FACULDADE DE DIREITO E CIÊNCIAS SOCIAIS DO LESTE DE MINAS - FADILESTE

RAFAEL CHUAIRY LOPES DE SIQUEIRA

O PRINCÍPIO DA SERENDIPIDADE E SUA ACEITAÇÃO PELA JURISPRUDÊNCIA DOS TRIBUNAIS SUPERIORES DO PAÍS

REDUTO
2022

RAFAEL CHUAIRY LOPES DE SIQUEIRA

O PRINCÍPIO DA SERENDIPIDADE E SUA ACEITAÇÃO PELA JURISPRUDÊNCIA DOS TRIBUNAIS SUPERIORES DO PAÍS

Trabalho de Curso apresentado à Faculdade de Direito e Ciências Sociais do Leste de Minas - FADILESTE como requisito parcial para obtenção do título de Bacharel em Direito.

Professor Orientador:

REDUTO
2022

O PRINCÍPIO DA SERENDIPIDADE E SUA ACEITAÇÃO PELA JURISPRUDÊNCIA DOS TRIBUNAIS SUPERIORES DO PAÍS

Rafael Chuairy Lopes de Siqueira

RESUMO

O presente trabalho de conclusão de curso busca estudar o Princípio da Serendipidade e sua aceitação pela jurisprudência do Supremo Tribunal Federal e do Superior Tribunal de Justiça. No Direito Processual Penal, o Princípio da Serendipidade se caracteriza pelo encontro fortuito de provas, ou seja, quando uma operação policial é deflagrada para obtenção ou produção de provas de determinado crime, entretanto, durante seu curso, provas de outros crimes são obtidas, podendo ou não envovler os indivíduos inicialmente investigados. Como o assunto não é regulamentado de maneira expressa pelo ordenamento jurídico brasileiro, cabe à doutrina e à jurisprudência se posicionarem a respeito da validade dessas provas, e como elas podem ser usadas durante a persecução penal. Assim, o trabalho desenvolve-se a partir de uma pesquisa bibliográfica, de caráter qualitativo e expositivo, utilizando-se de posicionamentos doutrinários e principalmente jurisprudencial acerca do tema.

Palavras-chave: Serendipidade. Encontro fortuito de provas. Validade. Posicionamento dos Tribunais Superiores.

ABSTRACT

This course completion work seeks to study the Principle of Serendipity and its acceptance by the jurisprudence of the Federal Supreme Court and the Superior Court of Justice. In Criminal Procedural Law, the Principle of Serendipity is characterized by the fortuitous finding of evidence, that is, when a police operation is triggered to obtain or produce evidence of a certain crime, however, during its course, evidence of other crimes is obtained, which may whether or not to involve the individuals initially investigated. As the subject is not expressly regulated by the Brazilian legal system, it is up to the doctrine and jurisprudence to position themselves regarding the validity of these evidence, and how they can be used during criminal prosecution. Thus, the work is developed from a bibliographical research, of a qualitative and expository nature, using doctrinal and mainly jurisprudential positions on the subject.

Keywords: Serendipity. Fortuitous encounter of evidence. Validity. Position of the Superior Courts.

INTRODUÇÃO

A investigação policial se mostra como uma das principais fases da persecução penal, sendo o momento mais oportuno para produção e obtenção de provas acerca de um delito e sua autoria. Diante de sua relevância para o sistema processual penal brasileiro, a investigação é norteada por diversos princípios e fundamentos legais, devendo ser executada pelas autoridades policiais com probidade e idoneidade.

Durante uma investigação policial ou cumprimento de algum mandado investigativo, para a produção e obtenção de provas acerca de uma *notitia criminis*, é comum que a autoridade policial se depare com o encontro de provas diversas das inicialmente objetivadas, fazendo surgir então o fenômeno da serendipidade, que é o encontro de provas de maneira fortuita pela autoridade policial.

Contudo, esse fenômeno não está positivado pelo ordenamento jurídico brasileiro, o que acaba gerando controvérsias e discussões sobre sua admissibilidade no sistema processual penal pátrio. São muitas as perspectivas acerca do tema produzidas pela doutrina, o que destaca a relevância do estudo do tema.

Isto posto, o presente trabalho busca responder ao seguinte questionamento: qual o posicionamento dos Tribunais Superiores acerca da validade das provas encontradas fortuitamente durante uma investigação policial?

Então, como objetivo geral, o trabalho busca realizar um estudo acerca da aceitação da teoria da serendipidade pelo Tribunal Superior de Justiça e pelo Superior Tribunal Federal.

Como objetivos específicos, a pesquisa busca apresentar o conceito e quais critérios devem ser observados para a aplicação do princípio da serendipidade aos casos concretos; estudar a serendipidade de primeiro e segundo graus; e estudar a jurisprudência acerca da aceitação das provas encontradas fortuitamente.

Para atingir os objetivos propostos, o trabalho desenvolve-se a partir de

uma pesquisa bibliográfica, de caráter qualitativo e expositivo, utilizando-se de posicionamentos doutrinários e principalmente jurisprudencial acerca do tema.

1. CONCEITO E CRITÉRIOS PARA A APLICAÇÃO DO PRINCÍPIO DA SERENDIPIDADE

Segundo ensinamento de Nestor Távora e Rosmar Rodrigues Alencar (2016, p. 784), “No âmbito do direito processualpenal, serendipidade significa, em poucas palavras, o encontro fortuito de provas relativas afato delituoso diverso daquele que é o objeto das investigações”.

Assim, entende-se que serendipidade diz respeito a encontrar algo que não se estava buscando, em outras palavras, é sair em busca de algo, e encontrar coisa distinta.

Sobre o assunto, Renato Brasileiro de Lima (2016, p. 848) esclarece que:

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

Como ensina o autor acima transcrito, para que o fenômeno da serendipidade se caracterize, é preciso que o encontro da prova seja casual, que ocorra sem qualquer previsão de que pudesse ser encontrada. Ainda sobre o tema, Luiz Flávio Gomes (2010, p. 77) ensina, acerca da expressão serendipidade:

> Serendipidade: essa estranha palavrasignifica algo como sair em busca de uma coisa e descobrir outra (ou outras), às vezes até mais interessante e valiosa. Vem do inglês serendipity, onde tem o sentido de descobrir coisas por acaso. Serendip era o antigo nome da ilha do Ceilão, atual Sri Lanka. A palavra foi cunhada em 1754 pelo escritor inglês Horace Walpole, no conto de fadas, “Os três príncipes de Serendip”, que sempre faziam descobertas de coisas que não procuravam.

Dessa forma, entende-se então que a serendipidade, dentro do processo penal, se trata do encontro fortuito ou casual de determinada prova, enquanto do cumprimento de diligências e atos para produção e obtenção de outras

provas. Mesmo que tal fenômeno seja estudado a pouco tempo no Brasil, é comum que o mesmo se faça presente em julgados dos Tribunais Superiores do país, como se observa:

> Durante a interceptação das conversas telefônicas, pode a autoridade policial divisar novos fatos, diversos daqueles que ensejaram o pedido de quebra do sigilo. Esses novos fatos, por sua vez, podem envolver terceiros inicialmentenão investigados, mas que guardam relação com o sujeito objeto inicial o monitoramento. Fenômeno da serendipidade. (BRASILIA, 2012, p. s. n.)

No que diz respeito à terminologia do fenômeno, a doutrina especializada apresenta várias expressões diferentes. Renato Brasileiro de Lima (2016), por exemplo, usa expressões como teoria do encontro fortuito de provas. Enquanto Nestor Távora e Rosmar Rodrigues Alencar (2016, p. 784) usam o termo princípio da serendipidade, como se observa:

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

Como é possível perceber, os referidos transcritos usam o termo princípio da serendipidade tendo em vista que as provas fortuitas podem ser tidas como lícitas e possuem valor no processo penal, desde que determinados requisitos estejam preenchidos. Invocar o princípio da serendipidade é a justificativa para utilização dessas provas, encontradas fortuitamente, no processo em que fora determinada a produção de provas.

Já Aury Lopes Junior (2016), trata a serendipidade como um desvio de vinculação causal. De acordo com o referido autor, as diligências realizadas para a obtenção e produção de provas quase sempre acarretam no vilipêndio de algum direito fundamental. Por isso, a decisão que determinada a realização dessas diligências deve ser específica, e se limitar apenas à sua finalidade, sendo que a autoridade policial não tem permissão para, durante o cumprimento de tais diligências, se desviar, sob pena de colher uma prova que futuramente pode ser tida como ilícita.

Dessa maneira, diante dessa discussão acerca da possibilidade de

utilização das provas obtidas fortuitamente no processo penal brasileiro, o presente trabalho funda-se em buscar uma resposta para esse questionamento através da análise de julgados dos Tribunais Superiores do país. Assim, vale dizer que o fenômeno da serendipidade pode se fazer presente em vários meios de produção e obtenção de provas, sendo exemplos mais claros, a interceptação telefônica, a busca e apreensão, a quebra do sigilo bancário e fiscal.

Inicialmente, é importante averiguar se a decisão que permitiu a diligência para produção e obtenção das provas está dentro das determinações legais. A doutrina e a jurisprudência são uníssonas no que diz respeito aos requisitos que devem ser preenchidos para a caracterização do princípio da serendipidade: a decisão fundamentada que determinou a diligência para obtenção da prova, proferida por um juiz competente; a especificação do local onde será realizada a diligência, além da identificação dos envolvidos na mesma, como por exemplo, os indivíduos que sofrerão a busca e apreensão ou os indivíduos que deverão ser alvos da interceptação telefônica; a existência de uma conexão entre o crime investigado e as provas encontradas fortuitamente; a comunicação do aparecimento das provas fortuitas ao juiz competente; a remessa dos autos ao juízo competente caso as provas fortuitas digam respeito a pessoas com foro privilegiado; a inexistência de excessos ou arbitrariedades durante o cumprimento dos mandados de produção e obtenção das provas; e o respeito ao contraditório e à ampla defesa.

A fundamentação da decisão que permite a realização da diligência é de grande importância, tendo em vista o sacrifício de direitos fundamentais que ocorre durante a realização desses procedimentos de investigação. No que diz respeito à competência, no que tange ao encontro fortuito de provas, adota-se a teoria do juízo aparente, que torna possível validar provas consideradas ilícitas sob a justificativa de erro de competência de juízo. Segundo a referida teoria, esse é um erro escusável do juiz acerca de sua competência.

Outro requisito destacado pela doutrina e jurisprudência, é a determinação do local onde a diligência deve ser cumprida, além da identificação clara dos indivíduos envolvidos. Esse requisito destaca a

necessidade de o mandado estar intimamente vinculado ao local e pessoa que recairão a diligência para produção e obtenção da prova.

Além disso, a doutrina e a jurisprudência determinam como exigência para a caracterização do princípio da serendipidade, a existência de algum tipo de relação, continência ou conexão entre o crime investigado e a prova encontrada fortuitamente. A conexão e a continência são institutos previstos nos artigos 76 e 77 do Código de Processo Penal, e definem a competência, como se observa:

> Art. 76. A competência será determinada pela conexão: I - se, ocorrendo duas ou mais infrações, houverem sido praticadas, ao mesmo tempo, por várias pessoas reunidas, ou por várias pessoas em concurso, embora diverso o tempo e o lugar, ou por várias pessoas, umas contra as outras; II - se, no mesmo caso, houverem sido umas praticadas para facilitar ou ocultar as outras, ou para conseguir impunidade ou vantagem em relação a qualquer delas; III - quando a prova de uma infração ou de qualquer de suas circunstâncias elementares influir na prova de outra infração.
>
> Art. 77. A competência será determinada pela continência quando: I - duas ou mais pessoas forem acusadas pela mesma infração; II - no caso de infração cometida nas condições previstas nos arts. 51, § 1º, 53, segunda parte, e 54 do Código Penal. (BRASIL, 1941, p. s. n.)

Nestor Távora e Rosmar Rodrigues Alencar (2016) entendem que é fundamental a existência de conexão ou continência entre o fato investigado e a prova encontrada.

Além disso, a comunicação imediata ao juízo competente acerca da prova encontrada fortuitamente é outro requisito indispensável para a caracterização do princípio da serendipidade. Esse requisito se torna ainda mais importante quando se trata de terceiro envolvido na prática criminosa, e se este terceiro tiver algum tipo de prerrogativa de função.

E com o encontro fortuito de provas de envolvimento de terceiro com prerrogativa de foro em crime conexo ou continente com o inicialmente investigado, faz-se necessária a remessa dos autos ao juízo competente, tendo em vista que a incompetência do juízo é uma causa de nulidade processual.

A autoridade policial deve ainda evitar excessos e arbitrariedades durante o cumprimento da diligência, para que não exista nenhum tipo de

desvio de finalidade do mandado, como ensina Aury Lopes Junior (2016, p. 421):

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

Isso ocorre porque, como dito anteriormente, durante o cumprimento do mandado e da diligência para obtenção e produção de provas, direitos fundamentais dos indivíduos podem ser ignorados ou limitados, fazendo com que o ato de cumprimento mandado deva ser limitado ao que fora determinado no mesmo.

O contraditório e a ampla defesa também devem ser respeitados para a caracterização do princípio da serendipidade, uma vez que são institutos constitucionais presentes no sistema processual penal acusatório, adotado pelo ordenamento jurídico brasileiro.

Um exemplo capaz de ilustrar a incidência do princípio da serendipidade em um caso prático é o seguinte: durante uma investigação policial que busca provas da prática do crime de sonegação fiscal, um mandado de busca e apreensão, nos moldes do artigo 243, incisos I e II do Código de Processo Penal, deve ser cumprido na residência do indiciado, com o objetivo de obter documentos capazes de comprovar a autoria do delito. Ao cumprir a diligência, a autoridade policial revista objetos pessoais da esposa do indiciado, que não estava sendo investigada, e acaba encontrando substâncias entorpecentes entre seus pertences. É nítido que esta prova e ilícita, tendo em vista que a prova não possui nenhum tipo de conexão com o crime inicialmente investigado, havendo claro desvio de finalidade do cumprimento do mandado. Nessa situação narrada, as provas obtidas contra a esposa do indiciado devem servir para o oferecimento de uma nova *notitia criminis.* Ou seja, para o início de uma nova investigação acerca de crime novo.

Sobre o tema, Renato Brasileiro de Lima (2016, p. 848) estabelece que:

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

Com isso, é evidente que no caso hipotético apresentado a prova encontrada fortuitamente é ilícita, ou seja, não servem para ser utilizadas no mesmo processo, especialmente pelo fato de que os atos praticados pela autoridade policial não estavam alinhados ao mandado que determinou a busca e apreensão.

No que diz respeito ao objetivo da teoria da serendipidade, Eugênio Pacelli (2017, p. 369) explica que: “Ateoria, portanto, presta-se a justificar a adoção de medidas acautelatórias em favor da proteçãodo direito à intimidade e/ou privacidade, de modo a impedir o incentivo à prática do abusoautoridade”.

Bastante acertado esse posicionamento do referido autor, tendo em vista que em determinadas situações, a produção e obtenção de provas ignora ou limita direitos fundamentais protegidos até mesmo pela Constituição Federal. E portanto, de maneira contrária, se admitir a licitude de uma prova obtida através do desfio de finalidade de um mandado seria como a liberação para que autoridades policiais violassem ainda mais garantias fundamentais dos investigados, que independente da posição que ocupam no processo penal, ainda assim são sujeitos de direitos.

Vencida a etapa de apresentação de conceitos e requisitos para a aplicação do princípio da serendipidade, importante discutir a classificação apresentada pela doutrina, que se resume em dividir a serendipidade em primeiro e segundo grau.

Nestor Távora e Rosmar Rodrigues Alencar (2016), alinhados com o posicionamento de Luiz Flávio Gomes (2009), estabelecem que a serendipidade de primeiro grau se caracteriza quando a prova obtida casualmente tem relação com os fatos objeto do processo que deu causa ao mandado, e desde que estejam presentes os requisitos já amplamente discutidos anteriormente.

No que diz respeito à serendipidade de segundo grau, esta se faz presente quando fatos que não possuem ligação com os fatos investigados

ensejaram na obtenção da prova fortuita. Segundo Nestor Távora e Rosmar Rodrigues Alencar (2016), a serendipidade de segundo grau possui algumas características, como por exemplo: a prova encontrada diz respeito a crime diferente do inicialmente investigado e deu causa à diligência; quando o crime cuja prova foi obtida foi cometido por indivíduo diferente do inicialmente investigado sem que haja concurso de pessoas; quando restar claro que o fato descoberto não tem desdobramento histórico com o fato que deu casa à diligência; e também quando a prova obtida de maneira fortuita se refere a relação entre advogado e cliente.

Acerca dessa última característica, destaca-se a inviolabilidade do escritório de advocacia, tendo em vista a previsão o inciso II, do artigo 7º do Estatuto da Advocacia e da Ordem dos Advogados do Brasil:

> Art. 7º São direitos do advogado: [...] II – a inviolabilidade de seu escritório ou local de trabalho, bem como de seus instrumentos de trabalho, de sua correspondência escrita, eletrônica, telefônica e telemática, desde que relativas ao exercício da advocacia; [...]. (BRASIL, 1994, p. s. n.)

Renato Brasileiro de Lima (2016) leciona que os escritórios de advocacia somente podem ser alvos de busca e apreensão quando o mandado for cumprido com a presença de um representante da Ordem dos Advogados do Brasil, sendo proibido o uso dos documentos, mídias e objetos relativos à relação entre advogado e cliente. O principal objetivo do artigo supramencionado é garantir o sigilo profissional entre o advogado e seus clientes.

Sobre essa classificação da serendipidade em primeiro e segundo grau, assim se posiciona o Supremo Tribunal Federal:

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

> CRIMES NA INSTRUÇÃO CRIMINAL. IMPOSSIBILIDADE. AUSÊNCIA DE ACUSAÇÃO E DE DEFESA. DESENTRANHAMENTO DAS PROVAS. ORDEM PARCIALMENTE CONCEDIDA. [...] 5. Legalidade do deferimento de diligências requeridas no bojo da denúncia, para o fim de apurar a possível prática de outros crimes, além daqueles narrados na denúncia. Estreita ligação entre os fatos apurados na ação penal de origem e aqueles averiguados na "Operação Anaconda". Caso legítimo de "descoberta fortuita" em investigação criminal. Razoabilidade. 6. O deferimento de diligências para apurar outros fatos, diversos daqueles narrados na denúncia, não configurou violação ao procedimento do contraditório preambular previsto nos artigos 4º e 5º da Lei n° 8.038/90, pois a decisão impugnada determinou, textualmente, a notificação dos acusados para oferecer resposta preliminar aos termos da denúncia. [...]. (BRASILIA, 2007, p. s. n.)

Percebe-se então da análise do julgado supramencionado, que o paciente do *Habeas Corpus* buscava o trancamento da ação penal, sob a justificativa que a prova encontrada fortuitamente era ilícita. A ordem foi concedida parcialmente no sentido de desentranhar as provas fortuitas do processo, uma vez que não passaram pelo crivo da ampla defesa, e o Ministério Público ainda nem havia oferecido denúncia. Este é um exemplo de serendipidade de segundo grau. Ponto importante do julgado é a demonstração que, se houver encontro fortuito de provas, estas devem respeitar a ampla defesa e o contraditório, institutos presentes no devido processo legal.

A partir do exposto, compreende-se que se fizer presente a serendipidade de segundo grau, a prova será considera ilícita no processo que ensejou no mandado que deu causa à sua obtenção, e por consequência, as provas dela decorrentes também serão consideradas ilícitas. Dessa forma, a teoria dos frutos da árvore envenenada deve ser aplicada ao caso concreto, como estabelece o artigo 157, § 1º do Código de Processo Penal:

> Art. 157. São inadmissíveis, devendo ser desentranhadas do processo, as provas ilícitas, assim entendidas as obtidas em violação a normas constitucionais ou legais. § 1º. São também inadmissíveis as provas derivadas das ilícitas, salvo quando não evidenciado o nexo de causalidade entre umas e outras, ou quando as derivadas puderem ser obtidas por uma fonte independente das primeiras. (BRASIL, 1941, p. s. n.)

Mesmo que a prova não possa ser utilizada no processo que originou a

diligência onde a mesma foi obtida fortuitamente, ela pode dar causa a uma nova *notitia criminis*, como explicitado anteriormente, onde uma determinação judicial autônoma é necessária para a produção de novas provas, com o objetivo de comprovar o que fora constatado.

Outro ponto importante diz respeito à possibilidade de a prova obtida fortuitamente servir para absolver o réu. Mesmo que a doutrina não se posicione acerca do tema, ao analisar o sistema processual penal brasileiro, seu caráter acusatório e também a Constituição Federal de 1988, bem como o aceite pela doutrina e jurisprudência de provas ilícitas para absolvição do réu diante de determinadas circunstâncias, entende-se que é possível a utilização da prova fortuita em benefício do réu.

Além disso, pode-se discutir também a necessidade da realização de nova diligência quando se faz presente o fenômeno abordado no presente estudo. A doutrina, mais uma vez, não se posiciona acerca do assunto, enquanto a jurisprudência já demonstra que admite a prova desde que seja possível aplicar a teoria da serendipidade, caso contrário, não sendo possível aplicar o referido princípio às provas obtidas fortuitamente, é preciso a realização de nova diligência, sob pena da prova ser considerada nula.

Após a apresentação deste capítulo, passa-se então a estudar casos emblemáticos acerca da teoria da serendipidade e o encontro fortuito de provas durante diligências investigativas.

2. O PRINCÍPIO DA SERENDIPIDADE SEGUNDO OS TRIBUNAIS SUPERIORES

A obtenção de provas de maneira fortuita é um tema que gera grandes discussões e posicionamentos diversos entre a jurisprudência e a doutrina especializada, especialmente pelo fato de não ser um tema positivado dentro do ordenamento jurídico brasileiro. A maior das divergências se resumo à relativização dos direitos dos investigados, como a intimidade, vida privada, inviolabilidade do domicílio e outros que devem ser limitados no momento do cumprimento das diligências investigativas.

Mesmo que uma interceptação telefônica tenha sido autorizada para que um crime seja apurado pela polícia, questiona-se ainda a possibilidade de utilizar elementos probatórios obtidos fortuitamente durante a investigação, principalmente no que diz respeito a outros crimes e em relação a outras pessoas.

Já no que diz respeito a uma busca e apreensão para apreensão de computadores e celulares, por exemplo, pode ocorrer que, durante o cumprimento da diligência, investigadores apreendam outros objetivos, como armas e drogas, se estes forem também encontrados na residência.

Dessa maneira, vislumbram-se fatos que saíram do desdobramento comum das investigações, sendo que a validade das provas encontradas fortuitamente tem direta ligação com a forma com que a diligência se cumpriu. Se houver desvio de sua finalidade, a prova não deve ser considerada válida, enquanto se não houver desvio, a prova pode sim ser considerada válida.

Isto posto, o presente capítulo é responsável por fazer uma breve análise dos posicionamentos dos Tribunais Superiores acerca do tema, especialmente no que diz respeito a duas diligências comuns de se encontrar provas fortuitamente, quais sejam, as interceptações telefônicas e os mandados de busca e apreensão.

2.1 NAS INTERCEPTAÇÕES TELEFÔNICAS

A interceptação telefônica tem como principal objetivo produzir e obter provas durante investigações criminais e durante a fase de instrução processual penal, devendo ser autorizada judicialmente, e cumprir determinados requisitos previstos pela Lei nº 9.296, de 24 de julho, de 1996, que regulamenta o inciso XII, parte final, do artigo 5º da Constituição Federal. Assim estabelece o artigo 2º da referida Lei:

> Art. 2° 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. (BRASIL, 1996, p. s. n.)

Percebe-se então que, ao analisar o pedido, o magistrado identificar que há indícios razoáveis de autoria ou participação, que a medida é imprescindível, e que o fato investigado constitui crime punido com reclusão, o juiz deve então conceder a medida.

Ou seja, deve haver algum tipo de indício do cometimento do crime, não sendo possível a interceptação de prospecção, que acontece quando não existe indícios fortes de autoria do fato criminoso.

Dessa maneira, diante dos requisitos para a concessão da interceptação telefônica, importante estudar como uma prova encontrada fortuitamente durante o cumprimento dessa medida excepcional pode ser considerada válida ou inválida no processo penal.

Inicialmente, a jurisprudência que prevalecia no Superior Tribunal de Justiça era a obtida no julgamento do Recurso Ordinário em Habeas Corpus nº 28.794, oriundo do Rio de Janeiro, com relatoria da Ministra Laurita Vaz, julgado em 06 de dezembro de 2012. Na referida decisão, destacou-se a necessidade de conexão e continência entre o caso investigado e a prova encontrada fortuitamente para que a mesma tenha sua validade verificada, caso a prova seja relacionada a crime pretérito. Já se a prova dizer respeito a delitos futuros, não são exigidos os requisitos da conexão ou continência para que ela seja considerada um meio de prova válida. (BRASILIA, 2012)

Contudo, há uma decisão mais recente, no próprio Superior Tribunal de Justiça, sobre o mesmo tema, proferida em 25 de outubro de 2017, no Habeas Corpus 376927, oriundo do Espírito Santo. No referido julgado, adotou-se a teoria da serendipidade, mesmo que não exista conexão ou continência entre o crime investigado inicialmente e a prova encontrada fortuitamente. (BRASILIA, 2017)

Desta forma, verifica-se que o atual posicionamento da Corte é no sentido de adotar a teoria da serendipidade. Ou seja, consideram válidas as provas obtidas fortuitamente pela investigação, mesmo que relacionadas a delito ainda desconhecido, desde que a diligência que deu causa ao encontro

tenha sido autorizada de maneira regular, e que não tenha sua finalidade desviada durante sua execução. (BRASILIA, 2017)

A Suprema Corte brasileira também comunga desse mesmo entendimento no que diz respeito a obtenção fortuita de provas, reiterando a validade das provas obtidas, mesmo que não haja conexão ou continência entre os delitos, como pode-se observar a partir da decisão proferida no Habeas Corpus nº 137.438, de 26 de maio de 2017, de relatoria do Ministro Luiz Fux. O referido julgado valorou provas encontradas de maneira fortuita, relacionadas a crimes diferentes do inicialmente investigado, no que tange às interceptações telefônicas regularmente autorizadas. (BRASILIA, 2017)

Em outra decisão do Supremo Tribunal Federal, também proferida no ano de 2017, em treze de junho, no Habeas Corpus nº 12.9678, oriundo de São Paulo, houve um julgamento em um caso prático de serendipidade durante uma interceptação telefônica. No referido caso, o investigado estava sendo acusado pela prática do crime de tráfico de drogas, sendo que durante uma interceptação telefônica, o constatou-se que o mesmo havia sido partícipe de um homicídio. Ao julgar o caso, o Ministro Alexandre de Moraes tratou a prova obtida fortuitamente como válida, mesmo que não houvesse nenhuma conexão com o crime inicialmente investigado, uma vez que não havia a presença dos elementos capazes de invalidar a prova, como desvio de finalidade ou fraude. (BRASILIA, 2017)

Dessa forma, no caso em tela, a Suprema Corte julgou um caso de serendipidade de segundo grau, uma vez que o fato fortuito não serviu como prova no processo em questão, porém, serve como *notitia criminis*, para o início de uma nova investigação. A defesa buscou invalidar a prova, uma vez que a mesma não tinha conexão com o crime inicialmente investigado, entretanto, não houve desvio de finalidade e nem fraude na obtenção da referida prova, tendo a Suprema Corte a validado.

Da análise do julgado, é possível identificar que não houve qualquer vício capaz de invalidar a prova, e mesmo que os fatos criminosos não tenham ligação, ainda assim a prova foi considerada válida, uma vez que o conhecimento do homicídio pela investigação ocorreu por meio de um

desdobramento natural da interceptação feita para a apuração do crime de tráfico de drogas.

Verifica-se então que o Supremo Tribunal Federal e o Superior Tribunal de Justiça entendem que as provas encontradas fortuitamente são válidas, mesmo que não haja conexão com o crime inicialmente investigado, especialmente quando se trata de interceptações telefônicas, conforme extrai-se dos julgados apresentados. Entretanto, não deve haver desvio de finalidade da diligência, e nem fraudes ou excessos em seu cumprimento.

2.2 NA BUSCA E APREENSÃO

A Constituição Federal de 1988 traz diversos fundamentos e princípios em defesa dos direitos individuais dos cidadãos, mas muitos sofrem limitações no sentido de serem relativizados diante de determinadas situações excepcionais.

Acerca dessa proteção dos direitos dos indivíduos, assim estabelece o artigo 5º, inciso XI, da Carta Magna, acerca da inviolabilidade do domicílio:

> Art. 5º Todos são iguais perante a lei, sem distinção de qualquer natureza, garantindo-se aos brasileiros e aos estrangeiros residentes no País a inviolabilidade do direito à vida, à liberdade, à igualdade, à segurança e à propriedade, nos termos seguintes: [...] XI - 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; [...]. (BRASIL, 1988, p. s. n.)

Percebe-se que a referida norma estabelece a inviolabilidade da residência, entretanto, prevê também exceções, como é o caso da determinação judicial, que autorize a busca e apreensão.

Destaca-se que o Supremo Tribunal Federal já se posicionou contrariamente ao mandado de busca e apreensão genérico, ou seja, sem fundamentação ou caracterização do objeto a ser buscado e apreendido suficientes para sustentar a relativização do referido direito.

Dessa forma, o mando de busca e apreensão deve versar sobre objetivo determinado, e durante o cumprimento de um mandado regular, se a

investigação encontrar fortuitamente objetivo diferente do inicial, pode este ser considerado como prova válida.

O Superior Tribunal de Justiça, proferiu decisão no Recurso em Habeas Corpus nº 45.267, oriundo do Distrito Federal, ao analisar a incidência da teoria da serendipidade em um mandado de busca e apreensão. O referido mandado versava sobre documentos e mídias a serem apreendidos em certo imóvel de propriedade da investigada, que era suspeita de receber propina em virtude de seu cargo público. Porém, durante o cumprimento do mesmo, a polícia apreendeu material que posteriormente seria identificado como sendo do cônjuge da investigada.

Ao analisar o referido documento, verificou-se que o mesmo também participara do suposto esquema, especialmente no que diz respeito à lavagem do dinheiro recebido por sua esposa. Dessa maneira, o esposo também passou a ser investigado e através de um Habeas Corpus, buscou o reconhecimento da ilegalidade da prova obtida fortuitamente na residência do casal.

Contudo, o Superior Tribunal de Justiça posicionou-se a favor da licitude da prova, uma vez que era difícil para a polícia identificar a quem pertencia o objeto apreendido, tendo em vista que a residência era comum do casal, e nela habitavam e trabalhavam. (BRASILIA, 2014)

CONSIDERAÇÕES FINAIS

O presente trabalho de conclusão de curso buscou estudar o princípio da serendipidade e como os tribunais superiores lidam com sua aplicação aos casos concretos.

Verificou-se então, resumidamente, que o princípio da serendipidade diz respeito ao encontro fortuito de uma prova diversa da que era buscada inicialmente pela investigação ou cumprimento de alguma diligência investigativa.

Destaca-se que a serendipidade, como observado durante a pesquisa, divide-se em primeiro e segundo grau. Acerca da serendipidade de primeiro

grau, é possível identificar um nexo causal em relação a prova encontrada fortuitamente e o crime investigado originariamente. Já na serendipidade de segundo grau, não há ligação do crime investigado inicialmente e a prova encontrada.

O fenômeno pode acontecer em diversos tipos de investigações e diligências, como por exemplo, quebra de sigilo bancário e fiscal, flagrante, colaboração premiada, dentre outros, mas é nas interceptações telefônicas e no cumprimento de mandados de busca e apreensão que o encontro fortuito de provas acontece de maneira mais corriqueira.

E foi neste sentido o estudo realizado no segundo capítulo do presente trabalho, qual seja, o posicionamento dos Tribunais Superiores acerca da validade das provas encontradas fortuitamente nas interceptações telefônicas e no cumprimento de mandados de busca e apreensão.

Concluiu-se que a jurisprudência admite e entende como válida a prova encontrada fortuitamente, independentemente se há a incidência da teoria da serendipidade de primeiro ou segundo graus, desde que não haja desvio de finalidade da investigação, e nem a presença de abusos nos cumprimentos dos mandados.

O posicionamento dos Tribunais Superiores acerca do encontro fortuito da prova é bastante acertado, tendo em vista que as provas encontradas de maneira inesperada durante uma operação policial devem sim ser consideradas lícitas, e devem ser usadas para fundamentar o início de novas investigações, desde que tais provas tenham sido encontradas de maneira legal, sem o cometimento de arbitrariedades ou qualquer outro ato que possa macular a operação policial.

REFERÊNCIAS BIBLIOGRÁFICAS

BRASIL. [Código de Processo Penal (1941)]. **Decreto-Lei nº 3.689, de 3 de outubro de 1941.** Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/decreto-lei/del3689compilado.htm. Acesso em: 8 de nov. de 2022.

BRASIL. [Constituição Federal (1988)]. **Constituição da República Federativa do Brasil de 1988.** Disponível em: https://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/constituicao.htm. Acesso em:

16 de set. de 2022.

BRASIL. **Lei nº 8.906, de 4 de julho de 1994.** Dispõe sobre o Estatuto da Advocacia e a Ordem dos Advogados do Brasil (OAB). Disponível em: https://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/l8906.htm. Acesso em: 8 de out. de 2022.

BRASIL. **Lei nº 9.296, de 24 de julho, de 1996.** Regulamenta o inciso XII, parte final, do art. 5° da Constituição Federal. Disponível em: https://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/l9296.htm. Acesso em: 22 de set. de 2022.

BRASILIA. **Superior Tribunal de Justiça: Habeas Corpus 376927.** Penal. Habeas Corpus substitutivo de recurso próprio. Inadequação; Advocacia administrativa qualificada. Nulidade. Interceptação telefônica. Encontro fortuito de provas (Serendipidade). Crime punido com detenção. Possibilidade. Prova lícita. Trancamento do Processo Penal. Tipicidade da conduta. Ocorrência. Justa causa. Para a persecução penal evidenciada. Lastro nas provas cautelares. Habeas Corpus não reconhecido. Relator Ministro Ribeiro Dantas, julgado em 25 de outubro de 2017. Disponível em: https://www.jusbrasil.com.br/jurisprudencia/stj/861088418/inteiro-teor-861088439. Acesso em: 5 de out. de 2022.

BRASILIA. **Superior Tribunal de Justiça: Recurso em Habeas Corpus nº 28.794 - RJ.**Recurso Ordinário em Habeas Corpus. Crime de corrupção passiva. Trancamento da ação penal. Interceptação telefônica. Prorrogação do monitoramento. Viabilidade. Ilegalidade não demonstrada. Identificação de terceiro relacionado com o objeto da investigação. Possibilidade. Ausência de ilicitude das provas. Fenômeno da Serendipidade. Inépcia da denúncia. Inocorrência. Desnecessidade de descrição do dolo do agente. Precedente. Recurso desprovido. Relatora Ministra Laurita Vaz, julgado em 06 de dezembro de 2012. Disponível em: https://www.stj.jus.br/websecstj/cgi/revista/REJ.cgi/ITA?seq=1201301&tipo=0&nreg=201001405121&SeqCgrmaSessao=&CodOrgaoJgdr=&dt=20121213&formato=PDF&salvar=false. Acesso em: 11 de out. de 2022.

BRASILIA. **Superior Tribunal de Justiça: Recurso Ordinário em Habeas Corpus nº 28.794.**Recurso Ordinário em Habeas Corpus. Crime de corrupção passiva. Trancamento da ação penal. Interceptação telefônica. Prorrogação do monitoramento. Viabilidade. Ilegalidade não demonstrada. Identificação de terceiro relacionado com o objeto da investigação. Possibilidade. Ausência de ilicitude das provas. Fenômeno da Serendipidade. Inépcia da denúncia. Inocorrência. Desnecessidade de descrição do dolo do agente. Precedente. Recurso desprovido. Relatora Ministra Laurita Vaz, julgado em 06 de dezembro de 2012. Disponível em: https://www.stj.jus.br/websecstj/cgi/revista/REJ.cgi/ATC?seq=25969590&tipo=0&nreg=&SeqCgrmaSessao=&CodOrgaoJgdr=&dt=&formato=PDF&salvar=false. Acesso em: 23 de nov. de 2022.

BRASILIA. **Supremo Tribunal Federal: Agravo Regimental no Habeas Corpus 137438 SP.**Agravo Regimental no Habeas Corpus. Penal e Processo Penal. Crimes de tráfico ilícito de entorpecentes e de associação para o tráfico. Artigos 33 e 35 da Lei 11.343/06. Habeas Corpus substitutivo de Recurso Extraordinário. Inadmissibilidade. Competência do Supremo Tribunal Federal para julgar Habeas Corpus: CRFB/88, art. 102, I, D e I. Hipótese que não se amolda ao rol taxativo de competência desta Suprema Corte. Interceptação telefônica. Aplicabilidade da Teoria do Juízo Aparente. Encontro fortuito de provas. Admissibilidade. Pleito de revogação da custódia preventiva. Tema não debatido pelas instâncias precedentes. Supressão de instâncias; ausência de exame de Agravo Regimental no Tribunal quo. Óbice ao conhecimento do writ nesta corte. Inobservância do Princípio da Colegialidade. Inexistência de constrangimento ilegal. Agravo Regimental desprovido. Relator Ministro Luiz Fux, julgado em 06 de setembro de 2017. Disponível em: https://portal.stf.jus.br/processos/detalhe.asp?incidente=5058674. Acesso em: 6 de set. de 2022.

BRASILIA. **Supremo Tribunal Federal: Habeas Corpus HC 84224 DF.**Habeas Corpus. Penal e Processual Penal. Denúncia. Corrupção ativa. Inépcia. Inocorrência. Atipicidade da conduta. Análise detida de provas. Impossibilidade na via do writ. Deferimento da realização de diligências para apurar a prática de outros crimes, diversos dos contidos na denúncia. Possibilidade. Contexto da operação “anaconda”. Violação ao direito de defesa preliminar previsto pela lei n° 8.038/90. Improcedência. Contraditório e devido processo legal observados, em relação aos fatos imputados. Análise da prática de outros crimes na instrução criminal. Impossibilidade. Ausência de acusação e de defesa. Desentranhamento das provas. Ordem parcialmente concedida. Relator Ministro Gilmar Mendes, 2007. Disponível em: https://www.jusbrasil.com.br/jurisprudencia/stf/14729502. Acesso em: 19 de set. de 2022.

GOMES, Luiz Flávio. **Legislação Criminal Especial.** São Paulo: Revista dos Tribunais, 2010.

LIMA, Renato Brasileiro de. **Manual de processo penal.** Salvador: JusPodivm, 2016.

LOPES JUNIOR, Aury. **Direito Processual Penal.** São Paulo: Saraiva, 2016.

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

TÁVORA, Nestor; ALENCAR, Rosmar Rodrigues. **Curso de direito processual penal.** Salvador: Juspodivm, 2016.