiz Flávio. **Legislação Criminal Especial**. 1. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2009. 1168 p.

GOMES, Luiz Flávio; CERVINI, Raúl. **Crime organizado**: enfoques criminológico jurídico, lei 9.034-95, e político-criminal. 2. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1997. 373 p.

GOMES, Luiz Flávio; CERVINI, Raúl. **Interceptação Telefônica: Lei 9.296, de 24.07.96**. 1. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1997. 278 p.

GRECO FILHO, Vicente. **Interceptação telefônica**: Considerações sobre a Lei n. 9.296/96, de 24 de julho de 1996. São Paulo: Saraiva, 1996. 60 p.

GROTTI, Dinorá Adelaide Musetti. **Inviolabilidade do domicílio na Constituição**. São Paulo: Malheiros, 1993. 178 p.

HAMILTON, Sergio Demoro. As provas ilícitas, a teoria da proporcionalidade e a autofagia do Direito. **Revista do Ministério Público do Rio de Janeiro**, Rio de Janeiro, v. 11. jan-jun 2000. p. 264-265.

ITÁLIA. **CODICE di procedura penale - Libro III - Prove**. Disponível em: <https://www.altalex.com/documents/news/2014/03/26/mezzi-di-ricerca-della-prova>. Acesso em: 4 out. 2019.

LIMA, Renato Brasileiro de. **Legislação Criminal Especial Comentada**. 2. ed. Salvador: Juspodivm, 2014. 956 p.

LOPES JR, Aury. **Direito processual penal**. 13. ed. São Paulo: Saraiva, 2016. 1160 p.

LOPES JR, Aury; BADARÓ, Gustavo Henrique. **Direito ao Processo Penal no Prazo Razoável**. 2. ed. rev. e atual. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2009. 209 p.

LOPES, Anderson Bezerra. **Os conhecimentos fortuitos de prova no direito processual penal**. Dissertação (Mestrado) - Faculdade de Direito, Universidade de São Paulo. 2013. 231 p.

MACHADO, Antônio Alberto. **Curso de Processo Penal**. 2. ed. São Paulo: Atlas, 2009. 751 p.

MADEIRA, Guilherme. **Curso de Processo Penal**. 2. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2016. 1181 p.

MARTINS, Jorge Henrique Schaefer. **Prova criminal: modalidades - Valoração**. 1. ed. Curitiba: Juruá, 1996. 141 p.

MENDES, Gilmar Ferreira; BRANCO, PAULO GUSTAVO GONET. **Curso de direito Constitucional**. 4. ed. atual. São Paulo: Saraiva, 2009. 1576 p.

NOGALES, Inés Olaizola. "Medidas de regeneración democrática": La nueva regulación de La financiación de los partidos políticos em España. *In*: LEITE, Alaor; TEIXEIRA, Adriano. **Crime e política: corrupção, financiamento irregular de partidos políticos, caixa dois eleitoral e enriquecimento ilícito**. Rio de Janeiro: FGV Editora, 2017. 440 p.

NUCCI, Guilherme de Souza. **Código de processo penal comentado**. 13. ed. rev. e aum. Rio de Janeiro: Forense, 2014. 1421 p.

PACELLI, Eugênio de Oliveira. **Curso de Processo Penal**. 20. ed. São Paulo: Atlas, 2016. 1071 p.

PITOMBO, Cleunice Bastos. **Da busca e da apreensão no processo penal**. 2. ed. rev. atual. e aum. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2005. 319 p.

PORTUGAL. **CÓDIGO DE PROCESSO PENAL (versão actualizada)**. Disponível em:

http://www.pgdlisboa.pt/leis/lei_mostra_articulado.php?ficha=101&artigo_id=&nid=199&pagina=2&tabela=leis&nversao=&so_miolo=. Acesso em: 13 out. 2019.

QUIROGA, Jacobo Lopez Barja De. **Las escuchas telefónicas y La prueba ilegalmente obtenida**. Madrid: Akal, 1989. 99 p. *apud* SOARES, Abel Rafael. **Da Admissibilidade De Provas Ilícitas No Processo Penal Brasileiro: A Boa-Fé**. Dissertação (Pós-Graduação) - Escola Da Magistratura Do Estado Do Rio De Janeiro, Rio De Janeiro, 2018. 18p.

RANGEL, Paulo. **Direito Processual Penal**. 23. ed. São Paulo: Atlas, 2015. 1151 p.

REIS, Alexandre Cebrian Araújo; GONÇALVES, Victor Eduardo Rios. **Direito Processual Penal Esquemático**. 1. ed. São Paulo: Saraiva, 2012. 702 p.

REIS, Daniel Aarão; RIDENTTI, Marcelo; MOTTA, Rodrigo Patto Sá. **O Golpe e a ditadura militar ? 40 anos depois (1964 - 2004)**. 1. ed. São Paulo: Edusc, 2004. 334 p.

ROSA, Alexandre Morais da. **Guia do Processo Penal Conforme a Teoria dos Jogos**. 4. ed. Florianópolis: Empório do Direito, 2017. 974 p.

ROSA, Alexandre Morais Da; SILVA, Philipe Benoni Melo e; SILVA, Viviani Ghizoni Da. **Fishing Expedition E Encontro Fortuito Na Busca E Na Apreensão**. 1. ed. Florianópolis: EMais ? Editora & Livraria Jurídica, 2019. 96 p.

ROXIN, Claus. **A proteção de bens jurídicos como função do direito penal**. 2. ed. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2009. 64 p.

SIQUEIRA, Ethevaldo. Internet é o melhor exemplo de serendipidade. **O Estado de São Paulo**, São Paulo, p. B10, 15 fev. 2009.

SIQUEIRA, Lorena Isadora. **O princípio da serendipidade no direito processual penal brasileiro**. 1. ed. Frutal: Prospectiva, 2016. 155 p.

SOARES, Abel Rafael. **Da Admissibilidade De Provas Ilícitas No Processo Penal Brasileiro: A Boa-Fé**. 2018. 18 p. Dissertação (Pós-Graduação) - Escola Da Magistratura Do Estado Do Rio De Janeiro, Rio De Janeiro, 2018.

TÁVORA, Nestor; ALENCAR, Rosmar Rodrigues. **Curso de Direito Processual Penal**. 10. ed. rev. atual. e aum. Salvador: Juspodivm, 2015. 1686 p.

TONINI, Paolo. **A prova no processo penal italiano**. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2002. 316 p.

VALENTE, Manoel Monteiro Guedes. **Conhecimentos fortuitos: a busca de um equilíbrio apuleiano**. Coimbra: Almedina, 2006. 152 p.

ZACLIS, Daniel; PALAZZI, Leonardo; BORRI, Luiz Antonio; AVOLIO, Luiz Francisco Torquato. Conhecimentos Fortuitos e Apreensão de Documentos. **Revista dos Tribunais**. v. 1004. junho/2019. p. 187-216.