

## A APLICAÇÃO DO INSTITUTO DA SERENDIPIDADE À LUZ DA JURISPRUDÊNCIA DO STF E DO STJ

### THE APPLICATION OF THE SERENDIPITY INSTITUTE IN LIGHT OF THE JURISPRUDENCE OF THE BRAZILIAN SUPREME FEDERAL COURT (STF) AND SUPERIOR COURT OF JUSTICE (STJ)

Caíque José Clementino de Alcântara<sup>1</sup>

#### RESUMO

Conforme a processualística penal pátria, o juiz deve julgar fundamentando sua decisão nas provas que o convenceu sobre a inocência ou culpabilidade de um indivíduo, observando o princípio da persuasão racional e da liberdade dos meios de prova. Nesta seara, surge o debate entre doutrina e jurisprudência acerca da admissibilidade de provas obtidas fortuitamente durante a persecução penal, conexas ou não com o crime investigado, sendo este o instituto da serendipidade, que vem ganhando enfoque nos julgados dos Tribunais Superiores, embora não esteja positivado no ordenamento Jurídico, nem acordado na Doutrina. Para parte dos doutrinadores, as provas encontradas somente seriam admitidas em caso de continência ou conexão com o crime originário. Para outra vertente, os elementos encontrados ganhariam apenas o papel de *notitia criminis*. Por sua vez, tanto no STF, quanto no STJ, a aplicação da serendipidade se revestiu de formas diferentes. Entendido a importância do tema e, constatado que a produção acadêmica sobre a temática não é abundante, foi realizado estudo bibliográfico sobre a valoração da prova, desde as sociedades antigas até a ordem jurídica vigente no país e, principalmente, sobre o andamento da discussão em relação à aceitação da serendipidade no convencimento motivado do magistrado. O objetivo geral da pesquisa é analisar o instituto da serendipidade, no que corresponde à admissibilidade das provas obtidas durante a investigação de crime diverso do qual elas evidenciam.

---

<sup>1</sup> ORCID nº. <https://www.orcid.org/0009-0008-8838-9124>. Advogado e analista legislativo na ALECE. Bacharel em direito pela Universidade Regional do Cariri – URCA (Iguatu-CE); especialista em Direito Tributário pela Faculdade Única (Ipatinga-MG); especialista em Direito Penal e Processual Penal pela Faculdade Única (Ipatinga-MG).

**Palavras-chave:** Prova; Serendipidade; Investigação; Crime.

## ABSTRACT

In accordance with the procedural criminal law of the country, the judge must judge by basing his decision on the evidence that convinced him about the innocence or guilt of an individual, observing the principle of rational persuasion and freedom of means of proof. In this section, there is a debate between doctrine and jurisprudence about the admissibility of evidence obtained during the criminal prosecution, whether or not related to the crime investigated, which is the serendipity institute, which has been gaining a focus on Superior Court judgments, although it is not positive in the legal order, nor agreed in the Doctrine. For part of the doctrinators, the evidence found would only be admitted in case of continence or connection with the original crime. For another aspect, the elements found would only gain the role of *notitia criminis*. In turn, in the STF, as in the STJ, the application of serendipity was coated in different ways. In view of the importance of the topic, and the fact that the academic production on the subject is not abundant, a bibliographical study was carried out on the evaluation of the proof, from the old societies to the legal order in force in the country and, mainly, on the progress of the discussion in acceptance of serendipity in the reasoned conviction of the magistrate. The general objective of the research is to analyze the institute of serendipity, in which it corresponds to the admissibility of the evidence obtained during the investigation of diverse crime from which they evidence.

**Keywords:** Proof; Serendipity; Investigation; Crime.

## 1. INTRODUÇÃO

De acordo com o ordenamento jurídico pátrio, a prova no processo penal é vista como o elemento por meio do qual as partes buscam formar o convencimento do juiz, sendo este obrigado a indicar quais provas o levaram a tomar a mencionada decisão. Desse entendimento surge o motivo para a existência do livre convencimento motivado (ou persuasão racional), permitindo ao magistrado fundamentar sua decisão em qualquer prova (exceto as ilícitas), todas tendo valor probatório relativo.

É cediço que, desde as eras primitivas, por mais arraigadas que fossem as medidas implementadas, a produção de provas com o intuito de apurar as faltas graves e os delitos ocorridos em sociedade era tratada nas variadas civilizações e culturas.

Ocorre que, após inúmeras violações aos direitos inerentes à pessoa humana, instituiu-se o Estado Democrático de Direito, com o objetivo de respeitar direitos e garantias fundamentais essenciais à uma vida digna. Assim, movida pelo desejo de tutelar a dignidade da pessoa humana, a Constituição da República Federativa do Brasil de 1988, consagrou inúmeras garantias aos brasileiros e aos estrangeiros que estiverem em solo brasileiro, como grande exemplo, o seu art. 5º, inc. LVI, o qual estabeleceu a garantia da vedação da admissibilidade das provas obtidas por meio ilícito no processo, sem, contudo, especificar sua abrangência.

Levando em consideração o silêncio da CRFB/88 e, inspirado pela Suprema Corte Norte-Americana que reconheceu a teoria dos "frutos da árvore envenenada", segundo a qual também seriam inadmissíveis as provas oriundas das ilícitas, o vigente Código de Processo Penal Brasileiro adotou a teoria da "prova ilícita por derivação", conforme o §1º do seu art. 157. Neste, o CPP também positivou duas exceções quanto à ilicitude por derivação, quais sejam, quando não for evidenciado o nexo de causalidade entre uma prova e outra, ou quando as provas derivadas puderem ser obtidas por uma fonte independente das primeiras.

Ocorre que, além das exceções trazidas acima, surgiu no Direito Comparado e, posteriormente foi importado pela Doutrina Brasileira, uma nova exceção não positivada da teoria da prova ilícita por derivação, qual seja, o instituto da Serendipidade.

Também chamada de "encontro fortuito de provas", a serendipidade é vislumbrada notoriamente no cumprimento de mandados de busca e apreensão, e em interceptações telefônicas, quando, no decorrer de uma investigação de determinado crime, se encontra provas de outro ou de seus autores.

O vocábulo serendipidade, oriundo da palavra inglesa "serendipity", surgiu através do conto oriental intitulado de "Os três príncipes de Serendip", o qual, segundo Assis (2014), narra as aventuras de um grupo de viajantes que, no decorrer da jornada, faziam descobertas desconexas com seu objetivo inicial.

Ressalta-se que, internacionalmente, o primeiro significado jurídico da serendipidade surgiu no ano de 1976, no caso em que a Suprema Corte alemã, depois de anos de discussão doutrinária, julgou a admissibilidade desse instituto no tocante

à lei criada no ano 1968 para regular as escutas telefônicas. Infere-se, também, que a referida teoria chegou em nosso país, influenciada pelo direito português e alemão.

No Brasil, a importância do debate sobre a admissibilidade e validade das provas encontradas casualmente foi reconhecida em julgamentos do Superior Tribunal de Justiça e no Supremo Tribunal Federal.

Inicialmente, tanto o STJ, quanto o STF entendiam que, se o fato objeto do encontro fortuito tivesse conexão com o fato investigado, seria válida a interceptação telefônica como meio de prova. Contudo, recentemente tem sido admitida a colheita acidental de provas ainda que inexistam conexão entre os crimes.

Apesar de o STF e o STJ possuírem significativos precedentes acerca da teoria, a doutrina não tem produzido, em larga escala, material acadêmico sobre a matéria tratada.

Atualmente, a descoberta de provas fortuitamente tem sido de grande valiosidade para as autoridades policiais desvendarem a ação criminosa, como no caso da operação Lava Jato, exemplo bastante recente.

Assim, a presente pesquisa apresenta o estudo sobre o histórico da produção de provas nas diversas sociedades, bem como sobre o tratamento constitucional e processual dado pelo atual ordenamento jurídico brasileiro, além de tratar da aplicação da serendipidade na doutrina e nos recentes julgados dos STF e STJ acerca da temática.

Para tais fins, foi realizado, através de uma pesquisa básica, uma vez que se objetivou gerar conhecimentos úteis para o avanço da ciência criminal. Ademais, a forma como a problemática foi tratada revela uma pesquisa qualitativa à medida que foram feitas interpretações dos fenômenos e lhes foram atribuídos significados.

Esta pesquisa se efetivou mediante estudo bibliográfico das atuais decisões sobre a temática proposta e uma análise das divergências doutrinárias e jurisprudenciais, principalmente no que tange ao entendimento dos tribunais superiores.

Por fim, uma vez evidenciada a relevância do tema para o desenrolar do processo penal, passa-se a discorrer detalhadamente sobre a temática da teoria da prova e o instituto da serendipidade.

## 2. A ANÁLISE HISTÓRICA DAS PROVAS NA APURAÇÃO DE DELITOS

É sabido que os mais variados conflitos estão estritamente ligados à condição de vida em sociedade, e sendo assim, constata-se que a humanidade, no decorrer da história, demonstrou buscar inúmeros meios para a resolução destes, a partir investigações e penalizações dos culpados, com diversos fundamentos.

A temática da prova trazida pelo ordenamento jurídico brasileiro não corresponde àquelas áreas de mais fácil compreensão pelos estudiosos das ciências jurídicas, razão pela qual se faz necessário tecer, em breves palavras, acerca de como a teoria da prova foi sendo aplicada no decorrer dos anos, com a evolução do pensamento das diversas sociedades que existiram, a fim de se obter uma efetiva compreensão do assunto.

Nas sociedades antigas, cujas civilizações atribuíam origem divina ao Direito, os meios probatórios empregados para a elucidação fática possuíam íntima ligação com a religião.

Destaca-se que neste sistema era gritante a crueldade dos meios de provas, sendo que os então intitulados de ordálios correspondiam aos "Juízos de Deus", sob a falsa alegação de que o divino intervinha nos julgamentos, julgando o réu como culpado ou inocente. Sobre o referido sistema, Aquino aduz que "tais processos recorriam ao juízo dos deuses para a indicação do culpado. Para tanto, os suspeitos tinham que suportar toda sorte de sofrimentos, pois, se resistissem a eles, provariam sua inocência. Esse meio primitivo denominava-se ordália" (AQUINO, 1987, p. 03).

Entre os gregos, o processo criminal exigia que o réu, distintamente dos escravos, buscasse as provas de defesa e que proferisse, no pré-julgamento, juramento de dizer somente a verdade. Nesse período surgiram os primeiros indícios da tortura, principalmente em Atenas, que só era praticada contra escravos, tendo em vista que a estes prestavam juramento. No entanto, em situações excepcionais mais graves, admitia-se a tortura também às testemunhas que se recusassem a depor.

Assim, sabendo-se que o aparecimento da prova em investigações de delitos ocorreu nos primórdios da humanidade, passa-se a realizar, a seguir, uma breve retrospectiva de determinadas sociedades no tocante à valoração de elementos probatórios.

## 2.1 DAS SOCIEDADES PRIMITIVAS

No livro Sagrado da Bíblia, constata-se a presença da prova testemunhal como forma de elucidar a realidade de determinado fato. Ninguém deveria ser acusado de algo se não houvesse testemunha para prová-lo.

Nesse sentido, o profeta Moisés no Livro de Deuteronômio, nos capítulos 17, versículo 6 e capítulo 19, versículo 15, respectivamente, atestou que:

Pela boca de duas testemunhas, ou de três testemunhas, será morto aquele que houver de morrer; mas pela boca de uma só testemunha não será morto. (...) Não será admitido contra um homem somente uma testemunha, qualquer que seja o crime, falta ou delito. Só se tomará a coisa em consideração sobre o depoimento de duas ou três testemunhas (A BÍBLIA, 2010, p. 233 e 235).

Ressalta-se que, na mesma época, havia normas práticas para evitar a mentira, visto que quem prestasse um falso testemunho deveria ser punido. Veja-se:

As testemunhas de um fato criminoso eram obrigadas, por lei, a mostrar que não puderam evitar o crime e socorrer a vítima, além disso eram obrigadas a denunciar o crime e prosseguir na acusação, sob pena de umas tantas bastonadas. O acusador, convencido de calúnia, sofria a pena do crime que imputou. Havia ali um caso único de acusação e defesa orais: era o processo e julgamento dos mortos perante os curiosos reunidos às margens do Lago Moeris. Mas este processo era, em geral, destinado ao exame da conduta dos reis e grandes do Estado no dia destinado às suas exéquias, as demais testemunhas que mentissem eram torturadas (ALTAVILA, 1992, p 17).

Verifica-se, dessa forma, que a apreciação da prova nesse período, era contaminada por paixões, emoções e fatores sociais, existindo réus que foram absolvidos pelos juízes devido erro, provocado pelos referidos sentimentos, ou ainda, por belas palavras proferidas nos discursos dos oradores.

## 2.2 DO CÓDIGO DE HAMURÁBI

No que concerne ao tema abordado, o conhecido código do rei babilônico Khammu-rabi (ou Hamurábi) retém relevante papel histórico na pesquisa acadêmica, sendo constituído por volta do século XVIII a.C, por 21 colunas, 282 cláusulas, as quais foram intituladas como o Código de Hamurábi.

Durante a vigência do referido *códex*, a pessoa que acusasse alguém, sem comprovar sua culpabilidade, deveria sofrer a mesma pena que a este fosse imputada na hipótese de ser veracidade da acusação, estando disposto que “se alguém acusa um outro, lhe imputa um sortilégio, mas não pode dar a prova disso, aquele que acusou, deverá ser morto” (PINSKY, 2018, p. 2).

No campo das normas criminais, vigorava a Lei de Talião (*lex talionis*) a qual justificava que a mutilação fosse infligida de acordo com da ofensa praticada, segundo os dispositivos "196º - Se alguém arranca o olho a um outro, se lhe deverá arrancar o olho; 197º - Se ele quebra o osso a um outro, se lhe deverá quebrar o osso; 200º - Se alguém parte os dentes de um outro, de igual condição, deverá ter partidos os seus dentes" (PINSKY, 2018, p. 23).

Assim, compreende-se que o Código de *Hamurábi*, trazendo regramentos pertinentes à produção de provas, ficou conhecido pela severidade constante em seus artigos, desencorajando a prática de delitos.

## 2.3 DO CÓDIGO DE MANU

O Código de Manu, elaborado na Índia, cuja nomenclatura faz menção a *Manu*, personagem mítico, considerado Filho de Brama e Pai dos Homens, foi formulado dez séculos depois do Código de Hamurabi e cuidou da prova testemunhal no capítulo chamado “dos meios de prova”, estabelecendo a exigência de que a testemunha pertencesse a idêntica classe social do acusado.

Suas normas previam que somente os homens dignos de confiança, podiam ser escolhidos para testemunhar perante juízo; sendo vedada esta função a algumas pessoas como as de baixa classe, cozinheiros, atores, dentre outros.

No que tange às mulheres, a previsão era que estas deveriam prestar



testemunho apenas em relação a outras mulheres, salvo na hipótese de ausência de testemunhas convenientes, caso em que poderiam prestar depoimento. Uma vez constatada tal desigualdade, Miranda postulou que:

Os dados processuais que se baseiam sobre credibilidade dos testemunhos, atribuem diferente validade à palavra dos homens, conforme a classe a que pertencem. A mulher se acha sempre em extrema desvantagem e em condição totalmente passiva dentro da sociedade. A honra das pessoas e sua situação dentro da aplicação do direito, dependiam da condição de sua classe (MIRANDA, 1981, p. 245).

Neste ensejo, verifica-se o caráter injusto e artificial do referido código indiano, segundo o qual privava os mais pobres do direito de defesa.

## 2.4 DO DIREITO ROMANO

É cediço que o Direito Romano muito influenciou na evolução do Direito Penal, trazendo importantes conceitos, como por exemplo a culpa, o erro e as agravantes.

Embora na Roma Antiga não estivesse presente a teoria legal da prova como nos dias atuais, a apreciação de provas e os julgamentos se davam pelo livre convencimento do juiz, sendo que a prova poderia estar inserida na convicção do juiz ou não, tendo essa apenas valor moral.

Quanto a função de testemunha no processo, verificava-se restrições em face daquelas pessoas consideradas inferiores, a exemplo das mulheres, escravos e incapazes.

Ademais, quanto ao processo penal romano, é primordial abordar os períodos da República e do Império.

Durante o período republicano, as acusações poderiam ser feitas por qualquer cidadão romano, desde que o pretor lhe concedesse a *lex*, a qual permitia acusar e delegava poderes para de investigação, como a apreensão de documentos, a inquirição de testemunhas, sempre sob a fiscalização do acusado.

Dessa forma, o processo ficou conhecido como contraditório, sendo que a produção de provas incubia às partes, não cabendo ao juiz tomar qualquer providência. Na hipótese de confissão do acusado, este seria condenado sem mais



questionamentos.

Com a queda da República e a consequente proclamação do Império, o sistema acusatório não caiu, mas sofreu consideradas alterações, influenciadas pelo abuso do direito de acusar. Neste sentido, a produção das provas não oferecia garantias suficientes para o acusado que não tivesse de meios para obter o patrocínio de um defensor.

No sistema de provas do Império, a tortura foi introduzida para a obtenção de confissões. Nessa fase, passou-se a utilizar suplícios como meio para extrair a confissão dos homens livres, a exceção dos soldados, senadores e funcionários superiores.

A princípio a tortura era utilizada apenas em face o réu. Posteriormente, esta passou a ser empregada não só contra o acusado como também em desfavor das testemunhas, a fim de se obter a verdade.

Com o enfraquecimento do Império Romano, resgatou-se o antigo sistema acusatório, mas, agora sob a influência de costumes germânicos, tornando o processo se torne um jogo de azar, cujos métodos perduraram até o início da Idade Média.

## 2.5 DA INQUISIÇÃO

O período da Inquisição teve surgimento no século XIII, mais precisamente no ano de 1.229, na ocasião em que o representante oficial do Papa Gregório IX promulgou as 45 resoluções de Tolosa. No mesmo século, o Papa Inocêncio III iniciou às investigações de ofício nos casos de notoriedade e clamor público. Com o decurso do tempo, o sistema inquisitivo passou a ser aplicado para todos os tipos de crime.

No sistema inquisitivo, a tortura foi inserida com a criação do Tribunal da Inquisição, depois do Concílio de Trento, como meio oficial para a obtenção da confissão. O método inquisitivo ganhou força principalmente na jurisdição eclesiástica, objetivando reprimir a heresia e demais condutas infiéis, que exigiam uma duradoura investigação por parte das autoridades religiosas e se desenvolveu, abrangendo todos os Estados da Europa, salvo a Inglaterra.

Destaca-se ainda que, na inquisição, era atribuído a cada prova um *valor*

*probandi*, como um degrau de provas, as quais podia ser *probationes plenae* (provas absolutas), *probationes semiplenae* (provas relativas) e *indicia* (provas indiciárias).

No grupo das provas plenas apresentava-se a confissão e o duplo testemunho, onde era necessária a presença de duas testemunhas concordantes e o ato escrito público. Já as provas semiplenas corresponderiam aos testemunhos isolados e documentos particulares.

Os indícios poderiam ser tabelados como 1/4 ou 1/8 da prova plena e eram justificativas para a tortura e se equiparavam às presunções legais, das quais receberam força probante. Nesse contexto, caso o acusado se evadisse do distrito da culpa, seria considerado culpado, uma vez que a fuga era considerada uma confissão.

Outrossim, o processo inquisitivo era totalmente sigiloso, havendo segredo em todo o trâmite processual, o que dava espaço ainda mais para as arbitrariedades e injustiças. Assim entende Moura:

Segundo os textos da Inquisição, o tormento era autorizado diante da prova semiplena, vale dizer, quando presentes determinados indícios. Se da tortura se obtivesse a confissão, os indícios elevavam-se à categoria de prova plena, dando lugar à condenação; caso contrário, perdiam qualquer valor probante, e o acusado era absolvido, salvo nos casos excepcionais de tortura infligida *manentibus indiciis*, quando então a absolvição era só *ab iudicio*, sob a reserva de informações mais amplas, em tempo determinado ou indeterminado (*ad usque quo*). (MOURA, 2009, p. 13)

Apesar das inúmeras críticas atribuídas ao período da Inquisição, a instituição do sistema da prova legal e tarifada também refletiu um aspecto positivo, sendo este ligado ao fato de o juiz estar vinculado às regras prefixadas, em virtude das quais a condenação deveria ser pronunciada obrigatoriamente, seja qual fosse o motivo do convencimento magistrado, na medida em que o valor da prova colhida preponderava sobre qualquer outro aspecto.

Após séculos de evolução e, uma vez superados os métodos de colheita probatória acima destacados, os Estados soberanos passaram a buscar a tutela de direitos e garantias que dizimasse as gritantes violações à dignidade da pessoa humana que ocorreram ao longo da história.

Dessa forma, cientes da busca pela tutela de mais direitos pelos Estado e, entrando especialmente na ordem jurídica brasileira, realiza-se a seguir uma exposição acadêmica sobre a prova nos moldes do Estado democrático de Direito no

Brasil.

### **3. A PROVA SOB A ÓTICA CONSTITUCIONAL E PROCESSUAL NO ESTADO DEMOCRÁTICO DE DIREITO BRASILEIRO**

Com a promulgação da Constituição da República Federativa do Brasil de 1988, o Estado Democrático de Direito foi positivado e escolhido como nossa atual forma de Estado, conforme o seu art. 1º, caput, o qual aduz que "Art. 1º. A República Federativa do Brasil, formada pela união indissolúvel dos Estados e Municípios e do Distrito Federal, constitui-se em Estado Democrático de Direito e tem como fundamentos (...)" (BRASIL, 1988).

Embora a conceituação de Estado Democrático de Direito ainda se encontre em processo de construção, destaca-se que este é caracterizado pela participação popular nos processos decisórios e na formação dos atos de governo por meio de mecanismos diretos, como o plebiscito e referendo, meios indiretos, bem como pelo compromisso com a concretização dos direitos fundamentais, principalmente quando se trata de matéria criminal e processual.

Nesse sentido, entende-se que o Estado Democrático de Direito elabora e se submete às leis. Logo, a temática da prova criminal não poderia ficar de fora da proteção objetivada pela vigente ordem jurídica.

Primordial é o tratamento acerca do conceito de prova no tocante ao processo penal, razão pela qual se destaca o entendimento trazido pelo doutrinador Távora, o qual afirma que:

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. Intrínseco no conceito está a sua finalidade, o objetivo, que é a obtenção do convencimento daquele que vai julgar, decidindo a sorte do réu, condenando ou absolvendo (ALENCAR; TÁVORA, 2017, p. 618).

Com base na referida conceituação, entende-se que podem ser utilizados como meios de prova os documentos, os fatos e as alegações consideradas úteis na busca pela verdade real, desde que estes sejam idôneos à formação da convicção do magistrado em um processo. Dessa forma, analisa-se a seguir o tratamento

constitucional da aplica da prova no Brasil.

### 3.1 DA ABORDAGEM CONSTITUCIONAL ACERCA DA PROVA

Destaca-se que a Constituição da República Federativa do Brasil de 1988 trouxe como algumas das principais garantias individuais frente ao Estado, o princípio da presunção de inocência e do devido processo legal, devendo ser observado a ampla defesa e o justo contraditório em processos judiciais e administrativos.

No mesmo sentido, Oliveira (2008) entende que o texto constitucional instituiu um sistema de amplas garantias individuais, como por exemplo, a afirmação da situação jurídica do indivíduo que ainda não tem reconhecida sua responsabilidade penal através de sentença condenatória transitada em julgado, qual seja, a presunção de não-culpa (ou presunção de inocência), a qual afirma que ninguém será considerado culpado até o trânsito em julgado de sentença penal condenatória.

No tocante à temática acerca da prova, no entanto, a CRFB/88 trouxe expressamente apenas a inadmissibilidade das provas obtidas por meios ilícitos (art. 5º, LVI), reafirmando a máxima de que todas as atividades probatórias deverão ser legítima e lícitamente desenvolvidas, no decorrer de todo o procedimento penal, sob pena de violação aos direitos fundamentais do indivíduo.

Corroborando com o explanado, as palavras do doutrinador Lopes Jr. nos mostram que “o processo penal deve ser lido à luz da Constituição e não ao contrário” (LOPES Jr., 2008, p.10).

De tal modo, compreende-se que o processo penal se trata de um direito constitucional aplicado quando em observância com a dignidade da pessoa humana.

Assim, é possível verificar que, apesar das garantias consagradas pela CRFB/88, o tema em questão se mostra, em tese, complexo, ganhando repercussão na doutrina e jurisprudência no decorrer dos anos.

Portanto, ao tratar do tema em comento, principalmente no que concerne às provas ilícitas e à forma como elas foram obtidas e introduzidas no processo criminal, é necessário o cuidado com que se deve observar os elementos presentes no caso

concreto a ser apurado frente aos ditames da lei e da doutrina, evitando-se assim o cometimento de equívocos, razão pela qual foi abordada abaixo.

### 3.2 A GARANTIA CONSTITUCIONAL DA INADIMISSIBILIDADE DAS PROVAS OBTIDAS POR MEIO ILÍCITO

Ressalta-se que o Código de Processo Penal Brasileiro, vigente desde o ano de 1941, foi criado de acordo com a sistemática do Processo Penal Italiano do ano de 1930, razão pela qual acarretou um código demasiadamente impositivo e autoritário.

Dessa forma, se fizeram necessárias variadas alterações no corpo do CPP para que houvesse harmonia do texto legal com o panorama histórico e social da sociedade, principalmente a partir da vigência da Constituição da República Federativa do Brasil de 1988, a fim de promover a adequação do regramento processual penal ao Estado Democrático de Direito e às garantias fundamentais previstas constitucionalmente.

Destaca-se que, embora vigore no Processo Penal Brasileiro a liberdade probatória, a CRFB/88, em seu artigo 5º, inc. LVI, transformou uma de suas exceções em garantia fundamental, visto que considera inadmissíveis todas as provas obtidas por meios ilícitos.

Em relação à ilicitude da prova e às inviolabilidades constitucionais, Fernandes preleciona que:

São várias as inviolabilidades afirmadas na Constituição Federal para resguardar a pessoa humana em seus direitos fundamentais. As provas obtidas com desrespeito a essas regras constituem prova ilícita e, assim, não podem ser admitidas, com a ressalva da aplicação, no caso, do princípio da proporcionalidade (FERNANDES, 2005, p. 112).

Nessa perspectiva, Alencar e Távora (2017) entendem que, a aplicação prática do princípio da liberdade de provas possui limites, entre eles o da vedação a prova ilícita, a qual, uma vez violada, poderá acarretar determinadas sanções aos que a descumprissem, como o desentranhamento de tais provas do processo.

A CRFB/88 consagrou a vedação das provas obtidas por meios ilícitos, como uma de suas garantias a fim de tutelar princípios constitucionais como a dignidade da

pessoa humana:

Em um estado Democrático de Direito, a descoberta da verdade não pode ser feita a qualquer preço. Mesmo que em prejuízo da apuração da verdade, em prol do ideal maior de um processo justo, condizente com o respeito aos direitos e garantias fundamentais da pessoa humana, não se pode admitir a utilização em um processo de provas obtidas por meios ilícitos. A eficiência processual, compreendida como a funcionalidade dos mecanismos processuais tendentes a alcançar a finalidade do processo, que é a apuração dos fatos e das responsabilidades, não pode prescindir do respeito aos direitos e garantias fundamentais, sob pena de deslegitimação do sistema punitivo (BRASILEIRO, 2017, p. 620).

Assim, aduz-se que merece destaque, no contexto probatório, a aplicabilidade plena dos mandamentos constitucionais para fim de evitar graves violações aos direitos humanos.

Outrossim, destaca-se que a ilicitude não recai somente sobre os meios de provas considerados ilícitos, mas também os meios de obtenção das provas que se referem a procedimentos regulados por lei.

Ademais, a referida vedação constitucional, inseriu no Código de Processo Penal através da reforma processual penal pela lei através da Lei nº 11.690/08:

Art. 157. São inadmissíveis, devendo ser desentranhadas do processo, as provas ilícitas, assim entendidas as obtidas em violação a normas constitucionais ou legais.

§ 1º São também inadmissíveis as provas derivadas das ilícitas, salvo quando não evidenciado o nexo de causalidade entre umas e outras, ou quando as derivadas puderem ser obtidas por uma fonte independente das primeiras.

§ 2º Considera-se fonte independente aquela que por si só, seguindo os trâmites típicos e de praxe, próprios da investigação ou instrução criminal, seria capaz de conduzir ao fato objeto da prova.

§ 3º Preclusa a decisão de desentranhamento da prova declarada inadmissível, esta será inutilizada por decisão judicial, facultado às partes acompanhar o incidente (BRASIL, 2008).

Segundo a doutrina clássica, a prova ilícita não equivaleria à ilegítima, uma vez que esta que violaria apenas normas de direito processual, enquanto aquela violaria normas de direito material, em especial as inviolabilidades constitucionais.

É sabido que a redação do art. 157 do CPP não observou a distinção entre provas ilícitas e ilegítimas, indicando como ilícita toda e qualquer prova "ilegal", portanto, contrária à lei.

Essa vedação de provas em desacordo às normas do direito material ou processual ocorre sob o meio escolhido e incluem também a relação de resultados

que podem ser obtidos por tais provas, sendo assim preciso atentar-se sobre os resultados da prova, se os mesmos configuram ou não violação de algum direito e se esta violação está ou não autorizada.

No entanto, existem algumas exceções que são permitidas, como a interceptação telefônica, que pode ser lícita, mesmo ferindo de certa forma o direito a inviolabilidade de dados, intimidade, privacidade, desde que seja autorizada judicialmente, uma vez cumprido os requisitos elencados pela Lei nº 9296/96.

No mesmo sentido, a doutrina e a jurisprudência nacional repelem, ainda, as chamadas provas ilícitas por derivação, isto é, aquelas provas lícitas produzidas a partir de outra ilicitamente obtida.

Ressalta-se que as provas ilícitas por derivação foram reconhecidas pela Suprema Corte Norte-Americana, com base na teoria dos “frutos da árvore envenenada” (*fruits of the poisonous tree*), segundo a qual o vício da ‘planta’ se transmite a todos os seus ‘frutos’.

Isso posto, a referida teoria, No Brasil, foi chamada de “teoria da prova ilícita por derivação”, visto que o Direito Processual Penal pátrio adotou, em seu artigo 157, §1º do CPP, que: “São também inadmissíveis as provas derivadas das ilícitas, salvo quando não evidenciado o nexo de causalidade entre umas e outras, ou quando as derivadas puderem ser obtidas por uma fonte independente das primeiras”. (BRASIL, 1941)

Entretanto, ressalta-se que o CPP foi claro ao excluir das provas ilícitas aquelas obtidas por meio absolutamente independente, ou seja, aquelas que poderiam ser obtidas por outros meios, legais ou lícitos. Assim, para que seja aplicada a teoria da prova ilícita por derivação, é preciso que estabeleça o vínculo entre a prova originariamente obtida por meio ilícito e aquelas que se seguiram.

Ademais, é importante frisar que a presunção quanto à inadmissibilidade das provas ilícitas não é, contudo, absoluta, uma vez que se admite a prova ilícita em favor do réu para, em observância ao preceito constitucional da presunção de inocência, possibilitar a absolvição de um inocente e evitar condenações injustas.

Outrossim, ressalta-se que, no direito comparado, surgiu uma nova exceção à prova ilícita por derivação, a qual vem sendo aplicada de forma evolutiva quanto sua



abrangência pelo Supremo Tribunal Federal e pelo Superior Tribunal de Justiça. A esta exceção, deu-se o nome de serendipidade, a qual será estudada detalhadamente em capítulo específico.

Pelo exposto, percebe-se que o CPP brasileiro passou a aproximar-se cada vez mais do sistema processual penal acusatório estabelecido pela CRFB/88, objetivando ingressar no processo uma prova em consonância com os ditames constitucionais, assegurando-se às partes meios necessários para fazer valer suas garantias fundamentais, como o contraditório e a ampla defesa.

Analizada a inadmissibilidade das provas obtidas por meio ilícito, passa-se a tratar sobre a roupagem da prova conferida pelo Código de Processo Penal de 1941.

### 3.3 DA TEORIA DA PROVA NO PROCESSO PENAL BRASILEIRO

A palavra prova, originada do latim “probatio”, segundo a professora Mendonça (2016), de acordo com a sistemática processual, caracteriza-se por um conjunto de atos praticados, preferencialmente, pelas partes com o escopo de convencer o órgão julgador acerca da existência ou inexistência de uma determinada situação fática, sendo o sistema de apreciação de provas pelo juiz o do livre convencimento motivado ou persuasão racional. Do mesmo modo entende Oliveira:

A prova judiciária tem um objetivo claramente definido: a reconstrução dos fatos investigados no processo, buscando a maior coincidência possível com a realidade histórica, isto é, com a verdade dos fatos, tal como efetivamente ocorrido no espaço e no tempo. A tarefa, portanto, é das mais difíceis, quando não impossível: a reconstrução da verdade (OLIVEIRA, 2009, p. 289).

No referido sistema, o magistrado decide com base em sua convicção, a partir da análise de todo o contexto probatório, fundamentando quais elementos de prova formaram seu convencimento, sendo admitidas tanto as provas nominadas (previstas na lei) quanto as inominadas, todas possuindo valor relativo.

Ademais, difere-se deste o método da íntima convicção, aplicado na segunda fase do rito do Tribunal do Júri, pelo conselho de sentença, e o método o da prova legal ou tarifada, característica do sistema inquisitivo, segundo o qual só haveria possibilidade de produção de provas nominadas, as quais teriam valores

diferenciados (absoluto, relativo ou indiciário), sendo a confissão a “rainha das provas”.

Nesse sentido, a finalidade da prova é reconstruir um fato que ocorreu no passado, apesar de ser praticamente impossível que ocorra de forma precisa. Assim, busca-se produzir o maior número de elementos possível para provar a veracidade do ocorrido. Assim entende o doutrinador Nucci:

É preciso destacar que a descoberta da verdade é sempre relativa, pois o que é verdadeiro para uns, pode ser falso para outros. A meta da parte, no processo, portanto, é convencer o magistrado, através do raciocínio, de que a *sua* noção da realidade é a correta, isto é, de que os fatos se deram no plano real exatamente como está descrito em sua petição. Convencendo-se disso, o magistrado, ainda que possa estar equivocado, alcança a certeza necessária para proferir a decisão. Quando forma sua convicção, ela pode ser verdadeira (correspondente à realidade) ou errônea (não correspondente à realidade), mas jamais *falsa*, que é um “juízo não verdadeiro (NUCCI, 2014, pág. 302).

Frisa-se que, embora a doutrina ateste a existência da verdade real ou material no processo penal brasileiro, entende-se ser ultrapassada a referida afirmação, ante a impossibilidade de reprodução, na integralidade, do fato ocorrido, devendo se falar em verdade processual, pela qual o juiz deve atuar na busca pela realização da justiça de acordo com o conjunto probatório.

O princípio da verdade possui três limitações, quais sejam, a vedação da revisão criminal *pro societate*, a inadmissibilidade das provas obtidas por meios ilícitos (salvo a favor do réu) e o instituto da transação penal.

No que concerne à natureza jurídica da prova, já houvera entendimento de que seria uma atividade desenvolvida pelas partes, sob a afirmação que estas teriam o direito à prova. No entanto, é sabido que as provas são instrumentos capazes de formar a convicção do órgão julgador como já fora mencionado.

Logo, atualmente a prova é considerada tanto como uma atividade quanto como um meio e um fim. Em regra, atividade praticada pelas partes com o fim de alcançar o convencimento do magistrado sobre uma situação.

Não obstante o magistrado ser o destinatário final da prova, é importante frisar que as partes também devem ser consideradas destinatários, devido ao fato de ser a prova produzida com a finalidade de formar convicção do juiz.

Quanto a atuação do magistrado na busca pela verdade, merece destaque a

Teoria da Gestão da Prova, que segunda a qual, para Maia (2015) o magistrado também pode atuar na produção de provas, a depender do momento da persecução penal. É cediço que na fase de investigação, o juiz só pode agir depois de provocado, atuando apenas para coibir qualquer ilegalidade e preservar os direitos fundamentais, sob pena de violação do sistema acusatório estabelecido pela CRFB/88.

No que tange à fase processual, a iniciativa probatória pelo magistrado é admitida, desde que realizada cautelosamente, a fim de evitar a violação da imparcialidade, tendo o art. 156 do CPP possibilitou a produção de provas pelo juiz, de ofício, o que para parcela da doutrina corresponderia a uma violação ao sistema acusatório e à imparcialidade do juiz. Veja-se:

Art. 156. A prova da alegação incumbirá a quem a fizer, sendo, porém, facultado ao juiz de ofício:

I – Ordenar, mesmo antes de iniciada a ação penal, a produção antecipada de provas consideradas urgentes e relevantes, observando a necessidade, adequação e proporcionalidade da medida;

II – determinar, no curso da instrução, ou antes de proferir sentença, a realização de diligências para dirimir dúvida sobre ponto relevante (BRASIL, 1941).

Quanto ao inciso I do referido artigo, o posicionamento majoritário entende que, durante a instrução criminal, o poder instrutório do magistrado decorre do exercício da função jurisdicional. Já em relação ao inciso II, o poder instrutório do juiz, segundo o entendimento dominante, se dará em caráter supletivo e complementar às provas produzidas pelas partes.

Uma vez demonstrada a importância do estudo da prova para a temática desta pesquisa, não tendo a intenção de esgotar o rol probatório, apresenta-se, a seguir, a classificação de prova quanto à forma ou aparência, relacionada à forma como esta se apresenta nos autos do processo.

### 3.4 CLASSIFICAÇÃO DA PROVA QUANTO À FORMA

Quando a temática se trata da classificação das provas, verifica-se, na Doutrina, que estas podem ser classificadas quanto ao objeto, quanto aos sujeitos e quanto à forma.

Segundo a doutrinadora Mendonça (2016), quanto ao objeto as provas podem ser diretas (a exemplo de quando um perito investiga um crime) ou indireta (como uma pessoa que testemunha algo que ela ouviu dizer). Quanto às pessoas, as provas podem ser pessoais, que detêm certa subjetividade, ou reais (materiais), que são as perícias. Quanto à forma, como se entende de maior relevância ao presente trabalho, o tema ganhou próprio capítulo para explicitação.

### **3.4.1 Prova documental**

Nucci (2014) entende que a prova documental corresponderia a toda base cujo objetivo é expressar um pensamento, uma ideia ou uma manifestação de vontade do ser humano, servindo para demonstrar e provar um fato ou acontecimento juridicamente relevante.

No tocante à temática da prova documental, prevista desde o art. 231 ao art. 238 do CPP, entende-se que são consideradas provas documentais, qualquer escrito, instrumento, papel público ou particular ou até mesmo cópias autenticadas, podendo ser acostado aos autos, via de regra, em qualquer fase do processo, até a sentença, desde que seja dada a oportunidade da parte contrária se manifestar, em obediência ao princípio do contraditório.

Ocorre que, em relação à regra citada existe uma exceção, qual seja, no Tribunal do Júri uma vez que, na primeira fase não podem ser acostados documentos, após a oitiva do réu até a segunda fase. No mesmo sentido, a partir da segunda fase, os documentos só podem ser juntados até três dias que antecedem a sessão em plenário.

Ressalta-se que, apesar de o CPP prever os tipos de documentos utilizáveis como prova, atualmente tem-se uma ampla concepção sobre o que se compreende como sendo prova documental, visto que se considera documento qualquer objeto representativo de um ato ou fato relevante, como por exemplo, fotos, planilhas, figuras digitalizadas.

Quanto aos papéis públicos, correspondem aos documentos lavrados por oficial autorizado no exercício de suas funções, capazes para comprovar

determinados fatos jurídicos ao passo que, entende-se por papéis particulares, os documentos advindos das partes, sem que haja interferência de qualquer agente público.

Assim, percebe-se que todos os documentos podem ser inclusos no processo, à exceção do disposto do art. 233 do CPP, o qual aduz que cartas particulares, interceptadas ou obtidas por meios ilícitos, não serão admitidas em juízo, ressalvada a hipótese de serem apresentadas por seu destinatário, como única forma de defender seu direito.

Importante ainda é tratar acerca dos vícios atinentes à prova documental, os quais podem ser extrínsecos ou intrínsecos. Os vícios considerados extrínsecos são aqueles relacionados ao exterior do documento, isto é, quando não atendem as formalidades que lhe são exigidas, á medida que os intrínsecos significam que os vícios estão relacionados ao conteúdo do documento no caso concreto.

Por fim, salienta-se que, segundo o teor do art. 238 do CPP, os documentos originais, ao final do processo, poderão ser devolvidos não havendo motivos para que permaneçam nos autos, desde que ocorra prévia oitiva do Ministério Público e da retenção das devidas cópias.

### **3.4.2 Prova testemunhal**

No panorama atual do sistema processual penal brasileiro, consta-se que a produção de prova testemunhal tem maior incidência em relação às demais classificações de prova.

A testemunha consiste na pessoa que afirma ter conhecimento de um ato ou fato relevante, podendo, através de sua declaração, confirmar a veracidade do ocorrido, prestando o compromisso de ser imparcial e dizer somente a verdade, sendo este tomado pelo juiz antes da testemunha prestar depoimento.

No mesmo sentido, Alencar e Távora, entendem que o conceito de testemunha consiste em:

Testemunha unha é a pessoa desinteressada que declara em juízo o que sabe sobre os fatos, em face das percepções colhidas sensorialmente. Ganham relevo a visão e a audição, porém, nada impede que a testemunha

amealhe suas impressões através do tato e do olfato (ALENCAR; TÁVORA, 2017, pág. 715).

Além disso, é cediço que qualquer pessoa pode ser testemunha, seja nacional ou estrangeira, menor ou maior, capaz ou incapaz. De igual modo, toda pessoa é obrigada a depor, podendo sujeitar-se, se for o caso, à condução coercitiva. Note-se que existe exceção à regra da obrigatoriedade, senão vejamos o art. 206 do CPP:

Art. 206. A testemunha não poderá eximir-se da obrigação de depor. Poderão, entretanto, recusar-se a fazê-lo o ascendente ou descendente, o afim em linha reta, o cônjuge, ainda que desquitado, o irmão e o pai, a mãe, ou o filho adotivo do acusado, salvo quando não for possível, por outro modo, obter-se ou integrar-se a prova do fato e de suas circunstâncias (BRASIL, 1941).

Quanto ao compromisso prestado pela testemunha, verifica-se na lei processual penal que também existe exceção à regra, sendo dispensadas de prestá-lo os menores de quatorze anos de idade, doentes mentais e as pessoas do art. 206 do CPP.

Em relação à natureza jurídica da testemunha, Nucci (2014) preleciona que, na seara da processualística penal, são considerados como meio de prova os documentos, a perícia, a confissão e outros elementos.

Segundo a doutrina pátria, é pacificado o posicionamento quanto às características do tipo de prova em comento, sendo, portanto, a judicialidade, oralidade, objetividade, individualidade e retrospectividade.

Enquanto a judicialidade remete à ideia de que a testemunha consiste na pessoa que presta depoimento perante autoridade judicial, a oralidade garante a prevalência da palavra falada.

Por sua vez, a oralidade, tão importante para a veracidade da prova testemunhal, consiste na exigência de a testemunha limitar-se tão somente ao fato ou ato que presenciou, devendo abdicar de emitir opiniões pessoais, salvo quando for inseparável da narrativa.

Quanto à individualidade e a retrospectividade, a primeira evidencia que as testemunhas devem ser ouvidas individualmente, sem que uma testemunha tenha ciência do depoimento da outra, ao passo que de acordo com a segunda, o testemunho deve se remeter a fatos pretéritos de que a pessoa depoente teve

conhecimento.

Em relação ao sistema processual brasileiro no que concerne à oitiva de testemunhas, entende-se por adotado o “*cross examination*” ou “exame cruzado”, o qual permite que as perguntas sejam feitas diretamente pelas partes às testemunhas. No entanto, pode o juiz indeferir perguntas de ofício, bem como pode complementar a inquirição, como forma de buscar a verdade real.

Por fim, menciona-se que também é possível o depoimento *ad perpetuam rei memoriam*, como visto art. 225 do CPP, em que há a antecipação da prova testemunhal quando uma testemunha tiver que se ausentar, ou, por enfermidade ou por velhice, inspirar receio de que ao tempo da instrução criminal já não exista.

### 3.4.3 Prova pericial

Na seara processual, a perícia consiste no meio de prova que objetiva formar a convicção do julgador através de exames feitos em vestígios encontrados no local do fato criminoso.

Alencar e Távora, sobre a temática, abordam que:

É o exame procedido por pessoa que tenha conhecimentos técnicos, científicos ou domínio específico em determinada área do conhecimento. Afinal, não sendo o magistrado especialista em todas as áreas do saber, vale-se dos peritos para auxiliá-lo. A prova pericial assume papel de destaque na persecução penal, justamente pelo tratamento dado por nossa legislação à figura do perito, estando este sujeito à disciplina judiciária (ALENCAR; TÁVORA, 2017, pág. 663).

Atualmente, a perícia consiste no meio probatório que traduz maior confiabilidade pelo fato de fornecer fundamentações de cunho técnico e científico, tornando possível, inclusive, a reconstituição dos fatos através da análise dos citados vestígios.

O CPP, em seu art. 158, consubstancia a obrigatoriedade da realização de exame de corpo de delito quando o crime deixa vestígios. Entende-se por corpo de delito a materialização do crime, o qual, doutrinariamente, é classificado em direto ou indireto no que tange à forma de verificação.

O corpo de delito direto corresponde ao exame realizado pela perícia técnica,



pelo qual se analisa diretamente o vestígio do crime e, se elabora um laudo técnico. Por sua vez, o corpo de delito indireto é o feito através de imagens, fotografias e através da prova testemunhal que presenciou os vestígios, suprimindo a ausência do corpo de delito direto, conforme o art. 167 do CPP.

Pelo exposto, verifica-se que a referida exigência da indispensabilidade do corpo de delito feita pelo Código de Processo Penal é, além de tudo, uma exceção à liberdade dos meios de prova, sendo considerado um resquício do sistema da prova legal e tarifada, visto que a ausência do corpo de delito enseja nulidade absoluta, na forma do art. 564 do CPP.

Quanto ao número de peritos exigido pelo CPP, o seu art. 159, estabelece que a perícia seja realizada por um perito oficial, com diploma de ensino superior, e na sua ausência por dois peritos não oficiais ou *ad hoc*. O perito oficial é o concursado, designado pelo chefe da perícia técnica, enquanto que o perito não oficial é o nomeado pela autoridade judicial.

Quanto ao laudo elaborado pela perícia, é cediço que após sua realização, deve ser submetido às partes a fim de que se garanta o contraditório e a ampla defesa, podendo o juiz julgar de acordo ou não com a perícia, desde que leve em consideração todo o conjunto probatório produzido.

Ressalta-se, ainda que o magistrado, considerando desnecessária a realização de certas perícias, pode indeferi-las, desde que fundamente a respectiva decisão.

Pelo exposto, verifica-se que, dentre os meios de prova do processo penal, a prova pericial consiste na mais importante, pois garante maior veracidade dos fatos de forma científica, considerando a sua materialidade.

Encerrada a abordagem sobre a da teoria prova no processo penal brasileiro, chega-se ao ponto mais importante deste trabalho, o estudo sobre o instituto da serendipidade e a análise sobre a admissibilidade das provas encontradas ao acaso em investigação de um crime diverso.

## 4. A SERENDIPIDADE E SEUS ASPECTOS GERAIS

Conforme aludido no item 3.2 deste trabalho, surgiu na seara das provas uma nova exceção à teoria da prova ilícita por derivação que, no entanto, não está positivada no CPP, mas foi importada do direito comparado e vem ganhando espaço nos tribunais superiores.

Esta se trata da Serendipidade, cuja origem advém do termo inglês “*serendipity*”, e consiste no aparecimento espontâneo de provas diferentes do objeto original da investigação criminal a partir de uma prova lícita, frente à qual se manifesta.

O termo serendipidade é derivado do conto oriental "Os três príncipes de Serendip" segundo o qual a narrativa consiste na estória de um grupo de viajantes que, durante sua jornada, faziam descobertas desconexas com seu objetivo inicial.

Dessa forma, tem-se que, durante uma investigação previamente estabelecida, a autoridade pública descobre novos elementos de instrução, dotados de relevância, que podem ser utilizados na elucidação do fato pretérito.

No processo penal brasileiro, o referido instituto, essencial à investigação criminal, é também conhecido como a teoria do encontro fortuito de provas, vislumbrado notoriamente tanto no cumprimento de mandados de busca e apreensão, como nas interceptações telefônicas.

Outrossim, levando em consideração uma interceptação telefônica autorizada para apurar crime punido com reclusão cometido por certo agente, pergunta-se se seria possível a utilização das provas colhidas casualmente no cumprimento da diligência em relação a outras infrações penais ou a outras pessoas.

Neste sentido, o doutrinador Dezém, ao tratar da referida teoria, aduziu que “a descoberta fortuita de provas consiste na descoberta de provas de um novo crime ou de um novo autor do crime no âmbito da busca e apreensão realizada” (DEZÉM, 2016, p. 272).

Outrossim, Gomes define Serendipidade como “algo como sair em busca de uma coisa e descobrir outra (ou outras), às vezes até mais interessante e valiosa. Vem do inglês *serendipity*, onde tem o sentido de descobrir coisas por acaso [...]” (GOMES, 2009, p.1).

Atualmente, a descoberta de provas fortuitamente tem sido de grande importância para as autoridades policiais desvendarem a ação criminosa, como é o

caso da “Operação Lava Jato”<sup>2</sup> a “Operação *Duty Free*”<sup>3</sup>.

Na área criminal, é cediço que o surgimento de fatos alheios aos inicialmente investigados na persecução penal, se dá, significativamente em diligências de interceptação telefônica ou em buscas e apreensões, motivo pelo qual a produção doutrinária tem se focado com maior ocorrência.

#### 4.1 DO BREVE HISTÓRICO DA APLICAÇÃO DA SERENDIPIDADE NO DIREITO COMPARADO

No que concerne à evolução da aplicação da teoria da Serendipidade, Alves e Duran (2015), aduzem que a primeira materialização da expressão no âmbito jurídico se deu no direito germânico através de jurisprudências.

A pioneira aplicação da teoria supra ocorreu em território alemão, cuja decisão judicial ocorrera em 1976, quando o Tribunal Federal da Região admitiu a prova fortuita em conexão com a originária.

Conforme o entendimento de LOPES (2013) o critério empregado pelo direito alemão quanto a validade dos encontros fortuitos consiste no da conexão em sentido processual, onde, mesmo os crimes não previstos no rol de crimes em que seja cabível de interceptação telefônica, poderão se valer das provas, desde que tenham ligação com o objeto ou sujeitos deflagradores da medida. Inexiste, ainda, qualquer proibição de tais provas possam ser utilizadas como notícia crime e ensejar a novas investigações.

A *zufallsfunden*, acepção alemã relativa ao encontro aleatório de provas, também foi adotada em território espanhol. Assim como no Direito Brasileiro, no Direito Espanhol não positivou os encontros fortuito de prova.

LOPES (2013) afirmou que o “vácuo normativo” originou três correntes visando

---

<sup>2</sup> A operação Lava Jato é a maior investigação de corrupção e lavagem de dinheiro que o Brasil já teve. O nome do caso, “Lava Jato”, decorre do uso de uma rede de postos de combustíveis e lava a jato de automóveis para movimentar recursos ilícitos pertencentes a uma das organizações criminosas inicialmente investigadas.

<sup>3</sup> A operação *Duty Free* tem como objetivo prender integrantes de uma organização criminosa formada por advogados, empresários e servidores públicos, especializada em crimes ligados à área do comércio exterior, que atuava nos Estados de São Paulo e Espírito Santo.

fornecer a solução para o problema. O primeiro posicionamento defende que o critério da conexão seria essencial para conhecimento fortuito, não podendo ser utilizado como prova, mas, tão somente como notícia de crime.

Quanto à segunda vertente, verifica-se que foi adotado um entendimento restritivo, visto que o juiz está adstrito a não admitir qualquer elemento que não tenha relação com o fato investigado.

Diferentemente da terceira corrente, a qual, em consonância com o Direito Alemão, admite a valoração dos conhecimentos fortuitos, desde que observados os ditames da lei e da constituição previstos para este meio de obtenção de prova.

Quanto ao ordenamento jurídico italiano, o mesmo autor enfatiza que há expressa previsão legal quanto à aplicação da Serendipidade em interceptações telefônicas, desde que o crime esteja no rol de delitos em que se aplique tal medida, bem como seja obrigatória a prisão em flagrante. Se não atende esses requisitos, os elementos achados devem ser valorados como *notitia criminis*.

No Direito Português, o encontro fortuito de provas foi positivado no código de processo penal lusitano no ano de 2007, autorizando a aplicação das provas no curso do processo criminal.

Atualmente, a serendipidade é enxergada como um instituto, e não apenas uma teoria, uma vez positivada no texto do Código Penal Alemão, desde a reforma legislativa do ano de 1992, em decorrência da manifestação da Suprema Corte, ao analisar caso conflitante com a Lei interna de Interceptações telefônicas nacional.

Assim, verifica-se que a serendipidade tem ganhado maior aplicação nos ordenamentos jurídicos de outros países, além do brasileiro, desde que atendidos os requisitos fixados na legislação de cada país.

Uma vez demonstrada a importância da serendipidade no decorrer da história, denota-se que a aplicação deste instituto ganhou espaço não só no Brasil, mas em vários ordenamentos jurídicos do mundo, a exemplo da ordem alemã e italiana.

## 4.2 A SERENDIPIDADE À LUZ DA DOUTRINA BRASILEIRA

Após o tratamento acerca do conceito do encontro fortuito de provas, surge o

questionamento sobre a eventual possibilidade de utilização da prova novo descoberta por acaso.

A doutrina majoritária pátria preleciona que, uma vez válido o ato ordinário, desde que presente a conexão ou continência, conforme art. 76 e seguintes do Código de Processo Penal, entre ambos os objetos, é possível a utilização de prova espontânea que surja no decorrer da investigação.

Ademais, uma vez superados os requisitos acima destacados, a doutrina brasileira entende que encontro fortuito de provas deve ser analisado sobre dois prismas, quais sejam, a serendipidade de primeiro grau e serendipidade de segundo grau.

No que tange à primeira, o encontro fortuito de provas é admitido pela doutrina e jurisprudência pátria quando decorrente de fatos conexos ou continentes ao fato principal que seja o centro da investigação. No caso, para Mendes (2014), não se fala em ilicitude de prova por derivação, pois a prova descoberta passa a ser válida, podendo servir de base para uma possível condenação penal, após a análise pelo juiz.

Quanto ao segundo, em oposição ao anterior, os fatos descobertos não possuem qualquer conexão ou continência, razão pela qual os elementos de prova obtidos não poderiam ser utilizados no novo crime ou contra outro criminoso, servindo apenas como *notitia criminis*.

De tal modo é o entendimento do doutrinador Gomes:

Em relação ao encontro fortuito de fatos conexos (ou quando haja continência) parece-nos acertado falar em serendipidade ou encontro fortuito de primeiro grau (ou em fato que está na mesma situação histórica de vida do delito investigado – *historischen Lebenssachverhalt*). Nesse caso a prova produzida tem valor jurídico e deve ser analisada pelo juiz (como prova válida). Pode essa prova conduzir a uma condenação penal. Quando se trata, ao contrário, de fatos não conexos (ou quando não haja continência), impõe-se falar em serendipidade ou encontro fortuito de segundo grau (ou em fatos que não estão na mesma situação histórica de vida do delito investigado). A prova produzida, nesse caso, não pode ser valorada pelo juiz. Ela vale apenas como *notitia criminis* (GOMES, 2009. pág. 1).

Destaca-se que parte dos estudiosos, contudo, já atestaram a ilicitude do referido meio de prova, julgando contaminadas as provas assim obtidas. No entanto, é importante destacar que entender o caráter limitado da produção probatória criminal

obstaria a modalidade.

Por sua vez, outra vertente de doutrinadores já se manifestou que não seria imprescindível a relação de conexão com a prova originária para ser válida a prova fortuita. Ao ver de Américo Jr. e Senna (2009), quando a atuação estatal ocorrer dentro dos parâmetros legais, não haveria o porquê de eivar de vício uma prova surgida de investigação lícita. Assim, entendiam que o Estado não poderia ignorar a prova surgida ao acaso, diante do seu direito-dever de punir.

De tal modo também entende Dezém, o qual aduz que “se houve restrição lícita à privacidade, pouco importa se há conexão ou não com o fato investigado, deve ser permitida a utilização deste elemento como prova” (DEZÉM, 2016, p. 272).

Após a análise de um terceiro posicionamento doutrinário, verificou-se a existência de uma posição intermediária existente na doutrina, uma vez que Andrade (2013), bem como de Rodrigues (2014), interpretam que a prova espontânea, seja por investigar indivíduo diferente do original ou por utilizar prova desconexa com o objeto principal, inviabiliza o dinamismo processual, devendo apenas a prova obtida ser empregada como *notitia criminis*.

Ainda, Habib (2015) em seu posicionamento destacou que, se da interceptação telefônica surgirem provas da prática de outro delito para o qual o juízo que autorizou a interceptação telefônica não possui competência, a interceptação é válida.

Por sua vez, Lima em sua obra atestou que “a validade da prova inesperadamente obtida está condicionada à forma como foi realizada a diligência: se houve desvio de finalidade, a prova não deve ser considerada válida; se não houve desvio de finalidade, a prova é válida” (LIMA, 2017, p. 1012).

Portanto, é de notória compreensão que, na Doutrina pátria, não há um consenso quanto à admissibilidade das provas encontradas fortuitamente, razão pela qual, devido à diversidade de posicionamentos, se deve recorrer aos precedentes dos julgados no STF e do STJ, conforme se verifica no próximo capítulo deste trabalho.

## 4.3 DA DISCUSSÃO DO TEMA NO STJ E NO STF

Quando se trata do instituto da Serendipidade, importante se faz a análise dos

posicionamentos doutrinários e jurisprudenciais atinentes à temática, levando-se em consideração a lacuna presente na legislação pátria acerca do tema abordado.

Assim, como já fora tratado da abordagem das disposições doutrinárias, é notável que a corrente majoritária discorre que a prova surgida fortuitamente poderá ser admitida desde que presente a conexão ou continência entre ambos os objetos.

Outrossim, a discussão sobre a validade dessas provas encontradas fortuitamente já foi travada em julgamentos do Supremo Tribunal Federal e do Superior Tribunal de Justiça e tem apresentado evolução.

Nos precedentes do STJ e do STF, a aplicação da teoria da prova fortuita se dá sob a ótica de validade e dos princípios constitucionais da razoabilidade e proporcionalidade, pela instrumentalidade das formas ou pela busca da efetividade da tutela jurisdicional. Logo seriam inadmissíveis as provas essencialmente ilícitas, sendo aproveitadas as provas válidas, surgidas casualmente de objeto anterior.

A descoberta casual de provas apareceu expressamente em um julgado da 2ª Turma do STF, em decisão de Habeas Corpus, no ano de 2004, ante a investigação de juiz federal pela *Operação Anaconda*<sup>4</sup>.

*In casu*, a Turma entendeu que o objetivo da persecução penal seria o de “apurar o envolvimento de policiais federais e magistrados em crime contra a Administração”, mas não se poderia falar, portanto, em conhecimento fortuito de fato em tese criminoso, estranho ao objeto das investigações.

Ocorre que, em sede da mesma investigação, após três anos do julgado anterior, a Suprema Corte fundamentou decisão em sentido contrário, adotando explicitamente a teoria da serendipidade:

[...] DEFERIMENTO DA REALIZAÇÃO DE DILIGÊNCIAS PARA APURAR A PRÁTICA DE OUTROS CRIMES, DIVERSOS DOS CONTIDOS NA DENÚNCIA. POSSIBILIDADE. CONTEXTO DA OPERAÇÃO "ANACONDA". VIOLAÇÃO AO DIREITO DE DEFESA PRELIMINAR PREVISTO PELA LEI Nº 8.038/90. IMPROCEDÊNCIA. CONTRADITÓRIO E DEVIDO PROCESSO LEGAL OBSERVADOS, EM RELAÇÃO AOS FATOS IMPUTADOS. ANÁLISE DA PRÁTICA DE OUTROS CRIMES NA INSTRUÇÃO CRIMINAL. IMPOSSIBILIDADE. AUSÊNCIA DE ACUSAÇÃO E DE DEFESA. DESENTRANHAMENTO DAS PROVAS. ORDEM PARCIALMENTE

---

<sup>4</sup> A operação Anaconda, deflagrada no ano de 2003, foi o resultado de uma investigação da Polícia Federal com escutas telefônicas que teriam captado indícios das negociações ilícitas entre criminosos e membros do Judiciário, com venda de sentenças.



CONCEDIDA. [...]. Estreita ligação entre os fatos apurados na ação penal de origem e aqueles averiguados na "Operação Anaconda". Caso legítimo de "descoberta fortuita" em investigação criminal. Razoabilidade. [...] 6. O deferimento de diligências para apurar outros fatos, diversos daqueles narrados na denúncia, não configurou violação ao procedimento do contraditório preambular previsto nos artigos 4º e 5º da Lei nº 8.038/90, pois a decisão impugnada determinou, textualmente, a notificação dos acusados para oferecer resposta preliminar aos termos da denúncia. [...]. (STF - HC: 84224 DF, Relator: GILMAR MENDES, Data de Julgamento: 27/02/2007, Segunda Turma, Data de Publicação: DJe-088 DIVULG 15-05-2008 PUBLIC 16-05-2008 EMENTA VOL-02319-03 PP-00522).

A partir desta decisão, verifica-se que o STF julgou legítima a descoberta fortuita de elementos probatórios e entendeu que a serendipidade não violaria o procedimento do contraditório.

No mesmo sentido, a Suprema Corte atestou que, no ano de 2010 e em sede de jurisprudência, a utilização da prova obtida no decorrer de uma investigação de crime diverso seria compatível com a garantia constitucional da inadmissibilidade das provas obtidas por meio ilícito:

EMENTA: AGRAVO REGIMENTAL EM AGRAVO DE INSTRUMENTO. INTERCEPTAÇÃO TELEFÔNICA LICITAMENTE CONDUZIDA. ENCONTRO FORTUITO DE PROVA DA PRÁTICA DE CRIME PUNIDO COM DETENÇÃO. LEGITIMIDADE DO USO COMO JUSTA CAUSA PARA OFERECIMENTO DE DENÚNCIA. AGRAVO REGIMENTAL DESPROVIDO. 1. O Supremo Tribunal Federal, como intérprete maior da Constituição da República, considerou compatível com o art. 5º, XII e LVI, o uso de prova obtida fortuitamente através de interceptação telefônica lícitamente conduzida, ainda que o crime descoberto, conexo ao que foi objeto da interceptação, seja punido com detenção. 2. Agravo Regimental desprovido. (AI 626214 AgR, Relator(a): Min. JOAQUIM BARBOSA, Segunda Turma, julgado em 21/09/2010, DJe-190 DIVULG 07-10-2010 PUBLIC 08-10-2010 EMENT VOL-02418-09 PP-01825 RTJ VOL-00217-01 PP-00579 RT v. 100, n. 903, 2011, p. 492-494) (grifo nosso)

Com esse julgado, compreende-se que a serendipidade, embora não positivada, foi reconhecida pelo STF como uma nova exceção à garantia do art. 5º, inc. LVI, da CRFB/88 bem como à regra processual penal da prova ilícita por derivação prevista pelo CPP.

Ademais, destaca-se que tanto o STJ quanto o STF, já haviam estabelecido anteriormente que, se o fato objeto do encontro fortuito tivesse conexão com o fato da investigação, seria válida a interceptação telefônica como meio de prova.

No ano de 2013, no HC nº 187.189, o ministro do STJ Fernandes, em caso de

denúncia feita pelo Ministério Público Federal para apurar crimes de quadrilha e lavagem de dinheiro, constatados a partir da *Operação Bola de Fogo*<sup>5</sup>, afirmou ser legítima a utilização de informações obtidas em interceptação telefônica para apurar conduta diversa daquela que originou a quebra de sigilo, desde que por meio dela se tenha descoberto fortuitamente a prática de outros delitos. Caso contrário, “significaria a inversão lógica do próprio sistema”.

No caso, o ministro Og Fernandes, corroborando com a validade do encontro casual de provas, atestou que não se pode esperar ou até mesmo exigir que a autoridade policial, no curso de uma investigação, saiba exatamente o que irá encontrar, definindo, previamente, quais são os crimes configurados. O entendimento resultou da ideia segundo a qual o início de investigação tem como escopo descobrir algo que não se sabe ao certo se aconteceu, tampouco como aconteceu.

Além do exposto, destaca-se que, com a ampliação da abrangência da serendipidade, os tribunais superiores vêm admitindo a colheita acidental de provas ainda quando inexistir conexão entre os crimes. A exemplo, tem-se o seguinte julgado:

PROCESSO PENAL. FORMAÇÃO DE QUADRILHA. ADVOCACIA ADMINISTRATIVA. PRESCRIÇÃO. TRÁFICO DE INFLUÊNCIA. ENCONTRO FORTUITO DE NOTÍCIA DE PRÁTICA CRIMINOSA. DENÚNCIA REJEITADA. 1. Declara-se a extinção da punibilidade do acusado quando consumado o lapso prescricional necessário para o reconhecimento da prescrição da pretensão punitiva, que, em relação ao crime tipificado no art. 321 do Código Penal, ocorre em 3 anos da data da consumação do delito (art. 109, VI, do mesmo código). 2. A jurisprudência do Superior Tribunal de Justiça firmou-se no sentido de que eventuais vícios ocorridos na fase de inquérito não maculam a ação penal, sobretudo quando verificado que tais vícios tiveram por efeito beneficiar o réu. 3. O Estado não pode quedar-se inerte ao tomar conhecimento de suposta prática de crime. Assim, o encontro fortuito de notícia de prática delituosa durante a realização de interceptações de conversas telefônicas devidamente autorizadas não exige a conexão entre o fato investigado e o novo fato para que se dê prosseguimento às investigações quanto ao novo fato. 4. O crime de tráfico de influência exige o elemento fraude para sua configuração. Se, nos fatos indicados como criminosos, não se verificar esse elemento objetivo do tipo, nem mesmo por indícios, a denúncia deve ser rejeitada. 5. Embora a classificação do crime seja requisito formal exigido na formulação da denúncia, sua falta ou equívoco não acarreta, por si só, a rejeição da denúncia, constituindo-se mera irregularidade já que o réu defende-se de

---

<sup>5</sup> A chamada Operação Bola de Fogo foi deflagrada no ano de 2006 com o objetivo de desmontar uma organização criminosa responsável pelo comércio clandestino de cigarros no Brasil.

fatos. Contudo, se esses mesmos fatos, como descritos pelo órgão de acusação, não se amoldam ao tipo indicado na denúncia, aproximando-se de tipo diverso cuja punibilidade já se encontra extinta pela prescrição, a denúncia deve ser rejeitada. 6. A denúncia ofertada contra diversas pessoas, mas não recebida contra quem, por prerrogativa de função, atraía a competência do Superior Tribunal de Justiça para processamento e julgamento do feito criminal, afasta a competência excepcional quanto aos acusados destituídos da prerrogativa de foro. 7. Extinção da punibilidade em relação ao crime previsto no art. 321 do Código Penal. 8. Denúncia rejeitada em relação aos crimes de formação de quadrilha e advocacia administrativa. (APn 510/BA, Rel. Ministra ELIANA CALMON, Rel. p/ Acórdão Ministro JOÃO OTÁVIO DE NORONHA, CORTE ESPECIAL, julgado em 21/08/2013, DJe 17/03/2014) (grifo nosso)

Segundo o entendimento colacionado acima, grande foi o avanço da jurisprudência quanto a admissibilidade dos elementos probatórios encontrados ao acaso, posto que, impedir a aplicabilidade destes na apuração de um delito corresponderia à inércia estatal prejudicando a satisfação do seu *jus puniendi*.

Nota-se ainda que, no STJ, a serendipidade foi admitida em várias situações, à medida que em vários julgados vem reconhecendo a validade da prova colhida eventualmente, como por exemplo, em decisão monocrática do processo RHC 50011/PE, o relator ministro Sebastião Reis Júnior, da 6ª do STJ, em 25 de novembro 2014, referente a uma investigação para desvendar desvio de verbas públicas federais, reconheceu o encontro fortuito de provas, visto que as provas colhidas em uma interceptação telefônica de terceiro tinha relação com a investigação:

“RECURSO EM *HABEAS CORPUS*. ASSOCIAÇÃO CRIMINOSA E CONCUSSÃO. PRETENSÃO DE TRANCAMENTO DA AÇÃO PENAL. ALEGAÇÃO DE AUSÊNCIA DE JUSTA CAUSA, CONSUBSTANCIADA NO ARGUMENTO DE QUE O INQUÉRITO POLICIAL QUE DEU ORIGEM À AÇÃO PENAL FOI CONDUZIDO PELA POLÍCIA FEDERAL. IMPROCEDÊNCIA. ATRIBUIÇÕES DA POLÍCIA JUDICIÁRIA QUE NÃO SE CONFUNDEM COM ACOMPETÊNCIA DA JUSTIÇA FEDERAL. POSSIBILIDADE DE A POLÍCIA FEDERAL APURAR CRIMES COM REPERCUSSÃO INTERESTADUAL. INQUÉRITO POLICIAL INSTAURADO MEDIANTE A NOTÍCIA DA OCORRÊNCIA DOS CRIMES DE ASSOCIAÇÃO CRIMINOSA E CONCUSSÃO, ATÉ PARA APURAR A EXTENSÃO E COMPLEXIDADE DA ASSOCIAÇÃO. ILEGALIDADE. AUSÊNCIA. IMPOSSIBILIDADE DE NULIDADES DO INQUÉRITO POLICIAL CONTAMINAREM A AÇÃO PENAL. ALEGAÇÕES DE NULIDADES DECORRENTES DE A INTERCEPTAÇÃO TELEFÔNICA TER SIDO AUTORIZADA PELA JUSTIÇA FEDERAL E DE UTILIZAÇÃO DE PROVA EMPRESTADA NÃO RELACIONADA ÀS MESMAS PARTES. ENCONTRO FORTUITO DE PROVAS. ADMISSIBILIDADE. CONSTRANGIMENTO ILEGAL. AUSÊNCIA. 1. O trancamento de ação penal pela via eleita é cabível apenas quando manifesta a atipicidade da conduta, a extinção da punibilidade ou a manifesta ausência de provas da existência do crime e de

indícios de autoria. 2. As atribuições da Polícia Federal e a competência da Justiça Federal, ambas previstas na Constituição da República (arts. 108, 109 e 144, § 1º), não se confundem, razão pela qual não há falar que a investigação que deu origem à ação penal foi realizada por autoridade absolutamente incompetente. 3. As atribuições da Polícia Federal não se restringem a apurar infrações em detrimento de bens, serviços e interesses da União, sendo possível a apuração de infrações em prol da Justiça estadual. Precedente. 4. No caso, não há ilegalidade na instauração do inquérito policial pela Polícia Federal, realizada com o fim de investigar a prática dos crimes de concussão e associação criminosa pela recorrente e os corréus, até porque, naquela ocasião, apenas se tinham indícios da ocorrência dos crimes apurados, não se sabendo, ao certo, a extensão da associação criminosa ou a complexidade das infrações, elementos que foram apurados justamente com a instauração da investigação em que a recorrente e alguns corréus foram indiciados. 5. É cediço neste Superior Tribunal que, não sendo o inquérito policial indispensável à propositura da ação penal e dada sua natureza informativa, eventuais nulidades ocorridas na fase extrajudicial não têm o condão de macular a ação penal. Precedentes. 6. Não prosperam as alegações de que é nula a interceptação telefônica realizada no inquérito policial originário, autorizada pela Justiça Federal, e de que se cuida da utilização de prova emprestada não relacionada às mesmas partes, pois se trata do fenômeno do encontro fortuito de provas, que consiste na descoberta imprevista de delitos que não são objeto da investigação, admitida pela jurisprudência deste Superior Tribunal. 7. Recurso em *habeas corpus* improvido. RHC 50011/ PE, Relator Sebastião Reis Júnior, Sexta Turma do STJ, 25/11/2014" (grifo nosso).

Destaca-se que, mais uma vez, o STJ reforçou a aceitação das provas fortuitas como forma de ampliar as possibilidades de investigação criminal. No mesmo sentido o Egrégio Tribunal já adotou a serendipidade inclusive contra terceiro que não é alvo da investigação originária, como exemplo o julgado a seguir:

STJ: [...] O fato de elementos indiciários acerca da prática de crime surgirem no decorrer da execução de medida de quebra de sigilo bancário e fiscal determinada para apuração de outros crimes não impede, por si só, que os dados colhidos sejam utilizados para a averiguação da suposta prática daquele delito. Com efeito, pode ocorrer o que se chama de fenômeno da serendipidade, que consiste na descoberta fortuita de delitos que não são objeto da investigação. Precedentes citados: HC 187.189-SP, Sexta Turma, DJe 23/8/2013; e RHC 28.794-RJ, Quinta Turma, DJe 13/12/2012. HC 282.096-SP, Rel. Min. Sebastião Reis Júnior, julgado em 24/4/2014.

No que concerne ao Informativo nº 0557 da 5ª Turma do STJ, frisa-se que, em um caso muito polêmico envolvendo a busca e apreensão em um escritório de advocacia, as provas descobertas ao acaso foram apreendidas considerando o instituto estudado, bem como a ocorrência de flagrante de crimes permanentes:

DIREITO PROCESSUAL PENAL. ENCONTRO FORTUITO DE PROVAS NO CUMPRIMENTO DE MANDANDO DE BUSCA E APREENSÃO EM ESCRITÓRIO DE ADVOCACIA. 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. De fato, o inciso II e o § 6º do art. 7º da Lei 8.906/1994 dispõem, respectivamente, que são direitos 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” e 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, 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”. A finalidade das normas acima transcritas é, claramente, salvaguardar o sigilo da profissão, respeitando-se as informações privilegiadas que os advogados recebem de seus clientes, em homenagem ao princípio da ampla defesa, previsto no art. 5º, LV, da CF. No caso em análise, os policiais estavam legitimamente autorizados a ingressar no escritório de advocacia por meio de mandado regularmente expedido, e a determinação de busca e apreensão se deu para o endereço profissional do investigado e não para uma sala ou mesa específica. Não obstante o mandado de busca e apreensão tenha sido expedido para apuração de crime praticado pelo estagiário do escritório, verificou-se, coincidentemente, no cumprimento da medida, a ocorrência flagrancial de dois outros crimes que possuem natureza permanente, ou seja, sua consumação se protraí no tempo. Contraria a razoabilidade exigir-se dos policiais envolvidos na diligência que fingissem não ter visto os crimes, para solicitar, a posteriori, um mandado específico de busca e apreensão para o escritório do advogado. Essa medida contrariaria o art. 301 do CPP: Qualquer do povo poderá e as autoridades policiais e seus agentes deverão prender quem quer que seja encontrado em flagrante delito”. Desse modo, não há excesso por parte dos policiais envolvidos na busca e apreensão, uma vez que a busca em todo o escritório era necessária, haja vista que a arma de fogo pertencente ao estagiário poderia estar escondida em qualquer lugar do escritório, o que justifica a busca em todo o ambiente, e não apenas nos locais, em princípio de exercício da função de estagiário. Ressalte-se que a localização de elementos que configuram outros crimes, praticados por pessoa que não figura como objeto do mandado de busca e apreensão, insere-se na hipótese nominada pela doutrina de encontro fortuito de provas. Ademais, em que pese a não indicação expressa de representante da OAB local para o acompanhamento da diligência, foi solicitado, pelos policiais nela envolvidos, que um advogado estivesse presente e acompanhasse o cumprimento do mandado de busca e apreensão no escritório. Sendo assim, aplicando-se o princípio da instrumentalidade das formas, a finalidade da norma foi atingida, não havendo que se falar em nulidade, mas sim, se muito, em mera irregularidade. RHC 39.412-SP, Rel. Min. Felix Fischer, julgado em 3/3/2015, DJe 17/3/2015. (grifo nosso)

Outrossim, à data de 15 de abril de 2015, na Ação Penal 690, perante o STJ, o



Ministro João Otávio de Noronha, ao proferir seu voto, aduziu que o instituto da serendipidade não poderia ser interpretada como ilegal ou inconstitucional pelo simples fato de que o objeto da interceptação não era o fato posteriormente descoberto.

Na mesma linha de raciocínio, e mais recentemente, no decorrer da ação penal objeto de Habeas Corpus 129678/SP, julgado pela 1ª Turma do STF, em 2017, verificou-se a situação em que o paciente era investigado pela prática do crime de tráfico de drogas, quando, durante a efetivação da interceptação telefônica, surgiu provas de que este foi partícipe de um homicídio.

No julgamento do presente caso, restou firmado o entendimento acerca da legalidade da prova, ainda que a medida de investigação objetivasse investigar outro crime que não tivesse relação ou conexão/continência, com o crime descoberto fortuitamente, chamado de “crime achado” pelo ministro Alexandre de Moraes, após o episódio descrito.

De tal forma, o colegiado da Suprema Corte entendeu que o caso constante dos autos da ação é infração penal desconhecida e não investigada até o momento em que se descobre o delito, isto é, um crime achado, visto que a medida de interceptação telefônica, apesar ter como objetivo a apuração de tráfico de drogas, acabou evidenciando a prática de homicídio. Ainda, entendeu-se que, presentes os requisitos constitucionais e legais, a prova deveria ser considerada lícita.

Após as explanações feitas dos mais relevantes julgados do STF e do STJ acerca da serendipidade, compreende-se que a sua aplicação na jurisdição brasileira cresceu ao longo dos últimos anos, desde a sua inaplicabilidade até a aplicação em crimes em que não exista conexão ou continência e vem evoluindo com o passar dos anos, restando a certeza de que o fenômeno da serendipidade foi acolhido em nossa jurisprudência.

Além disso, apesar da existente divergência doutrinária sobre o instituto, em que parte refuta a admissibilidade das provas encontradas, enquanto outra parte a acata, os tribunais superiores cujas jurisprudências foram analisadas, vem convergindo e consolidando um entendimento favorável à serendipidade, seguindo na direção de um esperado posicionamento uníssono.

Com esta certeza, um questionamento que merece destaque é o referente a qual medida deve o magistrado adotar ao encontrar a prova fortuita durante a persecução penal. À esta indagação, entende-se que a resposta mais adequada seria a hipótese em que o magistrado, ao verificar elementos probatórios do cometimento de infrações diversas, deve comunicar ao Ministério Público o teor da prova encontrada. Chegou-se a esse entendimento pelo fato de que é comum que não seja o juiz competente para apreciar aquele crime em espécie.

Por todo o exposto neste trabalho e, entendida a importância da serendipidade no vigente Estado Democrático de Direito Brasileiro, entende ser louvável as decisões do STF e do STJ ao conceder a aplicação das provas fortuitamente encontradas, desde que respeitados os requisitos de validade e os princípios constitucionais, objetivando a efetividade da tutela jurisdicional. Dessa forma, não se falaria em admissibilidade de provas essencialmente ilícitas, mas um verdadeiro aproveitamento de provas válidas, surgidas fortuitamente de um objeto anterior, visando uma finalidade constitucional específica.

## 5. CONSIDERAÇÕES FINAIS

Com o presente estudo, verificou-se que após uma série de transgressões de direitos, hoje considerados inerentes à pessoa humana, durante a apuração de delitos nas mais variadas sociedades, os Estados Soberanos se preocuparam em criar uma ordem jurídica fundada em leis que efetivem a tutela de garantias fundamentais a uma vida digna, bem como assegure o direito de as pessoas participarem de decisões, direta ou indiretamente, a respeito do futuro do seu povo. Conforme apresentado, essa forma estatal fundada na subordinação às leis ganhou o nome de Estado Democrático de Direito.

Pautada nesses ideais, a Constituição da República Federativa do Brasil de 1988, estabeleceu uma série de garantias como forma de proteger a Dignidade da Pessoa Humana, dentre elas, a inadmissibilidade das provas obtidas por meio ilícito, tão importante para a matéria processual penal.

Restou verificado que a temática das provas consiste em uma das matérias



mais complexas do processo penal brasileiro. Além disso, constatou-se que, além das duas exceções da prova ilícita por derivação trazidas pelo texto do art. 157, § 1º, do CPP, existem duas não positivadas, mas tratadas em jurisprudências, quais sejam, a admissibilidade da prova ilícita em benefício do réu, com fundamento no princípio do *favor rei*, e a serendipidade, que foi o objeto deste trabalho.

No mesmo sentido, restou entendida a importância da serendipidade para a efetiva investigação criminal e posterior instrução processual, especialmente em interceptações telefônicas, ocasião em que outros crimes são descobertos a partir da análise dos diálogos gravados, demonstrando a sua relevância para a total satisfação do *jus puniendi* estatal sem deixar passar os delitos encobertos por seus autores.

De acordo com o explanado, constatou-se que, quanto à aplicação do instituto, a maior parte dos doutrinadores preleciona que, sendo considerado válido o ato originário e, configurada a conexão ou continência entre ambos os objetos, na forma da lei processual penal, seria possível a utilização de prova espontânea que surgisse no decorrer da investigação.

Ademais, restou demonstrado que a discussão na doutrina brasileira consiste, fortemente, no caso da serendipidade de segundo grau, situação em que não há objetos conexos ou continentes entre os fatos apurados, ao ponto que parte entende que deveria apenas ser considerada *notitia criminis*, sem valor probatório, como é o entendimento de Andrade (2013) e Rodrigues (2014).

Em virtude dessa divergência doutrinária se buscou nas jurisprudências do STF e do STJ a resolução do conflito de opiniões entre os doutrinadores quanto a admissibilidade da prova fortuita, se seria ou não considerada como prova lícita.

A partir da pesquisa feita em variadas decisões dos tribunais superiores se consubstanciou a relevância do instituto do encontro fortuito de provas para a processualística penal.

Nestes julgados, verificou-se que, tanto para o STF como para o STJ, a aplicação do encontro fortuito de provas não foi acatado na primeira aparição expressa do instituto, no ano de 2004, em decisão no curso da Operação Anaconda.

A sua introdução na jurisprudência pátria ocorreu, três anos após a referida decisão, a partir da percepção de sua importância para a efetiva apuração de delitos

que, de plano, não puderam ser constatados.

Primeiramente se exigia, para a aplicação do instituto, a presença da conexão ou da continência para que as provas encontradas fortuitamente admitidas a fim de subsidiar um decreto condenatório do magistrado, em consonância, por exemplo, com o entendimento do doutrinador Dezém (2016).

Após o grande avanço da jurisprudência no que tange à Serendipidade, como se pôde ver no julgamento da APn 510/BA pelo Egrégio Superior Tribunal de Justiça, na qual foi expressada a brilhante ideia de que o Estado não pode permanecer inerte no caso de descoberta de provas de outros delitos.

Entende-se, assim, que impedir a valoração de tais provas (tendo-as como ilícitas) pelo simples fato de inexistir ligação entre o fato da investigação e o “achado”, seria equivalente a criar um obstáculo ao princípio do livre convencimento do juiz, o qual é essencial à estruturação do Processo Penal Brasileiro atual.

Outrossim, foi louvável o entendimento no julgamento do HC 129678/SP pelo Supremo Tribunal Federal que entendeu que para que as provas fortuitas sejam admitidas no decorrer da persecução penal, é necessário que o meio pelo qual foi possível encontrá-la tenha obedecido aos ditames constitucionais e legais, objetivando a efetividade da tutela jurisdicional.

Ademais, para que a prova fortuita seja considerada válida precisa atender à finalidade pela qual foi realizada a diligência, visto que se houver desvio de finalidade, a prova deverá ser invalidada, o que é corroborado por Lima (2017).

Por todo o exposto, após todo o trabalho realizado, compreende-se que essas provas encontradas no decorrer de outra investigação não devem ser entendidas como contaminadas a ponto de serem desentranhadas do processo, mas devem ser consideradas validamente, desde que atendam os preceitos jurídicos estabelecidos, bem como a finalidade prevista pela Carta Maior de 1988, uma vez que a Serendipidade não importa em uma violação à garantia constitucional da vedação da prova ilícita, mas uma exceção à ilicitude por derivação, que conforme explanado, é compatível com nosso ordenamento jurídico.

## REFERÊNCIAS BIBLIOGRÁFICAS

ALCÂNTARA, C. J. C. A aplicação do instituto da serendipidade à luz da jurisprudência do STF e do STJ. Revista QUALYACADEMICS. Editora UNISV; n.1, v.1, 2023; p. 123-162. ISBN 978-65-981287-5-3 - D.O.I.: [doi.org/10.59283/ebk-978-65-981287-5-3](https://doi.org/10.59283/ebk-978-65-981287-5-3)

A BÍBLIA. **Contra a Idolatria; Testemunha**. São Paulo: Ed. Ave-Maria. 2010, p. 233 e 235.

ANDRADE, Manuel. **Sobre as Proibições de Prova em Processo Penal**. São Paulo: ed. Coimbra, 2013.

ALVES, Nicolas; DURAN, Laís. **A Serendipidade e a Teoria das Janelas QUEBRADAS**. ETIC 2015- Encontro de Iniciação Científica. Disponível em: <http://repositorio.uniceub.br/bitstream/235/10603/1/21232245.pdf>.

ALTAVILA, Jayme de. **A Testemunha na História e no Direito**. São Paulo: Melhoramentos, 1992, p. 17.

AQUINO, José Carlos Gonçalves Xavier. **A Prova Testemunhal no Processo Penal Brasileiro**. São Paulo, Saraiva, 1987.

ASSIS, José de. Você sabe o que é serendipidade? – A magia da inovação acontece aqui. Ano 2014. Disponível em: <http://www.ideiademarketing.com.br/2014/10/13/voce-sabe-o-que-e-serendipidade-a-magia-da-inovacao-acontece-aqui/>. Acesso em: 15 de julho de 2018.

BEDÊ JÚNIOR, Américo; SENNA, Gustavo. **Princípios do Processo Penal**: entre o garantismo e a efetividade da sanção. 1 ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2009.

BRASIL. Constituição (1988). **Constituição da República Federativa do Brasil**. Brasília, DF: Senado Federal: Centro Gráfico, 1988.

BRASIL. Presidência da República. **Código de Processo Penal**. 1941. Disponível em: [http://www.planalto.gov.br/ccivil\\_03/decreto-lei/Del3689Compilado.htm](http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/decreto-lei/Del3689Compilado.htm) Acesso em: 15 de julho 2018.

BRASIL. Supremo Tribunal Federal. **HC 84224/DF**. Segunda Turma. Relator: GILMAR MENDES. Publicado no DJ de 15/05/2008. Acesso em 10 de julho de 2018.

BRASIL. Superior Tribunal de Justiça. **RHC 50011/ PE**. Sexta Turma. Relator: Sebastião Reis Júnior. Publicado no DJ de 25/11/2014. Acesso em 12 de julho de 2018.

BRASIL. Superior Tribunal de Justiça. **HC 282.096/SP**. Quinta Turma. Relator: Sebastião Reis Júnior. Julgado em 24/04/2014. Acesso em 12 de julho de 2018.

BRASIL. Superior Tribunal de Justiça. **RHC 39.412/SP**. Quinta Turma. Relator: Félix Fischer. Publicado no DJ de 17/03/2015. Acesso em 18 de julho de 2018.

DEZEM, Guilherme madeira. **Curso de Processo Penal**. São Paulo; Ed. Revista de Tribunais. 2ª Edição. 2016.

FERNANDES, Antonio Scarance. **Processo Penal Constitucional**, 4ª ed., São Paulo: RT, 2005.

GIL, Antonio Carlos. **Métodos e Técnicas de Pesquisa Social**. São Paulo: Atlas, 1999, p. 42.

GOMES, Luiz Flávio. **Natureza Jurídica da Serendipidade nas Interceptações Telefônicas**. Disponível em <http://www.lfg.com.br>. 18 de março de 2009.

GOMES, Luiz Flávio; DONATI, Patricia. **Interceptação Telefônica e Serendipidade**: encontro fortuito de fatos ou agentes novos. Disponível em <http://www.lfg.com.br>. Acesso em 08 de julho de 2018.

HABIB, Gabriel. **Leis Penais Especiais Tomo III**. Salvador: Juspodivm, 2015.

HENRIQUES, Antônio; MEDEIROS, João Bosco. **Monografia no Curso de Direito**: trabalho de conclusão de curso: metodologia e técnicas de pesquisa, da escolha do assunto à apresentação gráfica. 2ª ed. São Paulo: Atlas, 2000.

LIMA, Renato Brasileiro de. **Manual de Processo Penal**. 5ª ed. Salvador: Editora Juspodivm, 2017.

LOPES, Anderson Bezerra. **Os Conhecimentos Fortuitos de Prova no Direito Processual Penal**. Universidade de São Paulo. São Paulo, 2013.

LOPES JUNIOR, Aury. **Direito Processual Penal**. 13ª ed. São Paulo: Saraiva, 2016.

MAIA, Rafael da Silva. O JUIZ E A GESTÃO DA PROVA NO DIREITO PROCESSUAL PENAL BRASILEIRO: análise a Partir dos Arts. 155 e 156, modificados com a lei nº 11. 690/2008. 2015. Disponível em: <https://aplicacao.mpmg.mp.br/xmlui/bitstream/handle/123456789/1243/O%20juiz%20e%20a%20gest%C3%A3o%20da%20prova.pdf?sequence=1>. Acesso em 05 de agosto de 2018.

MARCONI, Marina e LAKATOS, Eva. **Fundamentos de Metodologia Científica**. 22. ed. Atlas: São Paulo 2007.

MENDES, Marcio. **Teoria da Serendipidade no Processo Penal**. 1ª Ed. Rio de Janeiro: Escola da Magistratura do Estado do Rio de Janeiro, 2014.

MENDONÇA, Ana Cristina. **Processo Penal**. Coleção Descomplicando. 1ª Ed. Recife, Editora Armador. 2016.

MIRANDA, Pontes de. **Fontes e Evolução do Direito Civil Brasileiro**. 2. ed. Rio de Janeiro: Forense, 1981. p.245.

MOURA, Maria Thereza Rocha de Assis. **A Prova por Indícios no Processo Penal**, 2009, p. 12.

NUCCI, Guilherme de Souza. **Manual de Processo Penal e Execução da Pena**. 11. ed. rev. e ampl. Rio de Janeiro: Forense, 2014.

NUCCI, Guilherme de Souza. **Código de Processo Penal Comentado**. 13. ed. rev. e ampl. Rio de Janeiro: Forense, 2014.

OLIVEIRA, Eugênio Pacelli. **Curso de Processo Penal**. 11. ed. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2009.

PINSKY, Jaime. **Código de Hamurábi**. p.2 e 23. Disponível em: <http://www.culturabrasil.org.br>. Acesso em 20 de agosto de 2018.

RODRIGUES, Geordan. **Teoria do Encontro Fortuito de Provas**: serendipidade de primeiro e segundo grau. In: Âmbito Jurídico, Rio Grande, XVII, n. 122, mar 2014.

TÁVORA, Nestor; ALENCAR, Rosmar Rodrigues. **Curso de Direito Processual Penal**. 12. ed. Salvador/BA: Juspodivm. 2017.