



UNIVERSIDADE TIRADENTES – UNIT

CURSO DE GRADUAÇÃO EM DIREITO

TRABALHO DE CONCLUSÃO DE CURSO – ARTIGO CIENTÍFICO

**TEORIA DO ENCONTRO FORTUITO DE PROVAS E SUA APLICABILIDADE NOS
TRIBUNAIS SUPERIORES**

**Ananda Rodrigues de Andrade
Prof. Renato Carlos Cruz Meneses**

Aracaju

2019

ANANDA ROGRIGUES DE ANDRADE

**TEORIA DO ENCONTRO FORTUITO DE PROVAS E SUA APLICABILIDADE
NOS TRIBUNAIS SUPERIORES**

Trabalho de Conclusão de Curso – Artigo –
apresentado ao Curso de Direito da Universidade
Tiradentes – UNIT, como requisito parcial para
obtenção do grau de bacharel em Direito.

Aprovado em ____ / ____ / ____.

Banca Examinadora

Prof. Renato Carlos Cruz Menezes
Universidade Tiradentes

Professor Examinador
Universidade Tiradentes

Professor Examinador
Universidade Tiradentes

TEORIA DO ENCONTRO FORTUITO DE PROVAS E SUA APLICABILIDADE NOS TRIBUNAIS SUPERIORES

THEORY OF THE FORTUITOUS MEETING OF EVIDENCE AND ITS APPLICABILITY IN THE HIGHER COURTS

Ananda Rodrigues de Andrade¹

RESUMO

O artigo tem por objeto o estudo da Teoria do Encontro Fortuito de Provas, também chamada de Teoria da Serendipidade, que consiste na convergência das provas que surgem fortuitamente durante uma diligência e estão relacionadas aos fatos inicialmente investigados, merecendo, portanto, uma análise semelhante. Para viabilizar a abordagem desse tema fora exemplificado o conceito de prova no processo penal e suas teorias processuais. Na sequência, foi delimitado a teoria para os encontros fortuitos aplicados pelos tribunais superiores na interceptação telefônica e na busca e apreensão, assim como, se a aplicação dessa teoria viola direitos constitucionais, como o direito à intimidade e à privacidade. Ato contínuo, como o presente tema não se encontra positivado, objetiva-se proferir argumentos acerca do entendimento doutrinário e dos Tribunais Superiores. Além disso, se discorre, também, sobre o debate quanto à necessidade da conexão e continência entre a descoberta inusitada e os fatos originalmente investigados. Dessa forma, busca-se verificar a validade da utilização dessas provas encontradas por acaso no processo penal. Ademais, para realização do artigo foram utilizadas fontes doutrinárias e jurisprudências dos Tribunais. Por fim, o presente traz no seu desenvolvimento, acórdãos de decisões colegiadas que aplicam a teoria do encontro fortuito de provas.

Palavras-chave: Busca e Apreensão; Interceptação; Telefônica; Serendipidade.

ABSTRACT

The article aims at the study of the Theory of the Fortuitous Meeting of Evidence, also called the Theory of Serendipity, which consists of convergence of the evidence that arise fortuitously during a stage and are related to the facts initially investigated, deserving, therefore a similar analysis. To enable the approach of this theme, the concept of proof in criminal proceedings and its procedural theories was exemplified. Subsequently, the theory for fortuitous meetings applied by the higher courts in telephone interception and in the search and apprehension, as well as whether the application of this theory violates constitutional rights, such as the right to intimacy and privacy. Continuous act, as this theme is not positive, the objective is to make arguments about the doctrinal understanding and the Higher Courts. In addition, there is also talk about the debate about the need for connection and continence between unusual discovery and the facts originally investigated. Thus, it seeks to verify the validity of the use of these evidence found by chance in criminal proceedings. Moreover, to carry out the article, doctrinal sources and jurisprudence of the Courts were used. Finally, the present brings in its development, judgments of collegiate decisions that apply the theory of the fortuitous meeting of evidence.

¹ Graduanda em Direito pela Universidade Tiradentes – UNIT
E-mail: anandarodrigues1@hotmail.com

Keywords: Search and Apprehension; Telephone Interception; Serendipity.

1 INTRODUÇÃO

O trabalho objetiva analisar a Teoria do Encontro Fortuito de Provas, também conhecida como Teoria da Serendipidade que é o encontro de provas que surgem fortuitamente durante uma determinada investigação, e a validade da utilização dessas provas no processo penal.

A fim da elaboração da temática proposta, primeiramente foi abordado a definição de prova no processo penal, o sistema de valoração da prova adotado no Brasil e suas teorias processuais, tais como, Teoria da Prova Ilícita por Derivação, também conhecida como Teoria dos Frutos da Árvore Envenenada, a Teoria da Fonte Independente, a Teoria da Descoberta Inevitável e a Teoria do Encontro Fortuito de Provas. Assim como, o desentranhamento da prova quando obtida ilicitamente.

Em um segundo momento, abordou-se o estudo da teoria da serendipidade e alguns princípios constitucionais, como ampla defesa, contraditório e devido processo legal. Bem como, se a aplicação dessa teoria enseja na violação de princípios fundamentais, quais sejam, direito à intimidade e à privacidade, elencados no artigo 5º, inciso X da Constituição Federal.

O terceiro tópico, destacou em quais espécies é aplicada o encontro fortuito, sendo uma delas a interceptação telefônica, devido ao caráter cautelar dessa medida. Além disso, que a serendipidade pode ser analisada em dois aspectos, a de 1º grau e a de 2º grau, sendo a primeira utilizada quando há conexão da prova fortuita com o objeto originário da investigação. Enquanto a segunda, ocorre quando não são conexos os fatos.

Ademais, o quarto dedicou-se a tecer à respeito da serendipidade e sua aplicabilidade pelos Tribunais Superiores na busca e apreensão, que é outra medida cautelar que possibilita a execução da teoria do encontro fortuito, destacando também, a ocorrência desta em busca e apreensão nos escritórios de advocacia relacionando com o direito previsto no artigo 7º da lei nº 8.906/94.

Dessa forma, busca-se abordar a validade das provas adquiridas acidentalmente no decorrer da investigação. Colecionando assim, o posicionamento dos Tribunais Superiores quanto a aplicabilidade da teoria do encontro fortuito de provas nos casos de interceptação telefônica e busca e apreensão, além de elencar todas as normas referentes a essas modalidades.

Sobre os procedimentos metodológicos, o presente artigo adotará o tipo de pesquisa documental e bibliográfica, pois tem como objetivo fazer análise da teoria a partir de dados

constantes de relevantes doutrinas constituídas de livros, artigos científicos publicados em revistas e periódicos, análises jurisprudenciais, documentos públicos de instituições governamentais e não governamentais, ou seja, utilizando-se de fontes variadas do conhecimento científico.

2 DA PROVA NO DIREITO PROCESSUAL PENAL

A prova é um elemento de convicção, produzido sob o crivo do contraditório e da ampla defesa, objetivando influenciar no convencimento do juiz, o qual deve motivar suas decisões com base no que lhe for apresentado no processo. Assim sendo, quando se fala em prova, é necessário salientar que a produção dessas provas deve envolver o contraditório, o qual envolve informação e possibilidade de reação, e a ampla defesa, que consiste na autodefesa e na defesa técnica.

Nesse contexto, destaca-se dois princípios que se relacionam com o conceito de prova, quais sejam, o da identidade física do juiz e o da busca pela verdade. O primeiro diz respeito a atuação do juiz na produção das provas, como garantia da ampla defesa e do contraditório, sendo que, em regra, ele não pode participar ativamente, devido a inércia do juiz no processo.

Enquanto o princípio da busca pela verdade, defende a ideia de que o juiz não está obrigado, ou melhor, limitado a verdade dos autos. Isso porque, ele poderá complementar o arcabouço probatório à verdade, isto é, pode tomar iniciativa de caráter probatório. Dessa forma, esclarece que diferentemente dos outros ramos do direito, no processo penal, o Estado deve buscar uma verdadeira realidade dos fatos, para que seja dada uma maior eficácia ao processo.

No direito processual penal, o sistema de apreciação ou valoração de provas adotado no Brasil, é o do Livre Convencimento Motivado, disposto no artigo 155 do Código de Processo Penal. Esse sistema dispõe que o juiz pode decidir livremente, contanto que motive sua decisão com base nas provas produzidas nos autos, isto é, deve demonstrar a razão que utilizou para sua decisão. Rangel (2015, p. 521) acrescenta que: “não há possibilidade de o juiz decidir de acordo com as provas que não constam nos autos do processo”, devendo assim, utilizar das provas que foram submetidas às partes, as quais puderam exercer o contraditório.

Em suma, ao falar de provas, é válido esclarecer que as ilícitas não são admitidas no processo, conforme artigo 5º, LVI da Constituição Federal e artigo 157 do Código de Processo Penal, devendo, portanto, serem retiradas do processo por violar norma legal ou constitucional.

Dessa forma, consoante o que já fora elencado sobre provas, destacaremos abaixo algumas teorias que se relacionam com o tema.

3 TEORIAS DA PROVA

Inicialmente cumpre registrar que são incabíveis no processo as provas obtidas ilicitamente, devido sua produção violar normas constitucionais e legais. Sendo assim, a teoria da prova ilícita por derivação, também é conhecida como a teoria dos frutos da árvore envenenada, pois, ocorre devido ao nexos causal que a prova posterior tem com a principal, sendo ela considerada ilícita, ou seja, a prova é originalmente ilícita e em virtude da ligação com outra prova, torna-se também ilícita.

Aury Lopes (2016, p. 222), explica sobre o presente princípio que “o vício se transmite a todos os elementos probatórios obtidos a partir do ato maculado, literalmente contaminando-os com a mesma intensidade.” Assim, por serem contaminados, devem ser desentranhados.

Nesse sentido, ressalta-se que, ainda que uma prova seja produzida de forma lícita, entretanto, devido ao nexos causal entre esta e a outra prova originalmente ilícita, ela também estará prejudicada, por exemplo, Bruno obteve confissão de Cláudio mediante tortura, a qual não é admitida por ser considerada ilícita. Com isso, diante dessas informações, solicitou ao juiz uma busca e apreensão, sendo expedido mandado. Este será considerado ilícito, pois teve como base uma prova ilícita, dessa forma, deve ser desentranhada do processo.

Ato contínuo, dentre as teorias da prova, é importante destacar, a teoria da fonte independente, a qual ocorre quando uma prova advém de uma fonte autônoma, isto é, sem qualquer nexos de causalidade com a prova decorrente de meio ilícito, nessa situação, essa prova como o próprio nome já diz é independente, logo, válida. Isso porque, quando houver a ruptura do nexos causal entre essas provas, a que surge de forma independente, será lícita.

Outrossim, podemos citar como exemplo a seguinte situação, Felício torturou Maurício, mediante esse ato conseguiu a confissão, que é meio ilícito, porém, acaba por conseguir um vídeo da câmera da rua que mostra a ocorrência de todo o crime. Por esta razão, por não estar evidente o nexos causal entre a filmagem e a agressão para obter a confissão, a prova é independente, portanto, válida.

Nesse contexto, salienta-se que, inevitavelmente, seguindo os estágios típicos e de praxe de uma investigação e instrução criminal, é possível chegar a uma prova através de uma fonte livre, ou seja, sem qualquer nexos com a prova ilícita. Essa teoria é chamada de teoria da

descoberta inevitável, a qual exemplifica o que é uma prova independente, anteriormente supracitada. Por exemplo, Marcos mediante tortura, conseguiu que Bruno confessasse a prática do crime, porém, em paralelo a isso, achou o cadáver amarrado na árvore. Logo, configurou-se uma fonte independente, em consequência da descoberta inevitável.

Ademais, destaca-se a teoria do encontro fortuito de provas, ou a também chamada teoria da serendipidade, que consiste na descoberta inusitada, inesperada da prova no decorrer de uma investigação legalmente autorizada, em que a princípio não tinha o objetivo de investigar tais fatos. Isto é, encontro de provas que surgem durante uma diligência e possuem relação com o fato originalmente investigado.

Segundo Renato Brasileiro:

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. Fala-se em encontro fortuito de provas ou serendipidade quando a prova de determinada infração penal é obtida a partir de diligência regularmente autorizada para a investigação de outro crime. 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. (LIMA, 2016, p. 848)

É uma teoria que busca auxiliar no meio investigatório, ressaltando-se que precisa ser analisado os critérios de proporcionalidade e razoabilidade na hora da aplicação da teoria da serendipidade, para que não haja violação aos direitos essenciais do homem. Assim, segundo Eugênio Pacelli (2016, p. 368) “fala-se em encontro fortuito quando a prova de determinada infração penal é obtida a partir da busca regularmente autorizada para investigação de outro crime”.

Nesse íterim, a teoria da serendipidade ocorre quando durante uma investigação a autoridade “se depara” com novos fatos que são relevantes para o fato inicialmente investigado, apresentando assim uma linha de conexão entre esses. Sendo assim, essa prova é admitida segundo alguns posicionamentos jurisprudenciais, como o elencado no HC 83515/RS, um dos primeiros casos que autorizou a aplicação da serendipidade, em virtude da conexão com o fato inicialmente investigado.

Nesse contexto, frisa-se que essa teoria ganhou forças com a Operação Lava Jato. Isso porque, a princípio buscavam desmontar uma organização criminosa que envolvia doleiros. No

entanto, durante o processo foram encontradas provas inusitadas que evidenciavam a existência do crime de corrupção e lavagem de dinheiro envolvendo a Petrobras.

Ademais, a serendipidade pode ser analisada em dois aspectos: a de 1º grau, a qual estabelece que as provas fortuitas obtidas durante o curso de uma investigação legalmente autorizada, só serão validadas quando conexas com o objeto inicial da diligência. E a de 2º grau, a qual estabelece que diante da não conexão das provas, que surgem por acaso, com o objeto originário da investigação, elas podem ser utilizadas como notícia criminis, para a instauração de uma nova diligência.

Ato contínuo, é válido arrazoar que essa teoria pode ser objetiva ou subjetiva. Desta forma, quando existirem vestígios da prática de outro crime durante uma apuração, dizemos que ocorre a serendipidade objetiva. Porém, quando durante a diligência surgirem indícios do envolvimento criminoso de outra pessoa, ou seja, uma terceira, trata-se da subjetiva.

Destarte, consoante o que já fora explanado, conclui-se que a prova que surge fortuitamente, deve ter os mesmos critérios de validação da prova originária. Sendo assim, é entendimento jurisprudencial que a conexão, unidade de fato, ou continência, unidade do tipo, do fato descoberto inusitadamente com o fato originário da investigação, são fenômenos que devem ser analisados para validade dessa prova, entretanto, é importante destacar que já existem julgados que validam essas provas, mesmo quando não conexas, desde que não tenha ocorrido fraude na realização dessas diligências.

4 DIREITOS CONSTITUCIONAIS E A TEORIA DA SERENDIPIDADE

Os direitos fundamentais são os direitos mais importantes do homem, que são identificados com seus valores essenciais, sem os quais sua dignidade estará comprometida, positivados pela ordem constitucional de um Estado. Quando falamos em direito fundamental, não podemos esquecer que eles foram criados como limitação do poder estatal, servindo, posteriormente, para promoção da igualdade e de uma melhor qualidade de vida para as pessoas.

Nesse sentido, apesar da positivação desses direitos ter ocorrido apenas no século XVII, as noções que esses direitos carregam, como igualdade, liberdade, dignidade e justiça sempre estiveram presentes em todas as sociedades humanas. Sendo assim, a ausência da positivação dos direitos fundamentais implicava no seu não reconhecimento jurídico, isto é, não era possível obrigar o Estado observá-lo. Portanto, de acordo com o movimento histórico de reações ao Estado Absoluto, é que esses direitos passaram a ser protegidos e garantidos ao cidadão.

No âmbito processual penal, deve-se realizar as diligências, assim como tomar providências para a busca da realidade dos fatos. No entanto, para que isso ocorra, não se pode violar o que está disposto na Constituição Federal, por exemplo, os direitos e garantias fundamentais do cidadão.

Dessa forma, antes de adentrarmos no tema do presente artigo, é de suma importância tecer sobre alguns princípios constitucionais, como ampla defesa, contraditório e devido processo legal. Dentre eles, destacamos que o artigo 5, LIV, da Constituição Federal, elenca um dos mais relevantes princípios que garante os direitos fundamentais, qual seja, o devido processo legal. Ele determina que sejam seguidas todas as etapas previstas em direito, para que seja conferido a todo indivíduo um processo mais justo.

Outro princípio relevante, é a ampla defesa, que diz respeito à um direito concedido ao réu para se defender, abrangendo a autodefesa e a defesa técnica, que garantem direitos exclusivos ao réu. Esse princípio está elencado no artigo 5, LV, da Constituição Federal.

Por autodefesa, podemos dizer que é um direito disponível, sendo exercida pela própria parte. Já a defesa técnica, consiste na capacidade postulatória do profissional da advocacia postular em um processo, direito este indisponível e irrenunciável. Nesse contexto, é entendimento de Renato Brasileiro sobre a ampla defesa:

Sob a ótica que privilegia o interesse do acusado, a ampla defesa pode ser vista como um direito; todavia, sob o enfoque publicístico, no qual prepondera o interesse geral de um processo justo, é vista como garantia. O direito de defesa está ligado diretamente ao princípio do contraditório. A defesa garante o contraditório e por ele se manifesta. Afinal, o exercício da ampla defesa só é possível em virtude de um dos elementos que compõem o contraditório – o direito à informação. Além disso, a ampla defesa se exprime por intermédio de seu segundo elemento: a reação. (LIMA, 2016, p. 29)

Já o contraditório é um direito conferido a uma das partes do processo para se manifestar acerca dos fatos elencados nos autos, disposto no artigo 5, LV, da Constituição Federal. Guilherme de Souza Nucci assevera que:

A parte, no processo, tem o direito de contrariar as alegações e as provas oferecidas pela outra parte. Cuida-se de um princípio em favor tanto da acusação quanto da defesa, privilegiando o equilíbrio entre os antagônicos polos da relação processual [...]. (NUCCI, 2018, p. 10)

Nesse diapasão, o encontro fortuito de provas, está dentro do contexto de direitos e garantias fundamentais, devendo, portanto, serem analisadas todas as regras constitucionais do

direito penal e processual penal. Isso porque, direito à intimidade e à privacidade, estão relacionados com o tema e são protegidos constitucionalmente.,

Destarte, diante do avanço da utilização de medidas cautelares como meios de provas para obtenção de provas referentes a um processo, é que se estuda a validade, bem como, o objeto delimitado para o cumprimento dessas medidas, para que assim não haja violação à direitos e garantias fundamentais.

5 TEORIA DA SERENDIPIDADE NA INTERCEPTAÇÃO TELEFÔNICA E SUA APLICABILIDADE NOS TRIBUNAIS SUPERIORES

O Estado Democrático de Direito busca respeitar todos os direitos e garantias que estão elencados na Constituição e em outras legislações. Sendo assim, é importante ressaltar que não há um direito fundamental absoluto no nosso ordenamento jurídico. Isso porque, dentre esses direitos protegidos constitucionalmente, está o direito à intimidade, porém, o legislador estabeleceu algumas exceções quanto a sua aplicabilidade e proteção. Assim sendo, o sigilo das comunicações telefônicas é um exemplo, pois, se preenchidos os quesitos do art. 2º da lei nº 9.296/96, será autorizada a interceptação.

Nesse sentido, partindo da análise da Lei nº 9.296/96, a interceptação telefônica só será autorizada se seguir o disposto em lei e estiver diante de uma ordem judicial de juiz competente da ação principal, a qual ocorrerá sob sigilo de justiça, consoante o que dispõe o art. 1º da referida lei. Em paralelo a esses requisitos, o art. 2º da lei elenca as hipóteses em que não será permitida realizar a referida medida cautelar, quais sejam, quando não houver indícios razoáveis da autoria ou participação em infração penal; a prova puder ser feita por outros meios disponíveis; e o fato investigado constituir infração penal punida, no máximo, com pena de detenção.

Outrossim, ainda para realização da interceptação telefônica, deve ser descrita com clareza a situação que será objeto da investigação, além de indicar e qualificar os investigados, salvo impossibilidade manifesta, devidamente justificada, consoante disposição do parágrafo único do art. 2º da lei nº 9.296/96.

Desse modo, para a interceptação ser legalmente autorizada é preciso de ordem judicial de um juiz competente. Já para ser lícita, é necessário que o juiz fundamente com clareza o porquê da investigação, determinando assim os motivos pelos quais restringirá direitos do investigado, visto que se trata de uma medida de caráter excepcional, e apenas será válida se

for o único meio de prova disponível. Sendo assim, o descumprimento de um desses quesitos, enseja em nulidade desse meio de prova.

O grande destaque da matéria de interceptação telefônica para esse artigo, é que nesse meio de prova que mais ocorre a aplicação da teoria da serendipidade. Isso visto que, durante uma investigação que for lícita, podem ser descobertos novos crimes ou o envolvimento de outras pessoas que mantenham relação com o objeto originariamente investigado.

Acerca da temática, Renato Brasileiro destaca:

Em outras palavras, supondo-se que uma interceptação telefônica tenha sido autorizada para apurar crime punido com reclusão (v.g., tráfico de drogas) praticado por determinado agente, indaga-se se seria possível a utilização de elementos probatórios colhidos casualmente ao longo da diligência em relação a outras infrações penais (v.g., homicídio, desacato, jogo do bicho, etc.), e/ou em relação a outras pessoas. (LIMA, 2016, p. 1018)

Nesse ínterim, a validade desses encontros, está ligada ao princípio da proporcionalidade, uma vez que, para atingir um fim lícito, é importante que haja ponderação de direitos, ou seja, em caso de atrito entre direitos, um não irá prevalecer sobre o outro, devendo, portanto, serem analisados individualmente. E ao princípio da especialidade, que consiste em observar se houve comunicação imediata dessas provas fortuitas ao juiz, bem como, se teve o pedido de verificação de validade.

Assim sendo, em se tratando de crime permanente, por exemplo, se a investigação for imediata, as conversas podem servir como provas para o mandado de busca e apreensão. Entretanto, se não for, mas houver necessidade de investigar, deve ser comunicado ao juiz, para que seja solicitado a ampliação dessa medida. Visto que, diante da ausência de comunicação, pode servir apenas como notícia criminis.

Ademais, é válido esclarecer a importância da averiguação da existência da conexão ou continência, quando da descoberta de crimes diversos do investigado, porque, se presente esses fenômenos, as provas que foram encontradas de forma inusitada, fortuita, serão válidas, ainda que o juiz não tenha sido comunicado imediatamente desse surgimento.

No entanto, se conexos, mas modificar a competência, o juiz competente para julgar este crime deve ser comunicado para analisar se esses encontros são lícitos. Agora, em se tratando do envolvimento de outra pessoa que tenha foro por prerrogativa de função, os autos devem ser remetidos ao juiz competente para dar regular andamento a investigação, mas para que essa remessa aconteça, é necessário que o envolvimento seja concreto, logo, a mera suposição não enseja o encaminhamento, segundo Superior Tribunal de Justiça.

No mais, em caso de não conexão, há entendimento doutrinário no sentido de que não será possível servir como prova para condenar, pois violaria o princípio da intimidade, bem como o devido processo legal, já que para um ato da autoridade ser válido, é preciso seguir as etapas previstas em lei. Entretanto, em julgados recentes nos tribunais superiores, se desconexos os fatos, o juiz deve analisar no caso concreto sobre a possibilidade e a validade dessa prova servir ou não como notícia criminis, para instauração de novo inquérito ou nova ação penal.

Assim, embora esse tema não se encontre positivado, atualmente o Superior Tribunal Federal, o Superior Tribunal de Justiça e grande parte da doutrina, tem validado o encontro fortuito de provas nos casos de conexão ou em continência com o delito que ensejou o início da investigação. Nesse sentido, urge transcrever a evolução desse tema com base em alguns julgados dos tribunais superiores.

Inicialmente cumpre destacar que o entendimento do Superior Tribunal de Justiça para validação das provas obtidas fortuitamente no processo era a presença dos fenômenos de conexão e continência, consoante o julgado RHC 28794/RJ, com relatório da Ministra Laurita Vaz, de 06/12/2012, o qual decidiu que a descoberta de novos fatos provenientes do monitoramento judicialmente autorizado pode resultar na identificação de pessoas inicialmente não relacionadas, mas que possuem estreita ligação com o objeto da investigação e que por isso, não invalidam a utilização das provas colhidas contra esses terceiros.

Ocorre que, em julgados mais recentes do próprio Superior Tribunal de Justiça, como por exemplo, HC 376927/ES, a tese de conexão e continência fora relativizada. Isso porque, o órgão entendeu por validar as provas fortuitas, mesmo quando os fatos não são conexos ou quando não há continência com o crime originalmente investigado.

Ato contínuo, também é posicionamento do Superior Tribunal Federal, a aplicação da serendipidade, ainda que não haja continência ou conexão entre os fatos, conforme alguns precedentes desse tribunal, quais sejam, HC 137.438, Primeira Turma, Rel. Min. Luiz Fux, DJe de 26/05/2017; HC 106.152, Primeira Turma, Rel. Min. Rosa Weber, DJe de 24/05/2016 e HC 128.102, Primeira Turma, Rel. Min. Marco Aurélio, DJe de 23/06/2016.

Ademais, é importante destacar a aplicação da teoria da serendipidade pelos tribunais superiores, nas situações em que o fato fortuito obtido através da interceptação telefônica é conexo a um crime diverso, o qual é punido com pena de detenção. No HC nº 83.515/RS, Rel. Min. Nelson Jobim, Informativo nº 361, foi reconhecida pelo Superior Tribunal Federal a licitude da prova de outro crime, obtida por meio da interceptação, inicialmente autorizada para

apurar crime com pena de reclusão, tendo em vista a conexão entre os fatos, ainda que envolvendo crimes punidos com detenção.

Destarte, observa-se que é através da conexão, unidade de fato, ou continência, unidade de tipo que o Superior Tribunal Federal e o Superior Tribunal de Justiça têm validado os encontros fortuitos de provas. Ressaltando-se que essa aplicação deve garantir a proteção dos direitos e garantias fundamentais, mais precisamente o direito à intimidade e o sigilo das comunicações telefônicas. Ocorre que, já existem julgados que validam essas provas, mesmo na ausência dos fatores supracitados, no entanto, isso só será válido, se provado que não houve desvio de finalidade ou fraude na medida legalmente autorizada.

6 BUSCA E APREENSÃO E A TEORIA DO ENCONTRO FORTUITO DE PROVAS

O mandado de busca e apreensão é considerado um meio de prova cautelar, isto é, uma medida instrumental, que objetiva encontrar documentos, objetos, cartas e armas com utilidade probatória, consoante disposição do art. 240 do Código de Processo Penal Brasileiro. “Trata-se, por certo, de medida de natureza eminentemente cautelar, para acautelamento de material probatório, de coisa, de animais e até de pessoas, que não estejam ao alcance, espontâneo, da Justiça. (PACELLI, 2016, p. 442)

Nesse sentido, para que a busca seja realizada, faz-se necessário de um mandado, conforme dispõe o art. 241 do Código de Processo Penal, o qual deve preencher os requisitos elencados no art. 243 do referido código, como por exemplo, especificação da casa que será diligenciada, o nome do proprietário ou morador que será investigado e, em casos de busca pessoal, o nome ou sinais que possam identificar a pessoa que será investigada. Assim, é válido ressaltar que a exceção da necessidade desse mandado ocorre no caso de busca pessoal, consoante disposição do art. 244 do Código de Processo Penal.

Desse modo, é indispensável que a ordem judicial seja escrita e fundamentada, contendo a indicação do local, os motivos, bem como, a finalidade da diligência a ser realizada, além do cumprimento da busca ser durante o dia e, excepcionalmente, à noite, se consentida pelo morador, por fim, só será permitido o uso da força e o arrombamento, em caso de desobediência, ausência do morador ou de qualquer pessoa na casa.

Dentre os requisitos do mandado, está a delimitação da “casa”. Ocorre que, a grande dúvida consiste na sua definição, a qual pode ser equiparada a “domicílio”. Sendo assim, é entendimento de Nucci sobre conceito de domicílio que:

Equipara-se, pois, domicílio a casa ou habitação, isto é, o local onde a pessoa vive, ocupando-se de assuntos particulares ou profissionais. Serve para os cômodos de um prédio, abrangendo o quintal, bem como envolve o quarto de hotel, regularmente ocupado, o escritório do advogado ou de outro profissional, o consultório do médico, o quarto de pensão, entre outros lugares fechados destinados à morada de alguém. (NUCCI, 2012, p. 559)

Ato contínuo, para o Supremo Tribunal Federal, o conceito de casa deve ser amplo e abranger o local que a pessoa estabelece definitivamente como moradia, bem como compartimentos habitados, aposento de habitação coletiva e espaços privados que não sejam abertos ao público, além dos lugares onde é exercido profissão ou atividade, a exemplo de escritório profissional, ainda que não tenham conexão com a casa de moradia propriamente dito.

Isso porque, 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, consoante art. 5º, inciso XI, da CF/1988.

Assim, a busca domiciliar deve ser realizada mediante mandado judicial, tendo em vista que, na ausência deste, a autoridade policial poderá incorrer no crime de abuso de autoridade, como bem assevera Aury Lopes (2015). Logo, a falta do mandado judicial, bem como a ausência dos quesitos estabelecidos no art. 243 do código de processo penal, ensejam na ilegalidade dessa busca.

Acrescenta Aury Lopes que o objeto do mandado deve ser delimitado para evitar o que ele chama de substancialismo inquisitório, pois, argumenta que a busca deve ser direcionada, não estando a autoridade policial autorizada a apreender outros objetos. (LOPES, 2016, p. 281)

Nesses termos, é importante salientar que em se tratando de meio de prova cautelar, utilizado pelas autoridades policiais para encontrar objetos probatórios, este pode vir a restringir direitos fundamentais, no tocante à violação de domicílio, à privacidade e à intimidade dos investigados.

Dessa forma, deve-se ter cuidado com essa medida uma vez que estamos diante de um direito fundamental tutelado, que é a inviolabilidade do domicílio. No entanto, é importante destacar que em razão da não existência de um direito absoluto, os direitos podem ser relativizados, em caso excepcionais previstos em lei, como é o caso dessa inviolabilidade, a qual já vem sendo mitigada.

Nesse ponto, a teoria da serendipidade não é apenas utilizada nas hipóteses de interceptações telefônicas, mas também pode ser aplicada no cumprimento de mandado de busca e apreensão legalmente autorizado por um juiz competente. Isso porque, no curso de uma

busca, podem surgir provas fortuitas relacionadas a novos crimes ou envolvimento de outras pessoas, distintos do objeto inicial, como também provas atinentes ao mesmo delito investigado.

Sendo assim, verifica-se o surgimento dessas provas, quando por exemplo, expede-se um mandado de busca e apreensão, para que sejam apreendidos telefones celulares, ocorre que, no curso da diligência, surgem drogas e armas. Também ocorre quando, na busca pela apuração do crime de tráfico de drogas, é encontrada uma arma que foi utilizada no crime de homicídio em razão do tráfico, sendo então apreendida.

Nesse diapasão, a dúvida consiste na validade das provas encontradas fortuitamente durante uma busca, que estejam ligadas ao crime objeto originalmente investigado. Nesses casos, de acordo com o que os Tribunais Superiores aplicam, deverá ser levado em consideração a ocorrência do fenômeno da conexão ou continência, lembrando-se que deve ser verificado se houve ou não desvio de finalidade no cumprimento do mandado de busca e apreensão, isso porque, não havendo os elementos obtidos serão válidos.

Desse modo, Renato Brasileiro afirma:

Logo, ao cumprir mandado de busca e apreensão, desde que não haja desvio de finalidade, a polícia pode apreender qualquer objeto que contribua para as investigações, ainda que seja de caráter pessoal e independentemente de ter sido mencionado de forma expressa na ordem do juiz. (LIMA, 2016, p. 979)

Assim, na busca e apreensão, se encontradas provas referentes a crime diverso do objeto inicial, podem ser validadas pela autoridade policial. Isso porque, o Superior Tribunal de Justiça já aplicou a serendipidade no RHC 45.267/DF, pois, inicialmente foi autorizado mandado para apreender mídias que pertenciam a investigada, a qual era suspeita de receber propina. Ocorre que, durante o cumprimento foram apreendidos documentos que pertenciam ao marido da investigada que também fazia parte do suposto esquema, levando assim a sua investigação. Dessa forma, diante dessa situação, a 6ª turma do Superior Tribunal de Justiça, validou as provas encontradas, argumentando que por serem um casal e habitarem a mesma casa, é difícil o policial identificar a propriedade de cada objeto encontrado (STJ/2014).

Ademais, destaca-se ainda a serendipidade e sua aplicabilidade nos mandados de busca e apreensão em escritórios de advocacia, assim, é de suma importância esclarecer que durante o cumprimento dessa diligência podem ser apreendidos documentos relativos a clientes do advogado investigado. Nessas situações, ainda que a apreensão desses documentos ocorra de

forma lícita, as provas encontradas não serão utilizadas, tendo em vista ao sigilo profissional do advogado.

Isso porque, está disposto no art. 7, inciso II, da Lei nº 8.906/94, como direito do advogado, 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. Porém, esse direito pode ser relativizado quando houver indícios de autoria e materialidade do crime por parte do advogado, consoante § 6º do referido artigo.

Ocorre que, conforme disposição do art. 7º, § 7º do Estatuto da Advocacia e da Ordem dos Advogados do Brasil (OAB), a ressalva constante do § 6º deste artigo não se estende a clientes do advogado averiguado que estejam sendo formalmente investigados como seus partícipes ou coautores pela prática do mesmo crime que deu causa à quebra da inviolabilidade. (Incluído pela Lei nº 11.767, de 2008).

Desse modo, Paulo Rangel acrescenta:

Dessa forma, a Lei nº 11.767/2008 protege o advogado de eventuais intervenções policiais quando no exercício de ser múnus profissional, mas, ao mesmo tempo, permite a investigação, através da busca e apreensão, em escritórios de advocacia em que determinados advogados ultrapassam a linha existente entre o cliente acusado e o crime, passando a ser partícipe ou coautores de seus clientes. (RANGEL, 2015, p. 169)

Destarte, para validação de uma prova adquirida fortuitamente durante o cumprimento do mandado de busca e apreensão, faz-se necessário, não somente, analisar a presença da conexão ou a ocorrência da continência entre os fatos, como também, verificar se nos casos em que não houver conexão entre os fatos, a busca e apreensão foi legalmente autorizada e não ocorreu desvio de finalidade ou fraude na diligência.

7 CONCLUSÃO

O manifesto artigo objetivou tecer sobre o posicionamento dos Tribunais Superiores no tocante a aplicabilidade do encontro fortuito de provas, a também chamada teoria da serendipidade, nos casos de mandado de busca e apreensão e na interceptação telefônicas, as quais são medidas cautelares utilizadas para obtenção de provas.

Em um primeiro momento, destacou as teorias que foram criadas para orientar às partes quanto licitude de uma prova no processo, as quais são utilizadas como base para o juiz

fundamentar suas decisões. E a possibilidade do surgimento de uma prova fortuitamente no processo, não sendo essa objeto inicial da investigação.

Além disso, elencou-se a importância da delimitação do objeto da busca e apreensão e da interceptação telefônica, visto que, como o tema não se encontra positivado, sua aplicação relativiza alguns direitos constitucionais, como direito à intimidade e privacidade. Logo, restou demonstrado que essas medidas precisam ser bem delimitadas para que sejam legalmente autorizadas e as provas sejam validadas.

Assim, constatou-se que o desvio de finalidade ou a ocorrência de fraude no cumprimento de um desses meios de provas, invalidam as provas obtidas fortuitamente no curso de uma diligência. Por esta razão, buscou-se demonstrar que a validade dessas provas incidentais pode estar vinculada ao critério de conexão ou continência com o objeto inicialmente investigado e que nos casos de não conexão, podem servir como notícia criminis ou até mesmo, serem válidas a depender da análise do caso concreto.

Contudo, na análise prática dos julgados do Superior Tribunal de Justiça e Superior Tribunal Federal, verificou-se que a conexão e continência foram relativizadas, havendo, portanto, uma extensão da aplicabilidade da teoria do encontro fortuito de provas. Isso porque, mesmo não havendo conexão entre os fatos, já há precedentes nesses tribunais, que validam essas provas, desde que não tenha ocorrido fraude ou desvio de finalidade na obtenção da prova.

REFERÊNCIAS

BRASIL, **Supremo Tribunal Federal. HC 93.050/RJ**. Segunda Turma. Relator: Ministro Celso de Mello. Publicado no DJ de 01/08/2008. Acesso em: 20 ago. 2019.

_____. Superior Tribunal de Justiça. Recurso Ordinário em Habeas Corpus nº 28794. Relator: Ministra Laurita Vaz. Brasília, DF, 06 de dezembro de 2012. **Diário da Justiça Eletrônico**. Brasília, 13 dez. 2012. Disponível em: <https://ww2.stj.jus.br/processo/revista/inteiroteor/?num_registro=201001405121&dt_publicacao=13/12/2012>. Acesso em: 19 ago. 2019.

_____. Superior Tribunal de Justiça. Recurso em Habeas Corpus nº 45267. Relator: MINISTRO NEFI CORDEIR. Brasília, DF, 24 de abril de 2014. **Diário da Justiça Eletrônico**. Brasília, . Disponível em: <https://ww2.stj.jus.br/processo/dj/documento/mediado/?sequencial=35060343&tipo_documento=documento&num_registro=201400294453&data=20140509&formato=PDF>. Acesso em: 25 ago. 2019.

_____. Superior Tribunal Federal. Agravo Regimental no Habeas Corpus nº 137438. Relator: MIN. LUIZ FUX. Brasília, DF, 26 de maio de 2017. **Diário da Justiça Eletrônico**. Brasília, 20 jun. 2017. Disponível em: <<http://redir.stf.jus.br/paginadorpub/paginador.jsp?docTP=TP&docID=13060051>>. Acesso em: 25 ago. 2019.

_____. Superior Tribunal de Justiça. Habeas Corpus nº 376.927. Relator: MINISTRO RIBEIRO DANTAS. Brasília, DF, 17 de outubro de 2017. **Diário da Justiça Eletrônico**. Brasília, 25 out. 2017. Disponível em: <https://ww2.stj.jus.br/processo/revista/documento/mediado/?componente=ITA&sequencial=1646853&num_registro=201602867589&data=20171025&formato=PDF>. Acesso em: 25 ago. 2019.

CARRASCO, Marcella Beatriz de Guimarães. **ENCONTRO FORTUITO DE PROVAS EM INTERCEPTAÇÕES TELEFÔNICAS**. 2018. 53 f. Monografia (Especialização) - Curso de Direito, Faculdade de Direito, Universidade de Brasília, Brasília, 2018. Disponível em: <http://bdm.unb.br/bitstream/10483/22000/1/2018_MarcellaBeatrizDeGuimaraesCarrasco_tc.pdf>. Acesso em: 15 set. 2019.

FRANÇA, Gabriela Roldão. **O ENCONTRO FORTUITO DE PROVAS E SUA VALIDADE NO PROCESSO PENAL**. 2018. 73 f. TCC (Graduação) - Curso de Direito, Universidade do Sul de Santa Catarina, Florianópolis, 2018. Disponível em: <<https://www.riuni.unisul.br/bitstream/handle/12345/6181/O%20encontro%20fortuito%20de%20provas%20e%20sua%20validade%20no%20processo%20penal.pdf?sequence=1&isAlloved=y>>. Acesso em: 25 set. 2019.

LIMA, Renato Brasileiro de. **Manual de processo penal**: volume único – 4. ed. rev., ampl. e atual. – Salvador: Ed. JusPodivm, 2016.

LOPES Jr., Aury. **Direito Processual Penal**. 12 ed. Editora Saraiva, 2015.

LOPES JUNIOR, Aury. **Direito Processual Penal e sua Conformidade Constitucional**. vol. I. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2011.

MENDES, Marcio Steillo. **Teoria da Serendipidade no Processo Penal**. 2014. 29 f. TCC (Graduação) - Curso de Pós-Graduação Lato Sensu, Escola da Magistratura do Estado do Rio de Janeiro, Rio de Janeiro, 2014. Disponível em: <http://www.emerj.tjrj.jus.br/paginas/trabalhos_conclusao/1semestre2014/trabalhos_12014/MarcioSteilloMendes.pdf>. Acesso em: 22 ago. 2019.

NUCCI, Guilherme de Souza. **Prática Forense Penal**. 10. ed. rev., atual. e ampl. – Rio de Janeiro: Forense, 2018.

_____, Guilherme de Souza. **Código de processo penal comentado**. 12 ed rev., atual. e ampl. – São Paulo: Editora Revista dos Tribunais.

OLIVEIRA, Eugênio Pacelli de. **Curso de processo penal**. 20 ed. rev., atual. e ampl. – São Paulo: Atlas, 2016.

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

REIS, Mainara Lacerda dos. **Encontro Fortuito de Provas e sua Admissibilidade no Processo Penal Brasileiro**. 2017. 42 f. TCC (Graduação) - Curso de Direito, Centro Universitário de Formiga, Unifor-mg, Minas Gerais, 2017. Disponível em: <https://repositorioinstitucional.unifor-mg.edu.br:21074/xmlui/bitstream/handle/123456789/573/TCC_MainaraLacerdaReis.pdf?sequence=1&isAllowed=y>. Acesso em: 20 set. 2019.

RUEDA, Guilherme Esch de. **Análise Comparativa do Tratamento Dispensado às Interceptações Telefônicas pelos Tribunais Superiores Brasileiros e pelo Tribunal Europeu de Direitos Humanos**. 2013. 31 f. TCC (Graduação) - Curso de Pós-Graduação Lato Sensu, Escola da Magistratura do Estado do Rio de Janeiro, Rio de Janeiro, 2013. Disponível em: <http://www.emerj.tjrj.jus.br/paginas/trabalhos_conclusao/1semestre2013/trabalhos_12013/GuilhermeEschRueda.pdf>. Acesso em: 22 ago. 2019.

SILVA JUNIOR, Ricardo Barbosa da. **Encontro Fortuito de Provas à Luz dos Tribunais Superiores**. 2019. 43 f. TCC (Graduação) - Curso de Direito, Centro Universitário de Goiás, Uni - Anhaguera, Goiânia, 2019. Disponível em: <<http://repositorio.anhanguera.edu.br:8080/bitstream/123456789/225/1/TCC%20FINAL.pdf>>. Acesso em: 18 ago. 2019.