

DA VALIDADE DO ENCONTRO FORTUITO DE PROVAS NAS INTERCEPTAÇÕES TELEFÔNICAS CONFORME A JURISPRUDÊNCIA DO SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

THE VALIDITY OF THE FORTUITOUS FINDING OUT OF EVIDENCE
ON THE TELEPHONE INTERCEPTIONS ACCORDING TO THE JURISPRUDENCE
OF THE SUPERIOR COURT OF JUSTICE

DANILO GAVIÃO AVELINO DE MELLO

Analista

Ministério Público de Minas Gerais, Brasil

danilogaviao@mpmg.mp.br

RESUMO: Valendo-se de revisão bibliográfica e da indicação do posicionamento do Superior Tribunal de Justiça, o trabalho informa as diretrizes traçadas pela Constituição Federal de 1988 e pela legislação infraconstitucional acerca das interceptações telefônicas no âmbito da persecução criminal e as situa como meio de prova no contexto do direito processual penal, fazendo uma distinção entre as provas consideradas lícitas e as ilícitas ou ilegítimas. Em seguida, aborda o fenômeno do “encontro fortuito de provas”, também conhecido como “serendipidade”, sejam essas novas provas conexas (serendipidade de primeiro grau) ou não conexas (serendipidade de segundo grau) àquela que justificou o afastamento do sigilo, situação que rotineiramente ocorre nas interceptações telefônicas durante uma investigação. Ao final, a pretensão é reafirmar a validade das novas provas encontradas, desde que corretamente manejadas, a fim de afastar eventuais alegações de nulidade e permitir ao Estado que cumpra seu dever constitucional de garantir a segurança pública.

PALAVRAS-CHAVE: Provas. Interceptações telefônicas. Serendipidade. Validade.

ABSTRACT: Making use of bibliographic review and indication of the position of the Superior Court of Justice, the work informs the guidelines drawn up by the Federal Constitution of 1988 and by the infraconstitutional legislation on the telephone interceptions related to the Criminal persecution and places them as a means of proof in the context of criminal procedural law, making a distinction between the evidence considered lawful, illegal or illegitimate. In sequence, it addresses the phenomenon of “fortuitous evidence gathering”, also known as “serendipity”, being these new related evidence or unrelated to that which justified the removal of the secrecy, situation that routinely occurs in telephone interceptions during an investigation. In the end, the objective is to reaffirm the validity of the new evidence found, as long as properly managed, so as to avoid any allegations of nullity and allow the State to fulfill its constitutional duty to guarantee public safety.

KEYWORDS: Proof. Telephone Interceptions. Serendipity. Validity.

SUMÁRIO: 1. Introdução. 2. Interceptação telefônica: fundamentação constitucional e definição. 3. interceptação telefônica como prova. 3.1. Das provas ilícitas e ilegítimas. 4. O fenômeno do encontro fortuito de provas (serendipidade). 4.1. Da validade do encontro fortuito de provas conexas (serendipidade de primeiro grau). 4.2. Da validade do encontro fortuito de provas não conexas (serendipidade de segundo grau). 5. Conclusão. 6. Referências.

1. Introdução

O fenômeno do encontro fortuito de provas, também chamado de “serendipidade”, é recorrente nas interceptações telefônicas. Contudo, muitos operadores do Direito encontram dificuldade no manejo desse tipo de prova, redundando, muitas vezes, no campo da nulidade, o que pode colocar a perder toda a atividade investigatória e, via de consequência, inviabilizar a persecução penal.

Nesse contexto, o artigo abordará os diferentes tipos de serendipidade e apresentará a visão doutrinária e a jurisprudência do Superior Tribunal de Justiça sobre o assunto, de forma a apontar o manejo mais adequado da prova encontrada fortuitamente em interceptações telefônicas.

A princípio, será abordada a fundamentação legal e constitucional da interceptação telefônica, sem olvidar os posicionamentos doutrinários. Em seguida, será apresentada a noção de prova no direito processual penal, seus desdobramentos e fundamentos de validade. O quarto capítulo versará sobre o ponto fulcral do presente trabalho: o fenômeno do encontro fortuito de provas e suas espécies, seus desdobramentos, posicionamentos doutrinários e do Superior Tribunal de Justiça.

Ao final, será possível vislumbrar a adequada tratativa das provas encontradas fortuitamente no contexto das interceptações telefônicas, bem como sua validade à luz da doutrina e jurisprudência consultadas.

2. Interceptação telefônica: fundamentação constitucional e definição

A Constituição da República promulgada em 1988 previu, em seu artigo 144, que a segurança pública é dever do Estado. A consecução desse mister passa por uma série de filtros principiológicos

que visam garantir o cidadão contra a arbitrariedade estatal. Nesse contexto, o constituinte previu, no Título II da Carta Maior, uma série de direitos e garantias fundamentais, entre os quais a inviolabilidade da vida privada e da intimidade das pessoas (art. 5º, X). Logo em seguida, contudo, expôs uma exceção a essa regra, justificada pelo dever que o Estado tem de garantir a segurança dos cidadãos, consistente na possibilidade de quebra – judicialmente autorizada – do sigilo das comunicações telefônicas no âmbito da persecução penal (art. 5º, XII).

E assim é porque, conforme entendimento sedimentado tanto na doutrina quanto na jurisprudência, os direitos fundamentais não são dotados de caráter absoluto. A propósito, Renato Brasileiro cita trecho esclarecedor do voto do Ministro Celso de Melo no julgado do MS 23452/RJ:

[...] não há, no sistema constitucional brasileiro, direitos ou garantias que se revistam de caráter absoluto, mesmo porque razões de relevante interesse público ou exigências derivadas do princípio de convivência das liberdades legitimam, ainda que excepcionalmente, a adoção, por parte dos órgãos estatais, de medidas restritivas das prerrogativas individuais ou coletivas, desde que respeitados os termos estabelecidos pela própria Constituição. O estatuto constitucional das liberdades públicas, ao delinear o regime jurídico a que estas estão sujeitas – e considerado o substrato ético que as informa – permite que sobre elas incidam limitações de ordem jurídica, destinadas, de um lado, a proteger a integridade do interesse social e, de outro, a assegurar a coexistência harmoniosa das liberdades, pois nenhum direito ou garantia pode ser exercido em detrimento da ordem pública ou com desrespeito aos direitos e garantias de terceiros.¹

Desse modo, ciente da permanente evolução das formas e da dinâmica do delito, o constituinte optou por excepcionar a regra da inviolabilidade no âmbito da investigação criminal e da instrução

1 LIMA, Renato Brasileiro de. *Manual de Processo Penal*. 4. ed. Salvador: JusPodivm, 2016. p. 944.

processual penal. As únicas exceções equivalentes são as previstas nos casos de estado de defesa (art. 136, §1º, I, “c”, da Constituição da República) e de sítio (art. 139, III, da Constituição da República).

Nesse passo, a Constituição da República Federativa do Brasil, previu, em seu artigo 5º, XII:

XII – 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.

Nota-se, portanto, que a possibilidade de quebra do sigilo das “comunicações telefônicas” possui guarida constitucional e está adstrita à persecução penal (investigação criminal ou instrução processual), devendo ser precedida de autorização judicial.

Com efeito, na persecução penal hodierna, a interceptação telefônica tem se mostrado um valoroso, e por vezes inarredável, instrumento de investigação, na medida em que é por meio da comunicação – em suas várias matizes – que se forma o elo indispensável para a consumação delitiva, principalmente em delitos de maior complexidade e que envolvem vários agentes.

Lado outro, o dispositivo constitucional foi regulamentado pela Lei n.º 9.296/1996, que trata da “interceptação das comunicações telefônicas, de qualquer natureza, para prova em investigação criminal e em instrução processual penal”.

Tanto a Constituição da República quanto a legislação utilizam o termo “comunicações telefônicas”. Nestor Távora e Rosmar Rodrigues Alencar, citando Luiz Flávio Gomes e Sílvio Maciel, esclarecem o alcance da expressão:

[...] são as e qualquer natureza, vale dizer, toda aquela permitida pelo desenvolvimento tecnológico, podendo se dar por meio de

fi, radioeletricidade (tal qual o telefone celular), meios eletromagnéticos, ópticos, seja se valendo de informática ou não.²

No artigo, será utilizado o termo genérico “interceptação telefônica” como sendo a captação da conversa telefônica por um terceiro sem o conhecimento dos interlocutores. Para Nestor Távora e Rosmar Rodrigues Alencar, as notas distintivas da interceptação telefônica são as seguintes:

- 1) na interceptação telefônica há três protagonistas, ou seja, (a) dois interlocutores (os sujeitos que se comunicam por intermédio de sistema telefônico) e (b) um interceptador que capta a conversação; e
- 2) a interceptação telefônica pressupõe que a captação da conversação pelo sujeito interceptador se dê sem o consentimento dos interlocutores.³

E nisto ela se diferencia da “escuta telefônica” e da “gravação telefônica”. A primeira ocorre quando há captação da conversa por um terceiro com o conhecimento de um – e apenas um – dos interlocutores (o outro não tem conhecimento). Já a “gravação telefônica” se consuma quando ocorre a captação da conversa por um dos interlocutores (que grava a própria conversa) com ou sem o conhecimento do outro.

Outras modalidades similares são a interceptação ambiental, a escuta ambiental e a gravação ambiental, que ocorrem quando há captação no próprio ambiente da conversa, sem que tenha concorrido algum elemento de telefonia. Por isso mesmo não são abrangidas pela Lei 9.296/96, razão pela qual também não serão objeto de estudo no presente trabalho.

2 TÁVORA, Nestor; ALENCAR, Rosmar Rodrigues. *Curso de Direito Processual Penal*. 11. ed. Salvador: JusPodivm, 2016. p. 746.

3 Ob. cit. p. 749.

Por se enquadrar como meio de prova, a interceptação telefônica não se furta às regras processuais penais que regem o seu manejo, conforme será visto no capítulo seguinte.

3. Interceptação telefônica como prova

“Prova” é o que se presta ao convencimento do julgador. Tendo este conceito como norte, a acusação e a defesa, durante a instrução processual, levam aos autos tudo aquilo que a lei permite que seja tratado lícitamente como “prova”, ou seja, como forma de convencer o magistrado. É nesse sentido que o artigo 155 do Código de Processo Penal dispõe que “o juiz formará sua convicção pela livre apreciação da prova produzida em contraditório judicial [...]”.

Nesse contexto, distingue-se *prova* de *elementos de informação*. Fundamentalmente, a “prova” submete-se ao contraditório, seja durante sua produção, seja em momento posterior (contraditório diferido ou postergado), ao passo que os *elementos de informação* não se submetem a ele, sendo produzidos em fase pré-processual. Nesse passo, a interceptação telefônica (seu “auto circunstanciado”, conforme art. 6º, §2º, da Lei n.º 9.296/96), por ser juntada aos autos do processo e submetida à defesa do acusado, é classificada como “prova”.

A propósito, Guilherme de Souza Nucci averba:

Há, fundamentalmente, três sentidos para o termo *prova*: a) *ato de provar*: é o processo pelo qual se verifica a exatidão ou a verdade do fato alegado pela parte no processo (ex: fase probatória); b) *meio*: trata-se do instrumento pelo qual se demonstra a verdade de algo (ex: prova testemunhal); c) *resultado da ação de provar*: é o produto extraído da análise dos instrumentos de prova oferecidos, demonstrando a verdade de um fato⁴.

4 NUCCI, Guilherme de Souza. *Manual de Processo Penal e Execução Penal*. 11ª ed. Rio de Janeiro: Forense, 2014.p. 338.

Já Nestor Távora e Rosmar Rodrigues Alencar fazem a distinção entre “meios de prova” (ferramentas processuais), “meios de obtenção de prova” e “fontes de prova” (pessoa ou coisa da qual a prova emana). Para os autores⁵, a interceptação telefônica “é meio de obtenção de prova [...] eis que se destina a indicar outras fontes de prova”, ao passo que a *transcrição* da interceptação telefônica é “fonte de prova” quando indica fato delituoso diverso do apurado, servindo como notícia do crime para outra investigação autônoma.

Por fim, os autores esclarecem que “o resultado da operação técnica de interceptação telefônica é fonte de prova, enquanto a gravação e as respectivas transcrições formam o documento que, uma vez inserido no processo, será meio de prova”.

Portanto, a interceptação telefônica, enquanto procedimento de escuta por profissionais habilitados, é considerada *fonte de prova*, ao passo que, quando encartada aos autos após a transcrição (conforme prevê o §2º do artigo 6º da Lei de regência), torna-se *meio de prova*.

De uma forma ou de outra, está sujeita à disciplina que rege as provas no processo penal brasileiro.

3.1. Das provas ilícitas e ilegítimas

O constituinte de 1988 encartou a disciplina da prova ilícita entre os direitos e garantias fundamentais ao prever, no artigo 5º da Lei Maior, que “são inadmissíveis, no processo, as provas obtidas por meios ilícitos”.

Seguindo essa esteira, o legislador ordinário, no título do Código Processual dedicado às provas, esmiuçou o mandamento

5 TÁVORA; ALENCAR. *ob. cit.* p. 614.

constitucional: “São inadmissíveis, devendo ser desentranhadas do processo, as provas ilícitas, assim entendidas as obtidas em violação a normas constitucionais ou legais.” (art. 157).

Dessa forma, a produção probatória possui limites constitucionais e legais definidos. E não poderia ser diferente. Sendo o processo judicial uma garantia do cidadão contra o arbítrio estatal, é natural que a produção de prova sem o necessário respaldo das regras legais seja maculada pela ilicitude.

Nesse contexto, a doutrina subdivide as provas inadmissíveis em ilícitas e ilegítimas. Provas *ilícitas* são aquelas que violam disposições de direito material. A interceptação telefônica realizada sem autorização judicial se enquadra nesse rol. Em casos como este, a prova deverá ser excluída (desentranhada dos autos), uma vez que não poderá servir de fundamento à decisão judicial.

Já as provas *ilegítimas* são violadoras de normas processuais. A título de exemplo, tem-se um laudo pericial subscrito por apenas um perito não oficial, quando, nestes casos, a lei processual exige a assinatura de dois (artigo 159, §1º, do Código de Processo Penal). A consequência depende da extensão da ilegitimidade, da qual poderá advir a nulidade absoluta, a relativa ou a mera irregularidade.

No âmbito do encontro fortuito de provas durante uma interceptação telefônica, a fim de se aquilatar eventual ilicitude ou ilegitimidade, interessa saber se há ou não conexão da prova encontrada com os fatos inicialmente investigados.

Com efeito, a Lei 9.296/96, no parágrafo único do seu artigo 2º, impõe limites objetivos e subjetivos à interceptação telefônica. A prova deverá cingir-se a esses limites. As pessoas e os fatos investigados – objetos da interceptação – deverão ser aqueles mencionados no pedido cautelar. Porém, não é possível delimitar, antecipadamente, o teor das comunicações interceptadas. É possível, nesses casos, e até corriqueiro, haver menção a outros criminosos

que participaram do crime investigado ou a delitos ligados a ele. Como é possível, também, a menção a pessoas ou fatos que nada têm a ver com aquele que foi objeto da apreciação judicial.

Trata-se de fenômeno que resvala no direito constitucional à intimidade – cujo sigilo somente pode ser afastado por ordem judicial – e, portanto, atinge a licitude da prova. Contudo, se de um lado a Constituição da República alberga a intimidade, por outro, é dever do Estado prover a segurança pública (art. 144, *caput*, da Carta Magna).

O correto manejo do encontro fortuito de provas conexas e não conexas durante a interceptação telefônica evita que elas sejam inquinadas pela ilicitude.

4. O fenômeno do encontro fortuito de provas (serendipidade)

Durante os procedimentos de interceptação telefônica, é possível que o interceptador se depare com comunicações que façam alusão a crimes diversos daqueles que estão sendo objeto de investigação. Trata-se do fenômeno do encontro fortuito de provas, também conhecido como “serendipidade”.

Luiz Flávio Gomes, citando Ethevaldo Siqueira, define serendipidade como “sair em busca de uma coisa e descobrir outra (ou outras), às vezes até mais interessante e valiosa. [...] A palavra foi cunhada em 1754 pelo escritor inglês Horace Walpole, no conto de fadas *Os três príncipes de Serendip*, que sempre faziam descobertas de coisas que não procuravam”⁶.

Nestor Távora e Rosmar Rodrigues Alencar (2016, p. 635) esclarecem: “No âmbito do direito processual, serendipidade signifi-

6 GOMES, Luiz Flávio. Natureza jurídica da serendipidade nas interceptações telefônicas. Disponível em <<https://lfjg.jusbrasil.com.br/noticias/955473/natureza-juridica-da-serendipidade-nas-interceptacoes-telefonicas>>. Acesso em: 4/5/2017.

ca, em poucas palavras, o encontro fortuito de provas relativas a fato delituoso diverso daquele que é o objeto das investigações.”

Na persecução criminal, o fenômeno muitas vezes tangencia a proteção constitucional do sigilo das comunicações telefônicas (art. 5º, XII, da Constituição da República). É o que ocorre em uma interceptação telefônica, quando, por exemplo, o agente interceptador se depara com diálogos travados entre o alvo das investigações e um terceiro partícipe que até então era desconhecido dos investigadores. Ou então quando se depara com menção a fatos criminosos que não eram, até então, objeto de investigação.

Os casos em que o sigilo das comunicações é afetado não se confundem, no entanto, com encontros casuais de provas não acobertadas pelo sigilo, como, a título de exemplo, policiais que ingressam em uma residência para apurarem tráfico de drogas (crime permanente) e localizam o cativo de uma pessoa sequestrada. Trata-se, neste caso, de um encontro fortuito em contexto que não demandava autorização judicial (ingresso domiciliar em caso de flagrante delito), nos termos do art. 5º, XI, da Constituição da República.

Já as informações subjetivas ou objetivas (na forma de diálogos) encontradas fortuitamente no contexto de uma interceptação telefônica estão protegidas pelo sigilo por se tratarem (tais informações) da exposição da *intimidade* de terceiros, que, por acaso, foi devassada durante a apuração de um crime. Conforme esclarece Marcelo Novelino:

Os direitos da personalidade emanam diretamente da dignidade da pessoa humana. Como decorrência da autonomia da vontade e do respeito ao livre-arbítrio, o direito à privacidade confere ao indivíduo a possibilidade de conduzir sua própria vida da maneira que julgar mais conveniente, sem intromissão da curiosidade alheia.⁷

7 NOVELINO, Marcelo. *Manual de direito constitucional*. 8. ed. Rio de Janeiro: Forense; São Paulo: MÉTODO, 2013, p. 584.

Por estas razões, a Lei n.º 9.296/96, que disciplina as interceptações telefônicas, procura restringir ao máximo o objeto da investigação. Conforme dispõe no parágrafo único do seu art. 2º: “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.” (grifo nosso).

Como se nota, via de regra, o deferimento da interceptação telefônica depende da demonstração (pela Autoridade Policial ou pelo órgão do Ministério Público) da ocorrência de um ilícito específico, objeto de investigação. A lei exige clareza na descrição como desdobramento da proteção constitucional da intimidade. Vale dizer: não é lícito à autoridade investigante lançar mão de interceptações telefônicas sem antes levantar dados que demonstrem que a pessoa interceptada tem ligação com o crime investigado.

Trata-se de medida que visa a preservar, na medida do possível, o sigilo das comunicações telefônicas, embora na prática seja comum que os investigados – além de conversarem entre si – mantenham diálogos com terceiros não contemplados na ordem judicial. E é justamente nesse contexto que nasce a importância de se disciplinar o fenômeno do encontro fortuito de provas, já que eventual ilicitude de prova pode colocar a perder toda uma investigação.

Discute-se, portanto, a validade (licitude) da utilização das fontes de prova encontradas fortuitamente em uma interceptação telefônica, sejam elas conexas ou não com o objeto da investigação.

4.1. Da validade do encontro fortuito de provas conexas (serendipidade de primeiro grau)

A serendipidade de primeiro grau⁸ nas interceptações telefônicas ocorre quando há o encontro fortuito de provas conexas àquela que ensejou o afastamento do sigilo.

8 TÁVORA; ALENCAR, *ob. cit.* p. 635.

Na prática, algum dos alvos interceptados pode fazer alusão a outras *pessoas* relacionadas com a prática dos fatos investigados (coautor ou partícipe), caso em que é cabível pedido de inclusão do terminal telefônico interceptado fortuitamente, ampliando-se o número de investigados. Ou então pode ocorrer de o interceptador se deparar com referências a infrações conexas ao *fato* investigado, quando então o objeto da investigação se amplia.

Nestes casos, a transcrição da interceptação telefônica (meio de prova) será válida na medida em que se trata de mero desdobramento dos fatos inicialmente investigados. A propósito, Renato Brasileiro averba que a descoberta do envolvimento de outra pessoa com o crime investigado (continência por cumulação subjetiva – art. 77, I, do Código Processual Penal) é meio probatório plenamente válido na medida em que o parágrafo único do artigo 2º da Lei 9.296/96 “admite a autorização mesmo nos casos em que não tenha sido possível a indicação e qualificação dos investigados”⁹.

O Superior Tribunal de Justiça já assentou a validade do encontro fortuito de provas conexas em diversos julgamentos. Cita-se, como paradigma, o julgamento do *habeas corpus* 33553/CE, datado de 17/03/2005, em que a Corte decidiu: “É lícita a prova de crime diverso, obtida por meio de interceptação de ligações telefônicas de terceiro não mencionado na autorização judicial de escuta, *desde que relacionada com o fato criminoso objeto da investigação*.” (grifo nosso)

Em seu voto, que acabou sendo seguido pelos demais Ministros, a Ministra Relatora Laurita Vaz fez referência à doutrina de Ada Pellegrini Grinover, que aduz:

Aqui a solução deve ser no sentido da admissão dos elementos obtidos, desde que ligados ao fato que está sendo investigado, até

9 BRASILEIRO, Renato. *ob. cit.* p. 977.

porque o mencionado parágrafo único do art. 2º admite a autorização mesmo nos casos em que não tenha sido possível a indicação e qualificação dos investigados. (GRINOVER, 2001, p. 188)

Esse entendimento foi seguido em diversos julgados posteriores que cristalizaram o posicionamento do Tribunal Superior, a exemplo do HC 33462 (julgado em 29/07/2005), do HC 69552 (julgado em 06/02/2007), do HC 144137 (julgado em 15/05/2012), do HC 125636, (julgado em 17/11/2015), do RHC 42215 (julgado em 16/08/2016) e do AgRg no AREsp 981437 (julgado em 21/02/2017).¹⁰

No julgamento do *Habeas Corpus* 69552/PR, em 06/02/2007, a Corte debruçou-se sobre a questão da serendipidade em casos de notícia de *infração futura*:

“I - Em princípio, havendo o encontro fortuito de notícia da prática futura de conduta delituosa, durante a realização de interceptação telefônica devidamente autorizada pela autoridade competente, não se deve exigir a demonstração da conexão entre o fato investigado e aquele descoberto, a uma, porque a própria Lei nº 9.296/96 não a exige, a duas, pois o Estado não pode se quedar inerte diante da ciência de que um crime vai ser praticado e, a três, tendo em vista que se por um lado o Estado, por seus órgãos investigatórios, violou a intimidade de alguém, o fez com respaldo constitucional e legal, motivo pelo qual a prova se consolidou lícita. II - A discussão a respeito da conexão entre o fato investigado e o fato encontrado fortuitamente só se coloca em se tratando de infração penal pretérita, porquanto no que concerne as infrações futuras o cerne da controvérsia se dará quanto a licitude ou não do meio de prova utilizado e a partir do qual se tomou conhecimento de tal conduta criminosa. *Habeas corpus* denegado.” (HC 69552/PR, Rel. Ministro Felix Fischer, Quinta Turma, julgado em 06/02/2007).

10 Parâmetros de busca junto ao endereço eletrônico <<http://www.stj.jus.br/SCON/>>: serendipidade interceptação. Acesso em: 9/8/2017.

Nesse julgado, o Tribunal foi contundente ao declarar que o Estado não pode permanecer inerte ao tomar ciência de um crime que será praticado e que, em se tratando de infrações futuras, a discussão acerca da licitude cinge-se ao meio de prova utilizado para tomar conhecimento dessa suposta infração.

Portanto, no tocante à serendipidade de primeiro grau, ou seja, quando há conexão entre os fatos, a doutrina consultada e a jurisprudência do Superior Tribunal de Justiça, de 2005 a 2017, são assentes ao firmarem a validade da fonte de prova obtida.

4.2. Da validade do encontro fortuito de provas não conexas (serendipidade de segundo grau)

Também pode ocorrer o encontro fortuito de provas de uma infração totalmente nova, estranha aos fatos investigados, ou seja, sem relação de conexão ou continência com eles. É a chamada “serendipidade de segundo grau”.

Tome-se, a título de exemplo, uma investigação de tráfico de drogas (Lei n.º 11.343/06) em que um interlocutor, até então desconhecido, mantém um diálogo com o investigado e revela detalhes da prática de um crime de roubo de cargas, inclusive apontando sua autoria. A investigação, que inicialmente visava apurar o comércio ilícito de entorpecentes, deparou-se com provável prática de crime patrimonial, ou seja, delito diverso daquele que inicialmente ensejou a interceptação telefônica. Trata-se de fonte de prova que não foi alcançada pela decisão que autorizou o afastamento do sigilo.

A problemática reside no encontro fortuito de provas de infração totalmente diversa daquela que é objeto de investigação, uma vez que a autorização judicial, lastreada em “indícios razoáveis da autoria ou participação” dos investigados em uma infração

específica (artigo 2º, I, da Lei 9.296/96), por óbvio não contemplou o novo delito encontrado fortuitamente.

Com efeito, o parágrafo único do artigo 2º da Lei de Interceptação dispõe que “em qualquer hipótese deve ser descrita com clareza a situação objeto da investigação, inclusive com a indicação e qualificação dos investigados [...]”. Ou seja, para preservar a intimidade de terceiros, a decisão que defere a medida cautelar deve conter autorização para se investigar pessoas e fatos *específicos* (parcela subjetiva e objetiva). No caso da serendipidade de segundo grau, as pessoas e/ou fatos novos, conforme ressaltado, não possuem ligação com aqueles inicialmente apurados, o que pode inquinar a investigação de nulidade caso não sejam corretamente manejados.

Para Luiz Flávio Gomes, a validade da prova encontrada fortuitamente depende da *conexão* entre o fato investigado e o fato novo¹¹. Por este motivo, é de suma importância a fundamentação da decisão autorizadora, já que ela delimitará a situação objeto da investigação e o(s) sujeito(s) passivo(s), permitindo, assim, avaliar a conexão entre os fatos e, via de consequência, a validade da interceptação.

Nestor Távora e Rosmar Rodrigues Alencar, por seu turno, argumentam que, ocorrendo a serendipidade de segundo grau, a nova prova não será passível de ser utilizada como justa causa para a propositura de ação penal ou para fundamentar medidas cautelares, uma vez que não decorreu do “desdobramento histórico alusivamente àquele que foi o motivo determinante da medida”. Se for utilizada sem os cuidados devidos, será inválida¹². Contudo, para os autores, a transcrição da interceptação obtida desta forma deverá ser tratada como *notícia-crime* e, como tal,

11 GOMES, Luiz Flávio. Natureza jurídica da serendipidade nas interceptações telefônicas. Disponível em: <<https://lfg.jusbrasil.com.br/noticias/955473/natureza-juridica-da-serendipidade-nas-interceptacoes-telefonicas>>. Acesso em: 4/5/2017.

12 TÁVORA; ALENCAR, *ob. cit.* p. 636.

poderá servir como gatilho de uma nova investigação. Este é, também, o entendimento de Luiz Flávio Gomes.

A conclusão não poderia ser diversa. O sigilo da conversa interceptada fortuitamente, que não possua nenhum grau de conexão com o sujeito/objeto investigados, remanesce como objeto de proteção constitucional (art. 5º, XII). Nestes casos, a prova não poderá ser livremente utilizada, sob pena de nulidade. Poderá, entretanto, ser tratada como *notícia-crime*, impondo-se, nas palavras de Luiz Flávio Gomes, “a imediata comunicação de tudo ao juiz (princípio do controle judicial), para que delibere a respeito”.

O Superior Tribunal de Justiça também já se manifestou sobre o adequado manejo da prova não conexa, tratando-a, assim como os doutrinadores mencionados, como notícia-crime:

[...] Não há violação ao princípio da ampla defesa a ausência das decisões que decretaram a quebra de sigilo telefônico em investigação originária, na qual de modo fortuito ou serendipidade se constatou a existência de indícios da prática de crime diverso do que se buscava, *servindo os documentos juntados aos autos como mera notitia criminis, em razão da total independência e autonomia das investigações por não haver conexão delitiva*. (RHC 60871 / MT, J. 04/10/2016) (grifo nosso).

Por seu turno, Renato Brasileiro (2016, p. 977) ressalta que a nova prova encontrada não é, *per se*, ilícita ou ilícita por derivação, uma vez que “a origem da descoberta fortuita está diretamente relacionada a uma interceptação lícita, regularmente decretada pela autoridade judiciária competente”.

Este posicionamento também encontra respaldo no Superior Tribunal de Justiça. No julgamento da APN 425, a Corte Especial do Tribunal estabeleceu o seguinte:

[...] *A captação de conversas telefônicas obtidas dentro dos padrões legais*, mesmo que aclarando realidade nova, pode sustentar

uma persecução autônoma, ainda mais quando o seu conteúdo se mostrar fiel ao transcurso da investigação originária. Inteligência do artigo 5º, inciso XII, da Constituição Federal, bem assim, da Lei nº 9.296/96. [...]” (APN 425/ES, J. 16/11/2005) (grifo nosso).

No acórdão, o Ministro Relator José Arnaldo da Fonseca, em seu voto vencedor, destacou que:

[...] o importante acerca do conteúdo dos elementos aclarados com a interceptação *é que eles mantenham-se fiéis à legalidade do meio utilizado*, independente de ter ou não ampliado o que inicialmente se propunha com a medida assecuratória. Por outro lado, se a captação, dentro dos padrões legais, mostrou uma realidade nova em torno dos envolvidos e terceiros até então não identificados, e sobre fatos diversos por extensão, nada impede que estes possam sustentar uma persecução autônoma, porque, repita-se, *o que importa é considerar as interceptações telefônicas condizentes com os ditames do artigo 5º, inciso XII, da Constituição Federal, bem assim, da Lei nº 9.296, de 24 de julho de 1996.* (grifo nosso).

Como se nota, o critério utilizado pelo Tribunal para atestar a validade da serendipidade de segundo grau foi a *legalidade do meio utilizado*, independentemente da conexão ou não dos novos fatos trazidos à lume. Para embasar seu voto, o Ministro Relator mencionou julgados análogos naquela Corte: *Habeas Corpus* 27119, julgado em 25/08/2003, e *Habeas Corpus* 1634, julgado em 04/02/2002.

Antecipando-se a eventuais conclusões em sentido contrário (de que a prova fortuita seria ilícita desde o seu nascimento), Thiago Pierobom de Ávila faz uma digressão envolvendo a colisão dos princípios envolvidos:

Não se deve perder de vista na resolução da colisão entre princípios fundamentais da proteção penal eficiente e da inadmissibilidade das provas ilícitas, que este último princípio possui

a teleologia central de evitar as arbitrariedades cometidas pelas instituições encarregadas da persecução penal. Não há arbitrariedade nos conhecimentos fortuitos; ao contrário, os agentes policiais agem de boa-fé. A inadmissão dessas informações consiste numa sacralização do rito sem correspondente ganho dissuasório, em detrimento da verdade e da justiça.¹³

O doutrinador vai além e argumenta que o diálogo fortuito deve ser admitido não apenas como notícia-crime, mas também como “prova documental relativa à existência de determinado diálogo entre duas pessoas.” Trata-se não de um problema de admissão, mas sim de *avaliação da prova*, que será plenamente eficaz para fundamentar uma sentença condenatória, caso confirmada por outras provas.

Por fim, averba: “na ponderação dos interesses envolvidos entre um direito fundamental já (validamente) violado e os interesses do processo criminal em apurar outro ilícito descoberto sem arbitrariedades, deve prevalecer o segundo.”

O Superior Tribunal de Justiça, ainda que não explicitamente, segue o posicionamento do referido doutrinador ao entender, conforme visto, que a interceptação de terceiros, dentro dos padrões impostos pela Lei n.º 9.296/96, é lícita.

Outrossim, da análise de seus julgados, pode-se concluir que a Corte já consolidou um entendimento acerca do tema, manifestando-se pela licitude da serendipidade de segundo grau em diversos julgados. Em 9 de maio de 2017, decidiu o seguinte:

Este Superior Tribunal consolidou a orientação de que a descoberta, em interceptação telefônica judicialmente autorizada, do envolvimento de pessoas diferentes daquelas inicialmente investigadas - o denominado encontro fortuito de provas (seren-

13 ÁVILA, Thiago André Pierobom de. Provas ilícitas e proporcionalidade: uma análise da colisão entre os princípios da proteção penal eficiente e da inadmissibilidade das provas obtidas por meios ilícitos. Disponível em: <<http://repositorio.unb.br>>. Acesso em: 4/5/2017.

dipidade) - é fato legítimo, não gerando irregularidade do inquérito policial, tampouco ilegalidade na instauração da ação penal. (RHC 81.964/RS, Rel. Ministro Antônio Saldanha Palheiro, Sexta Turma, julgado em 9/5/2017).

A consolidação do entendimento pode ser verificada, entre outros, nos seguintes julgamentos: RHC 50011 (J. 25/11/2014), HC 300.684/RS (J. 17/03/2015), APn 690/TO (j. 15/04/2015), HC 308.019/SP (j. 20/10/2015), AgRg no REsp 1174858/SP (j. 10/03/2016), RMS 32.597/SP (J. 05/04/2016), RHC 81.964/RS (J. 09/05/2017), HC 387899 / RS (J. 13/06/2017).

A Terceira Seção do Superior Tribunal de Justiça, responsável pelo julgamento unificado dos feitos relativos à matéria penal (art. 9^a, §3^o, do Regimento Interno), ainda não se debruçou sobre o tema, ao passo que a Corte Especial analisou dois casos. Na APn 675/GO (julgado em 18/11/2015), foi enfática ao decidir que a serendipidade não acarreta, *per se*, nulidade da investigação; na APn 690/TO (julgado em 15/04/2015), reafirmou a tese da licitude quando a interceptação telefônica seguir os ditames legais.

Já no julgamento do RHC 43270/SP, em 17/03/2016, o Tribunal posicionou-se sobre a legalidade tanto da serendipidade de primeiro grau, quanto da de segundo grau:

Não há se falar em desvio de finalidade da interceptação quando, tangenciando-se a linha normal de desdobramentos de uma investigação, depara-se com elementos que podem servir de base para outras investigações ou aprofundamento da investigação em curso, no que a doutrina denomina de “serendipidade” (precedentes).

Com isso, o Superior Tribunal de Justiça, na esteira da doutrina consultada, parece ter sedimentado uma linha argumentativa duradoura em seus julgados, seja tratando a prova encartada como autêntica notícia-crime, seja utilizando como critério a legalidade da interceptação anterior para validar a interceptação

posterior ou, por fim, decidindo expressamente que a serendipidade de segundo grau não gera irregularidade na investigação ou ilegalidade na ação penal.

5. Conclusão

O trabalho traçou as diretrizes gerais do que se convencionou chamar “serendipidade”, apresentando suas duas modalidades – primeiro e segundo grau – à luz da teoria das provas em direito processual penal. Buscou-se, num primeiro momento, traçar os comandos constitucionais e legais que regem o tema “interceptação telefônica”, a fim de defini-lo e situá-lo.

Verificou-se que as interceptações, quando precedidas de autorização judicial, e desde que tenham observados os pressupostos legais, são uma exceção à inviolabilidade da intimidade. Em seguida, avaliou-se as diversas possibilidades de mácula da prova na persecução penal, para demonstrar a problemática que envolve esse tipo de produção probatória. Nesse contexto, apresentou-se a teoria da ilicitude das provas, esboçando-se uma linha distintiva entre aquelas consideradas lícitas e aquelas consideradas ilícitas (vício de direito material) ou ilegítimas (vício processual).

Após a contextualização do encontro fortuito de provas (fenômeno conhecido como “serendipidade”), distinguiu-se as provas fortuitas conexas das não conexas, destacando-se o entendimento doutrinário e jurisprudencial do Superior Tribunal de Justiça acerca da questão.

Ao final, foi possível constatar que o aludido fenômeno – de frequente ocorrência prática – não possui o condão de macular a prova, desde que devidamente manejada, seja para elastecer a linha de investigação até então adotada (serendipidade de primeiro grau), seja para dar início a uma nova investigação a partir da

notícia-crime (serendipidade de segundo grau), sempre tendo como norte que a segurança pública é dever do Estado.

À luz da teoria da colisão de princípios fundamentais, é possível antever uma nova diretriz no manejo das provas não conexas encontradas fortuitamente quando houver urgência na repressão de determinados crimes (ex: homicídio), na medida em que, apesar de serem tidas como notícia-crime, não podem eximir o agente estatal do seu dever de agir ante a fundamental importância que o Direito Penal dá a determinados bens jurídicos.

6. Referências

ÁVILA, Thiago André Pierobom de. Provas ilícitas e proporcionalidade: uma análise da colisão entre os princípios da proteção penal eficiente e da inadmissibilidade das provas obtidas por meios ilícitos. Universidade de Brasília. Brasília, 2006. Disponível em: <<http://repositorio.unb.br/bitstream/10482/3103/1/Disserta%C3%A7%C3%A3o%20%20THIAGO%20ANDR%C3%89%20PIEROBOM%20DE%20%20C3%81VILA-%20Provas%20il%C3%AD-citas.pdf>>. Acesso em: 30 jul. 2018.

CAMEIRA, Luciana Vaz. *Mini Penal 2017*. 18. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2017. ISBN 978-85-203-7246-3.

GOMES, Luiz Flávio. *Natureza jurídica da serendipidade nas interceptações telefônicas*. Disponível em <<https://lfg.jusbrasil.com.br/noticias/955473/natureza-juridica-da-serendipidade-nas-interceptacoes-telefonicas>>. Acesso em: 30 jul. 2018.

LIMA, Renato Brasileiro. *Manual de Processo Penal*. 4. ed. Salvador: JusPodivm, 2016.

MENDRONI, Marcelo Batlouni. *Crime Organizado: aspectos gerais e mecanismos legais*. 6. ed. São Paulo: Atlas, 2016.

NOVELINO, Marcelo. *Manual de Direito Constitucional*. 8. ed. rev. e atual. São Paulo: Método, 2013.

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

OLIVEIRA, Eugênio Pacelli. *Curso de Processo Penal*. 14. ed. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2011.

TÁVORA, Nestor; ALENCAR, Rosmar Rodrigues. *Curso de Direito Processual Penal*. 11. ed. Salvador: JusPodivm, 2016.

Artigo recebido em: 14/8/2018

Artigo aprovado em: 5/12/2018

DOI: 10.5935/1809-8487.20190010