| FACULDADE DE DIREITO E CIÊNCIAS SOCIAIS DO LESTE DE MINAS | 3 - |
|---|-----|
| FADILESTE | |

DEIVID DE SOUZA PEREIRA

O ENCONTRO FORTUITO DE PROVAS DURANTE UMA INVESTIGAÇÃO POLICIAL E SUA UTILIZAÇÃO DURANTE O PROCESSO JUDICIAL

DEIVID DE SOUZA PEREIRA

O ENCONTRO FORTUITO DE PROVAS DURANTE UMA INVESTIGAÇÃO POLICIAL E SUA UTILIZAÇÃO DURANTE O PROCESSO JUDICIAL

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: Jaime Ribeiro de Oliveira Junior.

O ENCONTRO FORTUITO DE PROVAS DURANTE UMA INVESTIGAÇÃO POLICIAL E SUA UTILIZAÇÃO DURANTE O PROCESSO JUDICIAL

Deivid de Souza Pereira

RESUMO

O presente trabalho de conclusão de curso tem como objetivo estudar o encontro fortuito de provas durante uma investigação policial, fenômeno este conhecido como serendipidade, e a utilização das referidas provas durante o processo judicial. Quando ocorre o fenômeno da serendipidade, o ordenamento jurídico não determina qual conduta a ser seguida pela autoridade policial e nem mesmo pelo magistrado, com isso, surge o questionamento acerca da ilicitude – ou não – das provas encontradas de maneira fortuita para fundamentar uma decisão. A presente pesquisa irá abordar a maneira como a jurisprudência e as doutrinas penais especializada tratam a obtenção de provas de maneira acidental, analisando suas limitações e requisitos a serem preenchidos para suas validações em casos onde o fenômeno acontece com maior frequência, como nos casos de interceptação telefônica, busca e apreensão O trabalho será realizado por meio de uma revisão bibliográfica, onde serão consultados livros, artigos, periódicos e jurisprudências disponíveis relacionados ao tema, independente da forma de publicação, seja esta virtual ou física.

Palavras-chave: Processo Penal. Serendipidade. Licitude de provas.

ABSTRACT

This course conclusion work aims to study the fortuitous encounter of evidence during a police investigation, a phenomenon known as serendipity, and the use of such evidence during the judicial process. When the phenomenon of serendipity occurs, the legal system does not determine which conduct to be followed by the police authority or even by the magistrate, with this, the question arises about the illegality – or not – of the evidence found in a fortuitous way to substantiate a decision. This research will address the way in which jurisprudence and specialized criminal doctrines deal with the accidental acquisition of evidence, analyzing its limitations and requirements to be fulfilled for its validations in cases where the phenomenon occurs more frequently, such as in cases of interception telephone, search and seizure The work will be carried out through a bibliographic review, where books, articles, periodicals and available jurisprudence related to the subject will be consulted, regardless of the form of publication, whether virtual or physical.

Keywords: Criminal Procedure. Serendipity. License of evidence.

INTRODUÇÃO

Tendo em vista a relevância que as provas possuem no processo penal e as discussões doutrinárias e jurisprudenciais, o presente trabalho de conclusão de curso trata do encontro fortuito de provas durante uma investigação policial, fenômeno também conhecido como Princípio da Serendipidade, ou como também é conhecido pela doutrina, o encontro casual de provas.

A discussão sobre o assunto se faz presente quando, por meio de uma diligência policial, provas são obtidas de maneira fortuita. Quando ocorre o

fenômeno da serendipidade, o ordenamento jurídico não determina qual conduta a ser seguida pela autoridade policial e nem mesmo pelo magistrado, com isso, surge o questionamento acerca da ilicitude – ou não – das provas encontradas de maneira fortuita para fundamentar uma decisão.

Dessa forma, o trabalho abordará assuntos relacionados à admissibilidade das provas encontradas fortuitamente no processo penal, aprofundando-se no estudo acerca da licitude das provas, buscando verificar se a presença do fenômeno da serendipidade torna uma prova ilícita.

É possível identificar a presença do fenômeno nas interceptações telefônicas e também no cumprimento de mandados de busca e apreensão. No que tange às interceptações telefônicas, o procedimento é tratado pela Lei nº 9.296, de 24 de julho de 1996¹, que regulamenta o inciso XII, parte final, do art. 5° da Constituição Federal², e relativiza o Direito à Privacidade. Enquanto que o procedimento de busca e apreensão relativiza o Princípio da Inviolabilidade do Domicílio.

Ou seja, os procedimentos acima listados acabam relativizando direitos individuais, o que exige do Estado ao realizá-los, um cuidado especial para que outros direitos dos indivíduos não sejam feridos, invalidando tais ações.

A presente pesquisa irá abordar a maneira como a jurisprudência e as doutrinas penais especializada tratam a obtenção de provas de maneira acidental, analisando suas limitações e requisitos a serem preenchidos para suas validações em casos onde o fenômeno acontece com maior frequência, como nos casos de interceptação telefônica e busca e apreensão, especialmente por conta de não haver previsão expressa em nosso ordenamento jurídico acerca do assunto, demonstrando então a importância do estudo do tema, tanto na seara prática quanto no campo acadêmico.

Isto posto, este trabalho de conclusão buscará responder ao seguinte questionamento: É possível a utilização de provas encontradas fortuitamente durante uma investigação policial para fundamentar o início de outro processo judicial contra autores diferentes dos inicialmente investigados?

O trabalho possui, como objetivo geral, demonstrar se existe a possibilidade de iniciar um novo processo pura e simplesmente com base nas novas provas encontradas de maneira fortuita durante uma investigação policial.

Como objetivos específicos, o trabalho buscará apresentar brevemente o sistema probatório brasileiro, demonstrando o conceito de provas e também os meios de obtenção de provas; estudar a presença do fenômeno da serendipidade nas interceptações telefônicas e também no procedimento de busca e apreensão.

² Legislação conforme: BRASIL. [Constituição Federal (1988)]. **Constituição da República Federativa do Brasil de 1988.** Brasília, DF: Presidência da República, 1988. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil 03/constituicao/constituicao.htm.

¹ Legislação conforme: BRASIL. **Lei nº 9.296, de 24 de julho de 1996.** Regulamenta o inciso XII, parte final, do art. 5° da Constituição Federal. Brasília, DF: Presidência da República, 1966. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil 03/leis/l9296.htm.

O trabalho será realizado por meio de uma revisão bibliográfica, onde serão consultados livros, artigos, periódicos e jurisprudências disponíveis relacionados ao tema, independente da forma de publicação, seja esta virtual ou física.

1 O SISTEMA PROBATÓRIO BRASILEIRO

Atualmente, no direito processual penal pátrio, tem-se que o tema provas como um dos mais importantes, tendo em vista que ele está intimamente ligado com o alcance da tão desejada verdade real.

Para o estudo da importância das provas no processo penal é indispensável que se debata a respeito da verdade que o processo penal tanto persegue.

A busca pela verdade pelo direito penal já foi motivo para a prática de técnicas desumanas em suspeitos que muitas das vezes sofriam penalizações severas durante as investigações, com o objetivo de se alcançar a confissão do investigado (VAZ, 2018).

De acordo com Marcus Vinicíus Pimenta Lopes (2013, p. 120-121):

Há de se reconhecer que a justiça de uma decisão está intimamente ligada a uma correta verificação dos fatos sobre os quais se fundam as pretensões das partes. A busca pela verdade é o que legitima a atividade jurisdicional, porém, isso não significa que a verdade é um valor absoluto, cuja perseguição deva ser feita a todo custo, muito pelo contrário, diversas normas incidem sobre a produção probatória e impõe limites à atividade de pesquisa de dados e conhecimentos sobre os fatos. Sendo assim, a verdade alcançada pelo processo sempre será uma verdade relativa.

Conforme entendimento acima, percebe-se que a verdade atingida durante o processo criminal como um todo não é absoluta, entretanto, se foram respeitados alguns Princípios e se foi seguido um procedimento autêntico, é pelo menos uma verdade processual, e dessa forma, pode-se considerar a decisão ao fim do processo como imparcial e justa, onde foi alcançado o objetivo do processo penal.

1.1 Conceito de provas

Para que possamos compreender qual o conceito da expressão provas no contexto atual, é importante que analisemos o entendimento de Guilherme de Souza Nucci (2015, p. 343): "O termo prova origina-se do latim, que significa verificação, inspeção, exame, confirmação. Dele deriva o verbo provar, significando verificar, examinar, aprovar, estar satisfeito com algo, demonstrar".

Ainda segundo o autor:

Há fundamentalmente três sentidos para o termo prova: o ato de provar, que é o processo pelo qual se verifica a exatidão ou a verdade do fato alegado, o meio, que é o instrumento pelo qual se demonstra a verdade do fato, servindo como um canal de informação

de que se vale o juiz para a obtenção dos elementos de prova, e o resultado da ação de provar, que é o produto extraído da análise dos instrumentos de prova oferecido, demonstrando a existência ou inexistência de um fato. (NUCCI, 2015, p. 343-344).

Seguindo esse mesmo entendimento, verifica-se que, segundo Alexandre Cebrian Araújo Reis e Victor Eduardo Rios Gonçalves (2017, p. 259):

A convicção do julgador, contudo, não pode repousar em critérios arbitrários, devendo advir, necessariamente, de construção lógica, o que reclama a análise de elementos aptos a transmitir informações relativas a um fato.

Não muito diferente dos posicionamentos acima apresentados, Daniel Penteado de Castro (2013, p. 119) conceitua prova segundo duas óticas diferentes:

A objetiva (meios destinados a fornecer ao juiz o conhecimento da verdade dos fatos deduzidos em juízo), e a subjetiva (a que se forma no espirito do juiz, seu principal destinatário quanto à verdade dos fatos).

1.2 Meios de obtenção de prova

As provas são obtidas por meio de atos provatórios que limitam certos direitos do agente investigado, sendo que, por vezes, o direito mais restringido é o direito à privacidade.

Os meios de se obter uma prova são as ferramentas que se utiliza para a produção de justificativas e fundamentos com a intenção de construir a convicção de quem tais provas são direcionadas, no caso em tela, o magistrado.

Segundo Guilherme de Souza Nucci (2015, p. 342):

Há dois métodos para se demonstrar ao juízo a veracidade dos fatos alegados, os meios de obtenção de provas diretas e os meios de obtenção de provas indiretas. O primeiro é o que se vincula diretamente ao objeto/fato objetivado, e o segundo, é o que necessita de interposto fator, elemento ou situação para atingir o fato almejado.

Os caminhos até o alcance das provas podem ser divididos entre nominados e inominados.

Enquanto os meios nominados são métodos expressos em nosso ordenamento jurídico, especialmente em nosso Código de Processo Penal, os inominados são constituídos dos meios que não possuem nenhum tipo de previsão legal, nem estão disciplinados em leis, entretanto, são tidos como válidos e permitidos, desde que sejam resguardados os direitos e garantias individuais dos agentes investigados, ou seja, devem ser praticados de forma legal, respeitando os Princípios da Dignidade da Pessoa Humana e da Busca pela Verdade Real (TUON, 2018).

Como exemplos de meios para a obtenção de provas, podemos citar a busca

e apreensão, a capitação de imagens e sons do ambiente, quebra de sigilo bancário ou telefônico, dentre outros.

2 A PROVA E A RELATIVIZAÇÃO DAS NULIDADES

Para que um ato jurídico seja considerado perfeito é preciso que ele atenda a certos requisitos e formalidades previstos pelo Código de Processo Penal (Decreto Lei nº 3.689, de 3 de outubro de 1941) e também pela legislação extravagante.

Sabe-se que o processo penal possui natureza instrumental. Assim, é de extrema importância que os procedimentos processuais sejam realizados de acordo com certos atos, termos e solenidades que a própria Lei os reserva, em busca de concretizar o devido processo lega (AVENA, 2018).

Acerca das nulidades, Eugênio Pacelli (2017, p. 917) entende que:

A declaração de nulidade seria, assim, a consequência jurídica da prática irregular de ato processual, seja pela não observância da forma prescrita em lei, seja pelo desvio de finalidade surgido com a prática.

Dessa forma, percebe-se que a declaração de qualquer nulidade é, na verdade, a consequência da prática de atos sem as formalidades previstas na própria Lei.

A doutrina tem posicionamento pacificado no sentido de que a declaração de nulidade de determinado ato tem um caráter de punição pelo fato de que tal procedimento não obedeceu às formalidades impostas, gerando prejuízo a uma das partes (TÁVORA; ALENCAR, 2016).

Com isso, as nulidades devem ser vistas sobre um aspecto duplo, sendo eles o vício ou o defeito que que se faz presente no ato processual, em outras palavras, é o ato praticado sem se observar as formalidades e por isso, deve sofrer sanção judicial, sendo invalidade tal ato processual e extinguindo seus efeitos jurídicos (BONFIM, 2016).

O Código de Processo Penal prevê as nulidades entre os artigos 563 e 573.3

Como dito anteriormente, o ato para ser considerado nulo deve ter sido praticado sem a observância das formalidades, e ainda, causar dano à defesa ou à acusação, como se observa no texto do artigo 563: "Art. 563. Nenhum ato será declarado nulo, se da nulidade não resultar prejuízo para a acusação ou para a defesa". (BRASIL, 1941, p. s.n.).

Das nulidades, em especial as que dizem respeito às provas, vários são os desdobramentos prejudiciais às partes (defesa e acusação), e muitas das vezes tais

³ Legislação conforme: BRASIL. **Decreto-Lei nº 3.689, de 3 de outubro de 1941.** Código de Processo Penal. Brasília, DF: Presidência da República, 1941. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil 03/decreto-lei/del3689compilado.htm.

prejuízos podem ser desconsiderados pelos juízes e Tribunais, o que consequentemente, compromete o devido processo legal. Ou seja, acontece de os julgadores deixarem de declarar a nulidade de provas ilícitas, indo contra dispositivos constitucionais, do Código de Processo Penal e de outras leis (SOUZA, 2018).

No que se trata do encontro fortuito de provas, muitas podem ser as nulidades. Entre os artigos do Código de Processo Penal que tratam das nulidades no processo, pode-se citar o artigo 564:

A nulidade ocorrerá nos seguintes casos: I - por Art. 564. incompetência, suspeição ou suborno do juiz; II - por ilegitimidade de parte; III - por falta das fórmulas ou dos termos seguintes: a) a denúncia ou a queixa e a representação e, nos processos de contravenções penais, a portaria ou o auto de prisão em flagrante; b) o exame do corpo de delito nos crimes que deixam vestígios, ressalvado o disposto no Art. 167; c) a nomeação de defensor ao réu presente, que o não tiver, ou ao ausente, e de curador ao menor de 21 anos; d) a intervenção do Ministério Público em todos os termos da ação por ele intentada e nos da intentada pela parte ofendida, quando se tratar de crime de ação pública; e) a citação do réu para ver-se processar, o seu interrogatório, quando presente, e os prazos concedidos à acusação e à defesa; f) a sentença de pronúncia, o libelo e a entrega da respectiva cópia, com o rol de testemunhas, nos processos perante o Tribunal do Júri; g) a intimação do réu para a sessão de julgamento, pelo Tribunal do Júri, quando a lei não permitir o julgamento à revelia; h) a intimação das testemunhas arroladas no libelo e na contrariedade, nos termos estabelecidos pela lei; i) a presenca pelo menos de 15 jurados para a constituição do júri: i) o sorteio dos jurados do conselho de sentença em número legal e sua incomunicabilidade; k) os quesitos e as respectivas respostas; l) a acusação e a defesa, na sessão de julgamento; m) a sentença; n) o recurso de oficio, nos casos em que a lei o tenha estabelecido; o) a intimação, nas condições estabelecidas pela lei, para ciência de sentenças e despachos de que caiba recurso; p) no Supremo Tribunal Federal e nos Tribunais de Apelação, o quorum legal para o julgamento: IV - por omissão de formalidade que constitua elemento essencial do ato. V - em decorrência de decisão carente de fundamentação. Parágrafo único. Ocorrerá ainda a nulidade, por deficiência dos quesitos ou das suas respostas, e contradição entre estas. (BRASIL, 1941, p. s.n.).

Uma das situações de nulidade recorrente na jurisprudência se trata dos casos de cerceamento de defesa. Os princípios do contraditório e da ampla defesa são fundamentais no processo penal, como estabelece o artigo 5º, inciso LV, da Constituição Federal.⁴

De maneira análoga, assim é a previsão do artigo 155 do Código de Processo Penal:

8

⁴ Legislação conforme: BRASIL. [Constituição Federal (1988)]. **Constituição da República Federativa do Brasil de 1988.** Brasília, DF: Presidência da República, 1988. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil 03/constituicao/constituicao.htm.

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. (BRASIL, 1941, p. s.n.).

Assim, o que deve ser superado é o questionamento acerca da possibilidade de o encontro fortuito de provas violar o princípio do contraditório e da ampla defesa. Durante o processo penal, se restar presente o encontro fortuito de provas, o magistrado deve atuar de certa maneira, analisando se estão presentes certos requisitos, e em caso positivo, aplicar o princípio da serendipidade.

De outra maneira, se os requisitos não estiverem preenchidos, a nova prova encontrada deve ser tratada como nula, e ser desentranhada dos autos nos moldes do artigo 157 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. § 2º. Considera-se fonte independente aquela que por si só, seguindo os trâmites típicos e de praxe, próprios da investigação ou instrução criminal, seria capaz de conduzir ao fato objeto da prova. § 3º. Preclusa a decisão de desentranhamento da prova declarada inadmissível, esta será inutilizada por decisão judicial, facultado às partes acompanhar o incidente. § 4º. (VETADO). § 5º. O juiz que conhecer do conteúdo da prova declarada inadmissível não poderá proferir a sentença ou acórdão. (BRASIL, 1941, p. s.n.).

Nas situações em que a nova prova for considerada ilícita, os fatos novos relacionados a crimes possivelmente praticados pelo indivíduo investigado ou por pessoa diferente deve ser utilizada como fundamento para o oferecimento de uma nova notitia criminis.

Nos tópicos a seguir será analisada a presença do fenômeno da serendipidade nas interceptações telefônicas e também nos procedimentos de buscas e apreensões.

3 O FENÔMENO DA SERENDIPIDADE NAS INTERCEPTAÇÕES TELEFÔNICAS

Segundo Renato Brasileiro de Lima (2016, p. 748):

Serendipidade é o que a doutrina compreende como o encontro fortuito de um fato novo durante a busca por informações de um fato diverso, ou seja, estar à procura de uma prova e encontrar outra fortuitamente.

Segundo com o informativo número 539, emitido pelo Supremo Tribunal de Justica:

O fato de elementos indiciários acerca da prática de crime surgirem no decorrer da execução de medida de quebra de sigilo bancário e fiscal determinada para apuração de outros crimes não impede, por si só, que os dados colhidos sejam utilizados para a averiguação da suposta prática daquele delito. Com efeito, pode ocorrer o que se chama de fenômeno da serendipidade, que consiste na descoberta fortuita de delitos que não são objeto da investigação. (BRASIL, 2014, p. 21).

Segundo Sergio Ricardo de Souza (2017, p. 58):

No processo penal, ocorre o fenômeno denominado de "encontro fortuito de provas" ou "conhecimentos fortuitos" quando no decorrer de uma investigação regularmente desenvolvida no curso de determinada investigação termina-se por ter acesso a informações, com relevância penal, relativas a terceiros ou a outros fatos penalmente relevantes que extrapolam o objeto da investigação onde houve a autorização da diligencia.

Luiz Flavio Gomes e Silvio Luiz Maciel (2010, p. 591) esclarecem que:

A questão aparece com mais contundência quando se pensa na interceptação de comunicações telefônicas feita à luz da Lei n. 9692/96, as quais exigem — além da respectiva ordem de juiz competente — a presença de dois importantes requisitos: a descrição com clareza da situação ou objeto da investigação e a indicação e qualificação dos investigados, de tal modo que haja a correta individualização do fato e das pessoas que estão sob investigação.

Acontece que várias pessoas diferentes podem utilizar a linha que fora interceptada para a investigação, o que acaba produzindo uma grande quantidade de conversas, podendo gerar durante a investigação, outras ocorrências criminosas diferentes do fato concreto ou pessoas envolvidas na investigação inicial (SOUZA, 2018).

Dessa forma, com o acontecimento da obtenção fortuita de provas, inicia-se o debate a respeito da ilicitude dessas novas provas que ultrapassam os limites e objetivos para os quais fora concedido medida autorizativa da investigação (KALKMANN, 2018).

Pergunta-se então, se é possível utilizar-se dessas provas para sustentar a instauração de inquérito policial para a investigação do novo delito, e posterior ajuizamento de ação penal. Ou ainda, se a serendipidade ocorrida durante as interceptações telefônicas, ou outro meio investigativo, é válida num processo penal (OLIVIERI; VRUCK; NOVELLI, 2016).

Diante desses questionamentos, o foco do presente trabalho é apresentar, de forma direta e clara que, mesmo com os direitos e garantias constitucionais assegurados aos investigados, como a proteção da privacidade e também à

intimidade, as provas obtidas de forma fortuita deve ter sua validade aceita para que o Estado, personificado através do Poder Judiciário, não se mantenha imóvel diante de práticas criminosas, fazendo com que haja ao menos, a redução da sensação de impunidade que contamina toda a população (OLIVEIRA, 2019).

Mais uma vez, é importante deixar claro que presente pesquisa não tem a intenção de esgotar o tema, tendo em vista que o assunto é denso e extenso, sendo necessário uma grande pesquisa, debates e estudo dos casos concretos para que seja possível aplicar as provas fortuitas de maneira correta e firmar posicionamento quanto ao tema debatido (SIQUEIRA, 2016).

Neste sentido, o Superior Tribunal de Justiça votou no ano de 2013 um pedido de nulidade das interceptações telefônicas, sob alegação da defesa de que se fazia presente no caso concreto o fenômeno da serendipidade da seguinte forma:

É legítima a utilização de informações obtidas em interceptação telefônica para apurar conduta diversa daquela que originou a quebra de sigilo, desde que por meio dela se tenha descoberto fortuitamente a prática de outros delitos. Caso contrário, significaria a inversão do próprio sistema. (BRASIL, 2013, p. s.n.).

No mesmo sentido é a jurisprudência recente do Supremo Tribunal Federal, onde também foi julgado o caso de encontro fortuito de provas durante uma interceptação telefônica: "Os elementos de prova colhidos de forma fortuita em interceptação telefônica válida são legítimos à luz da teoria da serendipidade". (BRASIL, 2019, p. s.n.).

Percebe-se então que a jurisprudência consolidada das Cortes Superiores do país é pautada na admissibilidade das provas encontradas de maneira fortuita durante as interceptações telefônicas.

4 O FENÔMENO DA SERENDIPIDADE NOS PROCEDIMENTOS DE BUSCA E APREENSÃO

O procedimento da busca e apreensão está disciplinado no Capítulo XI do Código de Processo Penal brasileiro, entre os artigos 240 a 250. A busca pode ser compreendida como o procedimento realizado pelos agentes do Estado na intenção de apurar, encontrar e averiguar algo que seja importante para o procedimento penal, podendo ser realizada em locais ou pessoas.⁵

Enquanto Guilherme de Souza Nucci (2015) esclarece que a apreensão é um procedimento que retira alguma coisa de alguém para se produzir alguma prova ou proteger algum direito.

Por vezes, para se obter uma prova, como dito acima, é necessário que algum direito fundamental do investigado seja restringido. E como leciona Aury

11

⁵ Legislação conforme: BRASIL. **Decreto-Lei nº 2.848, de 7 de dezembro de 1940.** Código Penal. Brasília, DF: Presidência da República, 1940. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil 03/decreto-lei/del2848compilado.htm.

Lopes Junior (2014), importante destacar que os direitos fundamentais não são completamente absolutos, existem exceções, e é dessa maneira que o procedimento de busca e apreensão trabalha, através de medidas excepcionais.

Extrai-se então do posicionamento do referido autor, a ideia de que é necessário que alguns direitos e garantias fundamentais sejam afastadas em situações específicas, para que seja possível obter determinadas provas para a investigação criminal e posteriormente para o uso no processo penal. Entretanto, essas situações devem ser consideradas extraordinárias (MENDES, 2014).

É certo que o artigo 5°, inciso XI, da Constituição Federal de 1988 assegura a todos os indivíduos a inviolabilidade de sua residência. Entretanto, o mesmo artigo se encarrega ainda de elencar as situações onde é admissível adentrar no domicílio de alguém sem o aceite do morador.⁶

Segundo posicionamento de Aury Lopes Junior (2014), o direito à inviolabilidade de domicílio é um reflexo do Princípio da Dignidade da Pessoa Humana, do direito à intimidade e vida privada, dentre outros direitos constitucionais.

De acordo com o entendimento de Nestor Távora e Rosmar Rodrigues Alencar (2016), o procedimento de busca e apreensão pode, de acordo com sua finalidade, representar um meio de prova, uma maneira pela qual a prova será obtida, ou ser uma medida cautelar probatória.

Já no que diz respeito a autorização para a realização da busca e apreensão, esta pode ser determinada de ofício ou mesmo a pedido de alguma das partes (VAZ, 2018).

Ressalta-se que durante a investigação criminal, até o momento anterior ao início do processo penal, o ânimo deve partir da autoridade policial, através de uma representação que deve ser deferida pelo magistrado. Importante salientar que se houver algum pedido relativo à busca e apreensão, das partes envolvidas no processo ou investigação, este deve ser levado à apreciação do juiz, sendo indispensável a fundamentação e a apresentação da necessidade do pedido (TUON, 2018).

Segundo entendimento de Guilherme de Souza Nucci (2015), além de exigir a diligência, a parte deve também justificar o pedido, fundamentando-o, para que o magistrado possa atender à solicitação.

Ainda segundo o referido autor (2015), a busca e apreensão pode ser realizada durante a fase de inquérito policial, na fase de instrução ou mesmo durante a execução da pena.

Insta salientar ainda os requisitos para o mandado de busca e apreensão, conforme elucida o texto do artigo 243 do Código de Processo Penal:

12

⁶ Legislação conforme: BRASIL. [Constituição Federal (1988)]. **Constituição da República Federativa do Brasil de 1988.** Brasília, DF: Presidência da República, 1988. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil 03/constituicao/constituicao.htm.

Art. 243. O mandado de busca deverá: I - indicar, o mais precisamente possível, a casa em que será realizada a diligência e o nome do respectivo proprietário ou morador; ou, no caso de busca pessoal, o nome da pessoa que terá de sofrê-la ou os sinais que a identifiquem; II - mencionar o motivo e os fins da diligência; III - ser subscrito pelo escrivão e assinado pela autoridade que o fizer expedir. § 1º. Se houver ordem de prisão, constará do próprio texto do mandado de busca. § 2º. Não será permitida a apreensão de documento em poder do defensor do acusado, salvo quando constituir elemento do corpo de delito. (BRASIL, 1941, p. s.n.).

Ao fazer a leitura do artigo supracitado, tem-se a impressão de que o dispositivo se relaciona diretamente com o objeto do presente trabalho, tendo em vista que para se configurar o fenômeno da Serendipidade, é necessário que, de fato, haja a obtenção de provas fortuitas relacionadas a crime ou pessoas diferentes das que estavam sendo investigadas inicialmente, e que o texto do artigo mencionado exige a indicação precisa do fato, da pessoa, e do local que será alvo do mandado de busca e apreensão (SOUZA, 2018).

Imaginemos que, durante o cumprimento de um mandado de busca e apreensão, sendo claros o local e indivíduo alvo da investigação, sejam encontradas provas da participação de outras pessoas diversas da inicialmente investigada (KALKMANN, 2018).

De acordo com o que foi estudado acima, parte majoritária da doutrina e também a jurisprudência tem essa nova prova como lícita e válida, desde que preenchidos alguns requisitos. Dessa forma, é importante que, durante a investigação criminal, os agentes estatais sejam cuidadosos no cumprimento da busca e apreensão, correndo o risco de contaminarem uma prova obtida, ao ponto da mesma ser considerada ilícita (OLIVIERI; VRUCK; NOVELLI, 2016).

Entretanto, se durante o cumprimento do mandado de busca e apreensão nada for encontrado acerca do objeto da investigação, a polícia passa a vasculhar em pertences alheios, como por exemplo, no caso de um terceiro que resida com a pessoa inicialmente investigada, e então encontra alguma prova, é certo que tal prova não deve ser considerada lícita, além de não poder ser usada para fundamentar uma possível condenação penal futura na investigação que deu causa ao mandado de busca e apreensão (OLIVEIRA, 2019).

No caso em tela, especificamente, existiu uma perda da função do mandado de busca e apreensão que estava sendo cumprido, pois o mesmo é atrelado a pessoa e local anteriormente identificados. Assim, a nova prova, tem a força apenas para servir de *notitia criminis*, podendo então ser instaurada nova investigação com base na prova colhida fortuitamente (SIQUEIRA, 2016).

Em decisão do Superior Tribunal de Justiça, ao julgar o encontro fortuito de provas durante o procedimento de busca e apreensão corretamente autorizada, a Corte decidiu pela licitude das provas. Ou seja, afastou a aplicação do artigo 157 do

Código de Processo Penal ao caso concreto.7

Contudo, vale destacar que, para que as provas sejam válidas, elas devem preencher alguns requisitos, como a relação entre os crimes e as pessoas inicialmente investigadas.

No caso da busca e apreensão, o juiz, ao analisar o caso concreto, deve se atentar ao fato de que se o mandado à respeito das determinações legais foi praticado sem abuso ou sem ter se desviado do objetivo inicialmente proposto, entre outros pontos importantes para a validação da prova encontrada acidentalmente. (MENDES, 2014)

Dessa forma, tanto a doutrina quanto a jurisprudência, concordam com o fato de tornarem lícitas as provas obtidas de maneira fortuita durante o cumprimento dos mandados de busca e apreensão, aplicando o Princípio da Serendipidade. Contudo, mesmo que cada situação fática deva ser analisada separadamente, não é possível considerar válida uma prova que fere de forma patente direitos e garantias fundamentais dos investigados (VAZ, 2018).

CONSIDERAÇÕES FINAIS

Importante finalizar o presente trabalho destacando que, sobre o encontro fortuito de provas, não existe nenhuma previsão legal que trata diretamente do assunto. E assim, a própria doutrina em conjunto com a jurisprudência deve apresentar o caminho a ser seguido pelos julgadores.

Ao fim dessa pesquisa, verifica-se a possibilidade de que, durante uma investigação criminal, eventualmente possam surgir novas provas, encontradas de forma acidental, de outros crimes ou agentes criminosos, surgindo assim o fenômeno da Serendipidade.

Contudo, como visto, não há uma previsão legal acerca da forma com que essas provas devem ser utilizadas, se são lícitas ou não, tendo em vista que a

-

⁷ Dados jurisprudenciais conforme: BRASIL. **Superior Tribunal de Justiça.** Agravo Regimental no Recurso Especial AgRg no REsp 0010174-48.2003.4.04.7200 SC Santa Catarina. Agravo Regimental em Recurso Especial. Evasão de divisas e lavagem de dinheiro. Alegada ocorrência de motivação per relationem. Ausência de indicação dos dispositivos legais violados em relação a algumas alegações. Incidência da súmula 284/STF. Aventada ofensa ao art. 157 do CPP. Inocorrência. Teoria do encontro fortuito de provas. Pretendida aplicação do princípio da consunção entre os delitos. Impossibilidade. Condutas autônomas. Ausência de violação ao art. 1º, vi, da lei 9.613/98. Afronta ao art. 22, parágrafo único, da lei 7.492/86. Inocorrência. Demais alegações. Necessidade de revolvimento de fatos e provas. Inviabilidade na via eleita. Incidência da súmula 7/STJ. Dosimetria da pena. Ofensa aos arts. 59, 62, i, e 68 do cp. Não demonstração. Concurso de crimes. Consideração de somente uma conduta de evasão de divisas. Reconhecimento do cúmulo material em relação ao crime de lavagem de dinheiro. Redução da sanção global pela corte originária em sede de apelação. Sentença que havia reconhecido o concurso formal. Recurso exclusivo da defesa. Reformatio in pejus configurada. Ofensa ao art. 617 do CPP. Reclamo especial provido apenas nesse ponto. Sanção redimensionada em relação a um dos condenados. Decisão monocrática confirmada. Agravo improvido. Relator Ministro Jorge Mussi, julgamento em 13 de outubro de 2015. Disponível em: https://stj.jusbrasil.com.br/jurisprudencia/864107306/agravo-regimental-no-recurso-especial-agrg-noresp-1254887-sc-2011-0117092-3.

investigação inicial não tinha por objetivo atingir tais alvos.

Ou seja, há uma divergência sobre a validade dessas provas no âmbito processual penal, sobre sua admissão como uma prova de fato, tendo em vista que o Estado não pode se eximir diante de uma prática criminosa, ao passo que deve ainda resguardar os direitos e garantias fundamentais de qualquer indivíduo, mesmo que este esteja sendo investigado por alguma prática criminosa.

Não é possível analisar todas as modalidades investigativas separadamente, então este trabalho limitou-se em analisar as ocorrências da Serendipidade nos casos de interceptações telefônicas, cumprimento de mandado de busca e apreensão e também nos casos de delação premiada.

Assim, não tendo a intenção de esgotar o tema, esta pesquisa visou direcionar a discussão do assunto no que diz respeito a possibilidade, ou não, de utilização das provas fortuitas durante o processo penal, seja para provar, de fato, a prática criminosa, ou apenas como *notitia criminis* ensejando assim a instauração de novo inquérito policial para investigar os novos fatos. Para tanto, analisou-se jurisprudência e doutrinas pertinentes ao tema.

No caso das interceptações telefônicas e da busca e apreensão, a Constituição Federal é taxativa em defender o direito à vida privada e à intimidade de qualquer cidadão, entretanto, como analisado, durante uma investigação criminal alguns direitos e garantias fundamentais dos investigados devem ser afastados para a obtenção de provas, tendo em vista ser esse o objetivo do trabalho policial.

Como visto, essas duas situações devem seguir alguns rituais elencados na lei, como por exemplo, a correta identificação do crime e pessoas a serem investigados pela interceptação telefônica, bem como a descrição do local ou pessoa a ser alvo do mandado de busca e apreensão.

Essas limitações impostas à essas modalidades investigativas têm a ver com o dever do Estado em proteger a intimidade e privacidade de seus cidadãos, pois estes fazem parte de princípios basilares de nosso ordenamento jurídico, o que ensejou diversos requisitos a serem preenchidos para a concessão pelo magistrado desses tipos de investigação.

Por fim, conclui-se que as provas de crime diferente do investigado inicialmente, obtidas de maneira fortuita, devem ser consideradas como líticas, desde que preenchidos certos requisitos, sob pena de contrariar o Princípio da Supremacia do Interesse Público, devendo o Estado se preocupar com a segurança e bem estar dos cidadãos, tendo o dever então de investigar os novos crimes ou utilizar as provas encontradas como fundamento para condenações.

REFERÊNCIAS

AVENA, Norberto. Processo Penal. São Paulo: Método, 2018.

BONFIM, Edilson Mougenot. Curso de Processo Penal. São Paulo: Saraiva, 2016.

BRASIL. [Constituição Federal (1988)]. **Constituição da República Federativa do Brasil de 1988.** Brasília, DF: Presidência da República, 1988. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/constituicao.htm. Acesso em: 18 set. 2021.

BRASIL. **Lei nº 9.296, de 24 de julho de 1996.** Regulamenta o inciso XII, parte final, do art. 5° da Constituição Federal. Brasília, DF: Presidência da República, 1966. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/l9296.htm. Acesso em: 18 set. 2021.

BRASIL. **Decreto-Lei nº 3.689, de 3 de outubro de 1941.** Código de Processo Penal. Brasília, DF: Presidência da República, 1941. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/decreto-lei/del3689compilado.htm. Acesso em: 18 set. 2021.

BRASIL. **Decreto-Lei nº 2.848, de 7 de dezembro de 1940.** Código Penal. Brasília, DF: Presidência da República, 1940. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/decreto-lei/del2848compilado.htm. Acesso em: 10 out. 2021.

BRASIL. Superior Tribunal de Justiça. Agravo Regimental no Recurso Especial AgRg no REsp 0010174-48.2003.4.04.7200 SC Santa Catarina. Agravo Regimental em Recurso Especial. Evasão de divisas e lavagem de dinheiro. Alegada ocorrência de motivação per relationem. Ausência de indicação dos dispositivos legais violados em relação a algumas alegações. Incidência da súmula 284/STF. Aventada ofensa ao art. 157 do CPP. Inocorrência. Teoria do encontro fortuito de provas. Pretendida aplicação do princípio da consunção entre os delitos. Impossibilidade. Condutas autônomas. Ausência de violação ao art. 1º, vi, da lei 9.613/98. Afronta ao art. 22, parágrafo único, da lei 7.492/86. Inocorrência. Demais alegações. Necessidade de revolvimento de fatos e provas. Inviabilidade na via eleita. Incidência da súmula 7/STJ. Dosimetria da pena. Ofensa aos arts. 59, 62, i, e 68 do cp. Não demonstração. Concurso de crimes. Consideração de somente uma conduta de evasão de divisas. Reconhecimento do cúmulo material em relação ao crime de lavagem de dinheiro. Redução da sanção global pela corte originária em sede de apelação. Sentença que havia reconhecido o concurso formal. Recurso exclusivo da defesa. Reformatio in pejus configurada. Ofensa ao art. 617 do CPP. Reclamo especial provido apenas nesse ponto. Sanção redimensionada em relação a um dos condenados. Decisão monocrática confirmada. Agravo improvido. Relator Ministro Jorge Mussi, iulgamento em 13 de outubro de 2015. Disponível em: https://stj.jusbrasil.com.br/jurisprudencia/864107306/agravo-regimental-no-recursoespecial-agrg-no-resp-1254887-sc-2011-0117092-3. Acesso em: 20 out. 2021.

BRASIL **Superior Tribunal de Justiça.** Informativo 539, Brasília, 15 de maio de 2014. Disponível em: https://scon.stj.jus.br/docs_internet/informativos/PDF/Inf0539.pdf. Acesso em: 7 ago. 2021.

CASTRO, Daniel Penteado de. **Poderes instrutórios do juiz no processo civil.** São Paulo: Saraiva, 2013.

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

KALKMANN, Tiago. **O** encontro fortuito de provas no processo penal brasileiro e as correspondentes: restrições na legislação alemã. 2018. Disponível em: https://revistajuridica.tjdft.jus.br/index.php/rdj/article/download/291/78/1578. Acesso em: 5 out. 2021.

LIMA, Renato Brasileiro de. **Manual de Processo Penal.** Salvador: JusPodvm, 2016.

LOPES JUNIOR, Aury. Direito processual penal. São Paulo: Saraiva, 2014.

LOPES, Marcus Vinícius Pimenta. **A paridade de armas no processo penal.** 2013. Disponível em: http://www.conteudojuridico.com.br/?artigos&ver=2.45031&seo=1. Acesso em: 9 out. 2021.

MENDES, Marcio Steillo. **Teoria da Serendipidade no Processo Penal.** 2014. Disponível em: https://www.emerj.tjrj.jus.br/paginas/trabalhos_conclusao/1semestre2014/trabalhos_12014/MarcioSteilloMendes.pdf. Acesso em: 8 set. 2021.

NUCCI, Guilherme Souza. **Provas no processo penal.** Rio de Janeiro: Forense, 2015.

OLIVEIRA, Thainara Caroline Souza de. **Princípio da Serendipidade e aplicação aos processos da Lava-Jato.** 2019. Disponível em: http://intertemas.toledoprudente.edu.br/index.php/Direito/article/view/8287/67649382. Acesso em: 29 de jun. de 2021.

OLIVIERI, Bárbara Abreu; VRUCK, Diogo; NOVELLI, Rodrigo Fernando. **O Princípio da Serendipidade:** análise do encontro fortuito de provas sob o viés do Direito Processual Penal. 2016. Disponível em: https://periodicos.uniarp.edu.br/index.php/juridico/article/view/895. Acesso em: 19 jun. 2021.

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

REIS, Alexandre Cebiran Araújo; GONÇALVES, Victor Eduardo Rios. **Sinopses jurídicas: Processo penal.** São Paulo: Saraiva, 2017.

SIQUEIRA, Lorena Isadora. **O princípio da serendipidade no direito processual penal brasileiro.** 2016. Disponível em: https://www.aacademica.org/repositorio.digital.uemg.frutal/45.pdf. Acesso em: 3 ago. 2021.

SOUZA, Evandir Virgulino de. **Princípio da Serendipidade:** o encontro fortuito da prova no processo penal e a jurisprudência correlata. 2018. Disponível em: https://repositorio.ufpb.br/jspui/bitstream/123456789/12828/1/EVS29112018.pdf. Acesso em: 16 jul. 2021.

SOUZA, Sergio Ricardo de. **Manual da prova penal constitucional.** Curitiba: Juruá, 2017.

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

TUON, Vlademir Bada. Serendipidade no Direito Processual Penal brasileiro encontro fortuito de crimes e agentes nas interceptações telefônicas. 2018. Disponível em: https://repositorio.animaeducacao.com.br/bitstream/ANIMA/7543/1/TCC-%20VLADEMIR%2002-06-2018.pdf. Acesso em: 12 jul. 2021.

VAZ, Kelly Cristina Ribeiro. **Serendipidade:** Encontro Fortuito das Provas nas Interceptações Telefônicas. 2018. Disponível em: https://kellylyane.jusbrasil.com.br/artigos/603930502/serendipidade-encontro-fortuito-das-provas-nas-interceptacoes-telefonicas. Acesso em: 09 set. 2021.