

**UNI- ANHANGUERA – CENTRO UNIVERSITÁRIO DE GOIÁS**

**Uni-ANHANGUERA**

**CURSO DE DIREITO**

**ENCONTRO FORTUITO DE PROVAS À LUZ DOS TRIBUNAIS  
SUPERIORES**

**RICARDO BARBOSA DA SILVA JUNIOR**

GOIÂNIA  
Abril/2019

**RICARDO BARBOSA DA SILVA JUNIOR**

**ENCONTRO FORTUÍTO DE PROVAS À LUZ DOS TRIBUNAIS  
SUPERIORES**

Trabalho de Conclusão de Curso apresentado ao Centro Universitário de Goiás – Uni-ANHANGUERA, sob orientação da Professora Doutora Cinthya Santos, como requisito parcial para obtenção do título de bacharelado em direito.

GOIÂNIA  
Abril/2019

## **FOLHA DE APROVAÇÃO**

**RICARDO BARBOSA DA SILVA JUNIOR**

### **ENCONTRO FORTUITO DE PROVAS À LUZ DOS TRIBUNAIS SUPERIORES**

Trabalho de Conclusão de Curso apresentado à banca examinadora como requisito parcial para obtenção do Bacharelado direito do Centro Universitário de Goiás - Uni-ANHANGUERA, defendido e aprovado em \_\_\_\_ de \_\_\_\_ de \_\_\_\_\_ pela banca examinadora constituída por:

---

Prof(a). Dr(a). ou Ms. Nome do(a) Orientador(a)  
Orientador(a)

---

Prof(a). Dr(a). ou Ms. Nome do(a) Professor(a)  
Membro

---

Prof(a). Dr(a). ou Ms. Nome do(a) Professor(a)  
Membro

## RESUMO

A presente monografia tem como objetivo analisar a evolução da jurisprudência dos tribunais superiores no que tange ao encontro fortuito de provas. Como tal tema não se encontra positivado, cabe a doutrina e a jurisprudência tecer argumentos sobre sua aplicação, efeitos e extensão. Assim sendo, em um primeiro momento foi admitido apenas a ocorrência do encontro fortuito de provas, quando os fatos descobertos guardarem conexão com o objeto inicial da investigação, o que se compreende por serendipidade de primeiro grau, no entanto, houve mudança de entendimento e fora admitido o encontro fortuito, mesmo quando não guarde relação de conexão, o que se refere à serendipidade de segundo grau, sendo que nesse caso as provas obtidas não tem o condão para subsidiar eventual condenação, servindo apenas como *notitia criminis*. Ademais a aplicação do princípio da serendipidade ganhou importância no cenário nacional, através dos desdobramentos da operação Lava Jato, pois, sua origem se deu através de um encontro fortuito, pois o objeto inicial da operação era investigar o crime de lavagem de recursos relacionado ao ex-deputado José Janene, os doleiros Alberto Youssef e Carlos Habib Chater e através das interceptações feitas, fora descoberto um grande esquema de corrupção e lavagem de dinheiro na Petrobras. Assim sendo, será estudada a evolução dos precedentes dos tribunais superiores no que tange à aplicação do princípio da serendipidade no âmbito das interceptações telefônicas, mandados de busca e apreensão, quebra do sigilo fiscal e bancário, acordos de colaboração premiada e prisão em flagrante.

**PALAVRAS- CHAVE:** Serendipidade. Evolução. Jurisprudência

## **ABSTRACT**

The objective of this monograph is to analyze the evolution of the jurisprudence of the superior courts regarding the fortuitous gathering of evidence. Since this is not a topic, it is up to doctrine and jurisprudence to make arguments about its application, effects and extension. Thus, at first, only the occurrence of the fortuitous encounter of evidence was admitted, when the facts discovered were connected with the initial object of the investigation, which is understood by first degree serendipity, however, there was a change of understanding and out even when there is no relation of connection, which refers to the serendipity of second degree, in which case the evidence obtained does not have the condemnation to subsidize eventual condemnation, serving only as a *notitia criminis*. In addition the application of the principle of serendipity gained importance in the national scenario, through the unfolding of the Lava Jato operation, because its origin occurred through a fortuitous encounter, since the initial object of the operation was to investigate the crime of laundering of resources related to the ex - Jose Janene, the *doleiros* Alberto Youssef and Carlos Habib Chater, and through the interceptions made, had discovered a great scheme of corruption and money laundering at Petrobras. Thus, the evolution of precedents of higher courts regarding the application of the principle of serendipity in the field of telephone interceptions, search warrants, breaches of fiscal and banking secrecy, prize collaboration agreements and flagrant arrest will be studied.

**KEYWORDS:** Serendipity, Evolution, Jurisprudence

## SUMÁRIO

|            |   |           |
|------------|---|-----------|
| <b>1</b>   | <b>INTRODUÇÃO.....</b>  | <b>7</b>  |
| <b>2</b>   | <b>DAS PROVAS.....</b>  | <b>8</b>  |
| <b>2.1</b> | <b>CLASSIFICAÇÃO DAS PROVAS .....</b>   | <b>9</b>  |
| <b>2.2</b> | <b>OBJETO DA PROVA.....</b>   | <b>10</b> |
| <b>2.3</b> | <b>MEIOS DE PROVA.....</b>  | <b>10</b> |
| <b>2.4</b> | <b>ÔNUS DA PROVA.....</b>   | <b>11</b> |
| <b>2.5</b> | <b>PRINCIPIOS CONSTITUCIONAIS NO PROCESSO PENAL.....</b>  | <b>12</b> |
|            | <b>2.5.1 PRINCÍPIO DA LEGALIDADE .....</b>  | <b>12</b> |
|            | <b>2.5.2 PRINCÍPIO DA OBRIGATORIEDADE .....</b>   | <b>12</b> |
|            | <b>2.5.3 PRINCÍPIO DA PUBLICIDADE .....</b>   | <b>13</b> |
|            | <b>2.5.4 PRINCÍPIO DA OFICIALIDADE .....</b>  | <b>13</b> |
|            | <b>2.5.5 PRINCÍPIO DA VERDADE REAL.....</b>   | <b>14</b> |
|            | <b>2.5.6 PRINCÍPIO DO DEVIDO PROCESSO LEGAL.....</b>  | <b>14</b> |
|            | <b>2.5.7 PRINCÍPIO DO CONTRADITÓRIO .....</b>   | <b>15</b> |
|            | <b>2.5.8 PRINCÍPIO DA AMPLA DEFESA .....</b>  | <b>15</b> |
|            | <b>2.5.9 PRINCÍPIO DO IN DUBIO PRO REO.....</b>   | <b>15</b> |
| <b>3</b>   | <b>PRINCÍPIO DA SERENDIPIDADE.....</b>  | <b>16</b> |
| <b>3.1</b> | <b>ORIGEM HISTÓRICA .....</b>   | <b>16</b> |
| <b>3.2</b> | <b>CONCEITO E FINALIDADES.....</b>  | <b>18</b> |
| <b>3.3</b> | <b>DOS GRAUS DE SERENDIPIDADE .....</b>   | <b>18</b> |
| <b>3.4</b> | <b>SERENDIPIDADE OBJETIVA E SUBJETIVA .....</b>   | <b>19</b> |
| <b>3.5</b> | <b>ENCONTRO FORTUITO NA LEI DAS INTERCEPTAÇÕES TELEFÔNICAS.....</b>                                     | <b>20</b> |
| <b>3.6</b> | <b>ENCONTRO FORTUITO NA INTERCEPTAÇÃO ENVOLVENDO AUTORIDADE COM FORO DE PRERROGATIVA DE FUNÇÃO.....</b> | <b>22</b> |
| <b>3.7</b> | <b>ENCONTRO FORTUITO NOS MANDADOS DE BUSCA E APREENSÃO.....</b>   | <b>24</b> |
| <b>3.8</b> | <b>ENCONTRO FORTUITO NOS MANDADOS DE BUSCA E APREENSÃO EM ESCRITÓRIO DE ADVOCACIA.....</b>              | <b>25</b> |
| <b>3.9</b> | <b>ENCONTRO FORTUITO DE PROVAS NA QUEBRA DO SIGILO BANCÁRIO E FISCAL .....</b>                          | <b>26</b> |
| <b>4.</b>  | <b>CASOS CONCRETOS DE SERENDIPIDADE A LUZ DOS TRIBUNAIS SUPERIORES...27</b>                             |           |
|            | <b>4.1 INTERCEPTAÇÕES TELEFÔNICAS .....</b>   | <b>27</b> |
|            | <b>4.2 SIGILO BANCÁRIO E FISCAL.....</b>  | <b>30</b> |
|            | <b>4.3 BUSCA E APREENSÃO .....</b>  | <b>31</b> |
|            | <b>4.4 BUSCA E APREENSÃO EM ESCRITÓRIO DE ADVOCACIA .....</b>   | <b>32</b> |

|  |           |
|--|-----------|
| <b>4.5 FLAGRANTE.....</b>  | <b>33</b> |
| <b>4.6 COLABORAÇÃO PREMIADA- ENCONTRO FORTUITO DE PROVAS .....</b> | <b>34</b> |
| <b>CONCLUSÃO.....</b>  | <b>38</b> |
| <b>REFERÊNCIAS.....</b>  | <b>39</b> |

## 1 INTRODUÇÃO

O presente trabalho tem como objetivo abordar o tema provas e seus desdobramentos relacionados ao encontro fortuito de provas ou também conhecido como fenômeno da serendipidade no âmbito do direito processual brasileiro. Tal teoria encontra amparo na doutrina e na jurisprudência e surge como forma de dar validade as provas encontradas casualmente. Assim, em uma linha de investigação previamente determinada, caso a autoridade pública se depare com novos elementos de instrução, relevantes e válidos, tal prova será admitida e valorada frente aos demais elementos trazidos nos autos.

O direito é formado por um conjunto de normas, que fazem parte do chamado devido processo legal e a produção de provas é o que dá legitimidade para os fatos que foram alegados, desse modo o estudo do campo probatório é de salutar importância, vide os inúmeros casos de processos findos devido aos meios ilícitos na obtenção das provas.

A prova surgida ao acaso não dispensa os parâmetros processuais gerais, isto é, não prescinde dos mesmos critérios de existência e validade da prova ordinária. Não tem, portanto, sua utilização um caráter desmedido ou ilegítimo. Seu uso no âmbito penal deve, ainda, ter conexão com o fato originário da qual resultou. A doutrina majoritária entende que, na medida em que seja válido o ato originário, e que haja conexão ou continência entre ambos os objetos, é possível a utilização de prova espontânea que surja no decorrer da investigação.

Por seu turno, para a doutrina e jurisprudência majoritária quando a descoberta fortuita de provas tiver conexão ou continência, os elementos encontrados poderão ser utilizados totalmente como prova. De outra sorte, quando os fatos descobertos não guardam relação de conexão ou continência, razão pela qual os elementos de prova não poderiam ser utilizados no novo crime ou em relação a outro criminoso em tais circunstâncias. No máximo, poderiam servir como *notitia criminis*.

Para consecução dos objetivos propostos será utilizada uma metodologia levantando as posições doutrinária e jurisprudencial sobre os casos de encontro fortuito de provas no âmbito dos últimos julgados dos tribunais, para saber o atual panorama do princípio da serendipidade no ordenamento jurídico pátrio.

## 2 DAS PROVAS

Conforme lições de Renato Brasileiro (2017) em sua acepção ampla, provar significa demonstrar a veracidade de um enunciado sobre um fato tido por ocorrido no mundo real. De outra sorte, em sentido estrito, a palavra prova possui vários significados, seja em relação às premissas terminológicas, seja em relação ao viés material.

Segundo Nestor Távora (2018) prova é tudo aquilo que contribui para a formação do convencimento do magistrado, demonstrando os fatos, atos ou até mesmo o próprio direito discutido no litígio. Por seu turno, conforme ensinamentos de Norberto Ávena (2016), a palavra prova somente poderia ser utilizada quando tivermos a participação dialética das partes, com a relação tríplice de autor, réu e juiz assegurado o contraditório e ampla defesa.

Nessa esteira, o doutrinador Guilherme de Souza Nucci (2016) dispõe sobre três sentidos para o termo prova, quais sejam: o ato de provar, que seria o processo em que se verifica a verdade sobre determinado alegado, como exemplo, temos a instrução probatória onde as partes utilizam os elementos disponíveis para descortinar a "verdade" do que se alega; o meio para provar, que seria o instrumento pelo qual se demonstra a verdade de algo, um exemplo disso é a prova testemunhal; o resultado da ação de provar, que trata do produto extraído da análise dos instrumentos de prova oferecidos.

De outra sorte, Renato Brasileiro (2017) nos traz três acepções da palavra prova, quais sejam, prova como atividade probatória, prova como resultado e prova como meio. A prova como atividade probatória consiste no conjunto de atividades de verificação e demonstração, mediante as quais se procura chegar à verdade dos fatos relevantes para o julgamento. Nessa testilha, identifica-se o conceito de prova com a produção dos meios e atos praticados no processo visando ao convencimento do juiz sobre a veracidade (ou não) de uma alegação. sobre um fato que interesse à solução da causa.

De maneira ordinária a palavra prova tem a mesma origem etimológica de *probo*, e traduz as ideias de verificação, inspeção, exame, aprovação ou confirmação. Dela deriva o verbo *provar* que significa verificar, examinar, reconhecer por experiência, estando relacionada como vasto campo de operações do intelecto na busca e comunicação do conhecimento verdadeiro.

Nesse diapasão, pode se dizer que há, para as partes, um direito à prova. Esse direito à prova funciona como desdobramento natural do direito de ação, não se reduzindo ao direito de

propor ou ver produzidos os meios de prova, mas, efetivamente, na possibilidade de influir no convencimento do juiz. Assim sendo, de nada adianta o Estado assegurar à parte o direito de ação, legitimando a propositura da demanda, sem o correspondente reconhecimento do direito de provar, ou seja, do direito de se utilizar dos meios de prova necessários a comprovar, perante o órgão julgador, as alegações feitas ao longo do processo. Conclui-se que há de se assegurar às partes, portanto, todos os recursos para o oferecimento da matéria probatória, sob pena de cerceamento de defesa ou de acusação.

Prova como resultado, por seu turno, caracteriza-se pela formação da convicção do órgão julgador no curso do processo quanto à existência, ou não, de determinada situação fática. É a convicção sobre os fatos alegados em juízo pelas partes. Por mais que não seja possível se atingir uma verdade irrefutável dos acontecimentos ocorridos no passado, é possível atingir um conhecimento processualmente verdadeiro acerca dos fatos controversos inseridos no processo sempre que, por meio da atividade probatória desenvolvida, sejam obtidos elementos capazes de autorizar um determinado grau de certeza acerca da ocorrência daqueles mesmos fatos. Já a prova como meio: são os instrumentos idôneos à formação da convicção do órgão julgador acerca da existência (ou não) de determinada situação fática.

## **2.1 CLASSIFICAÇÃO DAS PROVAS**

Segundo Renato Brasileiro (2017), as provas poderiam ser classificadas segundo os seguintes critérios:

Quanto ao objeto: a prova direta refere-se diretamente ao fato por si o demonstrando, como por exemplo, a testemunha visual. Já a prova indireta refere-se a um outro acontecimento que leva ao fato, como por exemplo, o alibi, que seria a alegação feita pelo acusado, como meio de provar a sua inocência, de que estava em local diverso de onde ocorreu o crime, razão pela qual não poderia tê-lo cometido.

Quanto ao efeito ou valor: que seria o grau de certeza gerado pela apreciação da prova, ela poderia ser uma prova plena, que seria aquela necessária para condenação e que imprime no julgador certeza quanto ao fato. No que tange a prova não plena ou indiciária é a limitada quanto à profundidade, permitindo, por exemplo, a decretação de medidas cautelares. Quanto ao sujeito ou causa: a prova real é aquela que resulta do fato, como por exemplo, as fotografias

e pegadas do local do crime. De outra sorte a prova pessoal decorre do conhecimento de alguém, como por exemplo, a confissão e testemunha.

Quanto à forma ou aparência: a prova testemunhal está relacionada à afirmação de uma pessoa, independentemente dessa pessoa ser testemunha, com por exemplo, o interrogatório do réu. De maneira diversa a prova material trata de qualquer elemento que corporifica a demonstração do fato, com, por exemplo, o exame de corpo de delito e os instrumentos do crime.

## **2.2 OBJETO DA PROVA**

Conforme ensinamentos de Renato Brasileiro (2017) costumam-se dizer que o objeto da prova são os fatos que interessam à solução de uma controvérsia submetida à apreciação judicial. É importante pontuar que o objeto da prova não são os fatos, pois não seria possível se atingir a reconstrução integral do que efetivamente ocorreu.

Nesse sentido, o objeto da prova seria a verdade ou falsidade de uma afirmação sobre um fato que interessa à solução do processo. Assim sendo seriam as asserções feitas pelas partes que interessam à solução de controvérsia submetida à apreciação judicial.

É importante pontuar que no âmbito do processo penal, tem-se que a atividade probatória recai, basicamente, sobre a veracidade ou não de determinada narrativa constante da peça acusatória, visando demonstrar que a imputação de um fato delituoso atribuído a determinada pessoa é verídica ou não.

## **2.3 MEIOS DE PROVA**

Assim conceitua Renato Brasileiro (2017) que os meios de prova são os instrumentos através dos quais as fontes de prova são introduzidas no processo. Dizem respeito, portanto, a uma atividade endoprocessual que se desenvolve perante o juiz, com o conhecimento e a participação das partes, cujo objetivo precípua é a fixação de dados probatórios no processo. Enquanto as fontes de prova são anteriores ao processo e extraprocessuais, os meios de prova somente existem no processo.

No Código de Processo Penal Brasileiro são admitidas todas as provas obtidas por meio lícito, inclusive filmagens, interceptações telefônicas, tudo que possa aproximar da

verdade do ocorrido. Então, os meios de provas são tudo aquilo que pode ser utilizado, direta ou indiretamente para demonstrar a veracidade daquilo que foi alegado no processo, e que serão utilizados para o convencimento do juiz.

Dispõe o Art. 155 do Código de Processo Penal Brasileiro que 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, ressalvados as provas cautelares, não repetíveis e antecipadas (Código de Processo Penal Brasileiro).

Em que pese às provas sejam necessárias para consecução do processo isso não quer dizer que o juiz esteja obrigado a aceita-las, sem que tais provas estejam em consonância com os ditames previstos na carta magna e demais normas infraconstitucionais, desta forma, a prova produzida no inquérito ou em outro procedimento investigatório prévio não poderá sozinho sustentar uma decisão condenatória. A ressalva da prova produzida no inquérito ser utilizada, desde que auxiliadas pelas demais provas produzidas em contraditório no processo.

## **2.4 ÔNUS DA PROVA**

O artigo 156, caput, do Código de Processo Penal dispõe que o ônus da prova cabe a quem faz a alegação, dessa forma de maneira técnica o ônus seria o encargo jurídico no qual o ordenamento jurídico faculta a determinado sujeito para que possa obter um resultado favorável.

Já Renato Brasileiro (2017) enfatiza que as obrigações devem ser compreendidas como imperativos do interesse do credor, gerando uma posição jurídica negativa para o devedor, em virtude da qual o credor titular do direito subjetivo, pode demandar-lhe o adimplemento da obrigação. O indivíduo que não cumpre uma obrigação pratica um ato ilícito, por isso é possível a imposição de uma sanção para o adimplemento da prestação não cumprida, sujeitando-o à execução forçada.

Desse modo, deve-se compreender o ônus da prova como responsabilidade da parte que tem interesse de vencer a demanda, na demonstração dos fatos alegados, e caso não seja feito com a devida parcimônia terá como consequência o não atingimento da sentença favorável ao seu desiderato.

## **2.5 PRINCÍPIOS CONSTITUCIONAIS NO PROCESSO PENAL**

Os princípios constitucionais são responsáveis pela sustentação e firmeza de todo ordenamento jurídico, dando aos seus intérpretes a direção de como atuar perante as normas jurídicas. Percebe-se que os princípios fundamentais são primordiais para a correta aplicação do direito.

Em conceituação dos princípios, Nestor Távora (2017) assim dispõe os princípios são normas basilares, que tem o fito de delimitar todo o caminho que o legislador ordinário tem para formar uma norma positivada, trazendo de maneira implícita um dever de não retrocesso, um modo de agir para de atingir o mínimo existencial para o alcance de determinado direito.

Dessa forma, os princípios constitucionais são aqueles que guardam os valores fundamentais da ordem jurídica, são preceitos abstratos que condensam bens e valores considerados fundamentos de validade de todo sistema jurídico.

### **2.5.1 PRINCÍPIO DA LEGALIDADE**

O princípio da legalidade, na seara penal, se manifesta pela locução *nullum crimen nulla poena sine* previa lege, prevista no artigo 1º do Código Penal brasileiro, segundo o qual não há crime sem lei anterior que o defina, nem há pena sem prévia cominação legal.

Tal princípio devido sua importância possui força constitucional, consagrado no art. 5º, inciso XXXIX, que aduz "não haverá crime sem lei anterior que o defina, nem pena sem prévia cominação legal", configurando respectivamente princípio da legalidade e princípio da anterioridade.

Nesse diapasão o princípio da legalidade, constitui uma real limitação ao poder estatal de interferir na esfera das liberdades individuais, na medida em que nenhum fato pode ser considerado crime, sem que antes desse mesmo fato tenham sido instituídos por lei o tipo delitivo e a pena respectiva.

### **2.5.2 PRINCÍPIO DA OBRIGATORIEDADE**

O princípio da obrigatoriedade dispõe que os órgãos oficiais do estado não podem deixar de prestar o seu mister com a devida maestria, de sorte que a autoridade policial é obrigada a instaurar Inquérito Policial e o órgão do Ministério Público não pode deixar de promover a ação penal quando houver a prática de um crime apurado mediante ação penal pública.

Em sentido oposto o princípio da oportunidade ou disponibilidade, dispõe que o órgão estatal tem a faculdade de promover ou não a ação penal, de acordo com a máxima *minima non curat praetor*, devendo o Estado abster-se de coisas de natureza insignificantes e, assim, deixar de promover o *jus puniendi* quando verificar, sob o prisma do interesse público, que do exercício da ação penal poderá advir maiores inconvenientes que vantagens.

### **2.5.3 PRINCIPIO DA PUBLICIDADE**

O princípio da publicidade, é corolário ao regime democrático e ao sistema acusatório, tal princípio encontra guarida no art. 5º, inciso LX, da Constituição Federal, que declara: "*a lei só poderá restringir a publicidade dos atos processuais quando a defesa da intimidade ou o interesse social o exigirem*".

O princípio da publicidade dos atos processuais está profundamente ligado ao princípio da ampla defesa, pois, em caso de omissão das informações essenciais, não pode a outra parte exercer o direito de defesa pleno. Assim sendo, os julgamentos dos órgãos do poder Judiciário serão públicos, e fundamentadas todas as decisões, sob pena de nulidade, podendo a lei, se o interesse público exigir limitar a presença em determinados atos, as próprias partes ou a seus advogados, ou somente a estes”.

### **2.5.4 PRINCIPIO DA OFICIALIDADE**

O princípio da oficialidade tem relação direta com os princípios da legalidade e da obrigatoriedade. Assim sendo, ocorrendo um crime surge para o Estado o dever de exercer o *jus puniendi*.

Nessa esteira, a repressão ao crime e ao criminoso constitui uma necessidade precípua e uma função essencial do Estado, de sorte que este, em virtude do ordenamento jurídico que

tutela, torna-se a titular de um poder de reprimir o transgressor da norma penal. Em tendo a função penal caráter eminentemente público, a pretensão punitiva do Estado deve ser feita por um órgão público que deve iniciar o processo de ofício.

Destarte desse princípio decorrem duas regras importantes: a primeira é a da "autoridade" - os órgãos incumbidos das investigações e da ação devem ser uma autoridade (autoridade policial e o Ministério Público); a segunda é a iniciativa de ofício dessas autoridades.

### **2.5.5 PRINCÍPIO DA VERDADE REAL**

No processo Penal, o princípio da verdade real busca a apuração de fatos, que mais se correlacionam com algum ocorrido. Na aplicação desse princípio, é necessário que se utilize de todos os mecanismos de provas para consecução idêntica dos fatos.

Desse modo, o juiz tem o dever de investigar a verdade real, procurar saber como realmente os fatos se passaram quem realmente praticou-os e em que condição se perpetrou, para dar base certa à justiça.

Assim sendo, o princípio da verdade real, também conhecido como princípio da verdade material ou da verdade substancial, determina que o fato investigado no processo deve corresponder ao que está fora dele, em toda sua plenitude, sem quaisquer artifícios, sem presunções ou ficções.

### **2.5.6 PRINCÍPIO DO DEVIDO PROCESSO LEGAL**

O Princípio do devido processo legal é uma das garantias constitucionais mais importantes para um estado democrático, pois dele decorrem todos os outros princípios e garantias constitucionais. Ele é o alicerce legal para aplicação de todos os demais princípios, independente do ramo do direito.

Salienta-se que o princípio do devido processo legal só foi surgir de maneira expressa no Brasil, na Constituição Federal de 1988, apesar de estar implícito nas Constituições anteriores, vide o disposto no art. 5º, LIV da constituição federal que enfatiza que ninguém será privado de sua liberdade ou de seus bens sem o devido processo legal.

### **2.5.7 PRINCÍPIO DO CONTRADITÓRIO**

O Princípio do Contraditório, por sua vez, é um instrumento utilizado pelas partes que busca garantir o efetivo exercício do direito de maneira equânime dentro de uma relação jurídica litigiosa, proporcionando-lhes para cada ato praticado, uma possibilidade de reação imediata.

### **2.5.8 PRINCÍPIO DA AMPLA DEFESA**

O princípio da ampla defesa norteia todo o ordenamento jurídico brasileiro e busca no caso concreto a salvaguarda de todos os preceitos fundamentais assegurados pela carta magna, na medida em que exprime uma garantia de que ninguém pode sofrer os efeitos de uma sentença sem ter tido a possibilidade de ser parte do processo do qual está provém.

A ampla defesa é um direito que nasce justamente com a efetivação do contraditório, como anteriormente mencionado, pois, possui dois aspectos, quais sejam, defesa técnica e autodefesa. A violação a esse princípio pode acarretar nulidade absoluta ou relativa, conforme o vício prejudique a ampla defesa como um todo.

### **2.5.9 PRINCÍPIO DO *IN DUBIO PRO REO***

O princípio do *in dubio pro reo* enfatiza que em caso de dúvida em favor do réu, isto é, em caso de dúvida razoável quanto à culpabilidade do acusado, nasce em favor deste, a presunção de inocência, uma vez que a culpa penal deve restar plenamente comprovada.

De modo que o princípio *in dubio pro reo* busca garantir que, sem provas suficientes dos elementos, tanto subjetivos quanto objetivos, do fato típico e ilícito, não seja possível a aplicação de pena. A insuficiência da prova equivale à subsistência de uma dúvida positiva e invencível sobre a existência ou inexistência de determinado fato ou de sua autoria.

Assim sendo, o aludido princípio visa a concretização da presunção da inocência e tem como objetivo primordial não possibilitar que o agente possa ser afirmado culpado de algum delito enquanto restar dúvida sobre a sua inocência.

### 3 PRINCÍPIO DA SERENDIPIDADE

#### 3.1 ORIGEM HISTÓRICA

A expressão Serendipidade teve sua origem em uma história conhecida como “Os três príncipes de Serendip”, inventada pelo inglês Horace Walpole em 1754. No conto os três príncipes iniciam uma viagem em outro reino, e durante esta viagem deparam com diversos fatos que levam os príncipes a descobrirem coisas novas, como por exemplo, identificar um camelo sem nunca ter visto.

A identificação etimológica da palavra serendipidade advém do inglês “serendipity” que significa descobrir coisas por acaso. Nesse sentido, de maneira prática seria como sair em busca de uma determinada coisa e descobrir outra, em uma aparente coincidência.

A primeira referência jurídica do termo ocorreu em 1976, quando a Suprema Corte alemã, após anos de discussão doutrinária, julgou a admissibilidade desse instituto frente à lei de escutas telefônicas, de 1968. Desde então sua alcunha jurídica passou pelo direito espanhol e chegou ao direito brasileiro devido a forte influência dos direitos português e alemão.

No sentido jurídico Serendipidade significa a descoberta de provas por meio fortuito, ou seja, pelo simples acaso, através desse fenômeno é possível apreciar novos fatos nas investigações, seja em relação a novas provas ou novas pessoas, ora servindo como prova válida, ora como *notitia criminis*.

No bojo da investigação criminal, esse instituto também denominado de teoria do encontro fortuito de provas é perfeitamente visualizado no âmbito das medidas cautelares de interceptação telefônica e no cumprimento de mandado de busca e apreensão, pois, no curso de tais medidas podem aparecer provas diferentes do objeto inicial da investigação, pois, é difícil a autoridade policial prever todas as situações possíveis, de modo que diante de fatos novos, não pode a autoridade policial deixar de apreciar alguma prova, sob o fito de não constituir objeto inicial da investigação.

É imperioso destacar que no ordenamento jurídico brasileiro, diferente do que ocorre no direito alemão, não contém uma legislação que trate do encontro fortuito de provas, de modo que cabem à doutrina e a jurisprudência tecer posicionamentos sobre sua admissibilidade, extensão e efeitos.

Destaca-se que esse tema por se tratar de um assunto que ainda não foi positivado gera várias divergências entre a jurisprudência e a doutrina sendo encontrados os mais variados

posicionamentos. As divergências giram em torno da relativização de direitos fundamentais como intimidade, vida privada, inviolabilidade do domicílio, pois, caso haja necessidade de relativizar tais direitos no bojo de uma investigação policial seria necessária uma lei que estabeleça quais seus limites.

Assim, a análise da aplicação ou não do princípio da serendipidade deve se pautar no binômio razoabilidade e proporcionalidade, de modo que a aceitação ou vedação de tais provas fortuitas deve-se partir da análise do caso concreto, pois, na maioria das vezes está em pauta direitos constitucionalmente tutelados e investigações de interesse público.

Os Tribunais superiores têm tratado como serendipidade os fatos em que ocorre o encontro fortuito e casual de provas, que existe o encontro fortuito de provas, quando a prova de determinada infração penal é obtida a partir de diligências regularmente autorizada para a investigação de outro crime.

A primeira manifestação acerca do tema encontro fortuito de provas por parte do Supremo Tribunal Federal ocorreu em 2004, no julgamento do Habeas Corpus n.º 83.515/RS, de relatoria do Ministro Nelson Jobim, onde, dentre os diversos temas relativos à interceptação telefônica, discutiu-se o tocante ao encontro fortuito de crimes, em especial, os crimes punidos com detenção.

No que tange à posição doutrinária preleciona Renato Brasileiro (2017) 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. 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, ou seja, deve o julgador analisar cada caso concreto.

Desse modo, a teoria do encontro fortuito ou casual de provas é utilizada nos casos em que, no cumprimento de uma diligência relativa a determinado delito, a autoridade policial de maneira casual encontra provas atinentes à outra infração penal, que não estavam no curso de desdobramento normal da investigação.

### **3.2 CONCEITO E FINALIDADES**

A busca da verdade real no processo penal preconiza que o estado não se pode satisfazer com a realidade formal dos fatos, mas deve buscar que o *ius puniendi* seja concretizado com a maior eficácia possível, afinal a seara penal tutela os bens jurídicos mais importantes da sociedade.

Nesse sentido, os meios de obtenção de provas no processo penal devem ser amplos, o que não autoriza a mitigação de direitos em prol da condução eficaz das investigações, mas sim de uma abertura do leque investigatório na busca da verdade real, de modo que uma prova encontrada de maneira fortuita não poderia ser descartada, de pronto, pelo simples fato de estar no bojo inicial das investigações.

Assim sendo, o encontro fortuito de provas tem como finalidade fornecer suporte probatório relacionado a fatos que ainda não foram bojo inicial da investigação, mas que com ela guardam relação e que merecem igual tratamento. De modo que poderá ocasionar uma prova no processo ou uma *notitia criminis*.

Dessa forma, a finalidade precípua da teoria da serendipidade seria dar validade as provas que são obtidas a partir de diligências regularmente autorizadas para a investigação de outro crime, tendo em vista que não existe norma positivada regulando tal situação.

### **3.3 DOS GRAUS DE SERENDIPIDADE**

O encontro fortuito de provas é analisado sobre dois vetores. Haverá serendipidade ou encontro fortuito de primeiro grau, quando do encontro fortuito de fatos conexos ou quando haja continência, hipótese em que a prova produzida tem valor jurídico e deve ser analisada pelo juiz como prova válida no processo. Por seu turno quando se tratar de fatos não conexos ou não haja continências, fala-se de serendipidade ou encontro fortuito de segundo grau, situação em que a prova produzida não pode ser valorada pelo juiz no processo, valendo apenas como *notitia criminis*.

Conforme destacado para diferenciar os graus de serendipidade, verifica-se no bojo da investigação se a prova fortuita tem conexão ou continência com a prova objeto inicial da investigação. Assim sendo segundo Renato Brasileiro (2017) conexão seria a interligação entre duas ou mais infrações, levando a que sejam apreciadas perante o mesmo órgão jurisdicional,

assim as infrações conexas estão interligadas e em virtude da celeridade processual e evitar decisões contraditórias devem ser analisadas preferencialmente em um mesmo processo. Já continência é o vínculo que une vários infratores a uma única infração, ou a ligação de várias infrações por decorrerem de conduta única, resultarem concurso formal de crimes.

Sobre a conexão e a continência, cabe ressaltar ainda o disposto no art. 76 do Código de Processo Penal Brasileiro:

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, CPP, 2018).

No que tange a serendipidade de 2º grau, cabe uma análise detalhada do caso concreto, com o fito de demonstrar as possibilidades de utilização do material probatório que não guarda relação de congruência, sem que haja violação às garantias fundamentais à intimidade e privacidade, pois, as decisões que autorizam as medidas cautelares probatórias não podem servir de instrumento para arbitrários estatais, pois, como já destacado está em jogo uma gama de direitos assegurados pela carta magna, sendo que uma obtenção de provas de maneira absolutamente autônoma, foge do escopo de um mandado de busca e apreensão ou de uma interceptação, não encontrando guarida no ordenamento jurídico pátrio.

### **3.4 SERENDIPIDADE OBJETIVA E SUBJETIVA**

No bojo de uma interceptação telefônica devidamente autorizada tanto é possível que os investigadores detectem indícios de outro crime quanto que encontrem indícios da participação de outro autor relacionado ao mesmo crime.

Segundo Cleber Masson (2017) a serendipidade pode ser classificada como objetiva, quando no curso da investigação, surgirem indícios da prática de outro crime que não estava sendo investigado ou subjetiva quando, no curso da medida, surgirem indícios do envolvimento criminoso de outra pessoa que inicialmente não estava sendo investigada. Ademais, segundo a doutrina a serendipidade ainda pode ser de primeiro grau, quando houver conexão e continência da prova obtida fortuitamente, sendo considerado como prova válida. Já a serendipidade de

segundo grau ocorre quando não havendo conexão ou continência, a prova obtida é considerada como *notitia criminis*.

### 3.5 ENCONTRO FORTUITO NA LEI DAS INTERCEPTAÇÕES TELEFÔNICAS

A prova obtida mediante interceptação telefônica deve ser cuidadosamente analisada para que não relativize em excesso o inciso XII do art. 5º da Constituição Federal, de sorte que a lei nº. 9.296/96, ao tratar dos pressupostos básicos para autorização da interceptação telefônica, impõe a necessidade de descrever com clareza a situação objeto da investigação, assim sendo a lei ao exigir a especificação da situação e sujeitos da interceptação visou claramente restringir a aplicação da medida a casos isolados, destacando sua excepcionalidade.

Assim sendo, a lei nº 9.296/96 prevê em seu art. 2º os requisitos para a concessão da interceptação telefônica:

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.

Destaca-se que o posicionamento de certa parte da doutrina, que ressalta o fato dos requisitos intrínsecos preconizados no corpo do art. 2º da lei nº 9.296/96 serem redigidos de forma negativa, ou seja, ele nega os próprios requisitos, para justificá-los, o mesmo ficou com sua inteligência de certa forma prejudicada. Ademais no que tange ao terceiro requisito a uma relativização, pois tanto o STF e o STJ têm jurisprudência afirmando que se no curso de alguma investigação criminal houver alguma infração penal que preveja como pena detenção e houver outra infração conexa que tenha como pena a reclusão, poderá haver incidência da lei de interceptação telefônica ao caso.

É importante pontuar que a interceptação telefônica se divide em interceptação telefônica *strictu sensu*, escuta telefônica, gravação telefônica e interceptação ambiental. O primeiro caso de interceptação pode ser conceituado como aquele em que um terceiro intercepta a conversa telefônica de duas outras pessoas sem que as mesmas saibam. O segundo caso de

interceptação é aquele em que um terceiro intercepta a conversa de outras duas, entretanto uma delas sabe dessa interceptação. O terceiro caso de interceptação telefônica é aquela em que uma das pessoas que participa da conversa telefônica grava sua própria conversa com outrem. O quarto tipo de interceptação é aquela em que um terceiro capta a conversa mantida entre duas ou mais pessoas, fora do telefone, em qualquer recinto, privado ou público.

Devido ao seu caráter excepcional para consecução da interceptação telefônica é necessário a presença dos elementos da probabilidade do direito e do perigo da demora, adotados comumente para autorização das medidas cautelares. De sorte que, a falta de tais elementos tem o condão de impedir a realização da interceptação telefônica, pois, ela apenas será realizada se cumprido requisitos intrínsecos trazidos no bojo de sua lei.

Ressalta-se que o direito a intimidade guarda amparo constitucional, sendo que sua violação apenas será admitida em situações excepcionais, de modo que deverá ser observado o princípio da proporcionalidade, sob o prisma do que se pretende apurar e o direito à intimidade e a vida privada. É pacífico na jurisprudência pátria, que na hipótese de colisão entre dois direitos resguardados, não haverá prevalência de um sobre o outro, mas sim uma análise, no caso concreto, de preponderância de aplicação de um direito em prejuízo do outro. Assim sendo o princípio da intimidade e da vida privada pode ser relativizado, pois, a desconsideração de descobertas fortuitas seria o mesmo, que elevar o direito à vida privada a máxima absoluta, tese essa já superada na atualidade.

A interceptação telefônica por ser medida de cunho excepcional, de acordo com a maioria da doutrina apenas admitiria prova fortuita, se guardar conexão ou continência com o buscado originalmente, assim sendo uma infração desconexa descoberta casualmente não pode, por si só, servir como prova para eventual condenação. Pois, haveria violação não apenas o princípio da intimidade, como também do devido processo legal, no qual enfatiza que qualquer ato praticado por autoridade, para ser considerado válido, eficaz e completo, deve seguir todas as etapas descritas previstas em lei.

Assim sendo, para validade de uma prova fortuita encontrada no bojo de uma interceptação, o que se espera é a existência de congruência entre o fato indicado e o efetivamente investigado. No entanto, no deslinde das investigações podemos encontrar situações onde não haja congruência entre a prova inicialmente objeto da investigação e a prova achada, sendo que nesses casos o magistrado, no caso concreto, deverá deliberar sobre a possibilidade ou não da validade da prova como *notitia criminis* para propositura de outra ação penal.

De outro modo, inicialmente não se admitia a utilização de nova prova descoberta por acaso ou fortuitamente, pois a restrição da intimidade é medida que deve ser efetivada e tomada de maneira limitada vez que restringe direito fundamental e o encontro fortuito não possui previsão legal. Mas atualmente tem se verificado sobre a possibilidade da prova fortuita caso houver conexão com o fato investigado.

Dessa forma, em um primeiro momento foi adotado uma posição restritiva, em que o ato judicial que autoriza a obtenção de informações telefônicas – com o sacrifício do direito fundamental da intimidade e vida privada, tem caráter plenamente vinculado e limitado, cujo princípio norteador é o da especialidade da prova. De modo que a utilização de material obtido em encontro fortuito no âmbito de uma interceptação poderia configurar a chamada “interceptação Prospectiva”, o que é vedada em nosso ordenamento jurídico pátrio.

No entanto, se verificou que a descoberta fortuita de provas pode permitir o descobrimento de crimes graves e reconhecer pela inadmissibilidade de tais provas, é consagrar um estado protecionista absoluto, que não poderá, no caso concreto, pela melhor solução das demandas jurídicas, o que não coaduna com o atual entendimento dos tribunais superiores a respeito da relativização de determinados direitos.

Conforme já asseverado à posição atualmente adotada pelo Supremo Tribunal Federal e pelo Superior Tribunal de Justiça acerca do tema, bem como pela maioria da doutrina brasileira é da admissibilidade do encontro fortuito, desde que haja conexão ou continência com o delito que ensejou, inicialmente, a interceptação legalmente determinada.

Nessa esteira, as limitações objetivas e subjetivas na obtenção de provas mediante autorização judicial para interceptação telefônica devem garantir de maneira primordial a proteção aos direitos e garantias individuais consagrados no texto da carta magna, mormente no que tange à intimidade, vida privada e o sigilo das comunicações telefônicas.

### **3.6 ENCONTRO FORTUITO NA INTERCEPTAÇÃO ENVOLVENDO AUTORIDADE COM FORO DE PRERROGATIVA DE FUNÇÃO**

A interceptação telefônica tem como escopo o monitoramento da comunicação verbal entre duas pessoas, o que acaba por sua própria natureza envolvendo terceiros, que até então não eram objeto da investigação. Assim sendo, é relativamente comum que a autoridade responsável pela investigação casualmente encontre elementos de informação pertinentes à

outra infração penal, ou atinentes a indivíduo diverso, que não estavam na linha de desdobramento normal daquela técnica especial de investigação.

Entre as hipóteses de conversas fortuitamente captadas durante uma interceptação telefônica deferida em sede de primeiro grau de jurisdição, estão aquelas dotadas de foro por prerrogativa de função. Nesse caso, tendo em vista que o prosseguimento das investigações em relação a tais indivíduos pressupõe prévia autorização, do Tribunal competente, verifica-se a necessidade de imediata remessa dos autos àquele juízo.

É importante pontuar que a captação fortuita de diálogos mantidos por autoridade com prerrogativa de foro não impõe, por si só, a remessa imediata dos autos ao Tribunal competente para processar e julgar a referida autoridade, sem que antes se avalie a idoneidade e a suficiência dos dados colhidos para se firmar o convencimento acerca do possível envolvimento do detentor de prerrogativa de foro com a prática de crime. Sendo esse o entendimento exarado pela 2ª Turma do STF no Informativo nº 854 de 14 de fevereiro de 2017.

O Colegiado entendeu não haver cogitar de usurpação de competência desta Corte quando a simples menção a nome de autoridade com prerrogativa de foro — seja em depoimentos prestados por testemunhas ou investigados, seja na captação de diálogos travados por alvos de censura telefônica judicialmente autorizada —, assim como a existência de informações, até então fluidas e dispersas a seu respeito, são insuficientes para o deslocamento da competência para o juízo hierarquicamente superior.

Ressaltou que, para haver atração da causa ao foro competente, é imprescindível a constatação da existência de indícios da participação ativa e concreta do titular da prerrogativa em ilícitos penais. STF. 2ª Turma. Rcl 25497 AgR/RN, rel. Min. Dias Toffoli, julgado em 14/2/2017 (Info 854).

Dessa forma, em caso de um encontro casual que fazem referência a favores pessoais, com menção a terceiro com foro de prerrogativa, não implica, por si só, a inarredável conclusão de que se está diante de práticas criminosas merecedoras de imediata apuração. Com efeito, a simples captação de diálogos entre o investigado e o detentor de foro especial não conduz à conclusão de que a referida autoridade é participante da atividade criminosa investigada ou de outro delito qualquer, sendo mister um mínimo de avaliação quanto à idoneidade e à suficiência de dados para desencadear o procedimento esperado da autoridade judiciária responsável pela investigação.

Nestes termos, conforme precedentes do STJ, a remessa imediata de toda e qualquer investigação na qual seja noticiada a possível prática delitiva de detentor de prerrogativa de

foro ao órgão jurisdicional competente, não poderá implicar em prejuízo à investigação de fatos, como também representar sobrecarga acentuada aos tribunais. Assim sendo diante de prematuras suspeitas sobre agentes que possuem foro de prerrogativa, não se faz por prudente a remessa imediata ao tribunal.

Nessa esteira, a remessa dos autos aos tribunais apenas deverá acontecer em caso de claro contexto fático, do qual possa com segurança depreender, que diante dos diálogos dos investigados com agente detentor de foro, que há indícios concretos de crimes, sendo nesse caso imperativo o envio dos elementos informativos ao tribunal competente.

Assim também preleciona Renato Brasileiro (2017), que em caso de interceptação telefônica autorizada por magistrados de 1º a instância à luz da teoria do juízo aparente em que houve descoberta fortuita do envolvimento de autoridades dotadas de foro por prerrogativa de função, não se pode concluir que tais investigações possam se perpetuar de maneira indefinida perante um juízo manifestamente incompetente. De sorte que, surgindo indícios inequívocos, do envolvimento de um parlamentar federal, incumbe à autoridade judiciária de primeira instância, sob cuja supervisão tramitar o procedimento investigatório, reconhecer, de imediato, sua falta de competência e determinando a remessa dos autos ao seu juiz natural, in casu, ao Supremo Tribunal Federal, sob pena de manifesta ilicitude das provas obtidas por meio de tais interceptações.

### **3.7 ENCONTRO FORTUITO NOS MANDADOS DE BUSCA E APREENSÃO**

É importante pontuar que, a teoria do encontro fortuito de provas não deve ser trabalhada sob o prisma único de cumprimento de interceptações telefônicas. Com efeito, sua utilização também se apresenta útil no tocante ao cumprimento de mandados de busca e apreensão, pois, no curso de tal diligência regularmente autorizada pelo juiz competente podem ser descobertos elementos probatórios fortuitos atinentes a outros delitos e/ou outros indivíduos.

Trata-se, portanto de um meio de obtenção de prova, de natureza cautelar, utilizado pelas autoridades policiais para angariar elementos probatórios para condução da persecução penal. No entanto, muitas das vezes a obtenção de tais provas implicam em restrição de direitos fundamentais, mormente no que tange à violação de domicílio, privacidade e intimidade das pessoas.

Por isso, para que seja deferida ordem judicial que autoriza o mandado de busca e apreensão, é necessário preencher os requisitos intrínsecos do art. 243 do código de processo penal, de modo violar ao mínimo os direitos constitucionais assegurados ao cidadão. De modo que, a decisão judicial autorizativa deve delimitar a conduta policial ao contexto jurídico e fático de seu deferimento, sendo uma forma de controle jurisdicional preventivo.

Acontece que no curso do cumprimento de um mandado de busca e apreensão pode surgir situações de caráter subjetivo ou objetivo que indiquem a participação de co-autores e partícipes ou novos crimes ou contravenções. Podemos citar como exemplo os casos de buscas objetivando apuração de crime de tráfico de drogas e, no decorrer da diligência, apreende-se arma utilizada em crime de homicídio motivado pela “guerra do controle do tráfico”.

Nestes termos, conforme precedentes dos tribunais superiores caso se verifique que não houve desvio de finalidade no cumprimento do mandado de busca e apreensão, teremos a validade dos elementos obtidos.

### **3.8 ENCONTRO FORTUITO NOS MANDADOS DE BUSCA E APREENSÃO EM ESCRITÓRIO DE ADVOCACIA**

Em relação à teoria do encontro fortuito de provas ocorridas no cumprimento de um mandado de busca e apreensão, Renato brasileiro (2017) destaca o cumprimento do mandado de busca e apreensão em escritórios de advocacia. Posto que no cumprimento de tal diligência, pode eventualmente resultar a apreensão de documentos relativos a clientes do advogado, surgindo o questionamento da validade dessa apreensão em virtude da teoria do encontro fortuito.

Nesse caso, mesmo na hipótese de apreensão de documentos pertinentes a clientes do advogado investigado ocorra de forma casual, fortuita, sua utilização em eventual processo criminal não será admissível, eis que protegidos pelo sigilo profissional do advogado, verdadeiro corolário do direito de defesa. Assim a verificação de legitimidade de uma prova não ficaria atinente apenas ao critério de desvio ou não de finalidade do objeto inicial, sendo necessária a conjugação de outros fatores.

Nesse sentido o art. 7, inciso II, da Lei nº 8.906/94, dispõe é direito do advogado 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. No entanto cumpre destacar o disposto no art.7, §§ 6 e 7, com redação dada pela Lei nº 11.767/08, que enfatiza que presentes indícios de autoria e

materialidade da prática de crime por parte de advogado, a autoridade judiciária competente poderá decretar a quebra da inviolabilidade de que trata o inciso II do caput deste artigo, *in verbis*:

§ 6º Presentes indícios de autoria e materialidade da prática de crime por parte de advogado, a autoridade judiciária competente poderá decretar a quebra da inviolabilidade de que trata o inciso II do caput deste artigo, em decisão motivada, expedindo mandado de busca e apreensão, específico e pormenorizado, a ser cumprido na presença de representante da OAB, sendo, em qualquer hipótese, vedada a utilização dos documentos, das mídias e dos objetos pertencentes a clientes do advogado averiguado, bem como dos demais instrumentos de trabalho que contenham informações sobre clientes. (Incluído pela Lei nº 11.767, de 2008)

§ 7º A ressalva constante do § 6º deste artigo não se estende a clientes do advogado averiguado que estejam sendo formalmente investigados como seus partícipes ou co-autores pela prática do mesmo crime que deu causa à quebra da inviolabilidade. (Incluído pela Lei nº 11.767, de 2008).

### **3.9 ENCONTRO FORTUITO DE PROVAS NA QUEBRA DO SIGILO BANCÁRIO E FISCAL**

Em que pese à hipótese mais comum de serendipidade ocorra no caso de interceptação telefônica, ainda assim, é possível que ocorra a descoberta fortuita de crimes durante a execução de outras medidas de investigação, como, por exemplo, durante a quebra de sigilo bancário ou fiscal.

O STJ inclusive manifestou por meio de sua 6ª turma, HC 282.096-SP, Rel. Min. Sebastião Reis Júnior, julgado em 24/4/2014, sobre a possibilidade de utilização de elementos indiciários que surgirem durante a execução de medida de quebra de sigilo bancário e fiscal determinada para apuração de outros crimes, desde que não haja desvio de finalidade ou fraude na obtenção de tais provas (STJ/2014).

Segundo precedentes da 6ª turma do STJ HC 187.189/SP, Rel. Min. Og Fernandes, julgado em 13/08/2013, ainda que as condutas imputadas aos ora pacientes não guardem relação direta com aquelas que originaram a quebra do sigilo, mostra-se legítima a utilização da referida medida cautelar preparatória, se por meio dela descobriu-se fortuitamente a prática de outros delitos, pois, não se pode admitir no ordenamento jurídico o descarte de provas contundentes sobre outros fatos criminosos, pelo simples fato de não guardar correlação direta (STJ/2013).

#### **4. CASOS CONCRETOS DE SERENDIPIDADE A LUZ DOS TRIBUNAIS SUPERIORES**

O encontro fortuito de provas é um assunto que gera várias divergências entre a jurisprudência e a doutrina sendo encontrados os mais variados posicionamentos, pois, trata-se de tema ainda não positiva no ordenamento jurídico pátrio. A celeuma reside tem torno da relativização de direitos fundamentais como intimidade, vida privada, inviolabilidade do domicílio, que deverá ser feita de maneira proporcional e equânime.

Não obstante uma interceptação telefônica tenha sido autorizada para apurar crime punido com reclusão, indaga-se sobre a possibilidade da utilização de elementos probatórios colhidos casualmente no rito de investigação, em relação a outras infrações penais ou em relação a outras pessoas.

Caso seja autorizado um mandado de busca e apreensão para apreensão de computadores e celulares, poderia no curso da diligência a autoridade policial apreender objeto diversos, como por exemplo, armas e drogas, caso sejam encontrados na residência.

Em caso de um acordo de delação premiada, que no curso da delação seja mencionado uma autoridade com foro de prerrogativa função, tal acordo seria prejudicado, seria necessário o deslocamento da 1ª instância para o tribunal onde a autoridade mencionada possui foro de prerrogativa.

Assim sendo, nos presentes casos vislumbramos a ocorrência de um fato que sai do desdobramento normal das investigações, cuja validade da prova inesperadamente obtida está condicionada à forma como foi realizada a diligência, caso tenha havido desvio de finalidade, a prova não deve ser considerada válida, a contrassenso senão houve desvio de finalidade a prova é válida.

Dessa forma será analisado os julgados dos tribunais superiores, no que tange ao encontro fortuito de provas, demonstrando assim a evolução do instituto dentro do direito brasileiro

##### **4.1 INTERCEPTAÇÕES TELEFÔNICAS**

A interceptação das comunicações telefônicas tem como objetivo a produção de prova em investigação criminal e em instrução processual penal, sendo sempre precedida de autorização judicial, possuindo um rol de requisitos intrínsecos previstos no art. 2º da lei nº 9.296/96. Com efeito, é necessário para sua consecução a presença do *fumus comissi delicti*, ou

seja, da fumaça de cometimento do delito, sendo vedado a interceptação de prospecção, que ocorre quando não há indícios veementes de autoria.

Assim sendo, tem em vista os requisitos necessários para consecução de uma interceptação telefônica, uma prova obtida de maneira fortuita, que guarde ou não congruência com o objeto inicial, poderia ser valorada como prova ou iria padecer de vício, vide o caráter excepcional da interceptação e da possibilidade de relativização de direitos fundamentais resguardados pela constituição.

É importante pontuar que inicialmente prevalecia na jurisprudência do STJ, disposta no RHC 28.794/RJ, com relatório da Ministra Laurita Vaz, julgado em 06/12/2012, a necessidade da ocorrência de conexão e continência para verificar a validade da prova encontrada de forma casual de crimes pretéritos em relação ao crime investigado. Se as informações descobertas fortuitamente forem de delitos futuros não se exigia o critério de conexão e continência, pois era considerada válida como meio de prova (STJ/2012).

No entanto, em decisão mais recente do STJ sobre o tema proferida em 25/10/2017, HC 376927/ES, revelou posicionamento favorável à adoção da teoria da serendipidade, mesmo quando não haja conexão ou continência entre o objeto inicial e a prova obtida de maneira fortuita.

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 inexistam conexão ou continência com o crime supervenientemente encontrada 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 (STJ/2017).

O STF segue tal posicionamento no que concerne ao encontro fortuito de provas, de forma a reiterar sobre a validade das provas obtidas, ainda que não tenha relação de conexão, como podemos verificar na decisão prolatada em agravo regimental, HC nº 137.438, de 26/05/2017, com relatório do Ministro Luiz Fux, que preconizou sobre a validade das provas descobertas fortuitamente referentes a delitos diversos da apuração inicial, no que diz respeito às interceptações telefônicas validamente fixadas (STF/2017).

Em outra decisão a 1ª Turma do STF em decisão recente proferida no curso do HC 129678/SP, de 13/6/2017, julgou um caso prático de serendipidade no bojo de uma interceptação telefônica, no qual o acusado estava sendo investigado pela prática do crime de tráfico de drogas, quando, durante interceptação telefônica, descobriu-se que o investigado foi o partícipe de um homicídio. Na oportunidade o ministro Alexandre de Moraes, considerou a prova como lícita, mesmo que o crime achado não seja conexo com o delito que estava sendo investigado, pois, não tivemos há presença de elementos capazes de desnaturar a validade da prova, como no caso de desvio de finalidade ou fraude (STF/2017).

Assim sendo, na presente decisão da suprema corte tivemos a ocorrência da serendipidade de segundo grau, sendo que o fato fortuito obtido não poderá ser considerado como prova no processo, devendo ser considerado como *notitia criminis*. A defesa do acusado buscou a invalidação das provas, devido a prova fortuita não ter conexão com o fato original, mas conforme já manifestado pela corte suprema não tivemos desvio de finalidade ou fraude na obtenção da aludida prova.

Do compulso se verifica de acordo com os precedentes do supremo que não houve situação fática ou jurídica capaz de desnaturar a prova obtida, de sorte que embora o fato não seja conexo, será considerado como válido, pois, não fora verificado desvio de finalidade ou fraude na obtenção das provas, vide o fato do conhecimento do homicídio ser um desdobramento natural da interceptação feita para apuração do crime de tráfico de drogas, embora com ele não se tenha relação intrínseca.

Destaca-se que tanto o STF quanto o STJ se posicionam pela validade das provas obtidas diante do encontro fortuito quando há conexão com o fato investigado. Porém, em alguns julgados mais recentes tem sido admitida a colheita acidental de provas mesmo quando não há conexão entre os crimes. Nesse sentido, o ministro João Otávio de Noronha, dia 15 de abril de 2015 no bojo da ação penal nº 960 abordou o tema na sessão em que a Corte Especial recebeu denúncia contra envolvidos em um esquema de venda de decisões judiciais no Tocantins. Nesse caso, a investigação foi proposta para apurar uso de moeda falsa, mas a Justiça Federal no Tocantins percebeu que as escutas telefônicas revelavam possível negociação de decisões judiciais praticada por desembargadores. Em ato contínuo a investigação foi remetida ao STJ, por conta do foro privilegiado das autoridades (STJ/2015).

Por seu turno, fora verificado um núcleo de advogados e magistrados que se organizam para vender decisões judiciais e facilitar o pagamento de precatórios, com papéis definidos de

cada um dos membros respectivos de forma estável e sistemática, constituindo, em tese, associação criminosa.

Na apreciação do caso o ministro enfatizou que o fato das negociações das decisões judiciais não serem objeto inicial da investigação, ou seja, não guardar relação de conexão, não tem o fito de desnaturar a prova obtida, de sorte que deverá ser aberto procedimento específico para apurar o fato fortuito descoberto.

Dessa forma, conforme julgado das cortes superiores a prova fortuita obtida no curso de eventual medida cautelar de interceptação telefônica será lícita, se, além de presentes todos os requisitos constitucionais e legais na decretação da medida, não se verificar hipótese de desvio de finalidade ou mesmo simulação ou fraude para obtenção da mesma.

#### **4.2 SIGILO BANCÁRIO E FISCAL**

O sigilo bancário inserido no artigo 5º, incisos X e XII, da Constituição Federal é uma garantia constitucional que resguarda à inviolabilidade da intimidade, da vida privada, do sigilo das correspondências e das comunicações telegráficas, de dados e das comunicações telefônicas, cuja excepcionalidade somente se dará por ordem judicial, nas hipóteses e na forma estabelecida pela lei para fins de investigação criminal ou instrução processual penal.

Dessa forma, no bojo de uma quebra de sigilo fiscal e bancário, caso seja verificado a participação suspeita de um terceiro no intento criminoso, poderia as provas obtidas contra terceiro subsidiar eventual ação penal ou padeceria de vício devido ao caráter restritivo do direito à intimidade e a vida privada.

O STJ mediante manifestação da sua 6ª turma, HC 282.096, Rel. Min. Sebastião Reis Júnior, julgado em 24/4/2014 reconheceu a legalidade das provas que levaram a uma denúncia por peculato, em relação a crime que não havia dado ensejo à quebra do sigilo bancário e fiscal. O relator, ministro Sebastião Reis Júnior, mencionou que 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 desse crime.

A 6ª turma STJ já havia manifestado sobre o assunto no HC 187.189/SP, Rel. Min. Og Fernandes, julgado em 13/08/2013 preconizando que as condutas imputadas aos pacientes

embora não guardem relação direta com aquelas que originaram a quebra do sigilo, mostram-se como legítimas e capazes e subsidiar eventual ação penal.

Assim sendo, uma operação promovida pela Polícia Federal para apurar suposto delito de fraude contra licitação, art. 90 da Lei nº 8.666/90, fora decretado uma série de medidas cautelares, entre as quais a quebra do sigilo bancário e fiscal dos investigados. Em ato contínuo, durante o cumprimento de tais medidas, a polícia federal detecta a existência de indícios da prática do crime de peculato, art. 312 do código penal. As provas do peculato são consideradas como lícitas, pois, o fato dos 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.

Portanto, a análise sobre a validade ou não de determinadas provas deverá ser verificada de acordo com o caso concreto, não cabendo o legislador em virtude de parâmetros genéricos dispor ou não sobre a validade de determinada prova encontrada de maneira fortuita, pois, são vários os requisitos a serem verificados e muita das vezes eles guardam aspecto particular e intrínseco, o que exige um detalhamento específico do caráter fático para verificação de sua correlação com a órbita jurídica.

#### **4.3 BUSCA E APREENSÃO**

A constituição embora tenha como ponto norteador a defesa dos direitos individuais de todo cidadão, não assume em seu núcleo feições absolutas, de modo que determinados direitos poderão ser relativizados, quando diante de situações excepcionais que exijam tal restrição.

Conforme dicção art. 5º, inciso XI, da CF/1988, 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.

Como já destacado em situações excepcionais a inviolabilidade da casa poderá ser mitigada, dentre essas hipóteses temos a autorização judicial que autorize a busca e apreensão, que terá caráter estritamente restritivo. Inclusive o STF já se manifestou que o mandado de busca e apreensão genérico não encontra guarida no ordenamento jurídico.

Assim sendo, bojo do cumprimento de um mandado de busca e apreensão para apreensão de determinado objeto, caso seja encontrado provas da prática de outro crime, ou

seja, diverso do objeto inicial, poderia ser considerada como válida tal prova angariada pela autoridade policial.

O STJ em decisão exarada pela sua 6ª turma, RHC 45.267 já analisou a serendipidade no cumprimento de mandado de busca e apreensão. O mandado autorizava apreender documentos e mídias em determinado imóvel pertencente à investigada, suspeita de receber propina em razão de cargo público. Ocorre que, no cumprimento da medida, a polícia acabou apreendendo material que foi identificado como do marido da investigada (STJ/2014).

A polícia, então, ao analisar o conteúdo, constatou diversos indícios de que ele também teria participação no suposto esquema, especialmente na lavagem do dinheiro recebido pela mulher. Assim, a condição inicial de terceiro estranho à investigação se modificou. Ele passou a ser investigado e buscou, por meio de HC, o reconhecimento da ilegalidade da prova colhida no escritório da residência do casal, onde foi feita a busca.

Nesse sentido, a 6ª turma por maioria decidiu sobre a validade da prova, pois, ponderou sobre a dificuldade da polícia identificar a propriedade de cada objeto apreendido, uma vez que a residência era comum do casal, e ali ambos habitavam e trabalhavam (STJ/2014).

#### **4.4 BUSCA E APREENSÃO EM ESCRITÓRIO DE ADVOCACIA**

É importante pontuar sobre a possibilidade de busca e apreensão em escritórios de advocacia, pois, em um escritório de advocacia temos vários dados pertencentes a terceiros, como no caso de sócios ou clientes. De sorte que em caso de uma prova encontrada de maneira fortuita relacionada a sócios ou clientes, poderia ser considerada como válida ou seria inválida em virtude de eventual desvio de finalidade.

O STJ no bojo do RHC 39.412-SP, Rel. Min. Felix Fischer, julgado em 3/3/2015, dispôs que 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. Nesse caso por se trata de um caso de Serendipidade de segundo grau, ou seja, cujo fato achado não tenha conexão com o objeto do Mandado de Busca e Apreensão, tal prova poderá subsidiar uma futura *notitia criminis* (STJ/2015).

Assim sendo, para que seja possível a aplicação da teoria da serendipidade no curso de um mandado de busca e apreensão, é necessário verificar a situação em concreto, com o fito de verificar a congruência ou não das provas fortuitas obtidas, de sorte que não se deve desnaturar eventuais provas encontradas, sob motivo de não serem objeto do mandado de busca e apreensão.

#### **4.5 FLAGRANTE**

Conforme preceito do art. 302 do código de processo penal, considera flagrante delito quem está cometendo a infração penal; acaba de cometê-la, é perseguido, logo após, pela autoridade, pelo ofendido ou por qualquer pessoa, em situação que faça presumir ser autor da infração ou é encontrado, logo depois, com instrumentos, armas, objetos ou papéis que façam presumir ser ele autor da infração.

Assim sendo, na hipótese de flagrante delito que autorize a violação de domicílio, conforme dicção do art. 5º inciso XI, da constituição federal, seria válida a conduta da autoridade policial que em busca da apreensão de drogas, acaba por encontrar armas e munição.

O Supremo Tribunal Federal já se manifestou, em repercussão geral, RE nº 603.616/RO, Rel. Ministro Gilmar Mendes, que o ingresso forçado em domicílio sem mandado judicial apenas se revela legítimo – a qualquer hora do dia, inclusive durante o período noturno – quando amparado em fundadas razões, devidamente justificadas pelas circunstâncias do caso concreto, que indiquem estar ocorrendo, no interior da casa, situação de flagrante delito (STF/2010).

Caso seja descoberto a posteriori a prática de novos crimes, a luz do princípio da serendipidade, serão lícitas todas as provas obtidas por meio da medida, adotada em estrita consonância com a norma constitucional, ainda que os objetos ilícitos encontrados no domicílio do acusado não possuíssem, a priori, nenhum liame com o delito que ensejou o ingresso em sua residência.

Em decisão recente exarada no bojo do acórdão nº 1090653, cuja relatora foi a desembargadora, Ana Maria Duarte Amarante Brito, 1ª Turma Criminal, de 12/4/2018, foi assentado que não há ilegalidade na prisão nem na apreensão de armas e drogas na residência do acusado ocorrido em horário noturno, quando o próprio apenado autoriza a entrada na sua moradia, especialmente na hipótese em que havia fundadas suspeitas da prática de crime na residência. Nesse sentido, o encontro das drogas na residência do acusado, embora não seja

antevisto pelos policiais, representa fenômeno que a doutrina denomina de encontro fortuito de provas, 'crime achado' ou serendipidade, amplamente reconhecido pela jurisprudência e não implica qualquer nulidade, salvo abusos flagrantes, mas inexistentes no caso (TJDFT/2018).

Em outro julgamento, a 6ª turma do STJ, RHC 41.316, os ministros analisaram um caso em que, no cumprimento de mandado de busca e apreensão, foram encontrados armas e cartuchos na residência do investigado, o que deu início a uma nova ação penal e as provas encontradas fortuitamente foram consideradas como legais. (STJ/2014).

#### **4.6 COLABORAÇÃO PREMIADA- ENCONTRO FORTUITO DE PROVAS**

A colaboração premiada é um instrumento de cooperação processual, cuja natureza jurídica é de meio de obtenção de elementos de convicção, tal instrumento ganhou suma importância com o crescimento de grupos criminosos e com a dificuldade em dismantelar as quadrilhas especializadas. Tal instituto possui natureza dúplici, pois, constitui uma técnica especial de investigação que fomenta a solução de crimes e pode servir como uma estratégia da defesa do colaborador, quando dá celebração de uma colaboração ou delação premiada eficaz.

No bojo de uma delação premiada, pode o delator imputar a participação de terceiros ou a ocorrência de novos fatos, que inicialmente não eram objeto da investigação, de modo que as informações prestadas pelo colaborador ou delator podem se referir até mesmo a crimes diversos daqueles que dão causa ao acordo, configurando-se, nessa situação, a hipótese da serendipidade ou descoberta fortuita de provas.

Tais provas poderão ser consideradas como válidas, embora se refiram a fatos diversos, que somente foram descobertos a partir da voluntária participação do colaborador ou delator, o que não desnatura sua validade, vide a aplicação do princípio da serendipidade. Além disso o objeto da colaboração premiada é justamente de buscar a verdade material dos fatos, o que muitas das vezes condiz com o encontro fortuito de provas.

No entanto, para tal prova ser considerada como válida é necessário seguir todo o rito processual e conforme já destacado a colaboração premiada não se trata de uma prova, mas sim um meio de obtenção de prova, de modo que se ele for considerado inválido, as provas obtidas através dele também serão consideradas inválidas.

Assim sendo, se no curso de uma delação premiada seja mencionado o envolvimento de uma autoridade com foro de prerrogativa de função, ou seja, no deslinde normal das investigações que inicialmente tratava de uma narrativa em sede de colaboração imputada ao agente sem foro de prerrogativa, no entanto no decorrer da colaboração menciona de maneira fortuita a participação de uma autoridade com foro, quais seriam as consequências de tal fortuito.

A 2ª turma do STF no HC 151605/PR, relator ministro Gilmar Mendes, enfatizou que são válidos os elementos probatórios indicativos da participação de pessoas detentoras de prerrogativa de foro, colhidos fortuitamente no curso de medidas investigativas envolvendo indivíduos sem essa prerrogativa. De acordo com a Suprema Corte, “a validade dos elementos colhidos estende-se até mesmo em relação à identificação de outras práticas criminosas que não eram objeto da investigação original, desde que lícitamente realizada e devidamente autorizada por juízo competente ao tempo da decisão” (STF/2018).

No julgamento da Reclamação n.º 31.629/PR, proferida em setembro de 2017, o STJ assentou algumas importantes conclusões sobre o caso em que um investigado sem prerrogativa de foro narrou uma série de informações, trazendo inclusive a potencial participação de autoridade com prerrogativa de foro em atividades criminosas, o que suscitou a dúvida quanto à competência ou não do juízo de 1º grau para a homologação da colaboração (STJ/2017).

Diante de tal fortuito o STJ dispôs que a homologação de acordo de colaboração premiada por juiz de primeiro grau de jurisdição, que mencione autoridade com prerrogativa de foro no STJ, não traduz em usurpação de competência desta Corte Superior. Afinal, ao homologar o acordo de colaboração premiada, realizando o juízo de delibação do art. 4º, § 7º, da Lei n. 12.850/2013, o juiz “se limita a aferir a regularidade, a voluntariedade e a legalidade do acordo”, não existindo “emissão de qualquer juízo de valor sobre as declarações do colaborador” (STJ/2016).

É imperioso destacar a posição da 2ª turma do STF HC 151605/PR, Rel. Min. Gilmar Mendes, julgado em 20/3/2018, enfatiza que se a delação do colaborador mencionar fatos criminosos que teriam sido praticados por autoridade com foro e que teriam que ser julgados por foro privativo, este acordo de colaboração deverá, obrigatoriamente, ser celebrado pelo Ministério Público respectivo (PGR), com homologação pelo Tribunal competente (STF/2018).

De fato, segundo a jurisprudência desta Corte, “o chamado fenômeno da serendipidade ou o encontro fortuito de provas, não acarreta qualquer nulidade ao inquérito que se sucede no foro competente, desde que remetidos os autos à instância competente tão logo verificados

indícios em face da autoridade. Assim sendo, embora a validade da investigação conduzida até o encontro fortuito da prova não seja abalada, a descoberta do possível envolvimento de pessoa que ocupe cargo que lhe garanta foro por prerrogativa de função demanda o envio imediato dos autos ao juízo competente (STF/2016).

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

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

Inclusive tal entendimento encontra em consonância com precedente da suprema corte que enfatiza que “não cabe ao Juízo de primeiro grau, ao deparar-se, nas investigações com suspeitos detentores de prerrogativa de foro – em razão das funções em que se encontravam investidos –, determinar a cisão das investigações e a remessa a esta Suprema Corte da apuração relativa a esses últimos, com o que acabou por usurpar competência que não detinha ” (STF/2014).

Em decisão recente exarada pela relatora Nancy Andrichi, de 20 de setembro de 2017, fora relatado que embora haja indícios do suposto envolvimento de pessoa com prerrogativa de foro tenha surgido de forma fortuita, os autos da investigação deverão ser encaminhados ao STJ, sob pena de usurpação de sua competência (STJ/2017).

Desse modo, segundo a jurisprudência do STF cabe apenas ao próprio tribunal ao qual toca o foro por prerrogativa de função promover, sempre que possível, o desmembramento de inquérito e peças de investigação correspondentes, para manter sob sua jurisdição, em regra, apenas o que envolva autoridade com prerrogativa de foro, segundo as circunstâncias de cada caso (STF/2016).

Ressalta-se que por se trata de meio de obtenção de prova, tal acordo depende de homologação da autoridade competente para verifica os requisitos de regularidade, legalidade e voluntariedade, não competindo ao juízo de primeiro grau promover tal homologação, quando da conexão com autoridade que possui foro de prerrogativa de função.

Portanto, é imperioso destacar que no curso de uma investigação para apuração de fatos delituosos, podemos encontrar no deslinde das investigações fatos que façam insurgir para participação de autoridade com foro de prerrogativa de função, sendo que diante de tal constatação o juízo de primeiro grau não deve de pronto encaminhar as informações relativas à autoridade com prerrogativa de função e permanecendo os outros autos com juízo singular, de modo que todo processo deverá ser encaminhado ao tribunal, pois, compete a ele promover a cisão do processo caso seja necessário, pois, em situações específicas o desmembramento do processo pode causar prejuízos à investigação, sendo assim pode o tribunal determinar que todos os acusados do processo se sujeitam à jurisdição do tribunal, embora alguns deles não detenham a prerrogativa de foro.

## CONCLUSÃO

O presente trabalho teve como objeto o atual posicionamento dos tribunais superiores, no que tange ao encontro fortuito de provas, vide o fato de tal tema não ser positivado e sua aplicação implicar em relativização temporária em direitos constitucionais essenciais para qualquer estado democrático.

Destacou-se sobre a necessidade de delimitação do fato e dos sujeitos objetos de investigação, pois as medidas cautelares probatórias, diante de seu caráter instrumental, estão vinculadas a esse objeto principal, sendo que qualquer desvio fortuito deve se pautar em critérios proporcionais e razoáveis, com o fito de não desnaturar do objeto inicial da investigação e contaminar todo o conjunto de provas produzido.

Enfatizou a importância de se delimitar de acordo com cada caso concreto, sobre a licitude ou não das provas obtidas de fortuita, pois, em muitas das vezes estaremos diante de um conflito entre direitos individuais e direitos de caráter coletivo, sendo que aplicar uma regra geral poderia causar prejuízos irreparáveis para uma das partes do processo, pois, estaremos diante da relativização de um direito essencial ao indivíduo.

A parte majoritária admite a adoção da teoria da serendipidade, contudo estabelece um rol de critérios que deverão ser levados em consideração no momento da aplicação das provas casualmente encontradas diante do processo. Esses critérios se balizam em conexão e continência entre o crime objeto da persecução penal com o crime encontrado no bojo de eventual ação policial que deu ensejo à colheita da prova fortuita.

Na análise dos casos concretos, conforme precedentes do STF e STJ verificou que houve modificações quanto à extensão da aplicação da teoria da serendipidade no direito brasileiro. Como se trata de assunto ainda não positivado, apenas era admitido o encontro fortuito em caso de conexão e continência entre o crime investigado e o crime relativo à prova encontrada, desde que não tenha havido desvio de finalidade a fraude. Contudo, decisões recentes exaradas pelo STF e STJ admitem a aplicação do princípio da serendipidade, tanto em relação a fatos conexos, como não conexos, desde que não tenha havido desvio de finalidade ou fraude no modo de obtenção da prova.

## REFERÊNCIAS

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

ROQUE, Fábio; TÁVORA, Nestor; ALENCAR, Rosmar Rodrigues. **Legislação Criminal para Concursos**. Salvador: JusPodvm, 2016.

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

MASSON, Cleber; MARÇAL, Vinicius. Crime organizado. São Paulo: Método, 2017.

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

LOPES, Aury Lopes Jr. **Direito Processual Penal**. 15ª ed. 2018, Editora Saraiva.

MIRABETE, Julio Fabbrini. **Direito Penal** 32ª ed.2016, Editora Atlas

**Serendipidade nos mandados de busca e apreensão**. Disponível em: <http://https://canalcienciascriminais.com.br/serendipidade-mandado-busca-apreensao>. Acessado em 17/03/2019 às 15:20h.

**Teoria da serendipidade segundo o STJ e STF**. Disponível em: <http://repositorio.uniceub.br/bitstream/235/10603/1/21232245.pdf>. Acessado em 25/03/2019 às 14:00h.

**Crime achado**. Disponível em: <http://dizerodireitotnet.files.wordpress.com/2017/07/info-869-stf.pdf>. Acessado em 27/03/2019 às 18:35h.

**Validade da prova a partir do encontro fortuito**. Disponível em: <https://www.tjdft.jus.br/consultas/consultas-processos-fisicos/jurisprudencia/jurisprudencia-em-foco/jurisprudencia-em-perguntas/direito-penal-e-processual-penal/valoracao-da-prova/e-valida-a-prova-obtida-a-partir-de-encontro-fortuito>. Acessado em 27/03/2019 às 18:50h

**Serendipidade crime achado**. Disponível em: Fonte: <https://jus.com.br/artigos/59935/a-serendipidade-ou-crime-achado-e-o-hc-129-678-sp-do-stf>. Acessado em 28/03/2019 às 08:20h.

**Encontro fortuito de provas STF**. Disponível em: <http://www.stf.jus.br/arquivo/informativo/Documento/informativo869.htm>. Acessado em 29/03/2019 às 14:00h.

**Interceptações encontro fortuito de provas**. Disponível em <http://jus.com.br/artigos/68444/serendipidade-encontro-fortuito-de-provas-nas-interceptacoes-telefonicas/5>. Acessado em 29/03/2019 às 15:30.

## DECLARAÇÃO E AUTORIZAÇÃO

Eu, \_\_\_\_\_, portador (a) da  
Carteira de Identidade nº \_\_\_\_\_, emitida pelo  
\_\_\_\_\_, inscrito (a) no CPF  
sob nº \_\_\_\_\_, residente e domiciliado(a) na  
rua \_\_\_\_\_, setor \_\_\_\_\_, na  
cidade de \_\_\_\_\_, estado de \_\_\_\_\_, telefone fixo  
(\_\_\_\_) \_\_\_\_\_ e telefone celular (\_\_\_\_) \_\_\_\_\_ e-  
mail: \_\_\_\_\_, declaro, para os devidos fins e sob pena  
da lei, que o Trabalho de Conclusão de Curso:

\_\_\_\_\_, é uma produção de minha exclusiva autoria e que assumo, portanto, total responsabilidade por seu conteúdo. Declaro que tenho conhecimento da legislação de Direito Autoral, bem como da obrigatoriedade da autenticidade desta produção científica. Autorizo sua divulgação e publicação, sujeitando-me ao ônus advindo de inverdades ou plágio e uso inadequado de trabalhos de outros autores. Nestes termos, declaro-me ciente que responderei administrativa, civil e penalmente nos termos da Lei 9.610, de 19 de fevereiro de 1998, que altera e consolida a legislação sobre direitos autorais e dá outras providências. Pelo presente instrumento autorizo o Centro Universitário de Goiás, Uni-ANHANGUERA a disponibilizar o texto integral deste trabalho tanto na biblioteca, quanto em publicações impressas, eletrônicas/digitais e pela internet. Declaro ainda, que a presente produção é de minha autoria, responsabilizo-me, portanto, pela originalidade e pela revisão do texto, concedendo ao Uni-ANHANGUERA plenos direitos para escolha do editor, meios de publicação, meios de reprodução, meios de divulgação, tiragem, formato, enfim, tudo o que for necessário para que a publicação seja efetivada.

Goiânia \_\_\_\_\_ de \_\_\_\_\_ de 20\_\_\_\_\_

\_\_\_\_\_  
(Nome e assinatura do aluno/autor)

## **ENCONTRO FORTUITO DE PROVAS A LUZ DOS TRIBUNAIS SUPERIORES**

**JUNIOR, Ricardo Barbosa da Silva<sup>1</sup>; AMARAL Cinthya<sup>2</sup>**

<sup>1</sup>Aluno do curso de direito do Centro Universitário de Goiás – Uni-ANHANGUERA.

<sup>2</sup>Professora orientadora Dra. Cinthya Santos do Curso de direito do Centro Universitário de Goiás – Uni-ANHANGUERA.

A presente monografia tem como objetivo analisar a evolução da jurisprudência dos tribunais superiores no que tange ao encontro fortuito de provas. Como tal tema não se encontra positivado, cabe à doutrina e jurisprudência tecer argumentos sobre sua aplicação, efeitos e extensão. Assim sendo em um primeiro momento foi admitido apenas a ocorrência do encontro fortuito de provas, quando os fatos descobertos guardarem conexão com o objeto inicial da investigação, o que se compreende por serendipidade de primeiro grau, no entanto, houve mudança de entendimento e fora admitido o encontro fortuito, mesmo quando não guarde relação de conexão, o que se refere à serendipidade de segundo grau, sendo que nesse caso as provas obtidas não tem o condão para subsidiar eventual condenação, servindo apenas como notitia criminis. Ademais a aplicação do princípio da serendipidade ganhou importância no cenário nacional, através dos desdobramentos da operação Lava Jato, pois, sua origem se deu através de um encontro fortuito, pois o objeto inicial da operação era investigar os crimes de lavagem de recursos relacionado ao ex-deputado José Janene, os doleiros Alberto Youssef e Carlos Habib Chater e através das interceptações feitas, fora descoberto um grande esquema de corrupção e lavagem de dinheiro na Petrobras. Assim sendo, será estudada a evolução dos precedentes dos tribunais superiores no que tange à aplicação do princípio da serendipidade no âmbito das interceptações telefônicas, mandados de busca e apreensão, quebra do sigilo fiscal e bancário, acordos de colaboração premiada e prisão em flagrante.

Palavras- chave: Encontro fortuito. Provas. Serendipidade

## **CAPA FINAL**