

Pedro Aurélio R. de P. H. Fraxe

**TEORIA DA SERENDIPIDADE:**  
O PROCESSO PENAL E A INVIOABILIDADE DE  
ESCRITÓRIOS ADVOCATÍCIOS SEGUNDO O STJ E O  
STF.

Trabalho de conclusão de curso apresentado ao curso de Direito do Centro  
Universitário de Brasília- UniCeub, como requisito parcial à obtenção do título  
de bacharel em Direito.

Orientador: Prof. Luiz Patury

Brasília-DF

2016

Pedro Aurélio R. de P. H. Fraxe

**TEORIA DA SERENDIPIDADE:**  
**O PROCESSO PENAL E A INVIOABILIDADE DE**  
**ESCRITÓRIOS ADVOCATÍCIOS SEGUNDO O STJ E O**  
**STF.**

Trabalho de conclusão de curso apresentado ao curso de Direito do Centro  
Universitário de Brasília- UniCeub, como requisito parcial à obtenção do título  
de bacharel em Direito.

Orientador: Prof. Luiz Patury

Brasília-DF

2016

“Rendei graças ao Senhor, porque ele é bom; porque sua misericórdia dura  
para sempre.”

Salmos 136.

## RESUMO

Identifica Serendipidade e estabelece sua construção histórica, doutrinária e jurisprudencial. Analisa a inviolabilidade dos escritórios advocatícios e a confronta com a construção probatória criminal. Estabelece, jurisprudencial e doutrinariamente, os usos e a validade da Teoria da Prova Fortuita, frente à principiologia constitucional e processual penal, na medida de sua validade, como instrumento legítimo.

**Palavras-chave:** Serendipidade. Efetividade. Prova. Escritórios advocatícios. Razoabilidade. Jurisprudência do STJ e STF.

## SUMÁRIO

<b>1 INTRODUÇÃO .....</b>	<b>01</b>
<b>2 DESENVOLVIMENTO .....</b>	<b>03</b>
<b>2.1 O CASO .....</b>	<b>03</b>
<b>2.2 A SERENDIPIDADE .....</b>	<b>07</b>
<b>2.2.1 O objetivo .....</b>	<b>13</b>
<b>2.2.2 O contexto jurídico .....</b>	<b>16</b>
<b>3 OS ESCRITÓRIOS ADVOCATÍCIOS.....</b>	<b>19</b>
<b>4 A PRINCIPIOLOGIA .....</b>	<b>24</b>
<b>4.1 A EFETIVIDADE .....</b>	<b>24</b>
<b>4.2 A PROPORCIONALIDADE .....</b>	<b>28</b>
<b>4.3 A PROVA COMO DIREITO FUNDAMENTAL .....</b>	<b>34</b>
<b>4.4 A INTERCEPTAÇÃO TELEFÔNICA .....</b>	<b>37</b>
<b>4.5 A BUSCA E APREENSÃO .....</b>	<b>40</b>
<b>5 CONCLUSÃO .....</b>	<b>42</b>
<b>REFERÊNCIAS .....</b>	<b>46</b>

## INTRODUÇÃO

O interesse na Serendipidade surgiu quando da leitura, em 2015, de um precedente no STJ a respeito de um Recurso em Habeas Corpus, que analisava especificamente a adoção da Teoria. O precedente foi tratado no projeto como núcleo interpretativo para a prova fortuita no Brasil.

Na oportunidade, o STJ, motivado por princípios constitucionais como os da razoabilidade e da efetividade, admitiu prova fortuita de forma atípica, em circunstância que gerou, pela utilização de teoria estrangeira na prova penal, significativos precedentes. O entendimento interfere na compreensão da prova penal e ultrapassava a própria materialidade do caso.

Tanto o STF quanto o STJ possuem significativos precedentes a respeito da Teoria. No entanto, a doutrina não tem produzido, em larga escala, material acadêmico sobre a matéria. A ausência de obras do mesmo teor dentro da Universidade também me motivou a fazer a pesquisa.

Foram muitas as dificuldades para a elaboração do tema, tais como a pouca e esparsa produção nacional a seu respeito e a grande controvérsia a respeito de sua utilização. Também tiveram que ser compulsados artigos a respeito da utilização da prova fortuita em países estrangeiros, tais como Alemanha e Estados Unidos. Sua utilização também se opõe à tradicional visão principiológica do Direito Penal, isto é, no óbice à produção probatória, com o fito de resguardar os interesses do réu.

As dificuldades foram superadas com a busca e leitura de inúmeros artigos, bem como pelo exame, em maior medida, do trilhar jurisprudencial do STJ e do STF nos últimos dois anos. Algumas fontes constitucionais e processuais cíveis também foram pontuadas ao longo da pesquisa, para justificar e explicitar princípios que fugiam à teoria estrita do Direito Processual Penal.

O objetivo principal é o de pôr em discussão uma utilização mais ampla da prova penal, através de sua validade, isto é, na valorização da prova

lícita e legítima. Com vistas a materializar princípios com os da proporcionalidade, efetividade e da suficiência da tutela jurisdicional, se discute, ao longo da obra, a possibilidade de utilização da Teoria, hoje admitida pelo STJ e STF. O trabalho foi, portanto, eminentemente jurisprudencial.

O texto se inicia com a narrativa do caso analisado pelo STJ, em sede de Recurso de Habeas Corpus. Passa, em sequência, pelo conceito e indefinições a respeito da Serendipidade, bem como pelo objetivo central do trabalho. Se discorre, também, a respeito da inviolabilidade dos escritórios advocatícios, objeto do principal caso em análise. O processo histórico estrangeiro e nacional na admissão da Serendipidade, bem como a vasta principiologia que tem balizado as decisões jurisprudenciais, também tomam grande parte do texto.

Em suma, a pesquisa busca analisar a incidência, dentro da Norma, da Teoria da Prova Fortuita, com vistas a garantir resultado mais célere e proveitoso no campo da jurisdição penal.

## 2. DESENVOLVIMENTO

### 2.1 O CASO

No dia três de março de 2015, surge no cenário jurídico relevante acórdão em sede de recurso ordinário, originário do indeferimento, pelo Tribunal de Justiça de São Paulo, de um Habeas Corpus; a decisão, proferida pela Quinta Turma do STJ, relatada pelo Ministro Felix Fischer, tratava da admissibilidade de provas obtidas em cumprimento de mandado de busca e apreensão, quando da realização de diligência em escritório advocatício.

Em ordem judicial devidamente fundamentada, deferiu a vara criminal à época a entrada de agentes policiais em escritório do recorrente, objetivando, em maior medida, a apreensão de pistola supostamente guardada, com numeração raspada, por estagiário do escritório, no interior do endereço profissional.

Quando da realização da diligência, abrangida pela totalidade do escritório, os agentes se depararam, em ato fortuito, não com a pistola, e sim com quase oitocentos gramas de *cannabis sativa*, bem como de revólver e de quatorze cartuchos íntegros, conforme ementa do acórdão. A apreensão se efetivou, ato contínuo, sobre a integralidade dos objetos.

Denunciado por tráfico de drogas, bem como por posse irregular de arma de fogo de uso permitido (artigo 33 da L. 11.343/2006 e art. 12 do Estatuto do Desarmamento, respectivamente), manejou, o denunciado, defesa apropriada, bem como *writ* indeferido pelo Tribunal de Justiça local. O *Habeas Corpus* se pautava na suposta inexistência de um mandado de busca e apreensão pormenorizado. Tendo, por último, recorrido ao Superior Tribunal de Justiça (STJ), se extraiu o seguinte acórdão:

[...] O recorrente é advogado e foi denunciado pela suposta prática dos crimes previstos nos arts. 33, caput, da Lei n. 11.343/06 c.c 12, da Lei n. 10.826/03, pois, em cumprimento a mandado de busca e apreensão no escritório do recorrente,



expedido com o fim de apreender arma que pertenceria a estagiário do escritório, a polícia se deparou com aproximadamente 765 g (setecentos e sessenta e cinco gramas) de maconha e um revólver, calibre 38, além de 14 (quatorze) cartuchos íntegros numa caixa de metal. II - Não obstante o mandado de busca e apreensão tenha sido expedido para apuração de crime praticado pelo estagiário do escritório do recorrente, verificou-se, no cumprimento da medida, a ocorrência flagrancial de dois outros crimes que possuem natureza permanente. Contraria a razoabilidade exigir-se dos policiais envolvidos na diligência que fingissem não ver os crimes, para solicitar, *a posteriori*, um novo mandado específico de busca e apreensão [...] Diligência que não se revela nula em sua execução, quando muito, meramente irregular. Recurso ordinário desprovido (STJ, RHC 39412 SP 2013/0230625-6. Relator: Ministro FELIX FISCHER, Data de Julgamento: 03/03/2015, T5 - QUINTA TURMA).

Desprovido o recurso ordinário, a Turma reconheceu a validade da prova, espontaneamente encontrada quando da efetivação de busca e apreensão, no interior de escritório advocatício. Mais ainda, ao apreciá-la como objeto de instrução válido, mencionou, o Tribunal, a relatividade dos direitos fundamentais, bem como vultuosa principiologia, tais como a razoabilidade, a proporcionalidade e a instrumentalidade das formas, objetivando, por último, a efetividade da tutela penal.

Conforme o voto do Relator Felix Fischer, teria a determinação de busca e apreensão se dado no endereço profissional do investigado, conforme as disposições do artigo 240 e seguintes do Código de Processo Penal. Não tendo havido determinação de busca para um móvel ou mesa específica, a arma em apreço poderia ser encontrada em qualquer local do escritório, isto é, em qualquer ambiente interno em que possa o investigado exercer sua função. O voto do relator elucidou, ainda, a natureza de permanência dos crimes denunciados. Desse modo, se estendem a execução dos crimes de porte de arma de fogo e de tráfico de drogas em intermitente lapso temporal, até que de fato a consumação do crime cesse. Na linha de raciocínio, se mantém a situação de flagrante delito até que cessem por completo os atos consumativos dos crimes em comento. Vale pontuar ser dever constitucional, por parte dos Órgãos de Segurança Pública (artigo 144 da CRFB/88), interferir em situação de flagrante delito (artigos 301 e 302 do Diploma Processual Penal), conforme

suscitado pelo relator do voto em análise. Por fim, entende por válida a prova encontrada por acaso, quando conexa ao objeto originário (revólver calibre 38), fundamentando sua decisão na própria doutrina, asseverando as obras de Eugenio Pacelli e de Renato Brasileiro de Lima.

A busca e apreensão se deu, efetivamente, no local designado pelo mandado, quando da verificação da ocorrência de dois outros crimes. A decisão se pautou no critério da razoabilidade, sendo inaplicável, conforme ementa acima, exigir por parte dos agentes a omissão quando diante da flagrância, medida que contraria o artigo 301 do Código de Processo Penal, diante de quase um quilograma de substância ilícita, somados a quatorze cartuchos de arma de fogo, em descoberta espontânea.

Examinando o caso concreto em análise, na linha dos comentários jurisprudenciais de Cavalcante (2015), se verifica a submissão de prerrogativas e formalidades criminais à instrumentalidade e efetividade da instrução. Não houve desrespeito ao Provimento n. 127/2008, do Conselho Federal da OAB; o juízo decidiu pela instrumentalidade dos atos praticados, bem como pela proporcionalidade entre o objeto e a irregularidade procedimental.

Mesmo não havendo determinação no mandado para que um representante da OAB acompanhasse o seu cumprimento, os policiais, de forma correta, solicitaram que um advogado estivesse presente e fiscalizasse a execução 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. (CAVALCANTE, Márcio André Lopes. Informativo esquematizado. Dizerodireito. [online]. 18 de março de 2015. [citado em 1/3./2016] [http://www.dizerodireito.com.br/2015/04/informativo-esquematizado-557-stj\\_26.html](http://www.dizerodireito.com.br/2015/04/informativo-esquematizado-557-stj_26.html))

Muito se aludiu, no julgado acima, ao termo “serendipidade”, tanto para a admissão da prova, ou seja, a porção de substância ilícita, o revólver e munições, quanto para sua valoração como elemento de instrução; a justificativa para sua utilização se deu pelo sopesamento, implícito ou explícito, entre princípios constitucionais, delineados de forma ampla nos votos dos Ministros. Se faz necessária, portanto, a delimitação do sentido jurídico da expressão, isto

é, sua origem, contextualização e alcance técnico no ordenamento jurídico pátrio e na doutrina, bem como pela jurisprudência comparada.

## 2.2 A SERENDIPIDADE

O julgado, que seguiu a orientação do relator, menciona a Teoria da Prova Fortuita ou da Serendipidade, bem como sua aplicabilidade diante da solidez dos escritórios advocatícios (art. 5º, X, XI, XII; art. 133, CF/88; art. 7º, II da L. 8.906/94).

A Teoria da Serendipidade consiste no surgimento espontâneo de provas fora do objeto original em análise, ou seja, a partir de uma prova lícita, frente à qual se manifesta, ao acaso, objeto diverso daquele anteriormente pretendido. Assim, em linha de investigação previamente determinada, a autoridade pública se depara com novos elementos de instrução, relevantes e válidos, passíveis de utilização na elucidação do fato pretérito. Diante desse caso, bem como da relevância da prova encontrada, é então admitida e valorada frente aos demais elementos trazidos nos autos. No mesmo raciocínio, Luiz Flávio 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* {de acordo com o Dicionário *Houaiss*}, onde tem o sentido de descobrir coisas por acaso [...].” (GOMES, 2009, p. 1).

Conforme Alves e Duran (2015), a primeira materialização da expressão se deu em âmbito germânico, jurisprudencialmente. Hoje, é positivada no corpo do Código Penal Alemão (parágrafo 100), desde reforma legislativa em julho de 1992, em resultado da manifestação da própria Suprema Corte, ao analisar caso conflitante com a Lei interna de Interceptações telefônicas do país, em 1968. A aplicação inaugural da teoria ocorreu também em território alemão, em decisão judicial datada de quinze de março de 1976, quando o Tribunal Federal da região aceitou a prova fortuita conexa com a originária. A *zufallsfunden* (encontros aleatórios) também foi adotada em território espanhol; aderiu ao Brasil, contudo, por influência da raiz jurídica romano germânica, mais reservadamente à inteligência jurisprudencial lusitana (artigo 186 do Código Português), que a aplica quando se demonstra

indispensável à diligência em curso. A Teoria da prova fortuita também se expressa na legislação italiana, por influência da doutrina germânica.

Na área criminal, a Serendipidade é crucial, em maior medida, pela frequência significativa em que surgem fatos diversos dos inicialmente investigados na persecução penal ou em sede de inquérito, como em diligências de interceptação telefônica ou em buscas e apreensões. Pela recorrência em que surgem as provas espontâneas nas comunicações telefônicas, é diante dessa forma de instrução que a produção doutrinária tem se focado com maior incidência.

O encontro fortuito de provas, também chamado de Serendipidade, ocorre quando a prova de uma infração penal é descoberta a partir da investigação de outra infração penal. Nesse caso, 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. (HABIB, 2015, p. 164).

A prova surgida ao acaso não é exceção aos parâmetros processuais gerais, isto é, não prescinde dos mesmos critérios de existência e validade da prova ordinária. Não tem, portanto, sua utilização um caráter desmedido ou ilegítimo. Seu uso no âmbito penal deve, ainda, ter conexão com o fato originário da qual resultou. A doutrina majoritária entende que, na medida em que seja válido o ato originário, e que haja conexão ou continência (art. 76 e ss., CPP) entre ambos os objetos, é possível a utilização de prova espontânea que surja no decorrer da investigação:

O encontro fortuito de provas é analisado sobre dois prismas: serendipidade de primeiro grau e serendipidade de segundo grau. Quanto à primeira, aceito pela doutrina e jurisprudência pátria, o encontro fortuito de provas decorre de fatos conexos (ou em continência) ao fato principal objeto da investigação. Não há que se falar em ilicitude de prova derivada nesse caso. A prova descoberta passa a ter validade e deve ser analisada pelo juiz, podendo servir de base para conduzir a uma condenação penal. (MENDES, 2014, p. 14).

Parte dos estudiosos, contudo, atestam a ilicitude desse meio de prova. Doutrinadores como Eugênio Pacelli julgam contaminadas as provas

assim obtidas. Haveria, em seu aproveitamento instrutório, nítida exorbitância processual, um conflito direto entre uma abusiva discricionariedade do julgador e as garantias constitucionais da ampla defesa e do contraditório. O caráter limitado da produção probatória criminal obstaría a modalidade; um Direito Penal fragmentário e garantidor das prerrogativas do acusado faria da Serendipidade um aproveitamento ilícito e ilegítimo.

Para outros autores, sequer é necessária a relação de conexão com a prova originária. Júnior e Senna entendem que, na medida em que a atuação estatal se dê dentro da legalidade, não haveria como eivar de vício prova surgida de investigação lícita. Não poderia o Estado ignorar a prova surgida ao acaso, diante do dever legal de combate ao crime. Aduzem que “[...] nenhuma proibição de prova pode ser feita a partir de um mero capricho” [...], quando inexistente, na descoberta espontânea, “qualquer malferimento a direitos fundamentais do réu, apenas podemos considerar que, além de tudo, o réu é azarado” (2009, p. 59).

A linha doutrinária de Andrade (2013), bem como de Rodrigues (2014), interpreta diferentemente. Entendem ambos que a prova espontânea, seja por investigar indivíduo diverso do original ou por utilizar prova não conexa com o objeto central, se inviabiliza por amplo desrespeito à dinâmica processual. Nessas hipóteses, restaria à prova obtida seu emprego como *notitia criminis*.

Uma posição intermediária, contudo, também existe na doutrina. Para Carvalho (2007, p. 85) é necessário um caminho neutro; restringir a descoberta causal “(...) é desconhecer o caráter multifacetado da realidade que envolve as relações sociais, sobretudo os atos criminosos”; já uma flexibilização extrema da técnica “[...] é um desprestígio ao direito fundamental à privacidade e ao sigilo”.

A prova espontânea deriva, portanto, de relação processual válida com a prova de origem; de outra forma, seria desentranhada dos autos, por ilicitude ou ilegitimidade (art. 5º, LVI, CF/88; art. 157, CPP). Deve, ainda, influir de relação de conexão ou continência (artigos 69 e seguintes do CPP), com relação de dependência entre os objetos, tendo o último surgido fortuitamente. Em olhar provinciano, sua utilização parece desmedida, tangendo a ilicitude; é, no entanto, ferramenta utilizada em precedentes, sejam do STF ou em exame infraconstitucional, pelo Superior Tribunal de Justiça, e enriquecem validamente o arcabouço probatório.

A Teoria da Prova fortuita é resultado natural de reforma processual que já tem seguido em outros âmbitos da instrução, tais como a utilização da prova obtida por fonte independente (artigo 157 do CPP, acrescentado pela L. 11.690/2008), ou, ainda, surgida de forma inevitável. Se pontua, ainda, a prova que não tem relação de causa e efeito com aquela eivada de vício. A primeira diz respeito ao surgimento da prova dissociada da original, de forma autônoma. A segunda, de certa forma, também surge no processo tal qual a prova fortuita; se origina, porém, de prova pretérita ilícita. Assim, a peculiaridade de cada instrumento é a de que “[...] a descoberta inevitável trabalha do ponto de vista hipotético; em tese, a prova poderia ser obtida de qualquer modo.” A fonte independente supõe que “[...] tenha sido a prova obtida por outra fonte, ou seja, na prática houve um rompimento, ou, no mínimo, uma atenuação do nexo de causalidade entre a ilicitude e a prova obtida”. (JÚNIOR e SENNA, 2009, p. 57).

No caso em tela, bem como nos recentes precedentes do STJ e do STF, a aplicação da teoria da prova fortuita se dá sob seu aspecto de validade, na aplicação legal de princípios constitucionais, seja através da razoabilidade e proporcionalidade, seja pela instrumentalidade das formas ou pela busca da efetividade da tutela jurisdicional. Não haveria, portanto, a admissibilidade de provas essencialmente ilícitas, e sim um aproveitamento de provas válidas, surgidas espontaneamente de objeto anterior, visando uma finalidade constitucional específica. Carvalho (2007) versa a necessidade de preservação da segurança pública direito dos indivíduos e prerrogativa estatal, ainda que frente ao direito à intimidade, quando a utilização da prova fortuita não influi em arbitrariedade, e sim em meio disponível para a efetivação de outros e não menos relevantes parâmetros constitucionais.

A primeira e singela menção- expressa- à descoberta casual se deu em 26 de outubro de 2004, em sede de Habeas Corpus, quando a 2ª Turma do STF, diante de juiz federal investigado pela “Operação Anaconda”. Na ocasião, entendeu a Turma que a meta da persecução penal era “apurar o envolvimento de policiais federais e magistrados em crime contra a Administração”, e que, na hipótese, “[...] não se pode falar, portanto, em conhecimento fortuito de fato em tese criminoso, estranho ao objeto das investigações”.

Após três anos, o Supremo Tribunal Federal fundamentou decisão em sentido inverso, adotando explicitamente a Teoria da Serendipidade, em sede da mesma investigação:

[...] 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 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 (grifo nosso). [...] (STF - HC: 84224 DF, Relator: Min. GILMAR MENDES, Data de Julgamento: 27/02/2007, Segunda Turma, Data de Publicação: DJe-088 DIVULG 15-05-2008 PUBLIC 16-05-2008 EMENT VOL-02319-03 PP-00522).

A despeito da reduzida produção doutrinária, a Teoria, denominada por Norberto Avena de “descoberta inevitável” (p. 482, 2015), já firmada na Itália e Alemanha, é recente, e vem sendo utilizada, no âmbito penal, pelo STJ e STF em decisões pontuais, de consequências significativas:

[...] O fato de elementos indiciários acerca da prática de crime surgirem no decorrer da execução de medida de quebra de sigilo de dados e comunicações telefônicas devidamente autorizada judicialmente, determinada para apuração de outros crimes, não impede, por si só, que as provas daí advindas sejam utilizadas para a averiguação da suposta prática daquele delito. 3. **A comunicação entre advogado e cliente eventualmente alcançada pela regular escuta telefônica não implica nulidade da colheita da prova indiciária de crimes e serve para a instauração de outro procedimento apuratório.** 4. **Não deve o Estado permanecer inerte ante o conhecimento da prática de outros delitos no curso de interceptação telefônica legalmente autorizada. (grifo nosso).** [...] 5. Habeas corpus não conhecido. (HC 201100289610, SEBASTIÃO REIS JÚNIOR, STJ - SEXTA TURMA, DJE DATA:23/09/2014)



Após se depreender o significado e a incidência, para a doutrina e jurisprudência, da Teoria da Prova Fortuita, é conclusão natural compreender o objetivo central do Trabalho.

### 2.2.1 O objetivo

A pesquisa em análise trata da incidência da Teoria da Prova Fortuita no âmbito brasileiro, no cerne do Moderno Processo criminal, de acordo com a doutrina e mormente a recente jurisprudência do STJ e STF.

A utilização da prova fortuita é tema controverso na doutrina e, a despeito do caminhar jurisprudencial em seu favor, muitos penalistas julgam ser desmedida sua aplicação no âmbito criminal, que se assume subsidiário das demais medidas sociais e jurídicas possíveis, bem como protetivo por excelência. Damásio E. de Jesus (1997), a título de exemplo, não admite o encontro fortuito sob nenhuma forma, ainda que por meio de conexão ou continência com o fato pregresso. A doutrina que se opõe à Serendipidade entende ser a prova casual eivada de nulidade, devendo ser desentranhada do processo, por exceder os padrões restritos e objetivos de prova, tais como as disposições acerca da interceptação telefônica estipuladas na L. 9.296/96 ou as garantias constitucionais em expresse; tal necessidade se daria em nome da amplitude de defesa ao réu. No mesmo sentido as orientações de Eugênio Pacelli e Aury Lopes Júnior, que entendem que qualquer apreensão que exorbite o objeto original em foco é ilícita, por ultrapassar o caráter vinculado e demarcado da prova penal.

Quando a questão diz respeito aos escritórios advocatícios, a Serendipidade se torna discutível, pela ampla gama de prerrogativas ao exercício da atividade, regulamentada por Conselho Federal e por Estatuto próprio. De fato, além de ser atividade imprescindível à administração da Justiça, a atividade da advocacia é resguardada por um complexo Órgão autônomo, de alcance federal, originado em 1930, legitimado para a defesa de seus próprios profissionais, bem como dos cidadãos, seja através de Arguição Direta de Inconstitucionalidade ou no ajuizamento de ação popular. A OAB é entidade prestadora de serviço público de natureza híbrida, que possui, inclusive, imunidade tributária (artigo 150, § 2º, CF/88). Os defensores das prerrogativas advocatícias, ao fazer referências aos artigos 7º, II, bem como dos artigos 25 e

26 do Estatuto da OAB, defendem a proteção da Instituição pela natureza da atividade exercida. Assim, a dificuldade de produção probatória nesses recintos dar-se-ia em nome da ampla defesa e da própria proteção à intimidade dos clientes, bem como pela sobriedade da postulação em juízo como prática profissional.

O foco do projeto é tratar da aplicação da Teoria da Serendipidade na medida da sua validade, em prol da efetividade jurisdicional, bem como da suficiência da colheita probatória, diante dos parâmetros constitucionais. O objetivo é a incidência, dentro da Norma, da Teoria da Prova Fortuita, com fim sócio político, qual seja, resultado mais célere e proveitoso no campo da jurisdição penal, ao mínimo pelo critério da proporcionalidade. A finalística do projeto busca analisar, igualmente, o excessivo arcabouço de prerrogativas dos escritórios advocatícios diante das tradicionais e novas modalidades probatórias, tais como as disposições dos artigos. 5º, X, XI, XII e 133 da CF/88 e o art. 7º, II da L. 8.906\94).

O abarcamento da teoria pelo STJ e STF, nos últimos cinco anos, têm mudado os limites da instrução criminal, pondo à baila a validade das provas, tais como a busca e apreensão e a interceptação telefônica, quando diante de privilégios legais que dificultam a jurisdição, diminuem a efetividade da norma e causam insegurança social, por leitura excessivamente garantista dos princípios fundamentais. Essa alteração jurisprudencial tem alterado significativamente as decisões judiciais, bem como a própria cobrança em concursos públicos. A título exemplificativo, a definição de Serendipidade foi requerida, recentemente, em questão subjetiva, em prova da Defensoria Pública do Estado de Goiás, em 2014, na área processualística penal.

Em menor lente, o projeto se justifica pela nova leitura dos princípios constitucionais, tais como a efetividade, o acesso ao Judiciário, a celeridade processual, a Instrumentalidade das Formas e o Princípio do Boa Fé, todos diante de um sopesamento entre uma análise literal da Constituição e o alcance do princípio da proporcionalidade.

Em vista de um aprofundamento específico, o projeto trata dos procedimentos instrutórios em que as provas fortuitas usualmente surgem, quais sejam, na interceptação por meio telefônico e na busca e apreensão criminal. A

pesquisa disserta sobre a origem e os contrapontos da doutrina a respeito da Teoria, sempre tendo em foco a análise de precedentes dos últimos anos, reiterados dos repositórios do Superior Tribunal de Justiça e do Supremo Tribunal Federal.

Por derradeiro, o trabalho segue o ponto de análise da decisão do STJ, proferido pela Quinta Turma na análise de Habeas Corpus (discutido supra): a aplicação direta da Teoria da Serendipidade no âmbito dos escritórios advocatícios, diante de suas muitas garantias, sempre tendo como foco a validade da prova surgida espontaneamente, ou seja, uma análise do aproveitamento de uma prova lícita, frente às garantias constitucionais, bem como organizacionais (Estatuto da Advocacia e da OAB, Resoluções e provimentos) dos profissionais de advocacia.

Abaixo, segue o cenário, social e jurídico, em que se reputa necessária a incidência da Teoria da Prova Fortuita.

### 2.2.2 Do contexto jurídico

Conforme se verificou, a Teoria da Serendipidade é tomada, na área criminal, como ponto de renovação na produção probatória. Admitida por boa parte da doutrina, bem como pela mais recente jurisprudência do STJ e STF, tem sido a Teoria, importada da Alemanha, discutida como medida processual possível ou ilegítima, ou seja, em seu sentido de validade, dentro da dinâmica criminal. O projeto, conforme objetivo acima elucidado, visa sopesar a validade da Teoria de Serendipidade e seu resultado prático, mediante tutela mais conclusiva e efetiva. É dizer que o conflito se baseia na aplicação, nos pormenores e consequências da Teoria no campo jurídico, diante da atual interpretação do STJ e STF.

De início, cabe discutir acerca do contexto, social e técnico, em que a Teoria da Serendipidade incide.

A instrução criminal, conforme se depreende de Avena (2015), é garantia de pacificação social, seja pelo efetivo balizamento de sentença condenatória, seja pela prova de sua insuficiência, refletindo a decisão, em ambos os casos, a verdade real do processo e, conseqüentemente, a solução mais sopesada ao caso concreto. A instrução exauriente, por sua vez, é requisito para a digna prestação jurisdicional; sua facilitação se torna garantia para o acesso à justiça, tanto pelo ajuizamento de ação penal pública, movimentada pelo Ministério Público, quanto pela atuação direta do particular, em exceção.

A área penal é, conforme a própria estrutura constitucional, essencialmente protetiva; na iminência de uma dúvida acerca dos fatos, a dinâmica penal tende por beneficiar o acusado, na medida em que é ferramenta fragmentária ou subsidiária. Tal característica dificulta a consolidação de um arcabouço probatório que se materialize no plano concreto, seja para a condenação ou absolvição. É de grande relevância a aplicação pelos Tribunais de novas teses de instrução, quando a produção probatória tradicional é trabalhosa, notadamente por seus muitos óbices constitucionais e limites à construção da prova (artigo 5º, XXXIX, XL, XLI, LVI, LVII da CF/88; artigo. 1º do

CP; artigo. 394, CPP; L. 9296/96; decreto-lei 911/69). A evolução da complexidade criminal é visível no maior “profissionalismo” de agentes, que deu ensejo a Leis como as das Organizações criminosas, bem como na interpretação das infrações tributárias ou econômicas. A formação clássica de prova, entretanto, limita em muito o balizamento de queixas e denúncias, por limitações normativas do próprio aparelho estatal, que encontra dificuldades na apuração de infrações complexas. Para Habib (2003, p. 14), “[...] o velho inquérito policial, manejado por uma Polícia Judiciária desestruturada e repleta de carências, não pode mais subsistir, muito menos se prestar como fonte e referência para que sobre ele seja erigida uma sentença condenatória”.

São muitos os instrumentos do Código de Processo Penal que postergam o trâmite, que não raro se cumpre em tempo irrazoável, prejudicando a instrução e atravancando provas essenciais para a construção da verdade real, isto é, da verdade que se reputa irrefutável sob o ponto de vista processual e hipotético. A lentidão ocorre, a título de exemplo, na apelação (artigo 600 do CPP), quando as razões podem ser apresentadas em momento diverso da petição, o que dilata o prazo em alguns dias; em foro especial, o julgamento do réu é manejado por câmara ou órgão especial, causando atrasos quando há pedido de vistas aos autos; ocorre a suspensão, por tempo não determinado, do processo quando o acusado é acometido por doença mental.

A lenta e excessivamente procedimental requisição de diligências do Ministério Público (artigo 129, I, III e VI da CF/88;) agrava a questão, qual seja, a insuficiência probatória da maioria dos procedimentos criminais, que leva a decisões judiciais desfavoráveis ou a arquivamentos antecipados, pela dificuldade de fundamentação das denúncias (artigo 395, CPP).

O STF e o STJ têm utilizado ferramentas teóricas que suprimem a insuficiência do procedimento criminal, ao adotar linhas doutrinárias de outros ordenamentos ou, ainda, teses acadêmicas nacionais para otimizar a instrução criminal. A finalidade é a busca por efetividade, seja pela redução do interregno processual, seja pela melhor formação do panorama fático em si.

Como se nota, a consequência da morosidade processual “[...] constitui ameaça à efetividade da promessa de tutela jurisdicional” [...]; é consequência direta de um Estado Democrático que a tutela jurisdicional só se

entenda por efetiva quando oportuna e tempestiva. (DINAMARCO *apud* JÚNIOR e SENNA, 2009, p. 255). Dessa forma, diante da inviolabilidade geral dos escritórios advocatícios, resguardados das mais variadas diligências, o conflito surge na possibilidade de aplicação da Teoria da Serendipidade, bem como a maneira de sua utilização pela recente jurisprudência do STF e do STJ, que aduz a aplicação de princípios como os da proporcionalidade, da Boa Fé e da Instrumentalidade das Formas.

Conforme o Recurso em Habeas Corpus 39412-SP, abaixo são descritas as garantias dos escritórios advocatícios, bem como a necessidade de sua relativização, de acordo com a necessidade da suficiente instrução criminal.

### 3. OS ESCRITÓRIOS ADVOCATÍCIOS

As já truncadas diligências criminais se intensificam quando se tratam de prerrogativas específicas; a inviolabilidade dos escritórios de advocacia, positivada no artigo 133 da CF/88, é exemplo palpável do grave embargo à jurisdição penal. Tal proteção é subsidiária à proteção à intimidade, assegurada na inviolabilidade domiciliar (art. 5º, X, XI, XII, CF/88).

Entende o STF ser domicílio o espaço físico onde o indivíduo frui de sua privacidade nas suas diversas manifestações, sendo todo local delimitado e separado, ocupado com exclusividade, seja para fins de residência, seja para fins profissionais, o que abrange quartos de hotel e dependências domiciliares, ainda que de habitação coletiva, bem como escritórios (BRASIL. Supremo Tribunal Federal. MS-MV 23.595, DJ de 1/2/2000, Rel. Min. Celso de Mello). Assim, a proteção abrange, igualmente, oficinas, garagens e até quartos de hotéis (RT 467/385).

Já a atividade advocatícia é função essencial à justiça, exercida a critério de múnus público, ainda que em exercício privado. A inviolabilidade do escritório de advocacia se dá, ainda, por resguardo ao sigilo profissional do advogado, bem como ao sigilo das informações prestadas por clientes. De regra, é ilícita a divulgação de segredo profissional (art. 154, CP), excetuada em hipóteses previstas (artigos 25 e 26 do Código de Ética da OAB), bem como a entrada em escritório sem o deferimento de específicas medidas legais.

A confidencialidade, dever do advogado e garantia do cliente, resguarda relação de intimidade entre representado e defensor (L. 8.906/94, art. 7º, II); tal regra se aplica desde a inscrição do profissional na Ordem (art. 6º, L. 8.906/94), em equiparação jurídica que visa, em última instância, a amplitude de defesa do cliente. Tal princípio se deslinda em muitos outros, tais como o direito ao silêncio (artigo 186 do CPP, artigo 5º, LXIII, CF/88) e o direito de não incriminar a si mesmo (*nemo tenetur se detegere*).



O sigilo engloba qualquer elemento de prova utilizável, tais como mídias, objetos pessoais e documentos, na medida em que “[...] o advogado está submetido a rigoroso dever ético, moral e legal de preservação do sigilo, principalmente na área criminal, pois a exigência de obediência ao segredo funda sua prevalência no princípio constitucional da garantia da defesa” (CASTRO, 2009, p. 9).

É nítida, ainda, a conexão entre a inviolabilidade e o direito fundamental à privacidade, que abrange, segundo Garcia e Lazari (2015), os campos pessoal, familiar e profissional. Neles o Estado só deve intervir quando tal gesto não se der abusiva ou arbitrariamente. O direito à intimidade é tratado em diversos dispositivos internacionais, tais como na Declaração Universal de 1948 (artigo XII) e na Convenção Americana sobre Direitos Humanos de 1969 (artigo 11).

A proteção, no entanto, não é absoluta; bens de cliente, situados em escritório de advocacia, podem ser, a título de exemplo, passíveis de busca e apreensão, mediante a atinência aos requisitos legais; se, no entanto, se encontrarem na posse do defensor do acusado, quando consistirem em objeto de corpo de delito (art. 243, § 2º, CPP), não dependem dos requisitos à penetração em escritório (art. 7º, § 6º e 7º, L. 8906/94.) Isto porque a restrição, nessa hipótese, não se liga ao exercício de defesa, mas sim a ato ilícito, podendo incidir, na prática, em figuras penais como as do favorecimento real e a da receptação (artigos 349 e 180 do CP, respectivamente).

Pode o advogado, quando presentes indícios de autoria e materialidade, ter quebrada a inviolabilidade, mediante “[...] 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” (art. 7º, § 6º, EOAB). Os documentos, objetos e mídias dos clientes, também podem ser investigados e apreendidos quando se verificar que são coautores ou partícipes (artigo 29, CP) em ilícito do advogado (art. 1º, § 7º; L. 11.767/2008), ou seja, em conluio com a infração supostamente atribuída ao profissional de advocacia.

A OAB participa do procedimento de busca e apreensão; pode apresentar, ato contínuo, protesto verbal às autoridades policiais, independentemente da comunicação por escrito ao juízo competente, bem como buscar a responsabilização criminal e administrativa dos agentes envolvidos, conforme Provimento n. 127/2008 do Órgão.

Em síntese, mediante o cumprimento das disposições do Estatuto, é possível a entrada em escritório, quando da busca e apreensão e objetos relacionados a clientes, quando em concurso com o profissional, bem como do próprio advogado, individualmente. Tudo, no entanto, depende do mais detalhado rigor formal:

A decisão que determina o adentramento no escritório ou local de trabalho do advogado há de ser lavrada por escrito nos autos do inquérito policial ou procedimento investigatório devidamente atuado, da qual constará, de forma circunstanciada, as razões que induzem à convicção ou fundada suspeita de que o advogado incorreu na prática de crime e de que em suas dependências profissionais poderão ser encontrados elementos de prova[...]. (CASTRO, 2009, p. 16).

Os parâmetros de exceção são rigorosamente observados, já que, nos ditames constitucionais (art. 5º, LVI, CF/88), prova obtida por meio ilícito ou inadmissível é inservível, devendo ser desentranhada do processo. Mais que isso; por aplicação da Teoria dos Frutos da Árvore Envenenada (art. 157, § 1º, CPP) os atos decisórios que emanem de prova a ser desentranhada se nulificam, com ressalvas pontuais e explícitas. A aplicação da teoria, também denominada de “ilicitude por derivação”, é tentativa de obstar o Poder Público de obter vantagem o manuseio de prova nula. Não é aplicável ao particular que comete ato ilícito, em interpretação que elimina o benefício da parte quando age motivada pela própria torpeza.

Ante o exposto, a já dificultosa produção probatória penal se torna ainda mais impraticável quando diante das prerrogativas de escritórios advocatícios.

Tangenciam tais garantias o limite do lícito e razoável, sendo grande o risco de se tornarem os escritórios verdadeiros fortes de contenção de provas, com a impunibilidade de procuradores e clientes, sendo de bom tom ressaltar o

caráter educativo repressivo e preventivo da sanção penal, quando da impressão, na consciência social, de que certa conduta antijurídica e passível de responsabilização não encontra resposta efetiva. A imanência do poder normativo estatal, na elucidação e punição de delitos, deve ser tal que provoque efetiva sensação de vigilância, não se devendo tratar os jurisdicionados “[...] como cães, que só descobrem que algo é proibido quando o bastão toca seus focinhos.” (BENTHAM *apud* R. C. CAENEGEM, 1992, p. 161.) Sobre o tema, o STJ afirma que “as prerrogativas conferidas aos defensores não podem acobertar delitos, sendo certo que o sigilo profissional não tem natureza absoluta.” (STJ, 5ª Turma, HC 20.087/SP, DJ 29.09.2003).

Esclarece Carlos Roberto Castro:

Com efeito, uma coisa é o cliente delinquente e patrocinado por advogado no exercício regular da profissão, outra coisa é o advogado que, atuando de forma isolada ou em coautoria com o próprio cliente ou com terceiros, pratica crime e se torna alvo da investigação policial. Impende advertir, nada obstante, que poderá haver, aí, uma zona cinzenta e fronteira, que os autores anglo-saxônicos designam de *bordline*, entre a eventual prática de abuso do exercício regular da profissão e o efetivo cometimento de crime por parte do advogado, não raro de difícil demarcação. Isto exige, por certo, um percuente sopesamento dos fatos e circunstâncias objeto da investigação. (CASTRO, 2009, p. 8).

É tênue o limite entre a solidez da intimidade advocatícia e a prática delituosa, mormente quando os escritórios são utilizados como bases de apoio para dificultar a instrução probatória; a desmedida prerrogativa, quando utilizada para fins ilícitos, não deve ser tolerada, conforme veto jurídico já promovido, em 2009, pelo então Presidente da República, frente ao Projeto de Lei 5.245 /05, que visava, em última instância, a blindagem em absoluto dos escritórios, decisão comemorada pela Associação de Juizes Federais, em óbice à prerrogativa desproporcional.

Diante da dificuldade de construção probatória criminal, bem como da necessidade de pacificação social, têm utilizado os Tribunais ferramentas teóricas que suprimam a insuficiência do procedimento, adotando doutrinas de outros ordenamentos ou, ainda, teses internas para otimizar a instrução criminal. Não é outro o entendimento de Borges, ao dissertar que “[...] o jurisdicionado

não busca apenas um menor tempo de tramitação, mas também a resolução justa, eficaz e, quando possível, a tão sonhada pacificação” (BORGES, G., 2011, p. 1).

Os Tribunais têm interpretado constitucionalmente os dispositivos penais, tomando como ideal, conforme Norberto Avena (2015), a efetividade da jurisdição, mormente quando uma suficiente instrução, ao auxiliar na formação de convencimento do júízo, serviria tanto à severidade da punição quanto à ocorrência da absolvição, pertencendo as provas não a quem as produziu, mas ao processo em si, em comunhão. Desse modo, [...] jamais se vislumbra tão somente que determinado ilícito seja discutido nesta lide, que envolve o interesse estatal de segurança pública e o individual de liberdade plena; a condenação deverá sobrevir ou não do próprio convencimento do juiz” (ALVES e DURAN, 2015, p. 8).

## 4. A PRINCIPIOLOGIA

### 4.1 A EFETIVIDADE

São inúmeras as correntes e ideais referendados com o fim de elevar a efetividade da Lei Penal, seja na mudança do ritmo processual, diminuição de garantias ou na maior vigilância ostensiva, ampliando possibilidades de instrução ou restringindo o contraditório do acusado. Assim, a despeito da subsidiariedade e fragmentariedade criminais, a “expansão do Direito Penal”, segundo Cleber Masson (2015), perpassa pelo dualismo entre uma intervenção máxima, responsabilizando um maior número de agentes, e a tutela penal mínima, efetivada tão somente em casos extremos.

A doutrina tem apresentado, segundo Masson (2015), no âmbito penal, significativa expansão no próprio objeto jurídico de crimes, por meio de processo de desmaterialização do tipo penal, anteriormente voltado à tutela de direitos individuais. A proteção ao meio ambiente e, derradeiramente, o resguardo de direitos coletivos evidencia, segundo Roxin, uma espiritualização do Direito Penal, voltado à proteção de questões transindividuais, tais como a ordem econômica ou financeira e a tutela consumerista.

Exemplo de tal expansão penal se verifica na obra de Jesus-Maria Silva Sanchez, para quem existiriam duas distintas “velocidades” no Direito Penal, a depender da gravidade da infração, sendo cabível, em certos casos, maior celeridade e diminuição de garantias individuais, com o fito de efetivar a Lei Penal. Haveriam, assim, dois blocos, cindidos entre delitos passíveis de prisão e infrações que incidiriam em sanções restritivas de direitos ou pecuniárias, sem olvidar seu processamento, em um ou outro caso, pelo próprio Poder judiciário.

Dessa forma, conforme Cleber Masson (2015), aplicar-se-ia um Direito Penal clássico e garantista, com amplas garantias e prerrogativas, para delitos passíveis de prisão, podendo a tramitação ser mais ágil ou flexível, com

dispensa de princípios como o da ampla defesa, em delitos com penas exclusivamente restritivas ou econômicas, ou seja, naqueles de menor gravidade.

Ao citar a obra de Beccaria, Antonio García-Pablos de Molina reitera, em vez da decisividade ou contundência, a celeridade na fixação das penas, qual seja, a da certeza de sua rápida e precisa aplicação, acarretando “[...] inevitavelmente a pronta imposição do castigo [...]”, não se tratando a sanção de “[...] um risco futuro e certo, senão um mal próximo e certo, inexorável” (MOLINA, 2010, p. 343).

As inovações no Direito Penal, em resposta à impunidade, tais como a aplicação da Teoria do Domínio do Fato no cerne de organizações criminosas ou a dificultosa progressão de regime trazida pela L.11.464/2007, apesar de deverem ser tratadas com cautela, não incrementam a efetividade penal tão somente por valoração normativa; os melhores índices surgem de uma resposta concreta aos litígios sociais, por uma adequada intervenção do Poder Público (FABBRINI, 2005, p. 2):

O crime enquanto fenômeno social, de desrespeito à norma penal, e a impunidade, como falta de efetividade da resposta penal, exigem respostas que não serão obtidas somente no plano normativo, mas prioritariamente no plano concreto dos conflitos sociais (...) A inoperância do Poder Público no atendimento aos reclamos sociais por maior segurança pública não decorre de uma forma geral da falta de leis ou da existência de leis brandas, mas sim da reduzida capacidade do Poder Público de intervir na realidade social, tanto no campo da prevenção da criminalidade como no da efetiva responsabilização penal dos criminosos.

O ordenamento brasileiro tem se adequado a essa necessidade. Masson (2015) sustenta, a título de exemplo, a desatualização do rol de provas trazido pelo Código de Processo Penal; defende sua não taxatividade, amplitude que se justifica na própria busca pela Verdade Real. A Corte Suprema tem entendido da mesma forma; nos moldes do Recurso em Habeas Corpus tratado pelo STJ, quando do encontro fortuito de revólver e substâncias ilícitas, não compreende o Pretório como razoável o descarte, por parte de agente policial, da prova surgida pelo fenômeno da Serendipidade. No mesmo sentido:

**[...] dever da autoridade policial de proceder à coleta do material probatório da prática da infração penal. Ao proceder à pesquisa na agenda eletrônica dos aparelhos devidamente apreendidos, meio material indireto de prova, a autoridade policial, cumprindo o seu mister, buscou, unicamente, colher elementos de informação hábeis a esclarecer a autoria e a materialidade do delito (dessa análise logrou encontrar ligações entre o executor do homicídio e o ora paciente). Verificação que permitiu a orientação inicial da linha investigatória a ser adotada, bem como possibilitou concluir que os aparelhos seriam relevantes para a investigação [...] Na hipótese, não há que se falar em prova ilícita por derivação (grifo nosso).** Nos termos da teoria da descoberta inevitável, construída pela Suprema Corte norte-americana no caso *Nix x Williams* (1984), o curso normal das investigações conduziria a elementos informativos que vinculariam os pacientes ao fato investigado (grifo nosso). Bases desse entendimento que parecem ter encontrado guarida no ordenamento jurídico pátrio com o advento da Lei 11.690/2008, que deu nova redação ao art. 157 do CPP, em especial o seu § 2º. 3. [...] Não cabe aos policiais executores da medida proceder a uma espécie de filtragem das escutas interceptadas. A impossibilidade desse filtro atua, inclusive, como verdadeira garantia ao cidadão, porquanto retira da esfera de arbítrio da polícia escolher o que é ou não conveniente ser interceptado e gravado [...]. 4. Ordem denegada. (HC 91867, GILMAR MENDES, STF.)

Os precedentes do STJ indicam a relevância da prova de surgimento espontâneo, principalmente quando diante de crimes tais como os de organizações criminosas, lavagem de dinheiro e em infrações contra a ordem tributária ou contra a própria estabilidade econômica e financeira, bem como nos crimes contra a Administração Pública, nos moldes de ambas as decisões, em sede de Habeas Corpus:

. [...] O fato de as medidas de quebra do sigilo bancário e fiscal não terem como objetivo inicial investigar o crime de peculato não conduz à ausência de elementos indiciários acerca do referido crime, podendo ocorrer o que se chama de fenômeno da serendipidade, que consiste na descoberta fortuita de delitos que não são objeto da investigação. Precedentes. [...] Habeas corpus não conhecido. (STJ - HC: 282096 SP 2013/0376972-4, Relator: Ministro SEBASTIÃO REIS JÚNIOR, Data de Julgamento: 24/04/2014, T6 - SEXTA TURMA, Data de Publicação: DJe 06/05/2014).

[...] Esta Corte Superior de Justiça admite a apreensão de objetos estranhos ao mandado, caso haja a descoberta fortuita de novos crimes durante a execução da medida. Precedente. 4.

Habeas corpus não conhecido (HC 201202469435, JORGE MUSSI, STJ - QUINTA TURMA, DJE DATA:12/06/2014 ..DTPB:.)

A busca por efetividade motivou decisão de grande relevância, proferida pelo Plenário do STF em 17/2/2016. Na ocasião, em sede de Habeas Corpus 126292/SP, os Ministros entenderam pela constitucionalidade da execução provisória da pena a partir da confirmação da sentença condenatória em segundo grau. Se depreende da ementa que a execução provisória é possível independentemente do ajuizamento de recurso especial e extraordinário, e não interfere na presunção da inocência.

O STF entende que, em tais casos, além de exaurida a presunção de não culpabilidade, é necessário ponderar a presunção de inocência com a efetividade jurisdicional, em prevalência do interesse público sobre as prerrogativas do acusado.

A efetividade é apenas um dos fundamentos tomados pelo STF e STJ como basilares da Serendipidade. A evolução na leitura dos Direitos Fundamentais, bem como a compreensão dos demais princípios constitucionais, se faz essencial para se entender como válida a Prova Fortuita.



## 4.2 A PROPORCIONALIDADE

Como já aludido, a primeira aplicação judicial da *zufallsfunde* se deu em território alemão, em 1968, quando admitida pela Corte Constitucional do país, diante de provas surgidas espontaneamente em uma escuta telefônica.

A decisão, vanguardista à época, se baseou, segundo Sousa (2015), em três pilares fundamentais, nos quais se baseou a principiologia da Teoria e a posterior positivação da Serendipidade no Código Alemão, em 1992. Inicialmente, entendeu o Tribunal ser “óbvio” o surgimento de provas espontâneas no curso de uma interceptação, não tendo o legislador proibido expressamente a prática por ser próprio e natural da essência da persecução o surgimento dessa espécie de incidente. O Código Alemão à época, ainda, previa a valoração de todos os conhecimentos relativos ao fato criminoso (§108, StPO), surgidos ao longo do processo, sendo a utilização da Prova Fortuita aplicação analógica desse artigo. Derradeiramente, se entendeu que as informações surgidas na interceptação só deveriam ser eliminadas do processo quando supérfluas ao fato em apuração.

Logo se nota a incidência, ainda atual, da justificativa em comento para a aplicação- já exercida - no âmbito do ordenamento brasileiro, quando tem a jurisprudência tomado forma como ciência autônoma, de importância singular e não raras vezes vinculante, conforme a própria Reforma do Código de Processo Civil, em nítida aproximação ao Direito Jurisprudencial norte americano, em dispositivos como a Resolução de Demandas Repetitivas e as novas disposições a respeito do Julgamento de Casos Repetitivos, bem como nas hipóteses de Ação Rescisória. A aplicação da analogia, pelo exposto, se dá em maior medida quando da valorização dos precedentes judiciais como fonte de Direito. A razoabilidade e a instrumentalidade das formas também parecem surgir na fundamentação da Corte Alemã, ainda que de forma residual.

De bom tom rememorar a redação do Código de Processo Civil de 2015, seguido, em principiologia, em muitos pontos pelo Código de Processo Penal, quando se alude à instrumentalidade das formas, bem como ao

neoprocessualismo, qual seja, uma atuação instrumental tendo em vista, prioritariamente, o Direito Constitucional. Não haveria, a título exemplificativo, como olvidar, por analogia, a aplicação do artigo 6º do Novo Código, que determina a cooperação entre as partes, com o fim de obter, tempestivamente, decisão justa e efetiva, ao próprio âmbito criminal.

Como supedâneos da aplicação da Teoria da Prova Fortuita, os Tribunais brasileiros têm utilizado a base principiológica, seja expressa ou implícita, da própria Constituição Federal, pondo em segundo plano uma leitura absoluta da Norma, visando, primordialmente, resultados jurídicos específicos, bem como sua efetividade, com respaldo na dignidade humana. A própria reforma legislativa de 2008, a partir da qual se admite o uso de provas derivadas de ilícitas, quando sem relação de conexão com as precedentes, ou daquelas abstraídas de fonte independente (artigos 157, § 1º e 2º do Código de Processo Penal), é tentativa de leitura mais ampla do aproveitamento instrutório.

Em busca de maior efetividade jurisdicional, não são raros os doutrinadores que tratam da própria admissão e instrumentalidade de provas ilícitas, asseverando que “o princípio da vedação às provas ilícitas não deve ser visto como absoluto, sendo excepcionalmente relevado, sempre que estiver em jogo um valor significativo, pondo um princípio de menor importância ceder a um de maior relevância social” (PRADO, p. 26). Há, portanto, “[...] uma tensão latente no direito a prova e na inadmissibilidade das provas ilícitas, sendo que o primeiro possui especial relevância para a acusação, já que o acusado goza da presunção de não culpabilidade [...] Desta forma, a produção de prova passa a ser, para a acusação, não apenas um direito, mas um dever.” (FILHO, 2009, p. 19). Pellegrini (2000) entende não haver como considerar como lícitas provas captadas em afronta aos valores constitucionais, sendo este ditame um valor intransponível.

Na justiça americana, são inúmeros os casos em que se oportuniza a utilização de provas ilícitas, tal como no caso *Silverthorne Lumber Co. v. U.S.*, em que a Suprema Corte americana reconheceu a instrumentalidade das provas desde que surjam de fonte independente (artigo 157 e seguintes do CPC de 1973). Já se admitiu, igualmente, o uso da prova ilícita quando diante da boa fé na conduta policial (*good Faith exception*), no afastamento do anterior vício pelo

próprio réu (*purged taint*) ou, ainda, quando de sua espontaneidade, surgida durante a instrução (*inevitable discovery exception*), elucidadas nos casos *United States v Leon*, 1984, *Wong Sun v. U.S.*, 1963 e *Brewer v. Williams*, 1977, respectivamente. (QUEIJO *apud* ISRAEL, Jerold. H. e LaFAVE, Wayne R., 2012, p. 437).

A primeira aplicação da *inevitable discovery*, em terreno norte-americano, se deu em 1984, no caso *Nix X Williams-Williams*; incide quando se demonstra que a prova poderia ser produzida de qualquer forma, através de procedimento válido, a despeito da ilicitude da prova originária. É indispensável a base fática de elementos, não bastando a simples especulação para legitimar o uso de prova inevitável. Sua aplicação em muito difere da utilização pátria do princípio da Serendipidade.

Na Alemanha, berço jurisprudencial para a aplicação da Teoria da prova fortuita, é a proporcionalidade que delinea os limites de aplicação dos dispositivos constitucionais, em dimensões ou camadas possíveis de restrição. Aplicável na jurisdição administrativa desde a Primeira Grande Guerra, a despeito de só ter sido positivada em 1992, a aplicação do princípio é tomada como pilar dos próprios direitos fundamentais. De acordo com Lemos (2014, p. 69 e seguintes), apesar de haver certa discricionariedade na aplicação e restrição dos ditames da Carta Constitucional, qual seja, medida idônea e necessária, no conflito entre interesses comuns e individuais, o Tribunal Constitucional germânico limita a aplicação do princípio à existência anterior de Lei. Já outros parâmetros da Lei Maior germânica, tais como a dignidade humana, não são passíveis de relativização.

É majoritária a doutrina que se opõe à utilização das provas ilícitas, ainda que em benefício do réu, na medida em que a nova Carta Constitucional coincide com uma redemocratização do Estado e na concretização das restrições ao Poder Público. Júnior e Senna (2009, p. 52) não admitem a utilização da prova ilícita *pro societate*, aplicação que fere a máxima efetividade dos direitos fundamentais. Segundo os autores, não é a mera desobediência à norma que gera a licitude ou não da instrução, mas sim sua compatibilidade com as disposições constitucionais, em uma análise ampla (envolvendo ofendido e

ofensor), não havendo como se falar, face à ilicitude probatória, na aplicação do princípio da proporcionalidade.

O STJ e o STF, no entanto, têm feito, na aplicação da teoria da prova fortuita, leitura da prova sob seu aspecto de validade, na aplicação legal de princípios constitucionais, seja através da razoabilidade e proporcionalidade, seja pela instrumentalidade das formas, em busca da efetividade e suficiência da tutela jurisdicional. Não haveria, portanto, a admissibilidade de provas ilícitas, e sim um aproveitamento de provas essencialmente válidas, visando uma finalidade constitucional específica. Como exemplo remoto, o STF aceitou, no caso PC farias, em 1996, em cumprimento, por policiais, de uma apreensão de documentos e computadores, a aplicação da Teoria da Boa Fé, ao compreender que os agentes, ao buscar elucidar fatos diversos, quedaram na descoberta de provas espontâneas, a despeito da alegação da defesa de ilicitude por derivação, conforme sustentado pelo Ministério Público à época.

Em última *ratio*, os princípios da Constituição Federal se voltam para a aplicação da justiça material “[...], pois procuram ajustar o comando frio da lei à realidade do caso específico, com as condições sociais, econômicas e antropológicas existentes, concretizando, portanto, o sentido da norma.” (DIGUERIAN, 2003, p. 173). É papel essencial das Cortes Constitucionais a análise da abrangência dos direitos fundamentais, “[...] de modo que cada restrição de uma liberdade garantida por um direito fundamental deve resultar adequada, necessária e proporcional (em sentido estrito) a proteção de um bem jurídico que seja, pelo menos, de igual valor.” (GOMES *apud* STARCK, 2003, p. 36).

O paradigma do neoconstitucionalismo, que inegavelmente incide na construção e interpretação do Direito Penal, comporta não só uma ampliação da jurisdição constitucional como influi na própria supremacia da Carta, que passa a ter carga inegavelmente normativa. No mesmo sentido, Lenza (2015) alude à normatividade dos princípios, ou seja, a existência de consequências quando de seu desrespeito, o que permite sua execução compulsória ou imperativa.

A despeito da já consolidada aplicação da Boa Fé, bem como da instrumentalidade das formas, que visa o aproveitamento de atos processuais

que não causem prejuízo e que atinjam sua adequada finalidade (artigo 570 do CPP, artigo 154 do CPC), surge, com maior preponderância, a busca pela proporcionalidade entre a garantia fundamental e o caso concreto, qual seja, uma adequação entre a disposição legal e a necessidade “*in concreto*”, em um sopesamento lógico; datam suas primeiras aplicações do contexto iluminista, frente ao excessivo *jus puniendi* do Estado, no século XVIII.

Uma instrução exauriente, que materialize a relação entre as garantias existentes e o caso em concreto, é ilustração de uma tutela judicial lógica e, em essência, igualitária. Assim, não se trata tão somente da aplicação do princípio da proporcionalidade “[...] contra ou a favor do acusado, mas de se verificar, em cada situação concreta, se a restrição imposta a algum direito do acusado é necessária, adequada e justificável em face do valor que se protege.” (FERNANDES apud FILHO, 2009, p. 24). Dessa forma, é utilizado o princípio, em maior escala, como resultado natural das ideias de “[...] justiça, equidade, bom senso, prudência, moderação, justa medida, proibição de excesso, direito justo e valores afins; precede e condiciona a positivação jurídica, inclusive de âmbito constitucional; e, ainda, enquanto princípio geral de direito [...]” (LENZA, 2008, p. 75). A Proporcionalidade é circunstancialmente incidente, ou seja, não há em sua aplicação um juízo de validade, ao contrário das regras constitucionais; o que se dá é uma ponderação de valores, frente ao caso em concreto.

O que se observa é que os princípios constitucionais, conforme Gomes (2001), direcionam ao órgão de controle constitucional uma zona valorativa extensa, assim como relevante liberdade na graduação e seleção dos objetos em análise. Uma interpretação harmônica das garantias fundamentais, face ao objeto da pesquisa, qual seja, a teoria da prova fortuita em face da inviolabilidade dos escritórios advocatícios, se dá pela própria substância da Lei Maior, que assegura o exercício do Direito, não sua abusividade, devendo apresentar [...] caráter eminentemente ético, não podendo servir de instrumento para proteger toda sorte de abusos [...]” (BARROS, apud HAMILTON, 2011, p. 51).

Por último, é premente a incidência da razoável duração do processo, direito e interesse do lesado, do Poder Público e da sociedade, como base para

a ampliação das ferramentas probatórias, com vistas a determinar a efetividade jurisdicional. Para o Estado, a rápida solução processual é imagem para o jurisdicionado de eficiência; se constitui, ainda, em princípio positivado no corpo constitucional. De fato, a despeito da inexistência, em regra, de disposições a respeito do tempo de tramitação, bem como da dilação indevida de prazos, bem como de adequada consequência para uma indevida perpetuação do processo, é premente a necessidade de adequada tramitação temporal da ação penal. A limitação excessiva, no Processo Penal, à construção probatória não se coaduna com a realidade atual, e estagna a efetividade, o acesso à justiça e o próprio senso de punibilidade social.

Conforme o próprio STJ (Habeas Corpus 116.148/BA, 5ª Turma, Rel. Min. Jorge Mussi, DJ 01.08.2011), bem como em leitura de Norberto Avena (2015), as garantias fundamentais, na medida de sua própria essencialidade, não poderiam servir à legitimação da impunidade, cabendo aos juristas, no exercício de cada ato processual, a materialização da principiologia constitucional, em desfecho adequado, ainda que para condenar o acusado.

Em ligação direta da proporcionalidade com a interferência em escritórios advocatícios, o STF deferiu, quando diante de flagrante delito, a busca e a apreensão e a escuta telefônica dentro de escritório profissional, em um caso atípico. Apesar de ser equiparado ao domicílio (art. 5º, X e XI, CF/88), bem como a penetração policial ter ocorrido à noite, o Supremo considerou válido o procedimento no Inquérito 2.424/RJ, julgado em 06/11/2008. Além de ter se dado situação de flagrância, em crime permanente (art. 33 da L. 11.343/2006), o fato de o escritório estar vazio no momento de instalar a escuta gerou o entendimento, na medida do razoável e proporcional, de que não seria possível a equiparação do local com o domicílio. A justificativa surgiu, inclusive, posteriormente ao fato.

Abaixo, em menor análise, segue o Direito à instrução, bem como o princípio da Liberdade das Provas.

### 4.3 A PROVA COMO DIREITO FUNDAMENTAL

Resta nítida, no cerne do Processo Penal, a busca da Verdade Real, ainda que incerta ou relativa, frente às diligências realizadas desde a formação da *opinio delicti* até o fim da persecução criminal. A formação da base instrutória, que se pauta em fatos, não em mera pressuposição, se traduz na estrutura exemplificativa das provas penais, na aplicação jurisprudencial de princípios como o da proporcionalidade e na própria internalização de mecanismos probatórios, válidos frente ao ordenamento interno, face à necessária efetividade do procedimento, qual seja, pacificar o conflito com justiça. Mendes (2014, p. 12), assim expõe:

[...] O reconhecimento e a afirmação dos direitos fundamentais surgem não só como meta política, mas como critério de interpretação [...] E é nesse viés que a tutela penal deve ser dirigida, seja observando os valores dos direitos fundamentais, buscando o seu fundamento de validade, seja obedecendo a postulados de interpretação constitucional focados na máxima efetividade [...]

Há na Doutrina Moderna, referência a um “Princípio da Verdade Material”, até então controverso, que diz respeito à atuação excepcional do juiz na colheita de provas, diante de um ilícito ou ilegítimo óbice ao Direito de locomoção. Essa atividade atípica se dá diante da necessidade de efetividade e suficiente instrução do procedimento criminal, ainda que tenha viés inegavelmente garantista. A legitimação da ampla produção de provas, como fundamento para a persuasão do juízo, se dá em duas linhas, tanto para fundamentar condenação quanto para justificar absolvição; a instrução suficiente se dá em um processo legítimo, com isonomia e ampla defesa, diante de julgador imparcial, seja com meios de prova típicos ou inominados. No mesmo sentido, a decisão abaixo, extraída do TRT de São Paulo:

Se é do conhecimento do Juiz a existência de prova que possa esclarecer a lide, é seu dever, mesmo de ofício, determinar a sua realização. O processo não é um jogo. O processo tem por finalidade a descoberta da verdade real e é dever da parte colaborar para que o Juízo encontre esta verdade. [...] (TRT/SP - 00172002220085020434 (00172200843402008) - RO - Ac. 2ªT

20101341428 - Rel. LUIZ CARLOS GOMES GODOI - DOE  
18/01/2011)

O princípio da liberdade das provas, que também incide no âmbito penal, desde que diante de objeto lícito e legítimo, garante a não vinculação do sujeito ao modelo tradicional e nominado de provas; sempre se atenta a legislação pátria, contudo, ao resguardo à dignidade humana, bem como à moralidade pública, no uso de um novo instrumento. É amplo o âmbito de utilização probatória, conforme Arenhart e Marinoni (2004), que consideram prova como qualquer meio retórico, desde que lógico, incidente na formação do convencimento judicial.

É recorrente, ainda, no meio acadêmico a afirmação do Direito à Prova como supedâneo do Devido Processo Legal, bem como subsidiário do Acesso à Justiça e do contraditório. Apesar de não consistir em direito explícito, bem como não ter caráter absoluto, sua manifestação se dá frente ao caso concreto, diante da necessidade de efetivação da tutela justa. Em uma análise literal, é certo que a Constituição Federal, em suas prerrogativas e garantias individuais, é exemplificativa; não afasta o reconhecimento de outros direitos fundamentais, que decorram de seu regime e princípios, bem como de Tratados e Convenções Internacionais que tenham sido assumidos pelo país (artigo 5º, § 2º, CRFB/88). O direito à prova é, inclusive, previsto em dois tratados internacionais, devidamente internalizados pelo ordenamento: são eles a Convenção Americana de Direitos Humanos (ratificado pelo Decreto n. 678/69 artigo 8º) e o Pacto Internacional dos Direitos Cíveis e Políticos (ratificado em 1992, pelo decreto n. 592, no seu artigo 14.1, “e”).

O direito fundamental à prova, pelo exposto, resguarda o cidadão do abuso do Poder Público, bem como manifesta a necessidade de isonomia processual entre autor e réu (Cambi *apud* Souza, 2013, p. 2):

“[...] a consagração do direito à prova como direito fundamental significa o reconhecimento da máxima potencialidade possível (efetividade) a ser atribuída ao mecanismo probatório, assegurando às partes do processo todos os meios considerados úteis e idôneos para que possam influenciar o convencimento do juiz [...]”



Quando se rememora recente entendimento do Pretório Excelso, em abril de 2016, resta mais evidente a atuação judicial no sentido da harmonização entre os fatos trazidos e o bom senso médio, que se traduz nos princípios da razoabilidade e proporcionalidade. Sendo assim, principalmente em casos complexos, cabe ao juiz, mediante livre convencimento, decidir a valoração da prova, bem como decidir qual deve ser utilizada para justificar a medida racional a ser tomada. No caso aludido, o magistrado de primeiro grau julgou desnecessária a oitiva de todos os seiscentos e trinta e seis sobreviventes de incêndio ocorrido em 2013, na boate *Kiss*, em Santa Maria (RS). Apesar da alegação por parte da defesa de cerceamento de defesa, manteve o STF, em Habeas Corpus 131158/RS, o entendimento originário, qual seja, ser parte do arbítrio do magistrado a avaliação da “pertinência e relevância” das provas requeridas. Não há, portanto, direito absoluto à prova, conforme decisão da 1ª Turma do Supremo, depreendida de informativo número 823. É dizer que, mesmo diante do reconhecimento da validade das provas derivadas da Serendipidade, não se torna sua aplicação compulsória ao Judiciário, que deve decidir entre os elementos de instrução:

#### 4.4 A INTERCEPTAÇÃO TELEFÔNICA

A aplicação da teoria da prova fortuita, pelo STF e STJ, em geral se sustenta, como visto nos precedentes, em busca e apreensão ou interceptação telefônica, nos indícios que não deixam vestígios materiais. É diante destes instrumentos que a prova costuma, espontaneamente, surgir ao longo das diligências, ainda que reclusas nos interiores dos escritórios.

A interceptação (L.9.296/96) é medida excepcional, visando formar conjunto probatório suficiente. Pode se dar sem a ciência dos interlocutores (gravação em sentido estrito), mediante a gravação por um deles, com a concordância de outro interlocutor (escuta telefônica ou ambiental) ou sem o conhecimento da parte contrária (gravação clandestina). É, em síntese, conforme Habib (p. 158, 2015), meio de prova possível em crimes puníveis com reclusão, em sede judicial ou de inquérito, tratando da interferência em um fluxo de comunicação, em via telefônica, formado entre dois ou mais indivíduos estranhos ao órgão investigatório.

É utilizada excepcionalmente, quando não há meio diverso de produção probatória, mediante ordem de juiz competente para apreciar ação principal, na presença de justa causa (indícios de autoria e presença de materialidade; art. 1º, L. 9.296/96). Possui prazo prorrogável de quinze dias, e é exercida a requerimento ou determinada de ofício. As conversas registradas podem dar vazão a processos administrativos disciplinares ou, a título de prova emprestada, incidirem em relações cíveis. A recorrência da prova fortuita, no âmbito das interceptações, é visível pela própria impossibilidade prática de o agente policial pré-definir o que será captado; não lhe cabe, portanto, deduzir o que virá a ouvir. Por esta razão, se reputa obrigatória a degrevação, na íntegra, dos diálogos interceptados (daqueles, por óbvio, utilizados para instruir a denúncia, de acordo com a doutrina intermediária), com o fito de manter, em absoluto, o sentido e coerência entre a conversa em análise e o contexto em que se inseria. Isso não impede o réu de ter acesso a todos os diálogos interceptados por meio magnético. Convém ressaltar, ainda, que a escuta ou interceptação

difere da simples gravação, de regra ilícita, podendo incidir na figura típica da divulgação de segredo (artigo 153, CP).

Em análise do HC 307.152-GO, julgado em novembro de 2015, o STJ analisou a legalidade de interceptação realizada, pela Polícia Federal, em face de “bicheiro”, alvo original da investigação, tendo sido constatadas, nas ligações, a presença constante de determinado Senador da República.

Entendendo o juízo *a quo* pelo envolvimento do parlamentar, no curso da interceptação, remeteu os diálogos ao STF, conforme prerrogativa de foro do investigado em sede derivada, ato que foi julgado válido pelo STJ, conforme decisão da 6ª Turma, a despeito a demora no envio das gravações, visando superior instrução criminal, bem como o afastamento de eventual suspeita prematura a respeito de agente político. (STJ. 6ª Turma. HC 307.152-GO, Rel. Min. Sebastião Reis Júnior, julgado em 19/11/2015).

No curso das investigações da Operação “Lava Jato”, persecução que tem como foco, em último grau, a probidade dos agentes políticos, é premente a aplicação da Teoria da Serendipidade quando da interceptação telefônica de indivíduos associados a Luiz Inácio Lula da Silva, deferida por juízo federal do Paraná, quando da constatação de supostos ilícitos envolvendo Dilma Rouseff, no dia 16 de março de 2016, na 24ª fase das investigações.

De fato, a decisão pela interceptação, em vias de apuração de crime de lavagem consumado em Londrina/PR- tendo o fato originado a ação penal 5047229-77.2014.404.7000 quedou na apuração de crimes envolvendo terceiros, em conexão com o fato originário, de forma espontânea e legítima, conforme Romano (2016). Não é outro o entendimento de Masson (2015, p. 499), ao dissertar que “[...] situação que por vezes ocorre é a de, por meio de uma interceptação legalmente autorizada, descobrir-se a participação de novos agentes ou a ocorrência de outros crimes” [...], não havendo óbice de sua utilização como indício para persecução penal diversa da originária, ou mesmo para fundamentar o deferimento de nova interceptação. Ainda, segundo o informativo 262/STJ, é autorizado o uso da prova espontânea quando em relação de conexão com o fato investigado, entendimento reiterado pela Corte no julgamento da Ação Originária 549/SP, relativa à venda de sentenças e decisões interlocutórias.

A prova fortuita, derivada de interceptação telefônica legítima, não deve cumprir todos os requisitos afetos à L. 9.296/96, tais como a necessidade de que o novo crime em análise seja punível com pena de reclusão. Doutrinadores chegam a afastar a necessidade de conexão entre a prova originária e a fortuita, entendimento minoritário consubstanciado em algumas decisões, tais como na Ação Penal 536/BA (DJ 04.04.2013), em que “havendo encontro fortuito de notícia da prática de notícia da prática de conduta delituosa, durante a realização de interceptação telefônica [...] não se deve exigir a demonstração da conexão entre o fato investigado e aquele descoberto.” Abaixo, dois precedentes de contundência do STJ, que mantêm o entendimento acerca da adoção da Serendipidade quando diante das interceptações telefônicas:

A sentença de pronúncia pode ser fundamentada em indícios de autoria surgidos, de forma fortuita, durante a investigação de outros crimes no decorrer de interceptação telefônica determinada por juiz diverso daquele competente para o julgamento da ação principal. Nessa situação, não há que se falar em incompetência do Juízo que autorizou a interceptação telefônica, tendo em vista que se trata de hipótese de encontro fortuito de provas (...) (RHC 32.525-AP, Sexta Turma, DJe 4/9/2013. REsp 1.355.432-SP, Rel. Min. Jorge Mussi, Rel. para acórdão Min. Marco Aurélio Bellizze, julgado em 21/8/2014.)

HABEAS CORPUS NÃO CONHECIDO. [...]

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 [...] (HC 201401921596, FELIX FISCHER, STJ - QUINTA TURMA, DJE DATA:25/03/2015)

## 4.5 A BUSCA E APREENSÃO

A busca e apreensão criminal (artigos 240 e seguintes do CPP) é importante meio de instrução, encontrando, em geral, óbice no resguardo aos escritórios (arts. 150 do CP; artigos. 245, 246, 248, 283 e 293 do CPP; artigos. 70 e seguintes, CC/2002). Ocorre em caráter pessoal ou domiciliar; a segunda hipótese (art. 5º, XII, CF/88) depende de objeto restrito, em decisão judicial fundamentada, ao contrário da busca pessoal, que se legitima em fundada suspeita, ainda que sem mandado prévio. Se dá mesmo na fase investigatória ou executiva. Apesar de tratamento homônimo, a busca e apreensão são distintas; a primeira é a diligência efetuada em face de coisa ou pessoa, enquanto a segunda é o apossamento em sentido estrito, seja de bem, seja de guarda de indivíduo.

Como já tratado, a busca e apreensão em face de domicílio se dá de acordo com os parâmetros constitucionais (artigo 5º, XI, CF/88); o STF compreende, ainda, domicílio em sentido amplo, atribuindo a qualificação a qualquer compartimento habitado, ainda que situado em estabelecimento particular, desde que fechado ao público em geral. (BRASIL. Supremo Tribunal Federal. MS-MV 23.595, DJ de 1o-2-2000, Rel. Min. Celso de Mello).

Nos escritórios de advocacia, a diligência é acompanhada por representante da Ordem dos Advogados do Brasil (artigo 7º, §§ 5º e 6º, do Estatuto da OAB). As hipóteses da busca e apreensão domiciliar se dão mediante justa causa, com objeto preciso, tais como na prisão de infratores, apreensão de objetos obtidos por meios criminosos ou na apreensão de vítimas, ou, ainda, no recolhimento de qualquer elemento de convicção (artigo 156, CPP).

Em alguns casos, como no julgamento do Inquérito 2.424/RJ (20.11.2008), o STF chegou a negar a equiparação entre escritório advocatício e domicílio, na medida em que a busca teria se efetivado em local de trabalho vazio, não sendo verificada a presença de indivíduos que ali habitassem.

O precedente mais relevante para a incidência da Serendipidade, tratado no primeiro capítulo (RHC 39412 SP 2013/0230625-6) pela 5ª Turma do STJ, é hipótese concreta de surgimento, no bojo da busca e apreensão, de prova fortuita, que serviu para a valoração do juízo; isto porque, em atinência com a interceptação telefônica, nem sempre é possível uma filtragem de todo o complexo instrutório possível de ser verificado na diligência. A atuação do investigador, ainda que diante de objeto certo, em local determinado, não é específica a ponto de prever, no todo, o que pode ser encontrado como corpo probatório. Surgindo prova que não pode ser ignorada pelo agente, ainda mais quando se constitui em elemento de flagrância, é irrazoável e desproporcional, bem como fisicamente impossível, limitar o encontro e utilização da Serendipidade frente à diligência, conforme vêm entendendo o STJ e STF, na jurisprudência colhida neste Trabalho.

A Teoria da Prova espontânea pode, ainda, incidir nos demais meios de obtenção de prova, tais como o exame de corpo de delito (art. 158 e seguintes, CPP) ou na oitiva de peritos e testemunhas, na medida em que é, em essência, imprevisível e impassível de desprezo instrutório.

Vistos todos os argumentos favoráveis, bem como as negativas à aplicação da Teoria, surge, como incidência natural, o desfecho do que foi apreendido, de acordo com o entendimento jurisprudencial e da leitura da nova principiologia constitucional; se trata, assim, de explicitar a ligação do Trabalho com os objetivos que foram almejados.

## 5. CONCLUSÃO

Tendo como foco a Teoria da Serendipidade, importada de jurisprudência europeia, consolidada por décadas em países como Alemanha e Itália, o que se conclui é pela possibilidade de utilização, em processos criminais, de prova surgida fortuitamente ao longo da instrução, em fase inquisitorial ou judicial, em sua apropriação como prova legítima, concernente com uma interpretação moderna dos princípios constitucionais e processuais.

A análise do tema no Brasil, como se viu, surge através da moderna jurisprudência da Corte Constitucional, bem como do STJ. A origem argumentativa deste Trabalho é a decisão em sede de Recurso Ordinário em Habeas Corpus (RHC 39412- SP), em que se entendeu como válidas as provas flagranciais originadas, fortuitamente, de busca e apreensão realizada no interior de um escritório advocatício. No caso, a Quinta Turma assinalou larga fundamentação principiológica para a manutenção da validade das provas colhidas, tais como os Princípios da Proporcionalidade, da Boa fé e da Instrumentalidade das Formas, bem como a própria efetividade da tutela jurisdicional.

Em sequência, foi abordada a dificultosa produção probatória no âmbito processual penal, bem como os empecilhos ao acesso do cidadão ao Judiciário, pela insuficiência de instrução, bem como por uma leitura excessivamente garantista dos preceitos constitucionais. Se tratou, ainda, de como se dá a dinâmica processual frente às garantias advocatícias, limitação que tange à imunidade na persecução criminal, quando diante desses profissionais.

No trilhar cronológico das decisões tomadas em Tribunais da Alemanha, foram colacionados diversos entendimentos doutrinários em suporte à abrangência da prova criminal. Não raras vezes, o parecer dos juristas se viu apoiado pela moderna jurisprudência do STJ e STF, em sua maioria dos três últimos anos, que adota expressamente a Teoria da Serendipidade.

Imprescindível pontuar que os Tribunais têm como admissível a prova fortuita, através de sua leitura como instrumento válido, isto é, não há uma apologia de aproveitamento de atos ilícitos, mas sim da manutenção de uma prova, surgida ao acaso, a partir de diligência originalmente lícita e legítima e regularmente conduzida. A aplicação da Teoria da Serendipidade, através de vasta principiologia constitucional, têm se dado em nome de uma suficiência de instrução, bem como da utilidade em essência da própria tutela judicial.

O STJ e o STF têm feito, na aplicação da teoria da prova fortuita, leitura da prova sob seu aspecto de validade, na aplicação legal de princípios constitucionais, seja através da razoabilidade e proporcionalidade, seja pela instrumentalidade das formas, em busca da efetividade e suficiência da tutela jurisdicional. A principiologia da Lei Maior, por seu amplo espaço de valoração, não tem sido tomada de forma absoluta. É dizer que a harmonização entre a Constituição e o caso concreto se dá por ponderação de interesses, não restando, por óbvio, ao legislador a busca, em essência, pela preservação da impunidade, bem como de uma insuficiente tutela jurisdicional.

O reconhecimento implícito da prova como Direito Fundamental, conforme a melhor doutrina, corrobora com a ideia de liberdade probatória, na medida em que seja válida, bem como deriva na própria busca, na área penal, pela Verdade Real. Apesar de ser afastada pela doutrina garantista a Teoria da Serendipidade, é o direito à prova expressado, como se verificou, em dois tratados ratificados pelo Poder público (Convenção Americana de Direitos Humanos e Pacto Internacional de Direitos Civis e Políticos).

A intervenção do Estado no quadro social, seja na prevenção da criminalidade ou em sua repressão, se dá, portanto, por uma suficiente colheita de provas, que beneficia tanto a condenação quanto a absolvição, na medida em que uma tutela jurisdicional suficiente é uma prestação isonômica e justa. As prerrogativas constitucionais, intrinsecamente, não reconhecem como louvável o abuso de direito, senão seu exercício de maneira equânime. Em nome da razoabilidade, indaga Carvalho (2007, p. 95), a respeito da Prova Casual em sede de interceptações telefônicas:

Até que ponto é razoável, diante de uma interceptação telefônica em que tenham sido atendidos todos os pressupostos formais e



materiais, diante de uma descoberta inédita, não a validar considerando-se a gravidade da descoberta e, via de consequência, a sua danosidade social e, assim, a necessidade de rápida atuação judicial?

As provas surgidas em Serendipidade, que devem ser, segundo a maioria acadêmica, conexas ou continentes à prova originária, são resultado de uma reforma penal progressiva, de ampla valoração do que é colhido inquisitorial ou judicialmente, conforme a L. 11.690/2008, e possui significativa relevância no combate a crimes de maior complexidade. A ampliação do campo probatório penal é tema contemporâneo nas mais recentes operações policiais, diante de crimes como os de lavagem de dinheiro, nos crimes contra a Administração Tributária ou Pública e, ainda, frente à atuação de organizações criminosas. A relevância atual se justifica nas recorrentes buscas e interceptações que não raro se efetivam em escritórios, gabinetes parlamentares e departamentos jurídicos de empresas. A verificação da prova fortuita é visível mesmo diante dos mais trabalhosos e árduos carreamentos instrutórios, tais como na Operação Lava Jato, composta de vinte e quatro fases, tendo a primeira sido iniciada em 17 de março de 2014, ou diante da Operação Zelotes, deflagrada em 2013, que abrange fatos iniciados em 2004, envolvendo sonegação fiscal manejada, em tese, por setenta e quatro empresários.

Conforme a incidência da prova descoberta ao acaso, normalmente encontrada em diligências de interceptação telefônica ou em busca e apreensão, o trabalho demonstrou a possibilidade, bem como a imprescindibilidade de sua utilização quando diante de crimes cometidos no interior de escritórios advocatícios. De fato, a ampla legislação protetiva desses profissionais (L. 8.906/94), originada dos direitos à inviolabilidade, privacidade e ampla defesa, se demonstra limitativa quando restringe por demasiado a instrução penal, em óbice à eficácia de outros preceitos constitucionais, tais como os da celeridade processual e da Razoabilidade e, em último grau, a pacificação social.

Por derradeiro, é de se consignar a relevância de se discutir o tema, no apoio que oferta à nova Leitura do fenômeno processual criminal, em três grandes axiomas; a instrução criminal é vista de forma ampla, diante da relativização e necessidade de efetividade e contemporaneidade dos princípios

constitucionais; a Teoria da Prova Fortuita é, além de necessária, lícita e legítima, seja pelo conteúdo depreendido das normas processuais, seja pela opinião da doutrina e jurisprudência; e, por fim, é medida de justa e suficiente prestação judicial, para acusação e para a defesa, tendo como signo central o pilar da razoabilidade e proporcionalidade.

## REFERÊNCIAS

- ALVES, Nicolas Dourado Galves; DURAN, Laís Batista Toledo.** A serendipidade e a teoria das janelas quebradas. ETIC 2015- Encontro de Iniciação Científica.
- ANDRADE, Manuel da Costa.** Sobre as proibições de prova em Processo Penal. São Paulo: ed. Coimbra, 2013.)
- ARENHART, Sérgio Cruz; MARINONI, Luiz Guilherme.** Manual do Processo de Conhecimento. São Paulo: Ed. dos Tribunais, 2004.
- AVENA, Norberto.** Processo Penal esquematizado. 7ª ed. São Paulo: ed. Método, 2015.
- AVOLIO, L. F. T.** Provas ilícitas: interceptações telefônicas, ambientais e gravações clandestinas. 4. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2010.
- BARROS, Francisco Dirceu.** Serendipidade e as limitações à teoria dos frutos da árvore envenenada. Revista Prática Jurídica. São Paulo: ano X, n. 110. 31 de maio de 2011.
- BONFIM, E. M.** Curso de processo penal. 4. ed. São Paulo: Saraiva, 2009.
- BRASIL. Constituição da República Federativa do Brasil.** Lei de 05 de outubro de 1988.
- BRASIL. Código Penal. Decreto-Lei nº 2.848, de 7 de dezembro de 1940.** Vade mecum. São Paulo: Saraiva, 2008.
- BRASIL, Decreto-Lei nº 3.689, de 3 de outubro de 1941.** Código de Processo Penal. Diário oficial da República federativa do Brasil. Brasília. DF, 3 de out. 1941. Disponível em : <http://www.planalto.gov.br/ccivil/decreto-lei/del3689.html>. Acesso em: 20 mar. 2014.
- BRASIL. Lei n. 9.296, de 24 Jul. 1.996.** Disponível em: < [http://www.planalto.gov.br/ccivil\\_03/leis/l9034.htm](http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/l9034.htm)>. Acesso em 10 nov. 2015.
- CARVALHO, Fernanda Moura de.** A inusitada descoberta: o valor probatório do encontro fortuito nas interceptações das comunicações telefônicas. Recife: Universidade Católica de Pernambuco- UNICAP, 2007.
- CARVALHO, Saulo de.** Anti manual de Criminologia. 5ª ed. São Paulo: ed. Saraiva, 2013.
- CASTRO, Carlos Roberto Siqueira.** Inviolabilidade de escritórios de advocacia e departamentos jurídicos das empresas- sigilo profissional e prerrogativas da profissão de advogado. Rio de Janeiro: Revistas da OAB-RJ e do Instituto dos Advogados brasileiros- IAB, 2009.
- CASTRO, Fernando; NUNES, Samuel; NETTO, Vladimir.** Moro derruba sigilo e divulga grampo de ligação entre Lula e Dilma. Disponível em: [http://www.g1.globo.com/\(Castro, 2016\)/pr/parana/noticia/2016/03/pf-libera-](http://www.g1.globo.com/(Castro, 2016)/pr/parana/noticia/2016/03/pf-libera-)

[documento-que-mostra-ligacao-entre-lula-e-dilma.html](#)>. Acessado em: 10 abr. 2016.

**COSTA, S. H. da.** Os poderes do juiz na admissibilidade das provas ilícitas. Revista do Processo, ano 31, v. 133, p. 85-120, mar. 2006.

**DIGUERIAN, Mirian Goncalves.** Princípio constitucional da proporcionalidade e sua implicação no direito penal. Revista dos Tribunais, n. 43. 11 abril – junho 2003.

**FABRINI, Renato N.** A criminalidade, o rigor e a efetividade da Lei penal. Disponível em: <http://www.cartaforense.com.br/conteudo/colunas/a-criminalidade-o-rigor-e-a-efetividade-da-lei-penal/23> >. Acessado em: 10 abr. 2016.

**FERNANDES, Antonio Scarance.** Processo Penal Constitucional. 5. Ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2007.

**FILHO, Genicio Calliari.** Provas ilícitas e o princípio da proporcionalidade no processo penal. UNESC em Revista. Espírito Santo: ano XI, n. 26. II semestre de 2009.

**FRÓES, Carla Baggio Laperuta; REINAS, Cássia Cristina Hakamada; PEREIRA, Sara Caroline de Deus.** A matriz principiológica da prova como direito fundamental. Revista Em Tempo. Marília/SC: v. 11, 2012.

**GARCIA, Bruna Pinotti; LAZARI, Rafael de.** Manual de Direitos Humanos. 2. ed. Salvador: ed. Juspodivm, 2015.

**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>. 08 de abril de 2009.

**GOMES, Luiz Flávio; MOLINA, Antonio García-Pablos de.** Criminologia: coleção Ciências Criminais v. 5. 7ª ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2011.

**GOMES, Mariângela Gama de Magalhães.** O princípio da proporcionalidade no Direito Penal. 1 ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2003.

**GRINOVER, Ada Pellegrini.** A marcha do processo. 1ª ed. Rio de Janeiro: Forense Universitária, 2000.

**GRINOVER, Ada Pellegrini.** As nulidades no processo penal. 8. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2004.

**HABIB, Gabriel.** Leis penais especiais tomo III. Salvador: Juspodivm, 2015.

**HAMILTON, Sergio Demoro.** As provas ilícitas, a teoria da proporcionalidade e a autofagia do Direito. Revista do Ministério Público do Rio De Janeiro. PGJRJ, n. 11, p. 264-265, jan-jun. 2000.

**JESUS, Damásio Evangelista de.** “Interceptação de comunicações telefônicas.”, Revista dos Tribunais, São Paulo, n. 735, p. 458-473, jan. 1997.

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

**JUSBRASIL.** Impunidade veta blindagem dos escritórios de advocacia. Disponível em: <http://correio-forense.jusbrasil.com.br/noticias/91251/impunidade-veto-a-blindagem-dos-escritorios-de-advocacia>>. Acessado em: 10 abr. 2016.

**LE MOS, Bruno Espiñeira.** Discussões atuais de Direito Penal: relato de uma breve experiência na Alemanha. 2ª ed. Curitiba: Letra da Lei, 2014.

**LENZA, Pedro.** Direito constitucional esquematizado. 18 ed., rev., atual. e ampl. São Paulo: Saraiva, 2015.

**LIMA, Renato Brasileiro de.** Manual de Processo Penal. 2ª edição. Salvador: Juspodivm, 2014.

**LOPES JÚNIOR, Aury.** Direito Processual Penal. 9. ed. rev. e atual. São Paulo: Saraiva, 2012.

**MASSON, Cleber.** Direito Penal- Parte geral. 9ª ed. São Paulo: Ed. Método, 2015.

**MENDES, M. G. de.** Direito à intimidade e interceptações telefônicas. Belo Horizonte:

Mandamentos, 1999.

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

**MIRABETE, J. F.** Processo penal. 18. ed. São Paulo: Atlas, 2008.

**NUCCI, G. de S.** Manual de processo penal e execução penal. 5. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2009.

**PACELLI, Eugênio.** Curso de Processo Penal. 17ª edição. São Paulo: Atlas, 2013.

**PRADO, Leandro Cadenas.** Provas ilícitas no Processo Penal. Niteroi: ed. Impetus, 2006.

**QUEIJO, Maria Elizabeth.** O direito de não produzir prova contra si mesmo. 2 ed. São Paulo: ed. Saraiva, 2012.

**R. C. CAENEGEM.** Judges, legislators e professors. Inglaterra: Cambridge University Press, 1992.

**RODRIGUES, Geordan Antunes Fontenelle.** Teoria do encontro fortuito de provas: serendipidade de primeiro e segundo grau. In: Âmbtio Jurídico, Rio Grande, XVII, n. 122, mar 2014.

**ROMANO, Rogério Tadeu.** Prova ilícita e Prova ilegítima. Disponível em: <https://www.jus.com.br/artigos/47406/prova-ilicita-e-prova-ilegitima.html> >. Acessado em: 10 abr. 2016.

**SARLET, Ingo Wolfgang.** A inviolabilidade do domicílio e seus limites: o caso do flagrante delito. Revista de Direitos Fundamentais e Democracia. Curitiba: v. 14, n. 14, p. 544-562. Julho\dezembro de 2013.

**SOUSA, David Melo de.** Escutas telefônicas: o efeito à distância e os conhecimentos fortuitos. Dissertação de mestrado apresentada à Faculdade de Direito na Universidade de Coimbra; 2015.

**SOUZA, Carlos Murilo Laredo.** O processo não é um jogo. Disponível em: <http://jus.com.br/artigos/25889/o-processo-nao-e-um-jogo> >. Acessado em: 10 abr. 2016.

**STARCK, Christian.** I diritti fondamentali nel Grundgesetz della Repubblica Federale di Germania. Giurisprudenza Costituzionale, 1992.

**TÁVORA, Nestor; ALENCAR, Rosmar Rodrigues.** Curso de Direito Processual Penal. Salvador: Juspodivm, 2012.

\_\_\_\_\_. Superior Tribunal de Justiça. Disponível em: <[www.stj.gov.br](http://www.stj.gov.br)>. Acesso em: 10 abr. 2016.

\_\_\_\_\_. Supremo Tribunal Federal. Disponível em: <[www.stf.jus.br](http://www.stf.jus.br)>. Acessado em: 10 abr. 2016.