

O ENCONTRO FORTUITO DE PROVAS NO PROCESSO PENAL BRASILEIRO E AS CORRESPONDENTES RESTRIÇÕES NA LEGISLAÇÃO ALEMÃ

Tiago Kalkmann

SERENDIPITY IN BRAZILIAN CRIMINAL PROCEDURE AND THE RESTRICTIONS FROM GERMAN LEGISLATION

RESUMO

O presente artigo apresenta um estudo sobre como a doutrina e a jurisprudência brasileiras tratam o tema da serendipidade ou encontro fortuito de provas no processo penal. A doutrina majoritária entende que deve ser admitida a prova de crime conexo com o crime principal que esteja sendo investigado. No caso da interceptação telefônica, a aplicabilidade restrita dessa doutrina demandaria que o “crime achado” observasse também os requisitos para a decretação da medida. Todavia, as jurisprudências atuais do STF e do STJ dispensam a reclusão como punição para o crime fortuito (para a interceptação telefônica) e propugnam a ampla admissão da prova, ainda que não haja a referida conexão. A ausência de critérios da jurisprudência pode ser confrontada com o direito alemão, em que o encontro fortuito é regulado por lei e admitido em algumas hipóteses. Em regra, adota-se o critério da legalidade da obtenção alternativa hipotética para os meios de prova que não se aplicam a todos os crimes. Conclui-se que tais critérios poderiam ser implantados no Brasil, a fim de tratar da serendipidade, de harmonizar as fontes jurídicas e de prevenir o abuso de poder.

» **PALAVRAS-CHAVE:** SERENDIPIDADE. ENCONTRO FORTUITO. PROVA. CONEXÃO. INTERCEPTAÇÃO TELEFÔNICA.

ABSTRACT

This article analyzes serendipity in criminal procedural law, in the eyes of Brazilian doctrine and jurisprudence. Most of the academy understands that casual evidence could be accepted if it has a connection to the crime that has been investigated. In the case of wiretapping, evidence admissibility is restricted to certain crimes, and this would demand that the casually found crime follow the requirements for the enactment of the measure. Nevertheless, the Brazilian Supreme Court dismisses this particularity and understands that casual findings are always valid, even when they have no connection to the main facts. The absence of criteria can be confronted with German law, where casual findings are regulated by law and admitted in determined situations. As a rule, serendipity is applied to evidences that are not admitted to every crime, like wiretapping. This article concludes that these criteria could be applied in Brazilian criminal procedure as a way to attune the sources of law and to prevent misfeasance.

» **KEYWORDS:** SERENDIPITY. CASUAL FINDING. EVIDENCE. CONNECTION. WIRETAPPING.

INTRODUÇÃO

Neste trabalho, busca-se analisar como a doutrina e a jurisprudência processual penal brasileiras tratam o encontro fortuito de provas, também conhecido como serendipidade (palavra derivada da expressão inglesa *serendipity*). Em especial, serão verificados os limites apresentados pela doutrina majoritária e a forma destoante pela qual os tribunais superiores resolvem, no caso concreto, as questões pertinentes ao tema.

Ao cabo, há a proposta de identificar o modo diverso por meio do qual o direito alemão trata a questão, propondo limites materiais ao uso

das provas descobertas de maneira fortuita, sem descuidar do interesse público subjacente à investigação dos fatos criminosos.

A justificativa para esta pesquisa, de plano, é a atordoante ausência de qualquer regulamentação legal sobre o tema, relegada integralmente à doutrina e à jurisprudência a função de colmatação da lacuna. Portanto, a importância da doutrina para a solução da controvérsia objeto deste artigo demonstra a necessidade de que ela seja constantemente revisada. Ademais, esse assunto voltou a ser apresentado frequentemente na pauta judiciária dos últimos anos, em especial com o crescendo de crimes descobertos, por acidente, em interceptações telefônicas realizadas na Operação Lava Jato.

Primeiramente, será realizada uma revisão bibliográfica do tema, a fim de sistematizar o entendimento doutrinário enquanto forma de produção do direito, a ser aplicado no silêncio da lei. Portanto, o método da revisão demonstrará como a doutrina majoritária estuda e propõe a resolução de problemas relacionados ao assunto, em especial o critério da conexão entre os crimes como forma de diferenciar as provas que podem ser utilizadas no processo penal¹.

Em seguida, será analisada a jurisprudência mais recente dos tribunais superiores, com a observação central de que ela destoa da proposição doutrinária e propugna a aplicação ilimitada das provas obtidas fortuitamente. Será realizada, ainda, uma análise específica das controvérsias sobre a serendipidade nas interceptações telefônicas e os seus efeitos, quando dizem respeito a investigados que detenham a prerrogativa de foro especial.

Partindo das premissas observadas no direito brasileiro, será feita breve análise da regulação do tema no direito alemão. A princípio, constata-se uma diferença fundamental entre os dois em razão do trato do tema no próprio Código de Processo Penal (*Strafprozeßordnung – StPO*) alemão. O § 477 traz uma regulamentação satisfatória sobre o assunto e estabelece o critério da “legalidade da hipotética obtenção alternativa”² como limite à utilização das provas fortuitas.

Em adendo, tendo em vista a preocupação doutrinária com a possibilidade de que o crime “achado”³ não seja investigado, nem punido (tal preocupação é uma constante também na doutrina brasileira), a legislação alemã apresenta critérios excepcionais, que buscam conciliar a legalidade dos procedimentos probatórios com o interesse público na investigação dos crimes.

A hipótese central é de ser possível que a legislação e a jurisprudência brasileiras adotem critérios limitadores do uso de provas fortuitas, inclusive com o objetivo de evitar a utilização transversa de provas invasivas de direitos fundamentais, como é o caso da interceptação telefônica.

Dessa maneira, partindo das premissas obtidas no direito alemão, na conclusão será verificada a possibilidade de aplicação do mesmo critério no processo penal brasileiro, ainda que, atualmente, o entendimento jurisprudencial seja avesso às tentativas de limitação.

1 O ENCONTRO FORTUITO DE PROVAS OU A SERENDIPIDADE

“Serendipidade” não é uma palavra que faça parte do léxico da língua portuguesa. Trata-se, na realidade, de neologismo resultante da adaptação da palavra inglesa *serendipity*, que significa a situação em que são feitas descobertas afortunadas aparentemente por acaso.

O encontro fortuito se verifica no ramo probatório, quando a prova de determinada infração penal é obtida a partir da busca regularmente determinada para a investigação de outro crime (GOMES; CUNHA, 2009). Todavia, tal delimitação conceitual é puramente doutrinária, uma vez que a lei não se preocupou em disponibilizar a regulamentação básica sobre a situação, perdendo a oportunidade de incidir sobre espaço que demanda a atuação da lei (PACELLI, 2015)⁴.

O encontro fortuito ocorre, no mais das vezes, no caso de medidas cautelares de investigação, como a busca e apreensão ou a interceptação telefônica (SIQUEIRA, 2016). Todavia, a incidência dele não se restringe a essas medidas, pois é possível que se descubra um crime de maneira acidental até mesmo em um depoimento de testemunhas.

Para Renato Brasileiro de Lima (2017), o elemento central a ser considerado é a linha de desdobramento normal da investigação. Dessa forma, os elementos descobertos durante uma medida de busca e apreensão que não tenham relação com o fato investigado ou dele não resultem devem ser considerados encontros fortuitos.

É possível falar, portanto, de serendipidade objetiva, considerada mais comum, que ocorre na hipótese em que uma investigação de tráfico de drogas descubra a prática de crime de homicídio (STF: HC 129678/SP). Todavia, é possível que a serendipidade seja subjetiva, ao se descobrir, acidentalmente, que o autor do fato investigado não coincide com o suspeito inicial⁵. Por fim, ela pode ser mista, quando, no curso da investigação, a autoridade descobre a prática de fato diverso por pessoa sem relação com a investigação corrente.

A consideração da linha de desdobramento comum da investigação é o critério principal para aferir a legalidade da medida e a possibilidade de utilização das informações como provas, no sentido estrito⁶, aptas à condenação.

1.1 A DOUTRINA PROCESSUAL PENAL E O CRITÉRIO DA CONEXÃO

A avaliação da possibilidade de utilização da prova obtida fortuitamente depende, segundo parcela da doutrina francamente dominante, dos critérios da linha comum de desdobramento da investigação e da conexão entre os crimes.

Existe parcela da doutrina que defende a inadmissibilidade absoluta da prova obtida fortuitamente. Para Lopes Jr. (2016), admitir que informações obtidas mediante busca e apreensão ou quebra de sigilo sejam utilizadas como provas de crimes diversos daqueles inicialmente investigados implica desvio da vinculação causal da prova.

O autor argumenta que tais medidas, por importarem em sacrifício do direito fundamental à intimidade, exigem a eficácia limitada de seus efeitos, pois o ato judicial que determina a medida é plenamente vinculado ao pedido realizado e ao material colhido, direcionados a um fato específico e determinado⁷ (LOPES JR., 2016).

Nessa linha, admitir o uso amplo e irrestrito de toda e qualquer informação obtida casualmente poderia abrir espaço para a utilização de meios probatórios invasivos de forma transversa (ARANHA, 2006)⁸. Como exemplo, poderia haver a solicitação de interceptação telefônica para investigar o tráfico de entorpecentes, quando, de fato, a autoridade gostaria de conseguir informações sobre a existência de um crime acerca do qual não possui indícios suficientes para obter a mesma medida. Portanto, os objetivos legais das medidas restritivas tornam-se fluidos, possibilitando o abuso e o desvio de finalidade.

Logo, a proibição de utilização da prova fortuita cumpriria o propósito, comum às demais ilicitudes probatórias, de controle e pedagogia das atividades policiais persecutórias (PACELLI, 2015).

Para o autor, é importante observar se a atividade policial se desviou da linha de desdobramento comum da investigação de maneira abusiva, como em uma busca de animais silvestres que acaba com policiais revirando armários e gavetas para a apreensão de documentos. O autor argumenta, todavia, que, se não ocorrer desvio abusivo, a utilização das provas deve ser autorizada, uma vez que já foram produzidas e deve-se tomar cuidado para que a teoria “não se transforme em instrumento de salvaguarda de atividades criminosas” (PACELLI, 2015, p. 367)⁹. Portanto, havendo conduta abusiva por parte da investigação, as provas serão ilícitas (LIMA, 2017).

Todavia, não se pode afirmar que todas as provas encontradas fortuitamente, sem abuso de poder, poderão ser utilizadas. Na realidade, ainda que a autoridade tenha agido de acordo com os limites do exercício de poder, persiste a extrapolação do objeto da medida decretada e a necessidade de controle da atividade policial.

A doutrina separa as hipóteses de encontro fortuito de provas entre serendipidade de primeiro e de segundo grau. A primeira hipótese diz respeito ao encontro de provas sobre fatos que tenham relação de conexão ou continência com o fato principal investigado. A serendipidade de segundo grau, por sua vez, ocorre quando as provas descobertas não guardam qualquer relação com o fato que se pretendia provar.

A conexão e a continência que levam ao reconhecimento da serendipidade de primeiro grau são aquelas previstas nos artigos 76¹⁰ e 77¹¹ do Código de Processo Penal, que implicam modificação da competência para o julgamento do crime. Nessas situações, a prova de um fato influencia diretamente a prova do outro, seja em razão da influência de relação de tempo ou lugar, seja da acessoriedade entre os crimes, seja, até mesmo, em razão do concurso de agentes.

Justamente em decorrência da relação entre os crimes ou entre suas provas (no caso da conexão probatória do inciso 76, inciso III, do CPP), a doutrina majoritária¹² admite a utilização da prova fortuitamente obtida quanto a crime conexo ou contido¹³. Baltazar Jr. (2006) ressalta que o fato investigado ainda não possui contornos totalmente delineados, sendo impossível exigir uma correspondência unívoca entre o fato investigado e o resultado da investigação; portanto, estando os fatos dentro dos contornos aproximados da investigação, a prova deve ser utilizada.

De fato, não se pode afirmar que a medida de investigação tenha transgredido o seu curso regular, quando é descoberto coautor da mesma infração, crime cometido nas mesmas circunstâncias ou infração cuja prova esteja intimamente relacionada à outra¹⁴.

Na realidade, a conexão implica a existência de um liame entre dois delitos, de modo que se aconselhe a união dos processos, para que o julgador possua perfeita visão do quadro probatório (TOURINHO FILHO, 1979). Nessa situação, impedir a utilização da prova, somente por se tratar de descoberta fortuita, equivaleria a impedir a visão completa do quadro pelo julgador.

Antônio Scarance Fernandes (2007) entende que esse critério corresponde a um “ponto médio” entre a total inadmissão da prova descoberta fortuitamente e o resguardo dos interesses do Estado.

López Fragoso (1993) afirma que a conexão demanda que o fato descoberto casualmente tenha relação não apenas com o crime investigado mas também com o sujeito passivo da medida de investigação. Portanto, seria inutilizável a prova fortuita que dissesse respeito a crime sem conexão ou a investigado diverso.

Tal conclusão, todavia, não encontra respaldo na definição de conexão na legislação brasileira, que apresenta como conexos os crimes cometidos por pessoa diversa, desde que unidos por algum liame¹⁵.

Os fatos descobertos em razão de serendipidade de segundo grau, por sua vez, não guardam qualquer ligação com o fato inicialmente investigado, razão pela qual as provas não podem ser utilizadas. Na realidade, tratando-se de descoberta que realmente não tenha conexão com o crime inicial, mormente consideradas as amplas hipóteses de conexão previstas na legislação¹⁶, é vedada sua utilização em virtude da grande probabilidade de desvio do curso regular da medida.

Isso não quer dizer que deva ser negado todo e qualquer valor às provas descobertas acidentalmente, sem conexão (FERNANDES, 2007); significa apenas que não podem ser consideradas provas em sentido estrito, aptas a fundamentar uma condenação. De acordo com López Fragoso (1993):

Por lo tanto, los descubrimientos casuales adquiridos gracias a una medida de intervención telefónica legítimamente ordenada y ejecutada no podrán utilizarse como fuente de prueba – fuera de los límites de los delitos conexos – en un proceso distinto de aquel en que se obtienen. Ello no significa que la adquisición de estos descubrimientos no pueda tener ninguna consecuencia jurídica. Podrán tenerla, pero ésta se limitará, fuera de los límites expresados, a la adquisición de una noticia criminis y, teniendo en cuenta que los sujetos que adquieren estos conocimientos no podrán ser otros que un Juez de instrucción o, inmediatamente, los policías ejecutantes de la medida, habrá de dar lugar, hechas las comprobaciones necesarias, a la incoación de un nuevo proceso penal mediante la apertura de un sumario o de unas diligencias previas, donde se podrá autorizar, en su caso, una nueva e independiente intervención telefónica (LÓPEZ FRAGOSO, 1993, p. 88-89).

Também Streck (2001) reconhece expressamente a possibilidade de que as provas sejam utilizadas para deflagrar a investigação de novo crime, com a adoção de novas buscas e novas medidas¹⁷.

O que se observa, portanto, é que a doutrina majoritária impõe dois limites à utilização das provas fortuitas: a ausência de desvio abusivo da linha de desdobramentos comum e a existência de conexão entre o objeto investigado e o crime acidentalmente descoberto. Ao compartilhar as conclusões de Tasca (2013), pode-se afirmar que, verificada a conexão entre os fatos, deve ser admitida a utilização da prova fortuita; ausente o liame de conexão, o fato fortuitamente descoberto valerá apenas como *notitia criminis*.

Existem, todavia, problemas adicionais que se impõem ao intérprete, quando se depara com duas situações específicas: a descoberta fortuita de provas relacionadas a pessoa portadora de foro por prerrogativa de função e o encontro fortuito em sede de interceptação telefônica.

1.2 OS PROBLEMAS DO FORO POR PRERROGATIVA FUNCIONAL E DA INTERCEPTAÇÃO TELEFÔNICA

Questão tormentosa se afigura a possibilidade de que seja descoberto, acidentalmente, o envolvimento de pessoa ocupante de foro por prerrogativa funcional nos fatos investigados.

Como se sabe, o foro especial é prerrogativa de determinados cargos públicos como forma de garantir a segurança do exercício da função. Portanto, as pessoas que, no momento, ocupam o cargo, não serão julgadas pela primeira instância do Poder Judiciário, mas por órgãos colegiados de variados graus, dependendo do cargo ocupado. Entende-se que a competência desses órgãos não se restringe ao julgamento, mas ao acompanhamento de todos os atos de investigação e à deliberação sobre as medidas que dependam de autorização judicial.

Imagine-se a situação em que, durante a execução de medida autorizada por juiz de primeira instância, são descobertas casualmente provas que incriminem senador da República. Essas provas podem ser utilizadas, ainda que a medida não tenha sido autorizada pelo Supremo Tribunal Federal, foro competente para o julgamento do senador (art. 102, I, b, da CF/88)? Tais casos se tornaram comuns com a Operação Lava Jato devido ao envolvimento de muitos portadores de foro funcional nas investigações promovidas pela Polícia Federal.

A primeira observação a ser feita é que a prova passa a ser considerada ilícita a partir do momento em que o portador de foro funcional se torna investigado, visto ter sido ordenada por juiz diverso do juiz natural. Por outro lado, não se pode reputá-la ilícita desde o início, pois, nesse momento, ela foi regularmente ordenada. Trata-se de alteração superveniente da competência, que não nulifica todos os atos até então produzidos.

A doutrina recomenda, na situação em comento, que a medida seja imediatamente interrompida e os autos remetidos ao novo juízo competente, para que delibere sobre o prosseguimento das investigações, sem que sejam descartados os atos até então produzidos¹⁸.

O encontro fortuito de provas que ocorra no decurso de uma interceptação telefônica também apresenta severas dificuldades, inclusive devido às limitações técnicas impeditivas de que seja interrompida facilmente, de maneira imediata¹⁹. Portanto, os encontros fortuitos estão relacionados à interceptação telefônica por uma razão técnica (LÓPEZ FRAGOSO, 1993).

Contudo, não se pode ignorar que todo encontro fortuito de provas em interceptação telefônica constitui prova sem autorização judicial, pois se refere a fato que o magistrado não autorizou. A situação se agrava em virtude da previsão expressa do art. 2º, parágrafo único, da Lei 9.296/96, em que há a afirmativa de que “Em qualquer hipótese deve ser descrita com clareza a situação objeto da investigação, inclusive com a indicação e qualificação dos investigados, salvo impossibilidade manifesta, devidamente justificada”.

Logo, tendo em vista a indicação expressa dos motivos que autorizam a medida, constitui nítido desvio a coleta de provas sobre outros assuntos quaisquer, ainda que por acidente²⁰.

Adicionalmente, a interceptação telefônica é cabível apenas para fim de investigação criminal, preenchidos os requisitos do art. 2º da Lei 9.296/96²¹, *a contrario sensu*, indícios razoáveis da participação ou da autoria na infração, insuficiência dos outros meios probatórios e fato punido com pena de reclusão.

De plano, revela-se absolutamente ilícito utilizar a interceptação telefônica para a investigação de crime punido com a pena de detenção ou prisão simples. Da mesma forma, não se poderia admitir a utilização de prova descoberta fortuitamente que se referisse a fato punido com, no máximo, detenção ou prisão simples.

Nesse contexto, parcela da doutrina propõe que o encontro fortuito de provas apenas seja admissível, se, além de preenchido o requisito da conexão, estejam preenchidos os requisitos objetivos de cabimento da medida para o crime “achado”. Nessa linha, a lição de Greco Filho (2015) e Andrade (2006).

Luiz Flavio Gomes e Sílvio Maciel (2010) esposam o mesmo entendimento, ressaltando não ser possível apresentar interpretação extensiva no âmbito de medidas restritivas:

Com a devida vênia, utilizar uma interpretação telefônica como prova num crime punido com detenção significa flagrante violação ao texto legal em análise. Trata-se de prova inválida. Pela lei a interceptação só vale para crimes punidos com reclusão. Não se pode, pois, fazer interpretação extensiva do texto legal para considerar que se o delito punido com detenção ou contravenção é conexo com o delito para o qual foi autorizada a interceptação a prova então será válida para todas as infrações. Não há nada na presente lei que permita tal interpretação (GOMES; MACIEL, 2010, p. 121).

Na realidade, utilizar a interceptação para a prova de crime punido com detenção revela-se ainda mais grave do que utilizá-la para crime que não tenha conexão com o delito inicialmente investigado. Isso, porque a prova estará sendo usada a despeito de uma clara e uníssona proibição probatória, mediante artifício discursivo que permite, em último plano, a utilização transversal de qualquer prova em toda e qualquer hipótese.

Esse não é o entendimento da jurisprudência de nossos tribunais já há muitos anos. De fato, a jurisprudência atual tende a corroborar a utilização irrestrita das provas fortuitas, até mesmo sem atentar para os critérios do desvio causal e da conexão, expostos anteriormente. Portanto, os critérios doutrinários são relegados a segundo plano por uma jurisprudência que se preocupa, preponderantemente, com a preservação das prerrogativas do *jus puniendi*.

1.3 A DISCIPLINA DO ENCONTRO FORTUITO NA JURISPRUDÊNCIA

Inicialmente, a jurisprudência reconhecia e aplicava os critérios tradicionais do desvio causal e da conexão como forma de determinar a possibilidade de utilização de provas fortuitas. Dessa forma, era admitida a utilização da prova sempre que o fato fosse relacionado com o objeto da investigação, demonstrando que não houve desvio no curso causal²².

Embora as jurisprudências do STJ e do STF não fizessem menção expressa ao conceito de conexão contido no art. 76 do Código de Processo Penal, era comum o uso de expressões como “fato relacionado” ou “estreita relação com o objeto da investigação”.

Como forma de demonstrar a evolução da jurisprudência do Superior Tribunal de Justiça quanto à serendipidade, partir-se-á da análise de julgados selecionados, proferidos pela Quinta Turma da Corte, que demonstram a quebra de paradigma no tratamento da matéria.

No longínquo ano de 2006, a Turma firmou o entendimento de que é inadmissível a prova derivada da apreensão de bens diversos daqueles contidos no mandado de busca e apreensão por ofensa às garantias da legalidade e da inviolabilidade de domicílio²³. Portanto, havendo desvio do curso causal, a prova deveria ser considerada ilícita.

Já em 2012, tratando da situação específica da interceptação telefônica, a Quinta Turma do Superior Tribunal de Justiça entendeu possível a utilização de provas encontradas fortuitamente, desde que verificada a “estreita relação” com os fatos investigados²⁴. Esse entendimento continuou sendo aplicado até 2015, conforme se pode observar de julgados extraídos da jurisprudência da mesma Turma²⁵.

A orientação jurisprudencial começou a se inverter a partir do julgamento pela Corte Especial do Superior Tribunal de Justiça das denúncias, em parte, da Ação Penal 690. No caso, a investigação havia sido deflagrada para investigar a prática de crime de moeda falsa; entretanto, no transcurso de interceptação telefônica regularmente autorizada, foram descobertos indícios da prática de venda de decisões judiciais por desembargadores do Tribunal de Justiça de Tocantins (TJ/TO), o que fez com que os autos fossem enviados ao STJ²⁶. Na ocasião, o ministro relator afirmou, em seu voto, que a doutrina dominante dispensava a conexão entre os fatos (mas citou apenas a obra de Fernando Capez) e concluiu pela ampla admissibilidade de todas as provas produzidas, ainda que não houvesse conexão ou continência²⁷, desde que a interceptação tivesse sido legalmente autorizada²⁸.

Após a mudança de paradigma gerado por esse precedente da Corte Especial, a jurisprudência da Quinta Turma deixou de exigir expressamente a relação entre os crimes, passando a afirmar a admissibilidade genérica da serendipidade²⁹. O ápice desse novo entendimento se verifica no HC 376.927/ES, julgado em 17/10/2017, no qual a Quinta Turma expôs, de forma clara, o novo posicionamento na ementa do julgado:

PENAL. *HABEAS CORPUS* SUBSTITUTIVO DE RECURSO PRÓPRIO. INADEQUAÇÃO. ADVOCACIA ADMINISTRATIVA QUALIFICADA. NULIDADE. INTERCEPTAÇÃO TELEFÔNICA. ENCONTRO FORTUITO DE PROVAS (SERENDIPIDADE). CRIME PUNIDO COM DETENÇÃO. POSSIBILIDADE. PROVA LÍCITA. TRANCAMENTO DO PROCESSO PENAL. TIPICIDADE DA CONDUTA. OCORRÊNCIA. JUSTA CAUSA. PARA A PERSECUÇÃO PENAL EVIDENCIADA. LASTRO NAS PROVAS CAUTELARES. *HABEAS CORPUS* NÃO CONHECIDO.
[...]

2. A jurisprudência desta Corte é firme no sentido da adoção da teoria do encontro fortuito ou casual de provas (serendipidade). Segundo essa teoria, **independentemente da ocorrência da identidade de investigados ou réus, consideram-se válidas as provas encontradas casualmente pelos agentes da persecução penal, relativas à infração penal até então desconhecida, por ocasião do cumprimento de medidas de obtenção de prova de outro delito regularmente autorizadas, ainda que inexista conexão ou continência com o crime supervenientemente encontrado e este não cumpra os requisitos autorizadores da medida probatória, desde que não haja desvio de finalidade na execução do meio de obtenção de prova.**
[...]

9. *Habeas corpus* não conhecido.

(HC 376.927/ES, Rel. Ministro RIBEIRO DANTAS, QUINTA TURMA, julgado em 17/10/2017, DJe 25/10/2017, grifo do autor).

Extrai-se do julgado que os critérios tradicionais prevaletentes na doutrina e na jurisprudência anteriores foram expressamente rejeitados. A única hipótese em que as provas fortuitas serão consideradas ilícitas ocorre quando derivarem de desvio de finalidade na execução.

Embora o exame da matéria tenha partido do ponto de vista da Quinta Turma do Superior Tribunal de Justiça, esse entendimento é compartilhado também pela Sexta Turma da Corte³⁰, revelando uma genuína alteração jurisprudencial de flexibilização dos parâmetros probatórios.

Aliás, não apenas a exigência de conexão ou continência foi afastada, mas também foi afirmada a possibilidade de utilização da interceptação telefônica, ainda que o crime descoberto não cumpra com os requisitos autorizadores da medida probatória. Esse entendimento, como exposto, vai de encontro à posição de parte da doutrina, que entende ser cabível a prova fortuita apenas se o crime “achado” também preencher os requisitos de cabimento da medida.

Essa posição jurisprudencial não é nenhuma novidade. Desde 2010, o Supremo Tribunal Federal firmou o entendimento de que é possível a utilização de provas obtidas fortuitamente em interceptação telefônica para a prova de crimes punidos com detenção (AgRg no AI 626.214/MG)³¹. O argumento central dessa admissão é a legalidade da autorização da interceptação telefônica. Na oportunidade, todavia, o ministro relator ressaltou que o fato descoberto era conexo com o objeto da interceptação telefônica.

Contudo, a jurisprudência do Supremo Tribunal Federal também alterou sua compreensão, à semelhança do que ocorreu no Superior Tribunal de Justiça, passando a perfilhar o entendimento de que a conexão é dispensável para o encontro fortuito de provas. No julgamento do RHC 120379/RO³²,

em 2014, a Corte considerou válidas as provas obtidas fortuitamente a respeito de crime totalmente diferente do objeto inicial da investigação.

Em posição bastante elucidativa acerca do entendimento atual sobre a admissibilidade da prova do crime “achado”, o relator do HC 129678/SP³³, julgado em 13/6/2017, destaca ser o critério da conexão indiferente para a análise a que se propõe:

Assim, o “crime achado” – ou seja, a infração penal desconhecida e, portanto, até aquele momento não investigada – sempre deve ser cuidadosamente analisado para que não se relativize em excesso o inciso XII do art. 5º da Constituição (“é inviolável o sigilo da correspondência e das comunicações telegráficas, de dados e das comunicações telefônicas, salvo, no último caso, por ordem judicial, nas hipóteses e na forma que a lei estabelecer para fins de investigação criminal ou instrução processual penal”). Apesar de não haver dados nos autos que atestem se há ou não conexão entre os crimes, a prova obtida mediante interceptação telefônica quanto a essa infração penal diversa da investigada deve ser considerada lícita, pois presentes os requisitos constitucionais e legais: a interceptação foi autorizada por ordem judicial e o crime é apenado com reclusão. Só poderia ser afastada a prova se verificássemos – o que não é o caso – alguma hipótese de desvio de finalidade. (HC 129678/SP, Rel. Ministro Alexandre de Moraes, p. 10-11).

Em alinhamento jurisprudencial, o STJ e o STF entendem que a única situação em que a prova fortuita não poderá ser utilizada é na hipótese de desvio de finalidade na execução da prova (como no caso de fraude para obter uma autorização judicial). De resto, o critério jurisprudencial é não adotar qualquer critério.

O resultado é que praticamente todas as provas fortuitas serão admitidas³⁴. Embora se mantenha, no discurso, a inadmissão do desvio de finalidade, o fato é que a jurisprudência se mostra condescendente com a necessidade de conferir eficácia ao sistema penal, que poderia ser minada, caso uma prova não fosse plenamente admitida para os fins condenatórios.

Assim, sacrifica-se o princípio da legalidade em tentativas desesperadas para salvá-lo, admitindo-se provas contrariamente a expressa vedação legal. Rejeita-se a pedagogia da atividade policial na tentativa de retribuir a atividade criminoso (no sentido kantiano). A ausência de critérios judiciais de prova, em vez de preservar a legalidade e a racionalidade do sistema penal, abre ainda mais espaço para arbitrariedades.

2 AS PROIBIÇÕES PROBATÓRIAS E O ENCONTRO FORTUITO NA LEGISLAÇÃO ALEMÃ

O estudo das proibições probatórias no direito alemão constitui uma das grandes problemáticas do processo penal, desde que o termo foi cunhado por Ernst Beling para se referir às situações em que a lei proíbe a prova de determinado fato ou a utilização de meio determinado para se provar o fato. Beling defendia que o interesse público na persecução penal não poderia ser considerado uma grandeza uniforme, mas deveria ceder espaço em determinadas situações, como forma de proteção ao indivíduo (AMBOS, 2009).

Kai Ambos (2009), ao proceder à revisão do tema, entende que a proibição probatória possui um componente individual, como a garantia de proteção aos direitos fundamentais, e coletivo, a preservação de realizar o *fair trial*³⁵.

A doutrina alemã distingue, ainda, a proibição de produção da prova (*Beweiserhebungsverbot*) da proibição de valoração da prova (*Beweisverwertungsverbot*), sendo que esta última é a que impede a utilização judicial de uma determinada prova. Jäger (2003) explica que nem toda prova ilicitamente produzida acarretará, necessariamente, a proibição de sua valoração ou utilização, o que denomina de princípio da abstração. Dessa maneira, para que se proíba a utilização de prova, é necessário disposição legal expressa ou fundamento doutrinário.

Não existe uniformidade doutrinária acerca dos fundamentos para a proibição de valoração da prova. Volk (2016) expõe diversas teorias que buscam fundamentar a proibição, como a teoria do âmbito de direitos³⁶ (*Rechtkreistheorie*), a teoria dos fins de proteção da norma³⁷ (*Schutzzwecklehre*) ou, ainda, a teoria do domínio sobre a informação pessoal³⁸ (*Informationsbeherrschunganspruch*), mas conclui que cada uma é parcial e se aplica apenas quando considerado o caso concreto.

Ademais, é possível que exista uma proibição de valoração da prova, ainda que tenha sido lícitamente produzida³⁹. Para essas hipóteses, a jurisprudência alemã aplicava a teoria das esferas, entendendo que deveria haver sempre a proibição de valoração quando a prova adentrasse a esfera íntima do investigado; todavia, mesmo a aplicação jurisprudencial dessa doutrina não é uniforme (AMBOS, 2009).

Também Gössel (2007) reitera que os esforços da doutrina em construir uma teoria para as proibições probatórias foram infrutíferos. Tanto do ponto de vista formal quanto material, segundo o autor, não foi possível determinar, com exatidão, quais provas poderiam ser utilizadas⁴⁰. O autor busca sistematizar hipóteses em que haverá proibição de valoração, como no descumprimento do dever de informação, na violação a normas de competência ou no caso de ataque a direito da personalidade.

As regras para a utilização de encontros fortuitos (*Zufallfunden*) estão dispostas de maneira direta ou indireta no texto do *Strafprozeßordnung* (*StPO*), razão pela qual o desrespeito a tais regras configura uma prova ilicitamente produzida. Adicionalmente, a proibição de produzir tal prova gera a proibição de utilizá-la, em virtude da previsão legal e da violação ao domínio informacional.

Na teoria alemã, o princípio da proporcionalidade exerce papel fundamental, quando se trata da análise da proibição probatória (GÖSSEL, 2007; VOLK, 2016); todavia, existe um critério fundamental que baliza a análise da admissibilidade da prova fortuitamente descoberta: a legalidade da obtenção alternativa hipotética.

2.1 O § 477 DO *StPO* E O CRITÉRIO DA LEGALIDADE DA OBTENÇÃO ALTERNATIVA HIPOTÉTICA

Inicialmente, cumpre ressaltar que não existe critério único para avaliar a possibilidade de valoração das provas fortuitas no direito alemão, mas apenas um critério que tende a se repetir nas regulamentações. Na realidade, alguns dispositivos sobre procedimentos probatórios específicos (em geral os mais invasivos) trazem regras sobre a admissão de provas fortuitas.

A doutrina destaca, de plano, que os encontros fortuitos (*Zufallsfunden*) não podem derivar de manifesto desvio ou abuso de poder, mesmo nos casos em que sejam admitidos. Portanto, não pode uma busca e apreensão direcionada a determinado crime iniciar seus trabalhos com foco totalmente diferente (BEULKE, 2010).

O critério da legalidade da obtenção alternativa hipotética, como se verificará, era o critério de maior aplicação na jurisprudência alemã, o que o levou a ser consagrado como regra geral no § 477 do *StPO* e a ser repetido em diversas disposições probatórias específicas.

Existem critérios legislativos que são estabelecidos de acordo com as peculiaridades de cada tipo de prova. Logo, salta aos olhos a primeira diferença com o sistema brasileiro: a resposta para a questão pode ser encontrada, via de regra, na própria legislação, consideradas as características de cada prova.

Como maior exemplo, pode ser citado o § 108 do Código Alemão, que autoriza a autoridade da investigação, durante a execução de busca e apreensão, a apreender objetos que apontem para a prática de delito, ainda que não tenham conexão com o fato investigado. Segundo a lógica inculpada na lei, a autoridade policial não pode “fechar os olhos” ao objeto que indique, com clareza, a prática de delito (BEULKE, 2010).

Por outro lado, quando a medida probatória puder ser obtida apenas em determinadas circunstâncias e para determinados crimes, tais requisitos precisam estar presentes no fato fortuitamente descoberto, sob pena de proibida a valoração.

Esse é o critério da legalidade da obtenção alternativa hipotética. Quando a medida probatória puder ser utilizada para todos os crimes, serão válidos todos os encontros fortuitos. Por outro lado, em se tratando de medida limitada a determinados crimes (interceptação telefônica, por exemplo), é necessário perquirir se o encontro fortuito, hipoteticamente, poderia ser alternativamente investigado mediante a mesma medida.

A regra está contida atualmente⁴¹ no § 477, II, que, por sua relevância, será transcrito:

§ 477 – Compartilhamento de Dados e Restrições de Uso
Informações podem ser fornecidas na forma de cópias dos arquivos dos autos.
Informações ou inspeção dos autos poderão ser negados quando o compartilhamento das informações contrariar a finalidade do processo penal ou ameaçar as investigações desenvolvidas em outro procedimento criminal ou, ainda, quando for contrário a regras de uso de documentos federais ou editadas por *Land*. Se uma medida deste Código for cabível apenas em caso de suspeita de crimes determinados, então as informações pessoais obtidas por este meio somente poderão ser utilizadas, sem o consentimento do indivíduo afetado, para fins de prova de outro ilícito penal para o qual a mesma medida deste Código poderia ter sido ordenada. Adicionalmente, dados pessoais obtidos por uma medida deste tipo também poderão ser utilizados sem o consentimento da pessoa: 1 – para a repressão de um significativo perigo à segurança pública; 2 – para as finalidades de compartilhamento do art. 18 do Ato Federal de Proteção à Constituição; e 3 – de acordo com o § 476. (tradução livre⁴²)

A mesma regra está prevista (com algumas alterações, como se verá no tópico 2.2, *infra*) no § 100e, ao tratar do procedimento das medidas de busca *on-line* e escuta ambiental.

O critério exposto demanda a realização de um juízo hipotético, para verificar se a prova fortuitamente encontrada poderia ter sido investigada pela mesma medida probatória que levou à descoberta. Essa análise não é tão complexa.

No direito alemão, as interceptações telefônicas somente são cabíveis para a investigação de determinados crimes graves previstos no rol taxativo do § 100a do *StPO*. Da mesma forma, as medidas de busca *on-line* e escuta ambiental somente podem ser decretadas para a investigação dos crimes previstos no § 100b. Isso quer dizer que, se no curso de uma escuta ambiental, forem descobertos indícios da prática de crime que não esteja na lista, os *Zufallsfunde* não poderão ser diretamente valorados, no juízo oral, enquanto prova da prática criminosa⁴³.

É interessante destacar outras limitações das medidas de vigilância relacionadas ao tema dos encontros fortuitos. O § 100d proíbe expressamente que a busca *on-line* ou a escuta ambiental sejam realizadas entre o investigado e seu defensor. Caso fortuitamente sejam identificadas comunicações desse jaez, a informação não poderá ser utilizada e deverá ser imediatamente deletada⁴⁴. O mesmo ocorrerá na hipótese em que se tenha acesso fortuito a informações do núcleo da vida íntima do investigado.

O curso de investigação hipotético, conforme bem exposto por Volk (2016), permite discutir a possibilidade de utilização de provas ilicitamente produzidas, mas deve ser analisado com muito cuidado, para que não sejam amplamente confirmadas as provas produzidas em violação de competência.

Da mesma forma, embora o critério seja utilizado pela jurisprudência e encontre respaldo legal, possui exceções que possibilitam a valoração das provas fora da obtenção alternativa hipotética. Tais exceções são pensadas como forma de possibilitar o exercício célere e efetivo do poder punitivo para alguns casos.

2.2 AS EXCEÇÕES LEGAIS E A RELATIVIZAÇÃO PARA OS CRIMES CONEXOS

O § 477, II, frase 3, do *StPO* apresenta três exceções legais ao critério da obtenção alternativa hipotética: repressão de perigo à segurança pública, finalidades contidas no § 18 do Ato Federal de Proteção à Constituição (*Bundesverfassungsschutzgesetz*) ou conformidade com o § 476 do *StPO*.

A última exceção se refere à cessão de informações para universidades, entidades educacionais ou agências públicas para o fim de pesquisa, de acordo com uma série de requisitos⁴⁵. As demais exceções devem ser analisadas em conjunto, devido à vagueza do termo “segurança pública”.

O § 18 do Ato Federal de Proteção à Constituição estabelece o dever de as autoridades públicas informarem o Departamento de Proteção à Constituição sobre atos ou fatos que indiquem risco à segurança nacional ou aos serviços de inteligência, direcionados aos bens indicados no § 3º da mesma lei, como a ordem livre e democrática ou a existência e a segurança da federação, por exemplo. Em consequência, quaisquer informações podem ser utilizadas no sentido último de proteção do Estado.

A exceção relativa à segurança pública, por sua vez, deve ter sua interpretação restringida: autoriza a utilização e a valoração das provas fortuitas, neste caso, não para a segurança do Estado (protegida pelo § 18 do Ato Federal de Proteção à Constituição), mas para a segurança da sociedade civil, como na hipótese de ato criminoso com potencial de atingir uma multiplicidade de indivíduos.

A possibilidade de utilização das provas, mesmo sem a obtenção alternativa hipotética, em se tratando de risco à segurança pública, confere ao magistrado a possibilidade de exercer juízo de ponderação entre o grau de risco do crime descoberto e a garantia da intimidade. Trata-se, portanto, de genuína cláusula que visa resguardar o poder punitivo e a segurança pública em casos de relevante perigo.

Além de tais exceções expressamente previstas no § 477 e de outras previstas esparsamente pelo *StPO*, a doutrina entende que o critério da obtenção alternativa hipotética pode ser relativizado, quando o crime fortuitamente descoberto for conexo àquele inicialmente investigado, seja do ponto de vista material (concurso de crimes), seja formal (conexão processual ou probatória).

Nesse contexto, Volk (2016) leciona que é possível valorar diretamente as provas derivadas de interceptação telefônica, ainda que se refiram a crime que não esteja previsto no catálogo legal, desde que forme unidade com o crime do catálogo do ponto de vista jurídico-material ou formal⁴⁶.

Também Gössel (2007) admite o conhecimento fortuito dos crimes conexos, mas com entendimento restritivo. Para o autor, é necessário que o próprio fato demande a presença de terceira pessoa, que, por essa razão, deve estar submetida aos meios de conhecimento imediatos.

A jurisprudência alemã corrobora tal relativização, admitindo as provas fortuitas de crimes não catalogados (no caso da interceptação telefônica), quando se encontrem em relação estreita e direta com um crime catalogado⁴⁷ (AMBOS, 2009). Essa relativização jurisprudencial retoma o critério que foi, por algum tempo, adotado pela jurisprudência brasileira e agora abandonado em prol de uma ampla admissibilidade, conforme exposto no ponto 1.3, *supra*.

Nos casos em que não se verifique a obtenção alternativa hipotética nem quaisquer das exceções até aqui expostas (em especial a conexão), a prova não poderá ser valorada. Todavia, nesse caso, não haverá efeito extensivo⁴⁸ da proibição probatória para além do processo, uma vez que o encontro fortuito poderá dar azo a novas investigações e, eventualmente, a nova denúncia⁴⁹.

CONCLUSÃO

A doutrina brasileira majoritária, como exposto, entende que a admissão dos encontros fortuitos não pode ser ilimitada, tendo em vista a necessidade de evitar que os meios invasivos de prova sejam utilizados transversalmente, bem como de prevenir o abuso do poder de investigação. Esse problema é ainda mais grave no caso da interceptação telefônica, que depende de autorização judicial para investigar fatos determinados e é cabível apenas para determinados crimes de forma subsidiária.

A jurisprudência brasileira, contudo, deixou de acompanhar a tecnicidade do direito penal. Cedendo a pressões por punição imediata, passou a relativizar os *standards* probatórios e a reconhecer, até mesmo, o cabimento transversal da interceptação telefônica para a prova de crimes punidos com detenção.

O Supremo Tribunal Federal, em contexto de fortes pressões penais (no julgamento do Mensalão), iniciou o movimento de relativização, que foi concluído com a dispensa de todo e qualquer critério na análise da admissibilidade da prova fortuita. Legaliza-se, portanto, o uso de medidas de vigilância sob os mais diversos pretextos, o que, em último grau, mina o art. 5º, inciso XII, da Constituição Federal.

Não é necessário abolir critérios probatórios para garantir uma suposta eficácia ao sistema penal. O direito alemão consagra as regras principais sobre o encontro fortuito de provas na própria legislação, trazendo o critério da legalidade da obtenção alternativa hipotética para todas as medidas cabíveis em apenas alguns crimes específicos. Ademais, oferece critérios excepcionais que visam munir o poder punitivo das informações necessárias para a garantia da segurança pública.

Embora a jurisprudência alemã também coloque exceções à regra geral, o entendimento técnico dos tribunais não se distancia das colocações técnicas da doutrina, nem as contraria, permitindo manter o sistema jurídico íntegro e harmônico entre suas diversas fontes.

É possível, pelo exemplo do modelo alemão, trazer regras de controle das provas fortuitas sem que isso signifique impunidade ou enfraquecimento do poder punitivo estatal. Pelo contrário, concebe-se que o poder punitivo apenas se legitima, de fato, quando pode agir sem violar o princípio da legalidade e as garantias individuais dos investigados ou acusados.

Não existe incompatibilidade entre as regras e os critérios extraídos do sistema alemão e o processo penal brasileiro. Pelo contrário, a adoção de critérios semelhantes no direito brasileiro conferiria harmonia entre as fontes jurídicas e contribuiria para evitar abusos do poder de investigação.

O ideal seria que tais critérios viessem por meio de uma legislação nova e moderna, que equilibrasse o direito à privacidade e ao sigilo com as demandas da segurança pública e da responsabilidade penal. Todavia, não existe qualquer obstáculo a que a jurisprudência retome os critérios anteriormente utilizados em consonância com a doutrina.

Portanto, os critérios expostos podem constituir um modelo a ser eventualmente (re)adotado no processo penal brasileiro, consagrando o controle da atividade probatória e a preservação de garantias individuais.

Aprovado em: 10/1/2019. Recebido em: 23/7/2018.

NOTAS

¹ Nesse sentido, a doutrina realiza a divisão fundamental entre serendipidade de primeiro e de segundo grau, conforme será exposto com mais rigor no tópico 2.1, *infra*.

² *Hypothese der rechtmäßigen Alternativerlangung*, no original. Tal critério será analisado no tópico 3.1., *infra*.

³ Tal expressão é aqui utilizada para fazer referência expressa ao quanto decidido pelo STF no HC 129678/SP, julgado em 13/06/2017, que será analisado mais adiante.

⁴ PACELLI (2015) destaca que a Lei nº 11.690/2008, embora tenha descido a inúmeras minúcias no trato da prova, perdeu a oportunidade de regulamentar a matéria, consolidando uma omissão legislativa que não é exclusiva do Código de Processo Penal, mas de toda a legislação especial que define procedimentos probatórios.

⁵ A serendipidade subjetiva torna-se ainda mais controversa quando o novo autor do fato investigado possui foro por prerrogativa funcional, gerando discussões sobre a admissibilidade da descoberta e a própria legitimidade da decretação da medida, tendo em vista a alteração superveniente da competência.

⁶ Por provas, no sentido estrito, busca-se expressar a ideia de elemento de convencimento do magistrado regularmente produzido, judicializado e submetido ao contraditório. A ideia contrapõe-se aos elementos de investigação formados durante o inquérito policial sem que o acusado possa deles tomar ciência e participar de sua produção.

⁷ Aury LOPES JR (2016) conclui afirmando que o ato policial que descobre ato diverso constitui abuso do poder de polícia, fora dos limites objetivos contidos na decisão que decretou a medida. Portanto, o excesso deve ser considerado ilícito, o que obstará a sua utilização.

⁸ ARANHA (2006) assevera que admitir a prova fortuita, principalmente no caso da interceptação telefônica, significa utilizar uma autorização judicial fora de seus estritos limites balizadores. Assim, a prova fortuitamente colhida seria ilícita por fugir dos preceitos legais que autorizam a prova.

⁹ Na realidade, a opinião de PACELLI (2015) quanto ao ponto parece contraditória. O autor inclui o encontro fortuito dentro do capítulo das ilicitudes probatórias e inicia expondo a inadmissibilidade das informações casualmente obtidas. Todavia, o autor acaba por adotar, ao final, posição estritamente utilitarista, afirmando que deve ser admitida a utilização das provas fortuitas praticamente sempre, pois a invasão da privacidade já foi decretada, não havendo razão para se impedir a utilização de algumas das informações. Esquece o autor, todavia, que a interceptação telefônica e demais medidas são decretadas em face de indícios concretos da prática de determinado delito e para uma finalidade estrita que não alcança os atos reais. Tal pensamento equivale a afirmar que, decretada legalmente uma medida de busca e apreensão, poderia a autoridade descobrir todo e qualquer fato da vida do investigado e trazer para o processo, em flagrante invasão do núcleo essencial da garantia à intimidade.

¹⁰ Art. 76. A competência será determinada pela conexão:

¹ – se, ocorrendo duas ou mais infrações, houverem sido praticadas, ao mesmo tempo, por várias pessoas reunidas, ou por várias pessoas em concurso, embora diverso o tempo e o lugar, ou por várias pessoas, umas contra as outras;

¹¹ – se, no mesmo caso, houverem sido umas praticadas para facilitar ou ocultar as outras, ou para conseguir impunidade ou vantagem em relação a qualquer delas;

¹² – quando a prova de uma infração ou de qualquer de suas circunstâncias elementares influir na prova de outra infração.

¹³ Art. 77. A competência será determinada pela continência quando:

¹ – duas ou mais pessoas forem acusadas pela mesma infração;

¹¹ – no caso de infração cometida nas condições previstas nos arts. 51, § 10, 53, segunda parte, e 54 do Código Penal.

¹² Além dos autores citados no corpo desta pesquisa, compartilham o entendimento pela aplicação do critério da conexão: LIMA (2017); ROQUE, TÁVORA, ALENCAR (2016); GOMES, MACIEL (2010).

¹³ Na realidade, como já exposto, existe parte da doutrina que entende pela inadmissão das provas fortuitas (LOPES JR., 2016) e outra parte que afirma ser possível sua utilização em todas as situações que não houver abuso de poder (PACELLI, 2015; CAPEZ, 2012), pois a invasão da privacidade já foi determinada de toda forma.

¹⁴ A primeira situação se refere à hipótese de continência prevista no art. 77, inciso I, do CPP, que deve ser admitida para fins de encontro fortuito de provas, tendo em vista a finalidade processual semelhante à conexão. As demais situações configuram hipótese de conexão (art. 76).

¹⁵ Nesse sentido, a previsão do art. 76, inciso I, que considera conexos os crimes cometidos ao mesmo tempo por várias pessoas reunidas, por exemplo.

¹⁶ As hipóteses de conexão previstas no art. 76 do CPP são muito amplas e genéricas, não sendo possível conferir contornos definidos ao instituto. A conexão probatória (art. 76, inciso III), por exemplo, confere um amplo espaço de discricionariedade ao julgador na definição do que entende por conexo (LOPES JR., 2016). Dessa maneira, a própria lei possibilita “arrastões” aparentemente sem conexão, demonstrando a extrema abrangência do conceito e a possibilidade de uso indevido como forma de justificar um encontro fortuito ou os rumos de uma investigação. Portanto, maior cuidado deve-se tomar quando os fatos não foram sequer considerados conexos pela autoridade, revelando a grande probabilidade de terem sido frutos de um abusivo desvio de finalidade da medida.

¹⁷ Até mesmo a utilização das provas fortuitas como *starter* de uma nova investigação é encarada com ressalvas por LOPES JR (2016), pois o autor entende paradoxal considerar a prova ilícita em um processo e admiti-la como início de outro, em violação ao princípio da legalidade.

¹⁸ Existe posicionamento que busca trazer maior refinamento a esta solução, partindo da distinção entre serendipidade de primeiro e de segundo grau. Segundo este posicionamento, havendo a descoberta de fatos que não tenham relação de conexão com o fato inicialmente investigado, deve o juiz cindir as investigações e remeter apenas os novos fatos descobertos para a análise da autoridade competente. Os documentos relativos ao fato inicialmente investigado, por sua vez, prosseguiriam normalmente. Esta foi a manifestação da PGR na

Proposta de Súmula Vinculante (PSV) nº 115. Para maiores informações: <<http://www.stf.jus.br/portal/cms/verNoticiaDetalhe.asp?idConteudo=315807&caixaBusca=N>>. Acesso em: 08/01/2018.

¹⁹ Tal conclusão infirma, em parte, a conclusão oferecida pela doutrina quanto ao problema do foro funcional. Embora a doutrina recomende a interrupção da medida e a remessa dos autos ao juiz competente, esta interrupção não pode ser levada a cabo com tanta facilidade no curso de interceptação telefônica, em que as conversas vigiadas prosseguem e continuam ao alcance das autoridades. Portanto, o problema do foro funcional não pode ser resolvido de maneira tão simples.

²⁰ A teoria dos motivos determinantes implica que a decisão fundamentada se responsabiliza pela verificação dos motivos indicados para a prática do ato. Embora haja controvérsia acerca da aplicação da teoria dos motivos determinantes para decisões judiciais (não se aplica ao controle de constitucionalidade, por exemplo), causa estranhamento que uma medida interventiva se desvie dos motivos que lhe deram respaldo.

²¹ Art. 2º Não será admitida a interceptação de comunicações telefônicas quando ocorrer qualquer das seguintes hipóteses:

^I – não houver indícios razoáveis da autoria ou participação em infração penal;

^{II} – a prova puder ser feita por outros meios disponíveis;

^{III} – o fato investigado constituir infração penal punida, no máximo, com pena de detenção.

Parágrafo único. Em qualquer hipótese deve ser descrita com clareza a situação objeto da investigação, inclusive com a indicação e qualificação dos investigados, salvo impossibilidade manifesta, devidamente justificada.

²² Tal exigência não se aplica, por óbvio, no caso da descoberta acidental de crimes futuros. Nessa situação, deve a autoridade policial agir para impedir a prática delitiva da qual tiveram conhecimento, pois não pode o Estado quedar-se inerte em face de crime que vai ocorrer, ainda que não seja conexo. Nesse sentido, confira-se: STJ – HC: 69552 PR 2006/0241993-5, Relator: Ministro FELIX FISCHER, Data de Julgamento: 06/02/2007, T5 – QUINTA TURMA, Data de Publicação: DJ 14.05.2007 p. 347.

²³ STJ: HC 55.986/RJ. Relator Ministro Gilson Dipp. Quinta Turma. Julgado em: 06/06/2006. Publicado DJ em: 01 de ago. 2006. De fato, há nítido desvio do curso causal na hipótese de apreensão de bens diversos daqueles descritos no mandado. Todavia, a situação se assemelha por completo à utilização de provas obtidas fortuitamente em interceptação telefônica, pois também neste caso a autorização descreve o objeto a ser investigado. A única justificativa para a diferença de tratamento nos dois casos seria a inviabilidade técnica de se encerrar de imediato a interceptação, enquanto que no caso da busca e apreensão a descoberta fortuita decorre de conduta comissiva da autoridade policial que deveria ter sido omitida.

²⁴ STJ: RHC 28.794/RJ. Relatora Ministra Laurita Vaz, Quinta Turma. Julgado em 06/12/2012. Publicado no DJe de 13/12/2012.

²⁵ Como exemplo: HC 300.684/RS. Relator Ministro Felix Fischer, Quinta Turma. Julgado em 17/03/2015. Publicado no DJe de 25/03/2015. Na ocasião, a Turma esclareceu que aplicava este entendimento em consonância com precedentes da jurisprudência do Tribunal.

²⁶ Acerca da necessidade de remessa imediata dos autos ao tribunal competente no caso de envolvimento de pessoas portadoras de foro funcional (alteração superveniente de competência), observe-se o tópico 2.2., *supra*.

²⁷ É interessante, notar, ainda, que o Ministro Relator justifica a dispensa do requisito da conexão com base em uma suposta jurisprudência do STJ que já dispensava a relação entre os fatos. Todavia, cita para este fim um precedente que dizia respeito à descoberta fortuita de crimes futuros, sobre os quais o Estado possui a obrigação de agir (veja novamente nota 22). Desconsidera, portanto, os outros precedentes da Quinta Turma que exigem a relação entre os fatos e aplica de maneira errada um precedente isolado, como forma de justificar o recebimento da denúncia contra os desembargadores.

²⁸ STJ: APn 690/TO. Relator Ministro João Otávio de Noronha, Corte Especial. Julgado em 15/04/2015. Publicado no DJe de 22/05/2015.

²⁹ De fato, logo após o julgamento da APn 690, a Quinta Turma reiterou a exigência da conexão no julgamento do HC 315318/SP. Todavia, o julgamento ocorreu apenas um mês após o julgamento da APn pela Corte Especial, revelando mero desajuste decorrente da mudança de entendimento que não levou a alteração no caso concreto.

³⁰ A título de consulta, podem ser citados os seguintes julgados da Sexta Turma do Superior Tribunal de Justiça: REsp 1465966/PE. Relator Ministro Sebastião Reis Júnior, Sexta Turma. Julgado em 10/10/2017. Publicado no DJe de 19/10/2017; REsp 1524528/PE. Relator Ministro Nefi Cordeiro, Sexta Turma. Julgado em 05/09/2017. Publicado no DJe de 13/09/2017; RHC 81.964/RS, Relator Ministro Antonio Saldanha Palheiro, Sexta Turma. Julgado em 09/05/2017. Publicado no DJe de 15/05/2017.

³¹ AI 626214 AgR. Relator Ministro Joaquim Barbosa, Segunda Turma. Julgado em 21/09/2010. Publicado no DJe de 08/10/2010.

³² RHC 120379/RO, Relator Ministro Luiz Fux, Primeira Turma. Julgado em 26/08/2014. Publicado no DJe de 24/10/2014.

³³ HC 129678/SP, Relator Ministro Marco Aurélio, Relator para Acórdão: Ministro Alexandre de Moraes, Primeira Turma. Julgado em 13/06/2017. Publicado no DJe de 18/08/2017.

³⁴ Na realidade, dentre a pesquisa jurisprudencial realizada, foi encontrado apenas um julgado, em 2006 (veja nota 23) em que a prova fortuita foi considerada ilícita. Em todos os outros precedentes, a prova foi plenamente admitida, reforçando a visão de que os parâmetros de prova estão cada vez mais fragilizados pela interpretação judicial.

³⁵ Esta concepção se coaduna com a dupla função estabilizadora da norma penal: possibilitar a persecução penal efetiva mantendo o reconhecimento e a preservação das garantias individuais. AMBOS (2009) reforça que este aspecto da autonomia individual motivou as primeiras reformas legislativas com proibições probatórias, como a introdução do § 136a no Código de Processo Penal Alemão em meados de 1950.

³⁶ Segundo a teoria do âmbito de direitos, quando a ilicitude no modo de produção da prova afetar essencialmente o âmbito de direitos do investigado, isso acarretará uma proibição de valoração da prova no juízo oral. Dessa forma, a falta de instrução a uma testemunha, por si só, não afeta direitos do investigado. A crítica feita a esta teoria é de que o próprio julgamento justo é um direito que está sendo violado, o que levaria a que toda irregularidade na produção da prova levasse a uma proibição de valoração (VOLK, 2016).

³⁷ A teoria dos fins de proteção da norma propugna que é a própria finalidade da norma de proibição de produção que indicará se haverá ou não proibição de valoração. Também esta teoria peca por sua indeterminação e parcialidade (AMBOS, 2009).

³⁸ A doutrina do domínio sobre a informação pessoal entende que deve ser restituído ao titular da informação violada a autodeterminação sobre suas próprias informações, restaurando um padrão ético mínimo (AMBOS, 2009).

³⁹ Isso é contestável, pois se a prova não poderá ser valorada por invadir a esfera íntima da pessoa, por exemplo, entende-se que a própria produção de prova sobre a esfera íntima também não encontra respaldo no ordenamento jurídico.

⁴⁰ Na realidade, o critério proposto pelo autor busca determinar quais provas levam à cassação, se utilizadas no juízo oral, e quais não demandam reforma da decisão (GÖSSEL, 2007). Embora o autor não admita, o efeito prático de tal distinção é o mesmo da divisão tradicional entre proibições de produção e de valoração.

⁴¹ O § 477 do StPO passou a incluir tal dispositivo em 2008, por meio de reforma legislativa. Anteriormente, a regra da obtenção alternativa hipotética era aplicada pela jurisprudência e foi incluída, gradativamente, em dispositivos esparsos do Código, como o revogado § 447 (VOLK, 2016), relativos a diversos tipos de prova, até que foi consagrada no § 477 como regra geral.

⁴² § 477 *Datenübermittlung und Verwendungsbeschränkungen*

⁽¹⁾ *Auskünfte können auch durch Überlassung von Abschriften aus den Akten erteilt werden.*

⁽²⁾ *Auskünfte aus Akten und Akteneinsicht sind zu versagen, wenn der Übermittlung Zwecke des Strafverfahrens, auch die Gefährdung des Untersuchungszwecks in einem anderen Strafverfahren, oder besondere bundesgesetzliche oder entsprechende landesgesetzliche Verwendungsregelungen entgegenstehen. Ist eine Maßnahme nach diesem Gesetz nur bei Verdacht bestimmter Straftaten zulässig, so dürfen die auf Grund einer solchen Maßnahme erlangten personenbezogenen Daten ohne Einwilligung der von der Maßnahme betroffenen Personen zu Beweis Zwecken in anderen Strafverfahren nur zur Aufklärung solcher Straftaten verwendet werden, zu deren Aufklärung eine solche Maßnahme nach diesem Gesetz hätte angeordnet werden dürfen. Darüber hinaus dürfen personenbezogene Daten, die durch eine Maßnahme der in Satz 2 bezeichneten Art erlangt worden sind, ohne Einwilligung der von der Maßnahme betroffenen Personen nur verwendet werden*

¹ *zur Abwehr einer erheblichen Gefahr für die öffentliche Sicherheit,*

² *für die Zwecke, für die eine Übermittlung nach § 18 des Bundesverfassungsschutzgesetzes zulässig ist, sowie*

³ *nach Maßgabe des § 476.*

⁴³ VOLK (2016) ressalta que ocorrerá sempre uma proibição de valoração quando a prova obtida mediante interceptação disser respeito a crime que não esteja fora do catálogo. Além disso, a proibição ocorre também quando a prova encontrada violar o princípio da subsidiariedade ou tratar de comunicação entre o investigado e seu advogado.

⁴⁴ O StPO defende o sigilo profissional não apenas do advogado, mas de diversos profissionais, como clérigos, médicos e psicólogos, por exemplo. Quanto a estes, todavia, não incide automaticamente a proibição de valoração no caso de encontro fortuito. Nos casos em que não se trata de advogado, deve ser realizado o devido juízo de proporcionalidade entre a gravidade do crime descoberto e o direito à intimidade e ao sigilo profissional.

⁴⁵ Dentre os requisitos, apenas a título de curiosidade, a lei exige, por exemplo, que o interesse público na pesquisa supere o interesse do indivíduo em guardar sigilo e a pesquisa deve ser certa e determinada, sendo vedada a transferências das informações para pesquisas ou finalidades diversas para as quais foram cedidas.

⁴⁶ O autor noticia, todavia, que este crime “achado” poderá ser valorado diretamente desde que a denúncia seja oferecida também quanto ao crime principal para o qual a medida havia sido inicialmente autorizada. Caso contrário, a doutrina dominante entende que haveria uma desconsideração virtual de todo o catálogo, utilizado apenas enquanto conveniente (VOLK, 2016).

⁴⁷ Importante memorar, quanto ao ponto, que as informações que digam respeito ao núcleo da vida íntima ou a comunicações do investigado com o defensor não estão sujeitas a qualquer relativização, pois o texto legislativo é categórico ao demandar a exclusão das informações.

⁴⁸ O efeito extensivo, no sistema alemão, se aproxima da teoria dos frutos da árvore envenenada, oriunda do direito norte-americano. Enquanto por esta última visão todas as provas derivadas de uma ilicitude devem ser consideradas igualmente ilícitas, o efeito extensivo não é automático no direito alemão. Como já exposto, muitas vezes uma violação à proibição de produção de prova não irá gerar necessariamente uma proibição de valoração.

⁴⁹ AMBOS (2009) critica esta possibilidade de prosseguimento das investigações com base na prova fortuita decorrente de interceptação telefônica, em posição semelhante à de LOPES JR (2016). Para o primeiro autor, permitir a busca de provas (*Spurenansatz*) a partir de uma prova fortuita ilícita significa o desprezo pelos pressupostos materiais exigidos para a autorização da vigilância telefônica.

REFERÊNCIAS

- AMBOS, Kai; BELING, Ernst; GUERRERO, Óscar. **Las prohibiciones probatorias**. Bogotá: Editorial Temis, 2009.
- ANDRADE, Manoel da Costa. **Sobre as proibições de prova no processo penal**. Coimbra: Coimbra, 2006.
- ARANHA, Adalberto José Q. T. de Camargo. **Da prova no processo penal**. 7. ed. São Paulo: Saraiva, 2006.
- BALTAZAR JR. José Paulo. Dez anos da lei da interceptação telefônica (Lei nº 9.296 de 24 de julho de 1996). *Interpretação Jurisprudencial e anteprojeto de mudança. Revista Jurídica*, São Paulo, ano 54, dez. 2006, n. 350, p. 259.
- BEULKE, Werner. **Strafprozessrecht**. München: C.F. Muller, 2010.
- CAPEZ, Fernando. **Curso de processo penal**. 19. ed. São Paulo: Saraiva, 2012.
- FERNANDES, Antonio Scarance. **Processo penal constitucional**. 5. ed. rev. atual. e ampl. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2007, p. 109-110.

- GRECO FILHO, Vicente. **Manual de processo penal**. São Paulo: Saraiva, 2015.
- GOMES, Luiz Flávio; CUNHA, Rogério Sanches. **Legislação criminal especial**. (Coleção Ciências Criminais). v. 6. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2009, p. 474.
- _____; MACIEL, Silvio. **Interceptação telefônica**. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2010.
- GÖSSEL, Karl Heinz. **El derecho procesal penal en el estado de derecho**. Santa Fe: Rubinzal-Culzoni, 2007.
- JÄGER, Christian. **Beweisverwertung und beweisverwertungsverbote im strafprozess**. München: C.H.Beck, 2003.
- LIMA, Renato Brasileiro de. **Manual de processo penal**. 5. ed. rev. amp. atual. Salvador: JusPODIVM, 2017.
- LÓPEZ FRAGOSO, Tomás. Los descubrimientos casuales en las intervenciones telefónicas como medidas coercitivas en el proceso penal. **Derechos y libertades**: revista del instituto Bartolomé de las casas. Madri: ano 1, out. 93/mar. 94, p. 81-89.
- LOPES, Anderson Bezerra. **Os conhecimentos fortuitos de prova no direito processual penal**. Dissertação (Mestrado em Direito). Faculdade de Direito, Universidade de São Paulo, São Paulo, 2013.
- LOPES JR., Aury. **Direito processual penal**. 13. ed. São Paulo: Saraiva, 2016.
- MOLLMANN, Tatiane; COLL, Maciel. A interceptação telefônica como meio de obtenção de provas e a (in)validade da prova obtida fortuitamente. **UNOESC & Ciência**. Joaçaba: v. 2, n. 1, jan./jun. 2011, p. 7-14.
- NOVELLI, Rodrigo Fernando; OLIVIERI, Bárbara Abreu; VRUCK, Diogo. Princípio da serendipidade: análise do encontro fortuito de provas sob o viés do direito processual penal. **Ponto de vista jurídico**. Blumenau: v. 5, n. 2, jul./dez. 2016, p. 8-19.
- PACELLI, Eugenio. **Curso de processo penal**. 19. ed. rev. atual. São Paulo: Atlas, 2015.
- ROQUE, Fábio; TÁVORA, Nestor; ALENCAR, Rosmar Rodrigues. **Legislação criminal para concursos**. Salvador: JusPODIVM, 2016.
- SIQUEIRA, Lorena Isadora. **O princípio da serendipidade no direito processual penal brasileiro**. Frutal: Prospectiva, 2016.
- STRECK, Lenio Luiz. **As interceptações telefônicas e os direitos fundamentais**: constituição, cidadania, violência: a lei 9.296/96 e seus reflexos penais e processuais. 2. ed. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2001.
- TASCA, Mauricio. **Os conhecimentos fortuitos obtidos mediante interceptações telefônicas**. Dissertação (Mestrado em Direito). Faculdade de Direito, Pontifícia Universidade Católica do Rio Grande do Sul, Porto Alegre, 2013.
- TOURINHO FILHO, Fernando da Costa. **Processo penal**. v. 1. 1. ed. Bauru: Javoli, 1979.
- VOLK, Klaus. **Curso fundamental de derecho procesal penal**. Buenos Aires: Hamurabi, 2016.

Tiago Kalkmann

Mestrando em Direito Penal e Processual Penal pela Universidade Federal do Rio Grande do Sul – UFRGS.

Especialista em Direito Penal e Processual Penal pelo Instituto Brasiliense de Direito Público – IDP.

Bacharel em Direito pela Universidade de Brasília – UnB.

tiagokalkmann@gmail.com