

O PRINCÍPIO DA SERENDIPIDADE: ANÁLISE DO ENCONTRO FORTUITO DE PROVAS SOB O VIÉS DO DIREITO PROCESSUAL PENAL

Bárbara Abreu Olivieri¹
Diogo Vruck²
Rodrigo Fernando Novelli³

Recebido em: 06 abr. 2016
Aceito em: 08 jul. 2016

Resumo: O artigo tem por objetivo analisar a origem e aplicação do Princípio da Serendipidade sob o viés do Direito Processual Penal. Ainda, debate-se o entendimento dos tribunais acerca do princípio e a aplicação deste no caso concreto envolvendo as Interceptações Telefônicas, cumprimento de Busca e Apreensão, todos executados pela autoridade policial.

Palavras-chave: Serendipidade. Encontro Fortuito de Provas.

THE PRINCIPLE OF SERENDIPITY: ANALYSIS OF THE STRONG ENCOUNTER OF EVIDENCE UNDER THE VIENNES OF PENAL PROCEDURAL LAW

Abstract: The article aims to analyze the origin and application of Serendipity principle under the bias of the Criminal Procedural Law. Also analyzes the understanding of the courts about the principle and application of it at the specific case involving the Telephonic intercepts, Warrants Search and Arrest all run by the police.

Keywords: Serendipity. Accidental Encounter of Evidences.

1 INTRODUÇÃO

A Serendipidade retoma aos mais longínquos estudos, no século XVIII a palavra foi introduzida com o retomando ao encontro fortuito de descobertas. Nos séculos seguintes, esta foi transposta ao vocabulário jurídico e concebeu-se o Princípio da Serendipidade.

Por vezes, o Estado, ao investigar uma infração criminal utilizando inúmeros meios devidamente autorizados, depara-se com fatos diversos e desconhecidos anteriormente. Diante desses novos apontamentos, os Tribunais e a doutrina já pacificaram entendimento afirmando que é perfeitamente possível aproveitar-se as novas informações, seja na instrução do mesmo procedimento investigatório, seja instruindo algum outro semelhante a este.

¹ Bárbara Abreu Olivieri. Bacharel em Direito pela Universidade Regional de Blumenau. Email: barbara@ov.adv.br, lattes: <http://lattes.cnpq.br/1067337176180918>

² Diogo Vruck. Bacharel em Direito pela Universidade Regional de Blumenau. E-mail: diogo@ov.adv.br.

³ Rodrigo Fernando Novelli, Mestre em Ciências Jurídicas pela UNIVALI, Professor de Direito Penal e Direito Processual Penal da Universidade Regional de Blumenau – FURB, e Professor de Direito Penal e Direito Processual Penal do Morgado Concursos. E-mail: rodrigo@novelli.adv.br. lattes: <http://lattes.cnpq.br/3774809960392120>

O presente artigo foi baseado no método indutivo e apoiado em pesquisa bibliográfica. Desta forma, pretende-se elucidar de maneira prática questões pontuais acerca do princípio diante de hipóteses que enfrentam as Interceptações Telefônicas e a Busca e Apreensão.

2 O PRINCÍPIO DA SERENDIPIDADE

A palavra Serendipidade vem do inglês *Serendipity* e o seu significado retoma ao ano de 1754 quando o autor inglês Horace Walpole a utilizou pela primeira vez fazendo menção à antiga lenda oriental chamada *The Three Princes of Serendip*. O conto narra a trajetória de três príncipes viajantes que faziam várias descobertas acidentais, mas sempre imbuídos de sagacidade (MERTON e BARBER, 2004) surge então a serendipidade presente nas mais diversas áreas do conhecimento.

Transportando o conceito para o *metiê* jurídico, o Princípio é empregado quando há descoberta fortuita de novos fatos diversos daqueles inicialmente investigados. O deslinde comum entre ambos pode ser tanto o sujeito quanto o objeto inicial da diligência, mas estes possuem estreita ligação com a motivação inicial.

Não raras as vezes, no intento de uma investigação para elucidar um crime, o agente do Estado depara-se com situações desconhecidas anteriormente, mas que têm relevância no mundo jurídico. Esse resultado diverso do pretendido auxilia na descoberta de condutas criminosas perpetradas por terceiros e pode ser empregado nas ações penais congêneres, advém deste ponto o chamado encontro fortuito de provas. Complementa-se com os ensinamentos de Renato Brasileiro de Lima (LIMA, 2013, p. 741):

Acerca do assunto, tem sido aplicada pelos Tribunais a teoria do encontro fortuito ou casual de provas (serendipidade), a qual é utilizada nos casos em que, no cumprimento de uma diligência relativa a um delito, a autoridade policial casualmente encontra provas pertinentes à outra infração penal, que não estavam na linha de desdobramento normal da investigação. Fala-se em encontro fortuito de provas, portanto, quando a prova de determinada infração penal é obtida a partir de diligência regularmente autorizada para a investigação de outro crime.

Desta forma, denota-se que o princípio é empregado quando, no cumprimento de uma diligência regularmente autorizada relativa a um delito cometido por terceiro, a autoridade policial encontra provas que ligam à outra infração penal de igual ou maior gravidade e que, até então, não estava na linha de investigação.

Ressalta-se que a validade da prova casualmente obtida está condicionada a forma pela qual a investigação se desdobrou, evidenciando-se a hipótese de ter havido ou não desvio de finalidade. Isto posto, o princípio deve ser aplicado com certa cautela, caso contrário, o instrumento seria uma salvaguarda de atividades criminosas, visto que a atividade policial desvinculada de qualquer limite, configuraria verdadeira ilegalidade por violação ao direito à intimidade e privacidade, conforme assevera Eugênio Pacelli (PACELLI, 2012, p. 357).

Neste sentido já se manifestou o Superior Tribunal de Justiça (STJ, 2014a):

PROCESSUAL PENAL. **HABEAS CORPUS** SUBSTITUTIVO DE RECURSO ESPECIAL. NÃO CABIMENTO. FATO DELITUOSO DESCOBERTO A PARTIR DA INTERCEPTAÇÃO TELEFÔNICA AUTORIZADA EM RELAÇÃO A TERCEIRO. NULIDADE. INOCORRÊNCIA. ENCONTRO FORTUITO DE PROVAS (SERENDIPIDADE). PEDIDO DE JUNTADA DE MÍDIAS AOS AUTOS. INOVAÇÃO RECURSAL. PRECLUSÃO. NULIDADE RELATIVA. EFETIVA DEMONSTRAÇÃO DE PREJUÍZO. INOCORRÊNCIA. **HABEAS CORPUS NÃO CONHECIDO.**

(...) III - Consta do v. acórdão reprochado que a descoberta da dinâmica delitiva em relação aos pacientes originou-se a partir da interceptação telefônica autorizada para investigar um terceiro.

IV - Na linha da jurisprudência desta eg. Corte, entende-se por encontro fortuito de provas (**serendipidade**) a possibilidade de utilização de prova obtida a partir da interceptação telefônica autorizada para investigar fato delituoso de terceiro, desde que haja relação com o fato objeto da investigação. (**Precedentes**). (...)

Considerando os precedentes, vê-se que o entendimento uníssono e remansoso do Superior Tribunal de Justiça é de que o Princípio da Serendipidade é perfeitamente aplicável no ordenamento jurídico pátrio, visto que conforme asseverou o Ministro Og Fernandes (STJ, 2015a), “não se pode esperar ou mesmo exigir que a autoridade policial, no momento em que dá início a uma investigação, saiba exatamente o que irá encontrar, definindo, de antemão, quais são os crimes configurados”.

Desta forma, todos os fatos novos descobertos, e que não tenham conexão com o objeto inicial, serão direcionados para uma nova investigação. Não se despreza a fonte de prova, mas esta funcionará como uma *notitia criminis*, precedentes do STJ (STJ, 2015b). Afinal de contas, não se investiga a classificação do crime, mas sim um fato naturalístico com várias facetas e ramificações (FILHO, 2002, p. 22), ainda, complementa-se com os ensinamentos do doutrinador Eugênio Pacelli (PACELLI, ob. Citada, p. 358):

Ora, não é a conexão que justifica a licitude da prova. O fato, de todo relevante, é que, uma vez franqueada a violação dos direitos à privacidade e à intimidade dos moradores da residência, não haveria razão alguma para a recusa de provas de quaisquer outros delitos, punidos ou não com reclusão. Isso porque uma coisa é a justificação para a *autorização* da quebra de sigilo; tratando-se de crime. Entretanto, outra coisa é o aproveitamento do conteúdo da intervenção autorizada; tratando-se de material relativo à prova de crime (qualquer crime), não se pode mais argumentar com a *justificação* da medida (interceptação telefônica), mas, sim, com a *aplicação* da lei. (*grifo no original*)

O trâmite final concernente ao princípio culmina no encaminhado das provas fortuitas colhidas direcionadas ao juiz para que delibere a respeito, brindando o Princípio do Controle Judicial e primando pela proteção à intimidade.

Questiona-se a hipótese da Serendipidade ser uma afronta aos direitos e garantias fundamentais, como por exemplo, o sigilo das comunicações previsto no artigo 5º, inciso XII, da Constituição Federal. No entanto, os Tribunais têm manifestado entendimento de que estes não são conflitantes, visto que a quebra do sigilo é precedida de autorização judicial fundamentada e os frutos da diligência preservarão a intimidade dos envolvidos, guardadas as devidas proporções.

De igual maneira, é cabível a ressalva de que o Princípio da Serendipidade diferencia-se da vedação ao empregado da prova emprestada a outro processo criminal. Este é utilizado por uma questão de economia processual, evitando-se a repetição desnecessária de atos processuais e, portanto aquele princípio será a justificativa, desde que após a juntada da prova aos autos, seja oportunizado à Defesa proceder ao contraditório e à ampla defesa, conforme já exprimiu julgados do Superior Tribunal de Justiça (STJ, 2012).

Correlaciona-se ao exposto a Teoria da Árvore Envenenada. Segundo esta as provas obtidas por meios ilícitos e as suas derivadas não devem ser levadas a efeito, sob pena de nulidade do conjunto probatório, conforme artigo 157 do Código de Processo Penal. Assim, uma interceptação telefônica ilegal que aponte o cometimento de outro crime não será frutuosa para a investigação deste, visto que a nulidade já está apoiada no início da diligência.

Visando equacionar a aplicação do princípio com os demais artifícios e circunstâncias peculiares ao ordenamento jurídico pátrio, tanto os Tribunais quanto a doutrina apontam que se deve relevar a o Princípio da Proporcionalidade. Dessa maneira, sopesando o caso concreto poder-se-á apontar o valor probatório dos elementos recolhidos fortuitamente. Afinal, para uma medida ser admissível, deve ser necessária, mas o Estado não pode ignorar a existência de um crime, conforme relembra Lenio Luiz Streck (STREK, 1997, p. 98 e 99).

Por fim, neste mesmo diapasão, há algum tempo já se manifestou o Supremo Tribunal Federal. No informativo 413, datado de dezembro de 2005, o Ministro Gilmar Mendes manifestou a possibilidade de valorar-se-á os conhecimentos fortuitos de provas que concedam lastro probatório mínimo para a persecução penal em sede de ação penal legitimamente instaurada, desde que as investigações iniciais cumpram o escopo específico para o qual forem designadas.

3 A SERENDIPIDADE E AS INTERCEPTAÇÕES TELEFÔNICAS

A interceptação telefônica está precipuamente mencionada no artigo 5º, inciso XII, da Constituição Federal. Este preleciona que é intangível o sigilo da correspondência e das comunicações telegráficas, de dados e das comunicações telefônicas além de assegurar que o oposto apenas ocorrerá para fins de investigação criminal e penal.

O permissivo judicial da violação encontra guarida no princípio da Serendipidade que tem sido adotado com especial cautela nas interceptações telefônicas. Conforme preceitua o artigo 2º da Lei 9.296, de 24 de julho de 1996, a autorização da interceptação telefônica cautelar descreverá com clareza a situação objeto da investigação, correspondente à parte objetiva da medida cautelar, indicando e qualificando os investigados, sendo a parte subjetiva.

O próprio texto legal racionalmente afirma que o fruto da interceptação pode ser levado a efeito em detrimento de pessoas diversas ao pedido inicial, uma vez que há autorização para que a diligência

reúna elementos sob os quais não tenha sido possível indicar e qualificar previamente, conforme os ensinamentos de Ana Pellegrini Grinover (GRINOVER, 2001, p. 187 e 188).

Os ínlitos doutrinadores Luiz Flávio Gomes e Raúl Cervini (GOMES e CERVINI, 1997, p. 192) afirmam que durante a interceptação telefônica ou telemática, outros crimes podem ser descobertos, “esses fatos podem envolver o investigado ou outras pessoas. De outro lado, podem aparecer outros envolvidos, com o mesmo fato investigado ou com outros fatos, diferentes do que motivou a decretação da interceptação”.

Assim, objetivando que a diligência não seja anulada em relação a terceiros devido à descoberta de fatos que não estavam descritos anteriormente no pedido da medida probatória, considera-se a serendipidade para relevar os apontamentos ainda que não sejam conexos ou contingentes com os investigados pela interceptação telefônica.

A respeito da conexão dos crimes, a doutrina posiciona-se dividindo o encontro fortuito de provas em Serendipidade de Primeiro Grau e de Segundo Grau, como descrever-se-á adiante. Por ora, é pertinente ressaltar que há a aplicação do princípio até mesmo diante da descoberta de crimes futuros. Sobre esse assunto, já se manifestou o STJ em célebre decisão que é replicada em outros acórdãos até os dias mais atuais, veja-se parte do acórdão (STJ, 2007):

Analisando, contudo, especificamente a hipótese dos autos, tenho que, em princípio, havendo o encontro fortuito de notícia da prática futura de conduta delituosa, durante a realização de interceptação telefônica devidamente autorizada pela autoridade competente, não se deve exigir a demonstração da conexão entre o fato investigado e aquele descoberto, a uma, porque a própria Lei nº 9.296/96 não a exige, a duas, pois o Estado não pode se quedar inerte diante da ciência de que um crime vai ser praticado e, a três, tendo em vista que se por um lado o Estado, por seus órgãos investigatórios, violou a intimidade de alguém, o fez com respaldo constitucional e legal, motivo pelo qual a prova se consolidou lícita. A discussão a respeito da conexão entre o fato investigado e o fato encontrado fortuitamente só se coloca em se tratando de infração penal pretérita, porquanto no que concerne as infrações futuras o cerne da controvérsia se dará quanto a licitude ou não do meio de prova utilizado e a partir do qual se tomou conhecimento de tal conduta criminosa.

O excerto ainda demonstra que a autoridade policial, imbuída da função de investigar e até mesmo prevenir a ocorrência de crimes, deve posicionar-se ativamente diante da ciência do possível cometimento de um crime. Não se discute a hipótese de perseguir os atos de preparação do crime. No entanto, deve, por prudência, o agente policial monitorar as circunstâncias e, se for o caso, lançar mão de artifícios como o flagrante esperado.

Adiante continuar-se-á debatendo acerca do princípio em outras áreas concernentes ao Direito Processual Penal em que o reflexo é especialmente relevante, visto que este municia o conjunto probatório e as demais diligências.

4 DA BUSCA E DA APREENSÃO

De início, é importante salientar a diferença entre as medidas de busca e da apreensão.

Aquela consiste numa diligência com a finalidade de encontrar objetos ou pessoas. Esta, por outro lado, é uma medida de constrição, que visa colocar determinado(s) objeto(s) ou pessoa(s) sob a custódia do Estado (LIMA, 2011, p. 1.032).

No tocante à natureza jurídica da busca e apreensão, depreende-se que ela é uma diligência, dotada de um procedimento legal específico, que visa a aquisição de fontes materiais de provas. Isto é, a busca e a apreensão não são consideradas provas, mas sim um meio para obtê-las (LIMA, 2011, p. 1.032).

Por conseguinte, com relação à busca, o artigo 240, *caput*, do Código de Processo Penal a subdivide em busca domiciliar e busca pessoal, cujas especificações pormenorizadas adiante.

4.1 DA BUSCA DOMICILIAR

De regra, o artigo 5º, inciso XI, da Constituição Federal determina que a casa é asilo inviolável do indivíduo, ninguém nela podendo penetrar sem consentimento do morador.

Excepcionalmente, o referido dispositivo permitiu, de forma taxativa, a violação do domicílio para os casos de flagrante delito ou desastre, ou para prestar socorro, ou, durante o dia, por determinação judicial.

A busca domiciliar é uma das exceções à inviolabilidade de domicílio, elencada no artigo 5º, inciso XI da Constituição Federal, cuja medida depende de ordem judicial para ocorrer.

4.1.1 Conceito de “casa”

De regra, a casa é asilo inviolável do indivíduo, ninguém nela podendo penetrar sem consentimento do morador, conforme preceitua o artigo 5º, inciso XI da Constituição Federal. Referido dispositivo constitucional, ainda excetua a inviolabilidade de forma taxativa e, dentre estas exceções, encontram-se as medidas realizadas, somente durante o dia, por ordem judicial.

No que diz respeito ao conceito de “casa”, o ordenamento jurídico brasileiro possui duas definições distintas e devem ser interpretados conjuntamente, para determinar o alcance desta expressão.

O primeiro conceito se extrai do artigo 150, §4º do Código Penal, que considera “casa” como qualquer compartimento habitado, aposento ocupado de habitação coletiva e qualquer compartimento não aberto ao público, onde alguém exerce profissão ou atividade.

A fim de sanar eventuais dúvidas acerca do conceito de “casa”, o artigo 150, §5º do Código

Penal exemplifica o que assim não é considerado, tal quais as tavernas, casas de jogos e outras do mesmo gênero, hospedarias, estalagens ou qualquer outra habitação coletiva, enquanto aberta, salvo neste caso se o aposento é ocupado de habitação coletiva.

O segundo conceito se afigura do artigo 70 do Código Civil, que considera o domicílio da pessoa natural como sendo o lugar onde ela estabelece a sua residência com ânimo definitivo.

Tal conceito, à luz do Código Civil, deve ser interpretado de forma ampla. Para tanto, considera-se casa a habitação definitiva ou moradia transitória; casa própria, alugada ou cedida; dependências das casas; qualquer compartimento habitado; aposento ocupado de habitação coletiva; local estrito ao público em que se exerce atividade profissional; barco, trailer, cabine de trem, navio barraca de acampamento e áreas comuns de condomínio, vertical ou horizontal (JÚNIOR, 2012, P. 704).

4.1.2 Requisitos legais do mandado de busca domiciliar

A busca domiciliar se verifica, segundo o artigo 240, §1º do Código de Processo Penal, quando fundadas razões a autorizarem para prender criminosos; apreender coisas achadas ou obtidas por meios criminosos; apreender instrumentos de falsificação ou de contrafação e objetos falsificados ou contrafeitos; apreender armas e munições, instrumentos utilizados na prática de crime ou destinados a fim delituoso; descobrir objetos necessários à prova de infração ou à defesa do réu; apreender cartas, abertas ou não, destinadas ao acusado ou sem seu poder, quando haja suspeita de que o conhecimento do seu conteúdo possa ser útil à elucidação do fato; apreender pessoas vítimas de crimes e para colher qualquer elemento de convicção.

Não significa dizer que, no mandado de busca, devem constar, de forma pormenorizada, os objetos e pessoas que devam ser encontrados. Nestes sentidos, já se posicionou o Superior Tribunal de Justiça (STJ, 2014b):

(...) 1. O mandado de busca domiciliar deve compreender todas as acessões existentes no imóvel alvo da busca, sob pena de se frustrarem seus fins. 2. É admissível a apreensão de bens em poder de terceiro, morador do mesmo imóvel em que reside o investigado, quando interessarem às investigações, máxime diante de indícios de um liame entre ambos. 3. É inexigível a discriminação, no mandado de busca, de todos os bens a serem apreendidos, uma vez que dele constava a determinação para “apreender coisas achadas ou obtidas por meios criminosos”, “descobrir objetos necessários à prova da infração ou à defesa do réu” e “colher qualquer elemento de convicção” (art. 240, § 1º, b, e e h, do Código de Processo Penal). 4. Dada a impossibilidade de indicação, ex ante, de todos os bens passíveis de apreensão no local da busca, é mister conferir-se certa discricionariedade, no momento da diligência, à autoridade policial. (...)

De outro vértice, a busca realizada sem ordem judicial, além de ser intitulada ilícita, também configura o crime de violação de domicílio, tipificado no artigo 150, *caput*, do Código Penal. Ainda assim, caso ela seja realizada por determinada autoridade em exercício, exceto se a autoridade for judicial, personifica-se o abuso de autoridade, por força do artigo 3º, alínea “b”, da Lei 4.898/65.

Frisa-se que é dispensada a apresentação do mandado em apreço se a diligência for acompanhada de Autoridade Judicial, nos termos do artigo 241 do Código de Processo Penal c/c artigo 5º, inciso XI da Constituição Federal.

Em que pese o artigo 241 do Código de Processo Penal prever a dispensa de mandado na presença de Autoridade Policial, deve-se atentar para o disposto no artigo 5º, inciso XI da Constituição Federal, que exige, necessariamente, o crivo da Autoridade Judiciária para quaisquer diligências que violem o domicílio de outrem. Portanto, a segunda parte do artigo 241, do Código de Processo Penal está derogado (NUCCI, 2012, p. 529).

Com relação aos requisitos para se efetivar a busca domiciliar, o artigo 243 do Código de Processo Penal exige que conste a indicação precisa da casa alvo da diligência, o nome do respectivo proprietário ou morador, o motivo e os fins da diligência, bem como ser subscrito pelo escrivão e assinado pela Autoridade Judiciária que o fizer expedir, sob pena de ser considerada genérica e nula.

A ausência de um dos requisitos apontados pelo artigo 243 do Código de Processo Penal, enseja num mandado de busca genérico e, por via de consequência, será considerado nulo.

Como ato decisório, o mandado judicial deve ser devidamente fundamentado, nos termos do art. 93, IX, da Constituição, não bastando, por elementar, instrumentos padronizados ou formulários. A decisão judicial que a decreta deve ser muito bem fundamentada, apontados os elementos que a legitimam, sua necessidade probatória e razões que amparam essa decisão (JÚNIOR, 2012, p. 711).

A forma com que a busca é executada, está pormenorizada no artigo 245 do Código de Processo Penal e exige, em suma, a realização desta diligência durante o dia, salvo se o morador consentir; a leitura do mandado ao morador ou seu representante; a possibilidade de se arrombar a porta e forçar a entrada caso o morador não o faça voluntariamente; o acompanhamento preferencial de um vizinho, caso não haja morador ou representante na casa objeto da diligência e a lavratura do Auto Circunstanciado, assinado por duas testemunhas.

Caso se proceda à busca domiciliar sem a observância dos dispositivos apontados, os elementos lá colhidos não poderão ser utilizados como prova para fins de instrução criminal, segundo disposição do artigo 157, caput, do Código de Processo Penal.

Isto porque esta inobservância infringe os direitos constitucionais da inviolabilidade de domicílio, considerando ilícitas as provas obtidas com esta providência (LIMA, 2011, p. 885).

Por via de consequência, as provas ilícitas devem ser desentranhadas do processo, nos moldes do artigo 5º, LVI da Constituição Federal e artigo 157 do Código de Processo Penal.

4.2 DA BUSCA PESSOAL

De regra, o artigo 5º, inciso X, da Constituição Federal descreve serem invioláveis a intimidade,

a vida privada, a honra e a imagem das pessoas, assegurado o direito a indenização pelo dano material ou moral decorrente de sua violação.

Excepcionalmente, é possível a violação destas garantias constitucionais, nos casos definidos em lei, como é o caso da busca pessoal.

Diferentemente do instituto da busca domiciliar, a busca pessoal independe de ordem judicial fundamentada para se realizar em determinados casos (OLIVEIRA, 2012. P. 433).

Estes casos estão lastreados no artigo 244 do Código de Processo Penal, o qual aduz que a busca pessoal independe de mandado, no caso de prisão ou quando houver fundada suspeita de que a pessoa esteja na posse de arma proibida ou de objetos ou papéis que constituam corpo de delito, ou quando a medida for determinada no curso de busca domiciliar.

De igual forma, o artigo 240, §2º do Código de Processo Penal, narra que será realizada a busca pessoal quando houver fundada suspeita de que alguém oculte consigo arma proibida ou objetos, para apreender coisas achadas ou obtidas por meios criminosos; instrumentos de falsificação ou de contrafação e objetos falsificados ou contrafeitos; apreender armas e munições, instrumentos utilizados na prática de crime ou destinados a fim delituoso; descobrir objetos necessários à prova de infração ou à defesa do réu; apreender cartas, abertas ou não, destinadas ao acusado ou sem seu poder, quando haja suspeita de que o conhecimento do seu conteúdo possa ser útil à elucidação do fato.

O descumprimento das exigências retro mencionadas acarreta na ilicitude dos elementos colhidos, exceto se os agentes se depararem com crime permanente. Nesta hipótese, os investigados estarão em situação de flagrante delito, devendo referidos agentes proceder à apreensão dos objetos do crime flagrado.

5 ENCONTRO FORTUITO DE PROVAS NA BUSCA E APREENSÃO

Ocorre que, ao cumprir com a medida de busca e apreensão, tanto domiciliar quanto pessoal, comumente realizada pela Polícia Judiciária, é possível que os agentes se deparem com indícios ou provas da ocorrência de outros crimes, que não estejam descritos no respectivo mandado.

Como relatado anteriormente, a este fenômeno jurídico dá-se o nome de Teoria do Encontro Fortuito ou Casual de Provas ou Teoria da Serendipidade. Ou seja, ela ocorre quando a prova de determinada infração penal é obtida a partir de diligência regularmente autorizada para a investigação de outro crime (LIMA, 2011. P. 1085).

Caso os agentes públicos se deparem com indícios ou provas de crime permanente, a situação de flagrância se protraí no tempo e os autoriza a decretar a prisão em flagrante, bem como a proceder busca pessoal no indiciado, nos moldes do artigo 244 do Código de Processo Penal.

Neste sentido, é o teor do acórdão proferido pelo Superior Tribunal de Justiça (STJ, 2015c):

HABEAS CORPUS SUBSTITUTIVO. INADMISSIBILIDADE. TRÁFICO DE DROGAS. PRISÃO EM FLAGRANTE. GUARDA MUNICIPAL. NULIDADE DA SENTENÇA E DO ACÓRDÃO. NÃO OCORRÊNCIA. BUSCA PESSOAL E DOMICILIAR. PROVA ILÍCITA. INEXISTÊNCIA. CRIME PERMANENTE. PARECER ACOLHIDO. (...) 2. Na hipótese dos autos, não há falar em nulidade da sentença e do acórdão sob a alegação de irregularidade na prisão em flagrante, visto que os integrantes da Guarda Municipal flagraram o paciente, em via pública, na posse de entorpecentes destinados à mercancia, estando suas condutas amparadas pelo art. 301 do Código de Processo Penal, segundo o qual qualquer do povo poderá e as autoridades policiais e seus agentes deverão prender quem quer que seja encontrado em flagrante delito. 3. Apesar das atribuições previstas no art. 144, § 8º, da Constituição Federal, se qualquer pessoa do povo pode prender quem quer que esteja em situação de flagrância, não se pode proibir o guarda municipal de efetuar tal prisão. 4. Em razão do caráter permanente do tráfico de drogas, cuja consumação se prolonga no tempo, a revista pessoal ou domiciliar que ocasionou a prisão em flagrante, não representa prova ilícita (Precedente). 5. Habeas corpus não conhecido.

Excetuado os casos de crimes permanentes, há divergência sobre a procedência dos elementos fortuitamente encontrados.

Num primeiro momento, importa diferenciar a serendipidade de primeiro grau da serendipidade de segundo grau.

A serendipidade de primeiro grau é o encontro casual de provas, que não fazem parte do mandado de busca, mas que estão na linha comum de desdobramento do crime objeto desta diligência. Também o são quando ocorre a elucidação da autoria de outros envolvidos com o destinatária da busca. Nestes termos, os elementos colhidos, que comprovam a existência de outro crime ou de demais coautores e partícipes e que não são objetos do mandado de busca, serão válidos como prova em Juízo. (GOMES, ob. Cit.).

Já a serendipidade de segundo grau se dá quando o encontro casual de provas, que não fazem parte do mandado de busca, não possui qualquer relação com o destinatário do mandado de busca ou com o crime objeto desta diligência. Assim, os elementos colhidos ou apreendidos, que não tenham qualquer relação com referida diligência, não podem ser utilizados como prova em Juízo, pois consideradas ilícitas. (GOMES, ob. Cit.).

Neste sentido, já se posicionou o Egrégio Superior Tribunal de Justiça (STJ, 2006):

CRIMINAL. HC. CRIME CONTRA A ORDEM TRIBUTÁRIA. PROVAS OBTIDAS POR MEIOS ILÍCITOS. OFENSA À GARANTIA CONSTITUCIONAL DA INVIOABILIDADE DE DOMICÍLIO. CONSTRANGIMENTO ILEGAL CONFIGURADO. ORDEM CONCEDIDA. Hipótese em que a Receita Federal, em operação conjunta com a Polícia Federal, teria ingressado em dois escritórios contábeis da empresa de propriedade do paciente, e apreendido documentos relacionados a clientes da referida sociedade, bem como livros e memórias de computador, sem autorização judicial, tendo sido instauradas diversas ações penais com base no material apreendido. Este Superior Tribunal de Justiça já se pronunciou no sentido de que a apreensão de documentos em escritório, em desacordo com o disposto no art. 5º, inciso XI, da Constituição Federal, isto é, sem autorização judicial e em afronta à garantia de inviolabilidade de domicílio, o material obtido configura prova ilícita, hábil a contaminar toda a ação penal. Precedente desta Corte e do STF. Deve ser cassado o acórdão recorrido e determinada a anulação da ação penal n.º 95.0029777-9 instaurada contra o paciente pela suposta prática de crime contra a ordem

tributária.

No mais, caso a Polícia Judiciária realize a apreensão de elementos que não possuem relação com o mandado de busca, violará o domicílio do investigado – artigo 5º inciso XI da Constituição Federal, incorrendo, além do crime de invasão de domicílio – artigo 150 do Código Penal, também em abuso de autoridade – artigo 3º, “a” da Lei 4.898/65.

Ainda assim, não significa que a descoberta sem a consequente apreensão não tenha nenhum valor: vale como fonte de prova, é dizer, a partir dela, pode-se desenvolver nova investigação. Vale, em suma, como uma notitia criminis. Nada impede a abertura de uma nova investigação, até mesmo nova interceptação, mas independente”. (LIMA, 2011. P. 1086).

Diante de um caso concreto, havendo dúvida sobre o grau de serendipidade por parte da Autoridade que cumpre o mandado de busca, não deve ela simplesmente ignorar o que está vendo. Mas sim, preservar o local e as coisas encontradas, solicitando, de imediato, ao juiz de plantão uma autorização legal para proceder à apreensão (NUCCI, 2012. P. 536/537).

Assim, evita-se o desentranhamento das provas colhidas no mandado de busca, quando de acordo com o artigo 5º, inciso XI, da Constituição Federal.

6 CONCLUSÃO

Pelo exposto, denota-se que o Princípio da Serendipidade se mostra como um importante instrumento de colheita de elementos de prova, permitindo que o Estado alcance fatos e autores de crimes, que não estão na linha de desdobramento comum de determinadas diligências.

Todavia, para que os elementos colhidos para a elucidação do crime superveniente sejam considerados válidos, basta que a diligência que a desencadeou tenha o crivo do Poder Judiciário nos casos de busca e apreensão domiciliar e de interceptação telefônica.

Nos casos de busca e apreensão pessoal, basta que sejam observados os requisitos do artigo 244 do Código de Processo Penal, o qual aduz que a busca pessoal independe de mandado, no caso de prisão ou quando houver fundada suspeita de que a pessoa esteja na posse de arma proibida ou de objetos ou papéis que constituam corpo de delito, ou quando a medida for determinada no curso de busca domiciliar.

Por fim, os elementos de prova de crimes permanentes, enquanto não cessada a situação de permanência, independem da outorga do Poder Judiciário para serem colhidos, eis que subsiste a situação de flagrante delito.

Assim, conclui-se que o Princípio da Serendipidade e suas consequências jurídicas devem ser observadas no ambiente jurídico brasileiro eis que auxilia no Jus Puniendi do Estado.

7 REFERÊNCIAS

FILHO, Vicente Greco. **Interceptações Telefônicas**. São Paulo: Saraiva, 2002. P. 22.

GOMES, Luiz Flávio. CERVINI, Raul. **Interceptação telefônica**: Lei 9.296, de 24.07.96. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1997. P. 192.

GRINOVER, Ada Pellegrini. **As nulidades no processo penal**. 7º Ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2001. P. 187 e 188.

JUNIOR, Aury Lopes. **Direito processual penal**. São Paulo: Saraiva, 2012.

LIMA, Renato Brasileiro de. **Curso de processo penal**. Volume Único. Niterói: Impetus, 2013. P. 741 e 1086.

MERTON, Robert K. e BARBER, Elinor. **The Travels and Adventures of Serendipity**. Princeton, Princeton University Press: 2004. Disponível em: <<http://press.princeton.edu/chapters/s7576.pdf>>. Acesso em: 13 de ago. 2015.

NUCCI, Guilherme de Souza. **Manual de processo penal e execução penal**. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2012.

PACELLI, Eugênio. **Curso de Processo Penal**. 16º Ed. São Paulo: Atlas, 2012. P. 357 e 358

SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA a. **O encontro fortuito de provas na jurisprudência do STJ**. 26 de abr. 2015. Disponível em: <http://www.stj.jus.br/sites/STJ/Print/pt_BR/noticias/noticias/O-encontro-fortuito-de-provas-na-jurisprud%C3%Aancia-do-STJ>. Acesso em: 13 de ago. 2015.

_____ b. Ação Penal n. 690 - TO (2007/0170824-2). Relator Ministro João Otávio de Noronha. Julgado em: 14 de abr. 2015.

_____ c. Habeas Corpus n. 286.546 – SP. Relator Ministro Sebastião Reis Júnior. Sexta Turma. Julgado em 22 de set. 2015.

_____ a. Habeas Corpus n. 300.684 – RS. Relatora Ministra Laurita Vaz. Julgado em: 12 de ago. 2014.

_____ b. Petição em Agravo Retido n. 5173. Relator Ministro Dias Toffoli. Primeira Turma. Julgado em 30 de set. 2014.

_____. Habeas Corpus n. 155424-MG. Relatora Ministra Laurita Vaz. Julgado em 07 de fev. 2012.

_____. Habeas Corpus n. 69.552 - PR (2006/0241993-5). Relator Ministro Felix Fischer. Julgado em: 06 de fev. 2007.

_____. Habeas Corpus n. 55.986 – RJ. Relator Ministro: Gilson Dipp. Quinta Turma. Julgado em: 06 de jun. 2006. Publicado DJ em: 01 de ago. 2006. P. 496.