

**CENTRO UNIVERSITÁRIO “ANTÔNIO EUFRÁSIO DE  
TOLEDO”  
FACULDADE DE DIREITO**

**O ENCONTRO FORTUITO DE PROVAS E A UTILIZAÇÃO NO  
PROCESSO PENAL**

Gabriela Fabricio Hernandez

**CENTRO UNIVERSITÁRIO “ANTÔNIO EUFRÁSIO DE  
TOLEDO”  
FACULDADE DE DIREITO**

**O ENCONTRO FORTUITO DE PROVAS E A UTILIZAÇÃO NO  
PROCESSO PENAL**

Gabriela Fabricio Hernandez

Monografia apresentada como requisito  
parcial de Conclusão de Curso para  
obtenção do Grau de Bacharel em Direito,  
sob orientação do Prof. Mário Coimbra

## O ENCONTRO FORTUITO DE PROVAS E A UTILIZAÇÃO NO PROCESSO PENAL

Trabalho de Conclusão de Curso  
aprovado como requisito parcial para  
obtenção do Grau de Bacharel em  
Direito.

---

Mário Coimbra  
Orientador

---

Luís Roberto Gomes  
Examinador

---

Amanda Moura Costantini  
Examinador

Presidente Prudente/SP, 24 de novembro de 2014

“Bem-aventurados os que têm fome e sede de justiça, porque eles serão fartos;”

Jesus Cristo

## **AGRADECIMENTOS**

Dirijo o principal agradecimento ao Senhor Jesus, meu Mestre e Autor de todo o conhecimento, que com um amor incompreensível tem guiado os meus passos e cujas mãos foram o principal instrumento para a concretização deste trabalho.

Agradeço também à minha mãe, por tanto amor e por ser a única responsável pelos meus cuidados físicos e morais. Todos os meus esforços não serão suficientes para retribuir sua imensa dedicação.

Ao meu orientador, Mário Coimbra, por me ajudar desde a escolha do tema e por me iluminar com seu grande conhecimento para que esta pesquisa fosse concluída.

Ao doutor Luís Roberto Gomes e Amanda Moura Costantini, pela honra em aceitar meu convite para compor a banca examinadora.

## RESUMO

O presente trabalho, elaborado como requisito parcial para a conclusão do Curso de Direito e obtenção do Grau de Bacharel perante o Centro Universitário “Antônio Eufrásio de Toledo”, tem como objetivo realizar uma análise sobre a prova fortuitamente encontrada e a utilização no processo penal, face às regras impostas pelo constituinte e pelo legislador no que tange às provas ilícitas. Para isso, foi realizado um estudo sobre a evolução do processo penal, sobretudo nos seus aspectos humanísticos e suas consequências em matéria processual. Também, ligando-se à abordagem inicial, os sistemas processuais foram vistos, para que se pudesse compreender qual o posicionamento do ordenamento jurídico no tocante à atividade persecutória do Estado. Assim, foi possível realizar estudo sobre o tema das provas e indicar quais as bases do assunto, sendo possível citar então a serendipidade ou encontro fortuito de provas, sua natureza jurídica, tratamento doutrinário e jurisprudencial e os questionamentos que cercam a licitude desta modalidade de prova. Durante o desenvolvimento deste trabalho, tornou-se possível verificar as situações fáticas e os procedimentos investigatórios que ensejam a serendipidade, argumentando-se a partir de então os diferentes posicionamentos sobre o uso dessa prova.

**Palavras-chave:** Processo Penal. Sistemas processuais. Provas no Processo Penal. Serendipidade. Princípio da razoabilidade.

## ABSTRACT

The present work was elaborated as a partial requisite to conclude the Faculty of Law and to graduate at Centro Universitário “Antônio Eufrásio de Toledo”. It aims to analyse the fortuitously found evidence and its utility in criminal procedure, facing the constitutional and legal rules about illegal evidence. To achieve this objective, a study was made on the evolution of criminal procedure, and special care was given to its humanistic aspects and the resulting consequences of those aspects on procedure. At the beginning of this study, we approached the various procedural systems, to a better understanding of persecution in Brazilian law. Therefore, it was possible to study the evidence per se, indicate its basis, and then focus on the serendipity and on the fortuitously found evidence. At this point, we then approach its juridical nature, what is the position of the doctrine and the jurisprudence about it, and the questions about its illegality. During the development of this research, it was possible to verify the practical situations and the investigative procedures in which serendipity can be put to use, and so these are used as a means to discuss the different positions on the use of this kind of evidence.

**Key words:** Criminal Procedure. Procedural systems. Evidence in Criminal Procedure. Legality. Serendipity. Principle of Reasonableness.

## SUMÁRIO

|  |           |
|--|-----------|
| <b>1 INTRODUÇÃO .....</b>  | <b>10</b> |
| <b>2 A PERSECUÇÃO PENAL NA HISTÓRIA.....</b>   | <b>12</b> |
| 2.1 Considerações Iniciais.....  | 12        |
| 2.2 Lei de Talião.....   | 13        |
| 2.3 A Questão da Tortura.....  | 13        |
| 2.4 O Direito Romano .....   | 14        |
| 2.5 O Direito Germânico.....   | 15        |
| 2.6 O Direito Canônico.....  | 16        |
| 2.7 Idade Contemporânea.....   | 18        |
| 2.8 O Processo Penal no Brasil.....  | 18        |
| <b>3 O SISTEMA PROCESSUAL PENAL.....</b>   | <b>20</b> |
| 3.1 A Influência dos Tratados Internacionais no Sistema Processual Penal.....                        | 20        |
| 3.2 Os Sistemas Processuais Penais.....  | 21        |
| 3.2.1 O sistema inquisitivo.....   | 22        |
| 3.2.2 O sistema acusatório.....  | 22        |
| 3.2.3 O sistema misto.....   | 23        |
| <b>4 AS PROVAS NO DIREITO PROCESSUAL PENAL.....</b>  | <b>25</b> |
| 4.1 Conceito de Prova.....   | 25        |
| 4.2 Os Princípios da Prova.....  | 26        |
| 4.2.1 Princípio da liberdade da prova.....   | 27        |
| 4.2.2 Princípio da comunhão das provas.....  | 29        |
| 4.2.3 Princípio da proibição do uso das provas ilícitas.....   | 30        |
| 4.2.3.1 A teoria dos frutos da árvore envenenada.....  | 31        |
| 4.3 Pontos Fundamentais.....   | 32        |
| 4.3.1 A questão das interceptações telefônicas.....  | 32        |
| 4.3.2 A questão da violação de domicílio e a busca domiciliar.....                                   | 33        |
| <b>5 A PROVA FORTUITAMENTE ENCONTRADA.....</b>   | <b>34</b> |
| 5.1 Considerações Iniciais.....  | 34        |
| 5.2 Conceito.....  | 34        |
| 5.3 Natureza Jurídica da Prova Fortuitamente Encontrada.....   | 35        |
| 5.4 O Uso da Prova Fortuitamente Encontrada.....   | 36        |
| 5.4.1 Da impossibilidade do uso da prova fortuitamente encontrada.....                               | 37        |
| 5.4.2 Possibilidade do uso da prova fortuitamente encontrada.....                                    | 39        |
| 5.4.2.1 Da conexão com o objeto principal da investigação ou encontro fortuito de primeiro grau..... | 39        |
| 5.4.4.2 Outras hipóteses para o uso da prova fortuitamente encontrada.....                           | 41        |
| 5.4.2.2.1 Princípio da razoabilidade e o uso da prova fortuitamente encontrada..                     | 43        |

**6 CONCLUSÃO ..... 46**

**BIBLIOGRAFIA ..... 48**

## 1 INTRODUÇÃO

Desde os estudos iniciais do Direito, resta evidente o cuidado do legislador em estruturar um ordenamento jurídico com base em princípios e direitos fundamentais. Passadas mais de duas décadas desde a promulgação da Constituição Federal de 1988, a atividade legislativa pauta-se intensamente pelo estabelecido na Carta Magna.

Neste sentido, também as leis processuais. Ora, não poderá o Diploma Maior zelar por direitos fundamentais e a lei infraconstitucional apresentar-se em contrariedade.

No âmbito da atividade probatória, as imposições legais apresentam-se principalmente com o escopo de velar pelos direitos fundamentais do acusado. E não somente o princípio da presunção de inocência e legalidade são alvos desta proteção: o direito à intimidade e privacidade alcançam igual patamar de importância durante a persecução penal.

Entretanto, não se pode olvidar de uma das máximas do Direito: o Direito acompanha a sociedade. Isto é, as ciências jurídicas adequam-se à realidade social, seja para analisá-la, seja para regrá-la.

Observando este fator, torna-se imperioso realizar interpretação teleológica na aplicação das leis. Uma interpretação literal, legalista, torna cego o aplicador e vítima aquele que está sob a égide das normas oriundas do Direito.

Neste contexto, a prova fortuitamente encontrada surge como ponto crítico das considerações apontadas: seria conveniente aceitá-la de maneira ilimitada para satisfazer as exigências sociais? E aqui não figura o interesse social preconizado pelo ordenamento jurídico, mas sim aquele popular, desejoso de firme atuação estatal frente ao crescente aumento da criminalidade.

Mas a discussão acerca do tema central deste trabalho não concentra-se somente nesta discussão, mas também no tratamento dado pela doutrina e jurisprudência ao uso da prova fortuitamente encontrada. Não se pode ultrapassar os limites existentes entre aplicação de leis e desejo social comum, sob pena de afastar-se a segurança jurídica.

Este trabalho será desenvolvido realizando-se pesquisas doutrinárias e jurisprudenciais, com a finalidade de explorar o fenômeno da serendipidade – ou

encontro fortuito de provas, seu tratamento jurídico e os limites que envolvem o uso dessa prova, além da exigência em manter-se diretrizes processuais em detrimento de interesses sociais comuns.

## 2 A PERSECUÇÃO PENAL NA HISTÓRIA

### 2.1 Considerações Iniciais

Conhecer o curso do processo penal desde suas primeiras formas e manifestações é essencial para se conhecer as atuais regras desse tema do Direito.

Ao longo da história, muitas foram as maneiras que os indivíduos encontraram para punir os que transgrediam as leis e acabavam por cometer atos contrários aos preceitos instituídos para a manutenção da vida em sociedade.

Sem maiores preocupações com a liberdade do indivíduo, evidentes somente a partir da Revolução Francesa, ou ainda com os seus direitos como pessoa humana, reconhecidos apenas no Pós Segunda Guerra, a maneira encontrada para punição era feita de forma arbitrária e violenta em muitos lugares e épocas.

Se por um lado intentava-se fazer justiça (ou dar aparência desta) àqueles que sofriam mal injusto, por outro, havia violação não somente a direitos como liberdade e defesa, mas até o direito à vida. Ademais, noções de proporcionalidade distanciavam-se das medidas escolhidas para punir o transgressor.

A falta de parâmetros para punição evidenciava-se em alguns momentos pelo fato de que o Estado não tomava para si o *jus puniendi*: a punição, que apresentava-se em verdade pela forma de vingança, era realizada pelo particular. Em outros instantes, o Estado, assumindo o poder de justiça, agia de forma arbitrária, em desfavor do mais fraco.

Também, não há que se olvidar do fato de que, em muitas sociedades, os homens atribuíam à divindade o poder de julgamento, fator que agravava ainda mais a circunstância para o acusado. Se, segundo os entendimentos religiosos, compreendia-se que este era culpado, então haveria condenação.

Não há dúvidas que a característica marcante do julgamento penal, por longo tempo, foi a violência utilizada nos meios de punir. Ademais, a falta de análise crítica impedia que houvesse um sistema regulado para tratar do assunto. Vigorava

ou a lei do mais forte sobre o mais fraco, ou a vontade do Estado, sobre aquele que cometia (o considerado) crime.

Importante se faz lembrar também que, sem o estudo aprofundado de uma ciência que regulamentasse as questões, não havia uma sistemática de processo penal, apenas a esfera penal.

Aliás, neste aspecto, não somente a integridade física dos indivíduos que praticavam os delitos era colocada em xeque, mas também o seu direito de defesa, de demonstração de possível inocência. Isto é, o devido processo legal era uma noção que se distanciava dos fatos ocorridos nas fases obscuras do processo penal.

Cesare Beccaria, estudioso e crítico do tema, demonstrava sua irresignação com a falta de sistematização do assunto, observando o descontrole estatal quanto à criminalidade. Em sua obra “Dos delitos e das penas” (1764) relata sobre a barbárie dos métodos, bastante intensos em face dos mais fracos, que eram punidos sem que houvesse qualquer questionamento. Indagou principalmente sobre aquilo que considerava ser retrógrado já àquele momento em que vivia, indicando as falhas que revelam uma época desatenta a direitos fundamentais ou quaisquer outros preceitos garantistas da dignidade humana.

Por óbvio, não perduraria por muito essa forma de exercer o *jus puniendi* e assim satisfazer o desejo comum à população de efetivar a justiça em face dos criminosos. Com as intensas mudanças históricas, o direito de punir sofreu os reflexos, sendo que surgiram as regras de processo penal. Ademais, não só o procedimento foi regulamentado, mas todo o contexto que envolve a persecução penal. Para demonstrar este fato, o principal ponto a ser citado é o surgimento de princípios orientadores, que vinculam os juízes na aplicação das normas, hoje criadas com vistas a proteger o direito do Estado de punir, bem como o do indivíduo de participar da persecução penal que sofre, possibilitando-lhe o direito de defesa, bem como demonstração de inocência.

Para que se possa visualizar estas questões, é importante que se debata acerca de temas como tortura, tipos de cárceres, bem como os sistemas de punição utilizados nas diferentes épocas. Além disso, em vista do interesse em se estabelecer comparações com o sistema processual atualmente aplicado, importante expor a evolução do processo penal no Brasil.

## 2.2 A Lei de Talião

Nos primórdios, houve a chamada Lei de Talião, bastante conhecida pela expressão “olho por olho, dente por dente”. Isso porque, para que se considerasse feita a justiça, o indivíduo deveria agir do mesmo modo em relação ao seu agressor, causando-lhe mal semelhante. Isso de forma arbitrária, sem intervenção do Estado. É conhecida também como a lei da vingança, vez que se assemelha muito mais a um meio vingativo do que a uma forma de punir.

São encontrados dados e indícios desse ordenamento principalmente no Código de Hamurabi, em cerca de 1.700 a.C. Há também claras disposições na Bíblia Sagrada (2009, p. 99), no livro de Êxodo, indicando que a população judaica também esteve regida por estas normas: “ (...) mas se houver morte, então darás vida por vida, olho por olho, dente por dente, mão por mão, pé por pé, queimadura por queimadura, ferida por ferida, golpe por golpe(...)”.

Dessas orientações, extrai-se que a partir daí surgiu uma primeira ideia de proporcionalidade.

Para visualizar o assunto, ensina Melina Duarte (p. 75, 2009):

A igualdade de valor é suficiente para garantir a justiça na esfera teórica, mas insuficiente quando se pretende estendê-la à esfera prática, visto que nessa última, a igualdade só pode ser obtida em termos de quantidade e qualidade que variam conforme o tempo e cultura.

Do trecho citado, pode-se concluir que a inicial questão da proporcionalidade apresentava-se deficiente, vez que não havia aprofundada análise que pudesse estruturar o sistema de aplicação das supostas penas, assemelhadas verdadeiramente a castigos. Isto é, não havia distinção entre pena e retribuição do mal injusto.

## 2.3 A Questão da Tortura

É imprescindível, no estudo dos fatos que cercavam os sistemas de punição anteriormente utilizados, tratar da questão da tortura. E não somente no

passado a tortura era usada no meio dos procedimentos penais. Ainda é um ponto relevante a ser abordado pelo ordenamento jurídico, com finalidade de ser combatida, vez que, no contexto atual de preservação dos direitos humanos, o método é inadmissível.

A Lei 9455 de 1997 (Lei de Tortura) indica como prática de tortura, dentro do contexto abordado, o ato de constranger alguém com emprego de violência ou grave ameaça, visando a obtenção de declaração, informação ou confissão. Embora essa ideia, de origem legal, seja aplicada atualmente, pode-se considerar que é a mesma pensada no que tange aos meios utilizados para obter a confissão de um crime, a denúncia de outrem e mesmo uma punição àqueles que desrespeitassem as normas impostas.

De uma maneira geral, verifica-se o uso da tortura ao longo da história em razão de não se ter um controle legal (sendo até mesmo admitida), com finalidade de aplicação do *jus puniendi*, realizado de forma muito arbitrária.

## 2.4 O Direito Romano

Como é sabido, o Direito Romano ocupa espaço importante no que se refere à construção do pensamento jurídico. Embora tenha destaque principalmente no campo do Direito Privado, algumas considerações sobre julgamento e pena merecem ser abordados.

Conforme informações trazidas pelo doutrinador Luiz Régis Prado (p.48, 2002): “(...) o positivismo romano dissociará o *faz do jus*, elidindo a confusão entre o religioso e o laico, o que vai possibilitar a afirmação do caráter público da pena.” Verifica-se então que já se apresentou neste momento uma análise da aplicação da pena por parte do Estado.

Neste contexto, havia a punição a ser aplicada pelo Estado e aquela a ser aplicada pelo particular. Os praticantes da primeira sofriam penalidade aplicada pelo Estado. A segunda refere-se aos crimes ofensivos ao particular, permitindo-se a vingança, conforme já fora tratado.

Ensina o autor acima referido (p.49) que havia até mesmo procedimentos formulados “casuisticamente com o objetivo de julgar os autores de ações consideradas lesivas ao Estado, sem que houvesse nenhuma previsão legal.”.

Deste texto, pode-se concluir que noções como legalidade estavam ausentes, vez que se permitia julgar por ações não previstas como ilegais.

## 2.5 O Direito Germânico

A primeira consideração a ser feita na abordagem do Direito Germânico, é o fato de que se tratava principalmente de povos bárbaros. Conforme ensina Régis Prado (p. 51, 2002), o direito destes povos era consuetudinário. Ensina ainda o autor que o delito era na verdade uma forma de ruptura de paz, sendo que o Direito era considerado uma ordem de paz. Caso fosse cometido em relação a toda a comunidade, então o indivíduo era banido da convivência social, “ficando equiparado aos animais dos campos e a mercê de todos, que tinha, inclusive, o direito de matá-lo”. Em alguns casos, entretanto, a vingança de sangue era mais que um direito, constituindo-se verdadeiro dever da vítima ou de seu familiar. A respeito disso, também ensina o referido doutrinador:

Somente em etapas mais avançadas, com o fortalecimento do poder estatal, foi sendo gradativamente substituída pela composição voluntária, depois obrigatória. Tal instituição consistia, em geral, no dever de compensar o prejuízo sofrido com certa importância em pecúnia, objetivando a supressão da vingança privada.

Logo, verifica-se que surge a penalidade consistente na perda de valor, ou seja, pagamento de multa em razão do delito cometido.

Paula Fracinetti Souto Maior traz consideráveis lições acerca do procedimento criminal do direito germânico. Em sua obra “O Direito Penal Germânico Antigo (O "Sistema Penal" Contra O Estranho)”, ensina alguns importantes institutos.

No que tange ao direito de acusar, relata que havia um juízo arbitrário. Para tanto, era convocada uma assembleia, em que eram apresentadas as queixas contra o suposto criminoso. Interessante destacar que uma espécie de recurso era possível: aquele que acreditasse ser a decisão proferida parcial, então poderia “querelar contra o juiz que a proferiu”. Ademais, ensina também que o direito de denunciar quem quer que tenha cometido delito dependia da classe social do ofendido.

No que tange ao flagrante delito, explica a referida autora que tinha como função suprimir o procedimento, permitindo que houvesse em relação ao agressor violência proporcional àquela verificada na situação de flagrante.

Quanto às testemunhas, “são auxiliares das partes, seus depoimentos atestam a credibilidade da reputação das partes, não visam o fato punível”.

Importante consignar que havia ampla influência da crença nas divindades. A respeito disso, a autora ensina que eram retiradas das ordálias – fatos da natureza interpretados como sinais divinos – as maiores provas contra o acusado em questão.

Ainda neste campo, Souto mostra que a pena não tinha como principal finalidade a retribuição do mal causado, mas sim, visava satisfazer a divindade e até mesmo a vítima morta, vez que esperavam a aplicação de alguma penalidade ao injusto agressor, como condição de retomada da paz.

Dentre as modalidades de pena, preleciona Souto que a privação da liberdade baseava-se na escravidão (podendo ser perpétua ou temporária) e também no exílio. Em relação a pena pecuniária, cita que tornou-se inclusive, atividade lucrativa.

A pena de morte era realizada principalmente pela vingança privada, através de vários meios cruéis.

## **2.6 O Direito Canônico**

O Direito Canônico, basicamente, é aquele oriundo das determinações da Igreja Católica. O clero estabelecia um conjunto de regras extraídos da Bíblia. Conforme ensina Flávia Lages de Castro, a Igreja apresentava-se bastante importante. Além disso, o Direito Canônico era escrito, fator relevante em um meio social de grande maioria analfabeta. Por óbvio, com uma população sem esclarecimentos, temerosa de um ser superior, a Igreja apresentava-se dominante, influenciando o meio social conforme os seus interesses.

Novamente, aqui se verifica o intenso uso das ordálias. Inclusive, conforme ensina a autora acima referida, dentre os meios de prova utilizados, havia aqueles que submetiam o acusado a situações de intensa agressão física, sob alegação de que, se inocente fora, não sofreria mal nenhum.

Para julgar e condenar aqueles que infringiam as normas do direito religioso, foi criado o Tribunal da Inquisição. Eram julgados aqueles que praticavam religião diferente da Católica, até mesmo outros desdobramentos do cristianismo. E também aqueles que praticavam atos que o clero entendia como ofensas à Bíblia, como exemplos, sodomia (os homossexuais eram punidos), feitiçaria (conforme compreensão da própria igreja), etc..

Talita Ferreira do Nascimento Weber (2010) preceitua sobre as questões da acusação:

O processo penal acusatório era um sistema de julgamento irracional, a ação penal só poderia ser desencadeada por uma pessoa privada, que seria a parte prejudicada. O juiz era um árbitro imparcial, que orientava o processo, mas nunca julgava o acusado. Em caso de dúvidas, a determinação da culpa ou inocência era feita de modo irracional, era colocado nas mãos de Deus. A forma utilizada era chamada de Ordálio e suas práticas eram diversas.

O texto citado demonstra que existia verdadeiro arbítrio: caso aquele incumbido de julgar o acusado interpretasse ser da vontade divina sua condenação, então restava impossível sua alegação de inocência.

Outro importante fator: a insegurança existente. Sobre isso, a mesma autora:

As pessoas viviam amedrontadas e sabiam que podiam ser denunciadas a qualquer momento sem que houvesse necessariamente razão para isso. Com base em meros boatos, aprisionavam as pessoas, interrogavam-nas, e muitas vezes, torturavam-nas até confessarem.

Visivelmente, não se tratava nem sequer de punições atribuídas a injustos penais que afetassem a organização e harmonia sociais. Verdadeiramente, era um sistema baseado no interesse clerical de dominação e também financeiro. Aliás, muitas riquezas foram geradas nesta época.

Entretanto, este aspecto cruel não perdurou por toda a fase. Luis Régis Prado (p. 58, 2002) explica que em dado momento o direito canônico passou a contribuir para a humanização das penas, além de cessar definitivamente com a chamada vingança privada. Ou seja, o poder de punir passou totalmente para o Estado. Dentre outras contribuições, estabeleceu a ideia de igualdade diante de Deus, criou primeiras noções de dolo e culpa, além da criação de estabelecimentos de cárcere.

## 2.7 Idade Contemporânea

Com a Revolução Francesa e seus ideais de liberdade, não poderia permanecer o mesmo procedimento criminal aplicado dos períodos anteriores. Durante o momento de reivindicações, foi escrita a Declaração Universal dos Direitos do Homem e do Cidadão, podendo ser considerada um marco definitivo para o sistema de penas cruéis. Dentre os preceitos estabelecidos, são principalmente importantes o ideal de liberdade e dignidade a ser conferida a todos os homens. Ou seja, se a dignidade deveria ser estendida a todos, então isso atingia inclusive os condenados. Dessa forma, já não se podia falar mais em meios cruéis de pena ou mesmo de tratamento àqueles que devessem cumprir penas.

Nesta seara, Luis Régis Prado (p. 59, 2002) explica que o momento foi propício para mudanças no estudo das leis criminais. Como exemplo, cita Cesare Beccaria e sua obra, indicando que a partir desta, passaram a surgir ideias atualmente adotadas, tais como legalidade, caráter público da pena, aplicabilidade desta de maneira igual a todos os homens.

Novamente, se faz importante lembrar que a Igreja Católica contribuiu para a humanização das penas, consolidadas neste período. O encarceramento passou a ser a principal pena aplicada.

## 2.8 O Processo Penal no Brasil

O Brasil careceu de legislação processual própria durante grande período. Em razão das Ordenações Filipinas, havia ampla influência do Direito Canônico, inclusive em relação aos procedimentos criminais.

A Constituição de 1891 atribui a competência de legislar sobre o processo aos Estados e à União. Em 1934, a competência é dada exclusivamente à União. Então, em 1941 foi criado o Código de Processo Penal, vigente até hoje.

Importante observar também que a Constituição de 1988, chamada de Constituição Cidadã, estabeleceu vários direitos fundamentais correlatos ao processo, como ampla defesa, devido processo legal, presunção de inocência, além de outros como inviolabilidade de domicílio, necessidade de ordem escrita da

autoridade judiciária ou flagrante delito como condições para a prisão. Ademais, no ano de 2011, uma série de alterações legislativas foram realizadas, com vistas a implementar definitivamente os preceitos instituídos pela Carta Maior relativos à liberdade do indivíduo. São as medidas cautelares de natureza pessoal.

Quanto ao sistema adotado pelo Brasil (inquisitivo, acusatório ou misto), ensina Guilherme de Souza Nucci (p. 122, 2011):

O sistema adotado no Brasil, embora não oficialmente, é o misto. Registre-se desde logo que há dois enfoques: o constitucional e o processual. Em outras palavras, se fôssemos seguir exclusivamente o disposto na Constituição Federal, poderíamos até dizer que nosso sistema é acusatório (no texto constitucional encontramos os princípios que regem o sistema acusatório). Ocorre que nosso processo penal (procedimentos, recursos, provas etc.) é regido por Código específico, que data de 1941, elaborado em nítida ótica inquisitiva.

Portanto, conforme acima apresentado, o direito processual tem bases principalmente constitucionais, tornando o processo penal brasileiro absolutamente observador dos direitos e garantias fundamentais e da dignidade humana.

## **3 O SISTEMA PROCESSUAL PENAL BRASILEIRO**

### **3.1 A Influência dos Tratados Internacionais no Sistema Processual Penal**

Após um longo período em que se verificaram atrocidades em nome da lei e do direito de punir ou mesmo o direito de vingança, fatores históricos, como visto, levaram à humanização do direito processual penal.

Isto é, o princípio da dignidade da pessoa humana passou a ser amplamente aplicado às regras processuais.

Sem dúvida, o Direito Internacional Público teve grande influência no tema, pois, sobretudo no século XX uma série de tratados surgiu, com vistas a consolidar direitos fundamentais intensamente agredidos, não somente nas duas grandes guerras, mas também dentro de cada Estado. São tratados que versam sobre direitos humanos, bem como o dever estatal de assegurar a inviolabilidade e o cumprimento destes direitos.

Então, estas regras que se tornaram alvo de muitas análises e também críticas, foram inseridas no contexto social dos Estados signatários dos tratados. Embora em muitos casos se discuta não haver força normativa nestes diplomas, as leis processuais que já passavam por transformações – ora, o quadro econômico e social do século passado já não comportava atrocidades – passaram a ser amplamente guiadas pelos preceitos instituídos nos tratados, tornando a persecução penal uma clara mostra da influência do preceito da dignidade humana.

No Brasil, os tratados sobre direitos humanos devem ser aprovados por quórum especial para que tenham força de emenda. Quanto a isso, muito se discute sobre o Pacto de São José da Costa Rica, que não foi assim aprovado, embora o Brasil seja signatário e aplique suas regras com força constitucional. Inclusive, o Estado brasileiro já foi julgado, na Corte Interamericana de Direitos Humanos por violar tais direitos.

Este diploma internacional traz um extenso rol de garantias atinentes ao poder de punir do Estado, sempre privilegiando a pessoa humana e afastando todo e qualquer tipo de ato que afronte a integridade física e psíquica do processado e mesmo do condenado.

No rol de direitos trazidos pelo Pacto, já se apresenta a restrição no que tange à pena de morte. Então, fazendo uma análise comparativa, percebe-se uma absoluta evolução no conceito de punição e retribuição. Se antes era razoável que se fizesse justiça tirando a vida daquele considerado culpado, fosse de forma particular ou mesmo pública e aceita pelo Estado, a regra de Direito Público Internacional mitigou esta maneira de punição de forma veemente.

Ainda neste ínterim, também dispõe que não haverá pena e tratamentos cruéis, degradantes e desumanos.

Nos aspectos processuais, preceitua que cada pessoa terá direito: à informação sobre a acusação e detenção que recaem sobre si, ampla defesa e produção de provas e inclusive, expressamente, de não produzir prova contra si mesma. Embora não expressa na Constituição brasileira, essa disposição justifica a não autoincriminação adotada pelo sistema processual-penal brasileiro.

Dentre outras coisas, os direitos processuais-penais estão amplamente abrangidos pela Carta Magna e tratados de direitos humanos, portanto, resguardados de violações a serem praticadas pelos Estados e também por outros cidadãos.

### **3.2 Os Sistemas Processuais Penais**

Ao modo como se apresenta a persecução penal é dado o nome de sistema processual-penal. Nos diferentes momentos históricos os Estados se utilizaram de sistemas processuais que indicavam sua compreensão a respeito do crime e sua punição. Conforme o grande processualista Paulo Rangel (2011, p. 79):

Assim, sistema processual penal é o conjunto de princípios e regras constitucionais, de acordo com o momento político de cada Estado, que estabelece as diretrizes a serem seguidas à aplicação do direito penal a cada caso concreto.

A doutrina processualista indica três diferentes sistemas de processo penal.

### 3.2.1 O sistema inquisitivo

Embora tenha encontrado origem no período monárquico, o sistema inquisitivo foi amplamente aplicado durante o período canônico na Europa, o que é indicado inclusive pelo próprio nome que recebe. Conforme ensina o citado processualista, este sistema foi a solução encontrada para que a aplicação da justiça saísse das mãos do particular, passando ao Estado o dever de punir.

No sistema inquisitivo, concentram-se na mesma pessoa as figuras do acusador e julgador. Dessa forma, aquele que previamente realizou o juízo de reprovabilidade, conduz toda a investigação e acusação, e ao final, profere sua conclusão, definindo por si o futuro do acusado.

Não existe defesa, ou é apenas simbólica, não influenciando na decisão do julgador. O que ocorre é que é o próprio julgador, como acusador, quem produz e colhe os elementos que irão formar sua convicção, não tendo o réu participação nesse processo, tampouco o direito ao contraditório e ampla defesa.

Ademais, todo o procedimento é feito de forma sigilosa, de forma que não é possível que sejam assegurados nenhum direito ou garantia.

A compatibilidade deste sistema é ensinada pelo mesmo doutrinador (2011, p. 79):

Em um Estado Democrático de Direito, o sistema acusatório é a garantia do cidadão contra qualquer arbítrio do Estado. A *contrario sensu*, no Estado totalitário, em que a repressão é a mola mestra e há supressão dos direitos e garantias individuais, o sistema inquisitivo encontra sua guarida.

Se o sistema inquisitivo se apresenta arbitrário e distante dos ideais do Estado Democrático de Direito, o sistema acusatório guarda características de direitos e garantias.

### 3.2.2 O sistema acusatório

Marcado principalmente pelo fato de que o julgador é imparcial, o sistema ora visto preceitua que a figura deste mesmo julgador somente surge após

provocação. Em relação ao direito de defesa, esta é ampla, bem como o contraditório. O réu é considerado parte e atua de maneira intensa durante todo o processo, objetivando sua absolvição.

Surge também a imagem do acusador, que agora é parte do processo e passa a ser o autor da ação. Historicamente, os procuradores do rei deram início, na França, ao Ministério Público, criado pelo Estado e que tem interesse na condenação do réu, bem como na observação da lei. Do mesmo modo que o réu, pode atuar no processo.

Outra diferença existente é a publicidade dos atos do processo, o que assegura direitos e garantias ao réu. Também, a produção de provas é ampla e, destinadas ao juiz, este deverá fundamentar sua decisão conforme as provas trazidas aos autos pelas partes.

Assim como privilegia a Constituição Federal de 1988, neste sistema, a regra é a liberdade do indivíduo, só podendo ser restrita em casos excepcionais.

### **3.2.3. Sistema misto**

Há ainda um terceiro sistema, chamado sistema misto que, conforme sua denominação indica, reúne elementos dos dois sistemas anteriormente vistos.

Conforme Guilherme de Souza Nucci (2014, p. 95): “uniu as virtudes dos dois anteriores”.

Neste, o procedimento é dividido em duas grandes fases. Primeiramente, ocorre a instrução criminal, cujos atos são predominantes do sistema inquisitivo. Não há defesa ou contraditório, e os atos são praticados em sigilo. Já instaurada a persecução penal, que corresponde à segunda fase deste sistema misto, os atos são praticados por juiz imparcial, havendo a publicidade dos atos, a produção de provas e sua apreciação, ampla defesa e contraditório.

Então, resta saber qual o sistema adotado pela legislação processual-penal brasileira. É sabido que as regras que regem o processo são oriundas da Carta Maior brasileira, mas também do Código de Processo Penal de 1941. Enquanto aquela apresenta características do sistema acusatório, como por exemplo a ampla defesa e principalmente a liberdade do indivíduo como regra, este último diploma traz pontos do sistema inquisitivo.

Em razão disso, a doutrina considera que o sistema adotado no Brasil é o misto. Durante a instrução criminal, a autoridade policial usa dos elementos do sistema inquisitivo. Como exemplo, o sigilo das investigações e forma escrita durante o inquérito policial, segundo o mesmo autor (Nucci, 2014).

Iniciada a ação penal, cujo titular, em regra, é o Ministério Público (excepcionalmente o particular), os atos são guiados pelas características predominantes do sistema acusatório: ampla defesa, contraditório, publicidade de atos e principalmente juiz imparcial, sendo possível a recusa quando assim não se compreender (Nucci, 2014).

Entretanto, esta classificação sofre duras críticas. O ordenamento jurídico brasileiro é guiado pelo que foi instituído na Constituição Federal. Vez que trata-se de um diploma legal com extenso rol de direitos fundamentais e que, como já exposto, tem aplicabilidade intensa no direito processual penal, ousado seria admitir características do sistema inquisitivo no processo brasileiro.

Para retratar, então, o atual quadro do processo penal, Paulo Rangel pondera (2011, p.86):

O Brasil adota um sistema acusatório que, no nosso modo de ver, não é puro em sua essência, pois o inquérito policial regido pelo sigilo, pela inquisitorialidade, tratando o indiciado como objeto de investigação, integra os autos do processo, e o juiz, muitas vezes, pergunta, em audiência, se os fatos que constam do inquérito policial são verdadeiros.(...) Assim, não podemos dizer, pelo menos assim pensamos, que o sistema acusatório adotado entre nós é puro. Não é. Há resquícios do sistema inquisitivo, porém já avançamos muito.

Assim, o sistema misto tem prevalecido dentre as classificações como sistema processual brasileiro, pois não é possível dizer que somente existem pontos do sistema acusatório que regem o processo penal.

## 4 AS PROVAS NO DIREITO PROCESSUAL PENAL

### 4.1 Conceito de Prova

Este capítulo não objetiva esgotar todo o conteúdo relacionado às provas, mas para prosseguimento das considerações e inclusive para compreensão do encontro fortuito de provas, é necessário conhecer os conceitos e princípios iniciais e fundamentais que regem o tema das provas no processo penal brasileiro.

A prova ocupa papel fundamental no contexto processual penal e é o que garante a efetivação da verdade real. Dado o seu poder de guiar o convencimento do juiz, as provas devem ser pautadas pela legalidade.

De modo sucinto, é possível valer-se da conceituação de Rangel (2008, p. 425): “No campo jurídico, podemos conceituar prova como sendo o meio instrumental de que se valem os sujeitos processuais (autor, juiz e réu) de comprovar os fatos da causa (...)”.

O conceito de prova relaciona-se intimamente com a definição de sua finalidade. Embora a doutrina cite como principal finalidade o convencimento do juiz, é possível analisar-se de forma crítica e verificar que a prova é o grande alicerce processual, em que se baseia a comprovação da existência do delito e dependendo dela toda a decisão, desde que reunido conjunto probatório amplo.

Mas sim, tecnicamente, o trabalho das partes é orientado pelo objetivo de demonstrar ao juiz a veracidade de suas afirmações, o que só é possível com a reunião de provas. Basicamente, fatos alegados e não demonstrados por meio de prova, carecem de requisito essencial para que o juiz profira no sentido desta alegação sua decisão.

Em razão disso, o destinatário inicial da prova é o magistrado, como condutor da relação processual e que deverá administrar inclusive as consequências oriundas da atividade probatória.

Em segundo plano, as partes são também destinatárias das provas. Isso porque, fundamentando o juiz sua decisão em determinada prova, a parte prejudicada, caso não concorde, deverá em razão disso manifestar-se e buscar o segundo grau de jurisdição, conforme Paulo Rangel (p. 425, 2008). Ademais, no

polo passivo de uma ação, o réu é especial interessado nas provas produzidas contra si, a fim de que possa exercer seu direito constitucional à ampla defesa.

## **4.2 Os Princípios da Prova**

Este ponto é notadamente importante, vez que cuida-se de um dos aspectos que demonstram a proteção à legalidade contida no processo penal.

É válido observar certa noção sobre princípios. Os princípios são normas finalísticas que apontam um estado ideal, entretanto, não indicam condutas a serem adotadas para que se alcance esse estado ideal das coisas (Humberto Ávila, 2012). Assim, um princípio constitucional da prova indica um estado no processo a ser atingido, preservado, alcançado, sem, contudo indicar qual tipo de atividade possibilitará isso. Quanto a isso, cuidam-se as regras de fazê-lo, que no ordenamento jurídico brasileiro, são amplamente guiadas, em sua criação, pelos princípios constitucionais, bem como em sua aplicação.

Observe-se que aqui não é primordial tratar dos princípios que regem o processo penal, pois não fazem parte do núcleo do tema deste trabalho. Entretanto, os princípios que tratam das provas devem ser estudados, para que se possa compreender sob quais aspectos são aplicadas as regras processuais relacionadas à prova.

Dentre outros princípios, serão elencados aqui apenas três, conforme obra do doutrinador Paulo Rangel (2008), e que são fundamentais para a aplicação das regras materiais atinentes às provas.

### **4.2.1 Princípio da liberdade da prova**

O primeiro princípio a ser observado é o princípio da liberdade da prova. Embora boa parte da doutrina não o coloque nesta ordem, tal princípio pode ser tratado inicialmente.

A liberdade da prova pode apresentar dois desdobramentos. Primeiramente, tem-se que o juiz está adstrito à consideração das provas para sua fundamentação e julgamento. Entretanto, dentro disso, é livre para fazer a

apreciação das provas. E decorrente desta ideia, tem-se também que este princípio guia a produção de provas.

Ou seja, uma orientação secundária possível de ser extraída é a de que as partes são livres para produção de provas, tudo com vistas a provar suas alegações. É perceptível que existe ampla ligação com outros princípios, sendo possível até mesmo dizer que pode ser encontrado dentro dos princípios constitucionais do processo. Para exemplificar, podem ser citados o direito à ampla defesa, vez que o réu pode se utilizar dos vários meios probatórios para constituir sua defesa; também do devido processo legal, pois no decorrer do procedimento, sobretudo na fase instrutória, a produção de provas é instrumento indispensável para que tal princípio seja atendido.

Outro interessante ponto acerca deste tema, é o fato de que no processo penal, a busca será sempre pela verdade real. Ou seja, intenta-se descobrir como ocorreram os acontecimentos no mundo dos fatos, de forma certa e precisa. Por óbvio, o comportamento do magistrado deve se coadunar com este objetivo processual.

Embora as considerações iniciais acerca deste princípio possam querer indicar que o processo pode desdobrar-se livremente no que tange à atividade probatória, não se deve olvidar que o devido processo legal também traz pontos restritivos à atividade probatória e inclusive, à ponderação destas para decisão final do processo.

Mas antes de citar, dentro do princípio da proibição de provas ilícitas, sobre a restrição da produção probatória, é preciso citar, conforme Rangel (2008, p. 425), sobre a restrição que é imposta aos juízes quando da apreciação das provas.

Ora, também atendendo a outros princípios e preceitos, inclusive o amplamente citado princípio da dignidade da pessoa humana, é necessário observar que não é razoável, durante o processo, uma atividade que atente contra garantias individuais, tudo por um resultado final do processo. Assim quis explicar Rangel (2008, p. 425):

Pois os princípios constitucionais de proteção e garantia da pessoa humana impedem que a procura da verdade utilize-se de meios e expedientes condenáveis dentro de um Estado Democrático de Direito.

Apenas para ilustrar o sentido das restrições trazidas pela lei, pode ser citado o dever de segredo profissional. Isto é, aquelas pessoas que devam guardar segredo em razão de sua atividade profissional, por exemplo, representantes das diversas religiões.

#### **4.2.2 Princípio da comunhão das provas**

Outro princípio a ser citado é o da comunhão da prova. Como traz em sua própria denominação, este princípio aproxima-se de aspectos técnicos do processo.

A produção de provas visa primordialmente atender aos interesses das partes. A acusação busca provas para demonstrar a veracidade de suas alegações e posterior condenação do réu. Este utiliza-se dos meios probatórios para convencimento do magistrado acerca de sua inocência ou até mesmo para que receber outros benefícios. Com os métodos de investigação cada vez mais avançados, talvez a ocorrência da absolvição seja dificultada, entretanto, a legislação penal e processual penal trazem uma série de situações que podem se caracterizar benéficas para o réu. Por isso, essas situações também se apresentam como objetivo da atividade probatória.

Sendo assim, soa até mesmo espantoso a orientação trazida por este princípio. Qual seja: no instante em que a prova é trazida aos autos, embora produzida por somente uma das partes, passa a pertencer a todas as partes, e inclusive ao juiz.

Neste ínterim, a parte deverá acautelar-se durante a produção probatória. Se determinada parte quiser renunciar a uma determinada prova, ainda assim é possível que não ocorra. O magistrado, caso entenda ser aquele instrumento de prova essencial na busca pela verdade real, poderá exigir que permaneça no curso do processo, ainda que seja contra a vontade da parte que a produziu. Também, indicando ainda mais a força deste princípio, mesmo que uma prova, após ser inserida nos autos, seja considerada prejudicial ao interesse da parte que a produziu, não poderá retirar se não houver a concordância da parte contrária. E também, ainda que a outra parte entenda ser aquela prova dispensável,

o magistrado poderá determinar que permaneça no processo. Trata-se da “gestão da prova, que ainda está em suas mãos” (Rangel, 2008, p. 425).

Por fim, Fernando Capez (2012, p. 400) quer demonstrar a finalidade da aplicação deste princípio: “As provas, na realidade, pertencem ao processo, até porque são destinadas à formação da convicção do órgão julgador”.

#### **4.2.3 Princípio da proibição do uso das provas ilícitas**

O último importante princípio a ser elencado é o da proibição do uso das provas ilícitas. Em verdade, este princípio é previsto no rol dos direitos fundamentais da Constituição Federal. O art. 5º, inc. LVI estabelece a proibição, no processo, das provas obtidas por meios ilícitos.

Provas ilícitas, a saber, são provas produzidas de forma contrária ao preceituado pelo direito. Pode-se dizer que podem ser classificadas em materiais e formais. Serão materialmente ilícitas quando a maneira como foram produzidas desrespeitarem a lei. E formalmente, quando a maneira como foram introduzidas se apresentarem em desrespeito à lei.

Como argumenta Nucci, as provas ilícitas podem ser assim definidas:

(...) o que é contrário ao ordenamento jurídico, contrário ao Direito de um modo geral, que envolve tanto o ilegal, quanto o ilegítimo, isto é, tanto a infringência às normas legalmente produzidas, de direito material e processual, quanto aos princípios gerais de direito, aos bons costumes e à moral.

Este princípio ora visto pode ser destacado, haja vista até mesmo sua previsão constitucional. É perceptível sua importância à medida que impede, durante a persecução penal, que haja uma violação aos direitos do acusado. Isto é, sua função está também em resguardar outros direitos fundamentais. A exemplo disso, a questão das interceptações telefônicas, que será oportunamente tratada. Qualquer prova obtida por meio de interceptação telefônica que não atenda ao previsto em lei, será considerada ilícita e atingirá direito fundamental.

Aliás, como bem observa Rangel, este princípio se apresenta como limitação ao princípio da liberdade das provas. Ora, não poderá o juiz apreciar a prova ilícita e nem considerá-la na formação de seu convencimento. Isso, como

também observado pelo ilustre doutrinador, é característica de um Estado Democrático de Direito.

(...) esta investigação encontra limites dentro de um processo ético movido por princípios políticos e sociais que visam a manutenção de um Estado Democrático de Direito.

Não haveria, no direito processual penal brasileiro, outro método a ser adotado, por óbvio. Havendo um conjunto de regras e princípios voltados à proteção dos direitos humanos, que privilegiam em muitos aspectos a dignidade do acusado, incompatível seria que a atividade probatória pudesse ser realizada sem atender aos parâmetros que norteiam o Estado Democrático de Direito.

#### **4.2.3.1 A teoria dos frutos da árvore envenenada**

Ainda analisando os limites e restrições da atividade probatória, outro ponto a ser abordado é a teoria dos frutos da árvore envenenada.

Também chamadas de provas ilícitas por derivação, são aquelas que chegam ao conhecimento judicial em razão da produção de uma outra prova, também ilícita.

Conforme exemplifica Rangel (2008, p. 432): se uma interceptação telefônica é realizada sem a devida autorização judicial e através dela se descobre uma grande quantidade de drogas ilícitas, seria este material apto a provar, posteriormente em outra ação judicial, crime previsto na Lei de Drogas?

No processo brasileiro, inexistente a possibilidade de se aproveitar uma prova ilícita por derivação, conforme já decidiu o Supremo Tribunal Federal. Ademais, esta compreensão compõe o Código de Processo Penal, onde fica estabelecido que as provas assim obtidas deverão ser desentranhadas do processo.

Entretanto, conforme ensina Denilson Feitoza (2008, p. 611), e também como traz o Código de Processo Penal, em seu art. 157, § 1º, segunda parte, há a limitação da fonte independente. Isto é, preceitua a lei processual que quando determinada prova puder ser obtida através de um meio que não aquele ilícito que possibilitou o conhecimento judicial a seu respeito, então será possível a sua utilização.

### **4.3 Pontos Fundamentais**

Antes de adentrar ao tema das provas fortuitamente encontradas, é importante tratar de pontos fundamentais dentro do ordenamento jurídico brasileiro.

#### **4.3.1 A questão das interceptações telefônicas**

Interceptações telefônicas ocorrem quando um terceiro tem acesso ao diálogo de outras pessoas que se comunicam, em sistemas de informática e telemática, sem que estas saibam deste fato.

A legislação brasileira trata do tema com especial rigor, haja vista que viola direito fundamental. Conforme art. 5º, XII da Constituição Federal as correspondências e comunicações telefônicas e telegráficas e os dados são invioláveis, salvo quando autorizadas por ordem judicial, para fins de investigação criminal e instrução processual penal, na forma que a lei estabelecer.

Estando essa norma inserida no rol dos direitos fundamentais, claramente recebe ampla proteção do ordenamento jurídico, bem como em sua efetivação, a observância por parte do Poder Judiciário. Além do texto normativo citado, esta proteção também decorre da proteção, também constitucional, à intimidade e privacidade.

Para regulamentar a questão e estabelecer os limites legais para a utilização da interceptação telefônica, foi criada a Lei nº 9296/96.

De forma sucinta, as interceptações telefônicas somente poderão ocorrer quando houver autorização judicial para isso. Vez que trata-se de requisito objetivamente imposto e realizando interpretação teleológica no sentido da proteção constitucional, quando não for atendida esta imposição legal, então a interceptação será considerada prova ilícita, não podendo permanecer nos autos.

Também, ante a violação à privacidade em que implica uma interceptação telefônica, somente casos extremos cujas circunstâncias justifiquem, darão ensejo à autorização judicial. É necessário que o bem proposto com a interceptação telefônica ultrapasse o interesse de proteção à privacidade do

indivíduo investigado. Ademais, somente serão possíveis interceptações na investigação de crimes apenados com reclusão.

Por fim, não será determinada a interceptação telefônica quando a prova que se busca puder ser encontrada por outro meio.

Nos aspectos da ordem judicial, esta deverá ser fundamentada, e o juiz indicará a forma de execução da diligência. A ordem será válida pelo período de quinze dias e somente poderá ser renovado este prazo caso fique comprovada a indispensabilidade da prova.

#### **4.3.2 A questão da violação de domicílio e a busca domiciliar**

Igualmente importante se apresenta a questão da violação de domicílio. Também protegida pelo texto constitucional, em seu art. 5º, XI, a inviolabilidade de domicílio, assim como a interceptação telefônica, tem influência de outras normas, como a proteção à privacidade e intimidade.

A lei faz ressalvas para que ocorra o afrontamento a esta regra, como situações de flagrante delito, ordem judicial fundamentada – atendidos determinados critérios, ou para prestar socorro em caso de desastres.

Também existe previsão na lei infraconstitucional, onde estão delimitados os aspectos técnicos de uma eventual atuação judicial que exija a entrada do agente no domicílio de alguém.

Não é raro que existam fundamentais motivos para realização de buscas: drogas, armas de crimes interessam ao processo, devendo ser localizados onde quer que estejam.

Entretanto, não vale a violação de um direito fundamental a qualquer preço. Não se pode adentrar o domicílio do indivíduo sem que o Estado-juiz, exercendo a atividade jurisdicional, previamente o tenha autorizado.

Da mesma forma, deverão ser sopesados os interesses jurídicos existentes sobre o tema, sob pena de se atender a um, e violar outro mais importante. Assim, o uso de provas encontradas em um domicílio cujo ingresso ocorreu sem a devida ordem judicial, será considerado ilícito.

## 5 A PROVA FORTUITAMENTE ENCONTRADA

### 5.1 Considerações Iniciais

O tema das provas no processo penal é ponto de destacada importância. A legislação brasileira prioriza a liberdade do indivíduo, consagrada na Carta Magna e consolidada através da norma infraconstitucional, sobretudo nas alterações do ano de 2011 no Código de Processo Penal, em que a prisão se apresenta como extrema exceção à regra da liberdade.

Veja que a persecução penal objetiva, dentre outras coisas, suprimir a liberdade do indivíduo, tudo o que concorre para esse fim deve ser abordado com cautela durante o procedimento.

Neste contexto, a prova surge como protagonista dos interesses das partes: do réu em provar sua inocência, do acusador em obter uma condenação penal. Logo, todo tema às provas relacionado deve passar pelo crivo da legalidade, sob pena de ser a razão de uma condenação injusta, o que fere inclusive o regramento jurídico.

Neste passo, surge a discussão acerca da prova fortuitamente encontrada. As questões que envolvem a matéria deixam a dúvida: seria esta modalidade de prova lícita e portanto válida para gerar futura condenação? Ou a falta de ordem judicial específica para sua busca acarretaria em ilicitude e portanto, na impossibilidade de sua utilização no processo penal?

### 5.2 Conceito

A prova fortuitamente encontrada, também chamada de fenômeno da serendipidade (*serendipity*, pela doutrina estrangeira), pode ser definida como aquela descoberta de forma fortuita, no curso de uma instrução penal, mas que não é objeto desta. Ou seja, a atividade de busca era dirigida para determinado objeto e prova, mas de forma inesperada, acaba-se por descobrir outra, conexa ou não ao crime apurado.

Eugênio Paccelli define: “Fala-se em encontro fortuito quando a prova de determinada infração penal é obtida a partir da busca regularmente autorizada para a investigação de *outro* crime.” (2009, p. 322).

Também, Luís Flávio Gomes, fazendo abordagem da questão, comenta: “É nisso que reside o fenômeno da serendipidade, que significa procurar algo e encontrar coisa distinta”.

A descoberta fortuita de provas ocorre principalmente durante interceptações telefônicas, quando, sem saber que estão sendo ouvidos, os dialogantes fazem menção a pontos relacionados a outros delitos. Dessa forma, informações que ensejariam uma ação penal e até mesmo fariam prova deste outro crime chegam ao conhecimento da autoridade que realiza a interceptação.

Entretanto, também é possível, como cita Pacelli (2009, p.322), que o encontro fortuito ocorra durante busca domiciliar. O autor exemplifica: agentes públicos recebem denúncia sobre a manutenção irregular de animais silvestres em determinada residência e durante a busca no local, acabam encontrando provas que levam a outros crimes.

Portanto, o encontro fortuito não é fenômeno exclusivo das interceptações telefônicas, mas também de buscas domiciliares, que igualmente requerem ordem judicial para tanto.

### **5.3 Natureza Jurídica da Prova Fortuitamente Encontrada**

A doutrina pouco discute sobre a prova fortuitamente encontrada. Embora caracterize-se numa situação de anormalidade, vez que não produzida nos exatos moldes legais, é natural que surjam dúvidas acerca de sua legalidade e possível utilização dentro do processo penal.

Veja-se. Numa interceptação telefônica, por exemplo, existe uma ordem legal expedida e instrumentada através de um mandado judicial que deverá detalhar exatamente quais os moldes da investigação. O art. 2º, § 2º determina que deverá ser descrita com clareza a situação objeto da investigação. Ou seja, o agente público que deverá proceder à interceptação, não poderá extrapolar o que fora determinado no mandado, sob pena de gerar ilegalidade da prova produzida.

Neste íterim, surge este questionamento: seria a prova fortuitamente encontrada uma afronta à legalidade ou a legalidade do ato que permitiu-lhe ser encontrada possibilita que ela seja inserida numa ação penal? De forma mais precisa, sua natureza jurídica é de prova ilícita ou suas peculiaridades a inserem dentro da legalidade?

Para que possa ser feita esta definição, é válido conhecer a classificação da prova fortuitamente encontrada. A doutrina a classifica de dois modos diferentes.

É possível que durante uma interceptação telefônica, o ouvinte descubra uma prova que não é o objeto da investigação, entretanto, é conexa ao crime que está sendo investigado. Isto é, versa sobre o mesmo delito ou mesmo sobre a pessoa que ocupa o polo passivo da ação que ensejou a interceptação. A isso a doutrina denomina de encontro fortuito de primeiro grau.

Também, este encontro fortuito pode não ocorrer sobre fato conexo ou pessoa relacionada àquele procedimento investigatório, inexistindo qualquer vínculo entre a prova ora encontrada e aquela objeto inicial da investigação. Esta situação é chamada de encontro fortuito de segundo grau.

Parte da doutrina processualista classifica o encontro fortuito de primeiro grau como admissível em matéria de provas. Ou seja, havendo conexão com o crime investigado, nada obsta que seja inserida na seara da legalidade, tendo natureza jurídica de prova lícita.

Entretanto, no que tange ao encontro fortuito de segundo grau, a doutrina restringe o uso como prova, inserindo-a no contexto da ilicitude.

#### **5.4 O Uso da Prova Fortuitamente Encontrada**

Após esta abordagem acerca do fenômeno – ou teoria da prova fortuitamente encontrada, resta saber se a sua utilização no processo penal é ou não admitida. E em caso positivo, sob quais aspectos e sustentações jurídicas.

Como já esposado, o tema referente às provas é minucioso. Isso enseja maior cautela que atinge inclusive o tema ora abordado.

A respeito de todas as discussões, prevalece a indagação a respeito da violação ou não de direitos do réu caso seja admitido o uso da prova descoberta fortuitamente.

Isso por alguns motivos. Primeiramente, sua privacidade está sendo reprimida face ao interesse do Estado-acusação na busca por uma condenação penal. E havendo esta supressão a um direito fundamental, seria válido que se utilizasse para outro fim que não aquele admitido na ordem judicial, único meio capaz de ultrapassar a barreira da proteção constitucional à privacidade e intimidade neste caso concreto?

A doutrina e jurisprudência consideram vários pontos para admitir ou não o uso desse tipo de prova. Mas já é possível observar que inicialmente havia restrição e até mesmo a inadmissibilidade do uso da prova descoberta fortuitamente. Entretanto, a análise acerca do tema fez surgir outros posicionamentos na doutrina e jurisprudência.

Não há ponto na legislação positivada que descreva qual conduta deva ser tomada em relação à prova fortuitamente encontrada, mas é possível colher da jurisprudência o posicionamento dominante, que tem sido no sentido da admissibilidade.

#### **5.4.1 Da impossibilidade do uso da prova fortuitamente encontrada**

A prova descoberta de forma fortuita pode ser inadmitida no processo penal. Embora atualmente seja o entendimento minoritário, a discussão sobre a ilicitude desse tipo de prova gera reprovabilidade de sua utilização sob determinados argumentos.

Discorrendo sobre o tema, Pacelli (2009, p. 322) enumera um dos argumentos contrários à prova ora abordada. Trata-se da função de controle ou de pedagogia da atividade policial persecutória.

Num contexto de busca domiciliar devidamente autorizada, por exemplo, agentes adentram uma residência numa busca delimitada num mandado judicial. Embora devessem proceder de determinada maneira, acabam excedendo os meios de busca e encontram uma prova de maneira fortuita, não porque

estivesse clara, mas porque buscou-se encontra-la. Se não houvesse o excesso da ação, aquela prova não seria descoberta.

É justamente essa situação que a função de controle da atividade policial persecutória deseja impedir.

Ora, embora houvesse mandado judicial com determinações claras, os agentes públicos se excederam em sua ação, tornando a busca da prova uma ação arbitrária por parte do Estado.

Haja vista que o ordenamento deseja proteger o cidadão de possíveis ações arbitrárias da justiça, realizando uma interpretação teleológica, uma prova assim obtida estaria cravada de ilicitude.

Outro argumento utilizado para inadmitir o uso da prova fortuitamente encontrada é fundamentado na legislação pertinente.

Aduz o artigo 243 que o mandado deverá indicar o motivo e os fins da diligência. Isto é, previamente, os agentes públicos que procederão às buscas domiciliares saberão o que buscar.

Da mesma forma, a Lei das Interceptações Telefônicas, no art. 2º, parágrafo único, determina que deverá ser descrita com clareza o objeto da investigação. Isso significa que o procedimento conduzir-se-á atendendo a um determinado objetivo.

Observando o fenômeno da serendipidade, é possível que sua ocorrência não guarde compatibilidade com o que determina a lei. Se é necessário que haja precisa delimitação do que será objeto da investigação, a prova fortuitamente descoberta não encontra abrigo neste ponto, haja vista que seu encontro não estaria previsto nos mandados que ordenaram as buscas.

Portanto, caso seja esse o entendimento, a prova feriria o previsto em lei, violando assim os requisitos legais para a admissibilidade durante a instrução processual.

Por fim, o último entendimento no sentido de proibir no processo penal a prova fortuitamente encontrada relaciona-se com o encontro fortuito de segundo grau, já estudado anteriormente.

Luiz Flávio Gomes, realizando abordagens acerca do tema em seu texto “Natureza Jurídica da Serendipidade nas Interceptações Telefônicas”, preleciona:

Quando se trata, ao contrário, de fatos não conexos (ou quando não haja continência), impõe-se falar em serendipidade ou encontro fortuito de segundo grau (ou em fatos que não estão na mesma situação histórica de vida do delito investigado). A prova produzida, nesse caso, não pode ser valorada pelo juiz. Ela vale apenas como *notitia criminis*.

O autor relembra uma importante questão. Ora, durante um procedimento investigatório, realizar uma descoberta de crime não deve ser fator ignorado pelo Estado. Talvez, inadmitir essa descoberta como prova para condenação seja aceitável, entretanto, é desídia ignorar a existência de um crime ou a identificação de uma autoria, por exemplo.

Assim, em razão de não haver conexão com o crime apurado, a prova fortuitamente encontrada não poderá ser utilizada como meio de prova, entretanto, valerá como *noticia criminis* para que se instaure investigação policial.

Observe-se que os argumentos contrários à utilização da prova fortuitamente encontrada são de origem doutrinária, já não havendo na jurisprudência sustentação para este posicionamento.

#### **5.4.2 Possibilidade do uso da prova fortuitamente encontrada**

Trata-se aqui dos posicionamentos favoráveis à utilização da prova que fora descoberta de maneira fortuita. Como já tratado, atualmente vem sendo esta a orientação, de forma que este tipo de prova não mais é considerada ilícita e vem sendo amplamente admitida na jurisprudência.

Mas é importante conhecer sob quais argumentos jurídicos esta prova é aceita, conforme segue.

##### **5.4.2.1 Da conexão com o objeto principal da investigação ou encontro fortuito de primeiro grau**

Haja vista a intensa aplicação do princípio da legalidade nos procedimentos investigatórios de interceptação telefônica e busca domiciliar, o ponto ora tratado cuida da possibilidade do uso da prova fortuitamente encontrada nos

casos em que a nova prova descoberta tenha conexão com o crime ou objeto principal da investigação.

O professor Luiz Flávio Gomes, em seu texto *Natureza Jurídica da Serendipidade nas Interceptações Telefônicas* argumenta neste sentido e ainda de maneira mais profunda: somente será válida se o novo fato criminoso for de responsabilidade do mesmo agente.

(...) se o fato objeto do "encontro fortuito" é conexo ou tem relação de continência (concurso formal) com o fato investigado, é válida a interceptação telefônica como meio probatório, inclusive quanto ao fato extra descoberto. Essa prova deve ser valorada pelo juiz.

Este posicionamento refugia-se na intenção de proteção por parte do legislador de resguardar os interesses fundamentais do indivíduo. Ora, determinado mandado judicial é expedido no sentido de que se busque, através de interceptação telefônica, provas de determinado delito. Então houve autorização judicial específica, somente para aquele fim. Em havendo uma nova descoberta, a esfera de interesses do indivíduo estaria sendo violada ilegalmente, haja vista que a determinação do Estado-juiz não ocorreu naquele sentido.

É válido ressaltar também que somente existe a possibilidade de interceptações telefônicas quanto aos crimes punidos com reclusão. Sem embargo, havendo a conexão do crime ora descoberto de maneira fortuita com o objeto principal da investigação, não obsta sua utilização ainda que punido com pena de detenção.

Também, o ex-presidente do Supremo Tribunal Federal sedimentou seu entendimento neste sentido. O jurista entende que sendo a medida executada dentro dos parâmetros legais, não há impossibilidade de seu uso, havendo conexão com o crime objeto principal da investigação.

Esta interpretação é clara na decisão do Agravo de Instrumento 626214- STF, cujo relator é Joaquim Barbosa:

AGRAVO REGIMENTAL EM AGRAVO DE INSTRUMENTO. INTERCEPTAÇÃO TELEFÔNICA LICITAMENTE CONDUZIDA. ENCONTRO FORTUITO DE PROVA DA PRÁTICA DE CRIME PUNIDO COM DETENÇÃO. LEGITIMIDADE DO USO COMO JUSTA CAUSA PARA OFERECIMENTO DE DENÚNCIA. AGRAVO REGIMENTAL

DESPROVIDO. 1. O Supremo Tribunal Federal, como intérprete maior da Constituição da República, considerou compatível com o art. 5º, XII e LVI, o uso de prova obtida fortuitamente através de interceptação telefônica lícitamente conduzida, ainda que o crime descoberto, conexo ao que foi objeto da interceptação, seja punido com detenção. 2. Agravo Regimental desprovido. (BRASIL, Supremo Tribunal Federal, Agravo de Instrumento 626214 – Ministro Relator Joaquim Barbosa).

Apesar de grande aplicação pelos tribunais, Pacelli (2014, p.368) argumenta que “não é a conexão que justifica a licitude da prova (...) franqueada a violação dos direitos à privacidade e à intimidade dos moradores da residência, não haveria razão alguma para a recusa de provas de quaisquer outros delitos(...)”.

#### **5.4.4.2 Outras hipóteses para o uso da prova fortuitamente encontrada**

Embora a jurisprudência dominante entenda que a prova descoberta de maneira fortuita deverá atender ao requisito de conexão com o crime inicialmente apurado, também há o entendimento de que esta prova recém-encontrada não necessariamente deverá guardar conexão com o crime objeto da investigação. Essa sustentação vem sob dois argumentos: primeiramente, deve haver a legalidade do procedimento e após, o princípio da razoabilidade atua em favor do uso deste tipo de prova. Ademais, o Estado não poderá ignorar a descoberta de um novo delito cuja punição é interesse do Estado-acusação.

Quando uma interceptação telefônica ou uma busca domiciliar são autorizadas, existe em volta deste ato judicial uma série de intensos cuidados, sobretudo no que tange à esfera de direitos fundamentais do indivíduo. O ordenamento tratou com zelo este ponto, de forma que um vício no procedimento prejudicará o interesse do Estado-acusação. Ora, violando-se a legalidade do ato, certamente esta prova será contestada e atendendo às determinações trazidas pelo legislador, certamente desconsiderada.

Entretanto, se realizado de forma a atender o que fora estabelecido, não há que se falar em ilegalidade, sendo estas investigações aptas a embasar o pedido de condenação do réu.

Dessa forma, procedendo o agente público conforme determinado, não há que se falar em ilegalidade da prova fortuitamente encontrada, pois a diligência está correta e portanto, válida e apta para uso como prova. A esfera de interesses do indivíduo já foi desconsiderada no momento em que ocorreu a autorização para investigação. Não se sustenta aqui o argumento de que impedindo o uso da prova fortuita, se estaria protegendo os interesses daquele que é investigado. Tampouco, o argumento de que o princípio da legalidade seria violado, pois correto foi o ato que originou o procedimento investigatório.

Neste sentido, julgou o Superior Tribunal de Justiça, em Agravo Regimental no Agravo em Recurso Especial:

PROCESSUAL PENAL. AGRAVO REGIMENTAL NO AGRAVO EM RECURSO ESPECIAL. CRIME MILITAR. ALEGADA AUSÊNCIA DE ELEMENTOS PROBATÓRIOS APTOS A EMBASAR A CONDENAÇÃO. NECESSIDADE DE REEXAME DO ACERVO PROBATÓRIO. VEDAÇÃO DA SÚMULA 7/STJ. INTERCEPTAÇÃO TELEFÔNICA. PRÁTICA DE CRIME DIVERSO. ENCONTRO FORTUITO. LEGALIDADE. AGRAVO NÃO PROVIDO. (...) 2. Por outro vértice, "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 nº9.296/96 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" (HC 69.552/PR, Rel. Ministro FELIX FISCHER, QUINTA TURMA, julgado em 06/02/2007, DJ 14/05/2007, p. 347). (BRASIL, Superior Tribunal de Justiça. Agravo Regimental no Agravo em Recurso Especial nº 233305. Ministro Relator Jorge Mussi).

Fica evidente a partir desta decisão que não se pode pesar a legalidade de forma a conduzi-la a uma implicância exacerbada e carente de sua função. Assim, bem resolvem Cintra, Grinover e Dinamarco (1998, p. 84):

Em conclusão, pode-se afirmar que a garantia do acesso à justiça, consagrando no plano constitucional o próprio direito de ação (como direito à prestação jurisdicional) e o *direito de defesa* (direito à adequada resistência às pretensões adversárias), tem como conteúdo o direito ao processo, com as garantias do *devido processo legal*. Por direito ao processo não se pode entender a simples ordenação de atos, através de um procedimento qualquer. O procedimento há de realizar-se em contraditório, cercando-se de todas as garantias necessárias para que as partes possam sustentar suas razões, produzir provas, influir sobre a formação do convencimento do juiz. E mais: para que esse procedimento, garantido pelo *devido processo legal*, legitime o exercício da função jurisdicional.

#### **5.4.2.2.1 O princípio da razoabilidade e o uso da prova fortuitamente encontrada**

De todos os argumentos possíveis para admitir o uso da prova fortuitamente encontrada, certamente encontra-se aqui o principal deles – no ponto de vista do interesse comum.

O princípio da razoabilidade consiste em sopesar, numa balança cujos pesos são igualmente importantes, aquele que se apresenta o mais importante. Recai principalmente sobre os direitos e princípios fundamentais, pois estes não excluem uns aos outros, podendo contrapor-se em determinadas situações.

O princípio da razoabilidade é também visto como o bom-senso do mundo jurídico, em que é possível analisar de forma crítica, afastando o método rígido da lei, um princípio, a fim de aplicar-se o Direito de modo a proteger o interesse que se apresentar mais benéfico.

O princípio da razoabilidade não busca aniquilar um ou outro princípio ou fundamento jurídico, mas sim tornar sua aplicação racional. Isto é, este princípio tem como escopo afastar a extrema legalidade que muitas vezes ronda uma norma e torna a aplicação do Direito distante dos interesses sociais.

Neste ínterim, é necessário verificar qual a aplicabilidade deste princípio na matéria das provas fortuitamente encontradas. Observe-se que existem dois interesses se contrapondo quando surge esta modalidade de prova: interesse do réu em ter sua esfera de interesses fundamentais preservada e do Estado-acusação, em obter um resultado *pro-societate* através do processo penal.

A prática de um delito viola os interesses da comunidade. Vê-lo punido é solução encontrada pelo Estado para a reparação desta violação. Por outro lado, a Constituição Federal, garantista, impõe que os direitos daquele que se vê processado sejam amplamente efetivados, haja vista o interesse maior, assim considerado o princípio da dignidade humana.

Entretanto, para este entendimento, não é razoável que se proteja tanto o interesse daquele que violou a norma, a ponto de privilegiar esta transgressão. Ou seja, não se pode violar o interesse de um grupo de pessoas, também sujeito de direitos, em extrema proteção a um único indivíduo.

Neste passo, é de se utilizar o princípio da razoabilidade e considerar que destaca-se, neste conflito de interesses, o da comunidade desejosa de ver a justiça concretizar-se, vez que a segurança também é elencada como um direito fundamental.

É possível verificar esta interpretação a partir do julgamento de apelação criminal do Tribunal de Justiça do Estado de Minas Gerais:

EMENTA: APELAÇÃO CRIMINAL - ROUBO MAJORADO - INTERCEPTAÇÃO TELEFÔNICA - ENCONTRO FORTUITO DE PROVAS - DESNECESSIDADE DE CONEXÃO E CONTINÊNCIA - NULIDADE INEXISTENTE - AUTORIA E MATERIALIDADE INEQUÍVOCAS - CONFISSÃO EXTRAJUDICIAL RESPALDADA PELOS DEMAIS ELEMENTOS DE PROVA - CONDENAÇÃO MANTIDA - RECURSO DESPROVIDO. 1. Tratando-se de organização criminoso - que, nos termos da Lei n.º 12.850/13, pressupõe a prática de outras infrações penais - não há como impor a nulidade da prova obtida pela quebra do sigilo telefônico. 2. O entendimento atual dos Tribunais Superiores segue no sentido de prescindibilidade da existência de conexão ou continência entre os crimes investigados para a validade das provas obtidas fortuitamente. 3. Sendo as provas nos autos seguras quanto à autoria e materialidade do delito, impõe-se a manutenção da condenação. 4. Recurso não provido. V.V. A prova obtida via interceptação telefônica feita em outro processo, para investigar crime diverso praticado por pessoa distinta, não pode fundamentar a condenação do réu, se não há conexão entre o crime praticado e aquele investigado. Assim, a confissão extrajudicial do réu, sem amparo de outra prova, não pode sustentar a condenação, impondo-se sua absolvição. (MINAS GERAIS, Tribunal de Justiça do Estado de Minas Gerais, Recurso de Apelação nº 1.0512.12.009796-3/001. Relator Desembargador Amauri Pinto Ferreira)

Nota-se que o entendimento do Tribunal foi no sentido de condenar o réu, haja vista a gravidade do caso: organização criminoso. Não poderia a Justiça manter-se indiferente, sob pena de privilegiar a continuidade do delito. Entretanto, ao final, a decisão sustenta que a prova obtida fortuitamente não poderá, ela somente, embasar a condenação do réu.

É necessário destacar que um procedimento investigatório que viole os preceitos básicos instituídos e sobretudo a norma positivada, não é válido, a segurança jurídica está aí contida. Mas existindo a regularidade dos atos e do procedimento, encontraria a prova fortuitamente encontrada ponto favorável para sua utilização.

Entretanto, apesar de parecer benéfico ao interesse do Estado de zelar pela proteção de seus cidadãos e sobretudo ao interesse de ver os delitos devidamente punidos através de uma atuação estatal eficaz, esta valoração pela prova fortuitamente encontrada, considerando-se o princípio da razoabilidade, ainda

encontra ampla resistência doutrinária e mesmo por parte do Poder Judiciário, ainda não existe ampla aceitação, havendo muitos julgados no sentido de admitir a prova fortuitamente encontrada, desde que exista conexão com o delito inicialmente investigado.

## 6 CONCLUSÃO

Por longo tempo, inclusive no Brasil, o Direito distanciou-se de algumas de suas funções. Isso em razão de uma aplicabilidade legalista e formal, sem atentar para preceitos hoje básicos e amplamente difundidos, como princípio da dignidade humana. Este cenário, entretanto, foi alterado paulatinamente, através do surgimento da Constituição garantista e tratados internacionais de direitos humanos.

Historicamente, são recentes as regras processuais que priorizam a dignidade do acusado e protegem-no durante a instrução criminal e persecução penal.

O art. 243 do Código de Processo Penal, bem como a Lei 9.296/96 tratam da busca domiciliar e interceptações telefônicas, respectivamente. Como todas as regras, embora nesses casos não o digam expressamente, objetivou-se atender ao que foi instituído na Constituição da República: devido processo legal, direito à intimidade, privacidade, dentre outros.

Malgrado tenha se criado acerca destas premissas barreiras quase intransponíveis, jurídica e tecnicamente, surge o ponto forte do interesse popular. Não é necessário aprofundar-se no tema para saber que o alto índice de criminalidade tem tomado o Brasil de forma impiedosa. A sociedade se vê indefesa, seja no momento que antecede o crime, seja após o crime.

Dessa forma, os interesses daquele que tem contra si uma acusação tem prevalecido, entende a sociedade, em detrimento dos interesses desta.

Neste íterim, também o processo deve ser elaborado com vistas a regular melhor as questões sociais. Mas não somente as suas regras: a partir de uma interpretação teleológica, deve-se ter como resultado a proteção dos bens jurídicos de forma ampla. Isto é, num contexto de grande proteção aos direitos fundamentais, também os da coletividade devem ser observados, consolidando as novas gerações de direitos difusos e coletivos. O direito à efetiva resposta estatal contra quem quer que tenha violado a lei constitui em verdade a preservação de direitos também fundamentais da comunidade. Se assim não for, o estudo do processo bem como sua elaboração de acordo com os parâmetros legais restará infrutífero, face às reações comuns.

Isto é, o processo será um mecanismo inerte: forte na legalidade e aplicação de princípios, mas frágil no seu objetivo de promover a justiça e, sobretudo no processo penal, em encontrar a verdade real.

Neste passo, é de observar-se: a justiça continua sendo o alvo central da atividade jurisdicional do Estado. Se algo a aflige, não merecer prosperar. E neste sentido, não somente o desejo social de ver um crime punido, mas também o interesse jurídico – e ainda sim social, em resguardar direitos fundamentais, inerentes a cada cidadão, sob pena de desestruturar-se um sistema construído com vistas a atingir também a segurança jurídica do indivíduo.

A prova fortuitamente encontrada pode ser instrumento de ampla satisfação social na busca da verdade real de determinada persecução penal, mas deve, ainda sim, submeter-se aos princípios e direitos instituídos, sob pena de colocar em discussão todo um sistema cujo objetivo é estruturar um Estado Democrático de Direito.

## REFERÊNCIAS BIBLIOGRÁFICAS

2ª TURMA confirma legitimidade de uso de prova obtida fortuitamente em interceptação telefônica. **Site do Supremo Tribunal Federal**. Disponível em: <<http://www.stf.jus.br/portal/cms/verNoticiaDetalhe.asp?idConteudo=162048>> . Acesso em 20 de outubro de 2014.

ALENCAR, Cláudio Demczuk de. **Os Períodos do Processo Penal Romano e Seus Respectivos Procedimentos**. Disponível em: <<http://www2.cjf.jus.br/ojs2/index.php/revcej/article/viewFile/1714/1691>>. Acesso em 01 de maio de 2014.

ÁVILA, Humberto. **Teoria dos Princípios**. 12ª edição. São Paulo. Editora Malheiros. 2011.

BECCARIA, Cesare. **Dos Delitos e das Penas**. Disponível em: <<http://www.ebooksbrasil.org/adobeebook/delitosB.pdf>>. Acesso em 25 de abril de 2014.

BÍBLIA. Português. **Bíblia Sagrada**. Tradução de João Ferreira de Almeida. Santo André: Geográfica Editora. 2009. 5ª edição.

BRASIL. **Código de Processo Penal**. Lei Federal nº 3.689, de 03 de outubro de 1941.

BRASIL. **Constituição da República Federativa do Brasil**. Brasília, DF: Senado. 05 de outubro de 1988.

BRASIL. **Convenção Americana Sobre Direitos Humanos. (Pacto de São José da Costa Rica)**. Decreto nº 678 de 6 de novembro de 1992.

BRASIL. **Lei das Interceptações Telefônicas**. Lei Federal nº 9.296 de 24 de julho de 1996.

BRASIL. Superior Tribunal de Justiça. **Agravo Regimental no Agravo em Recurso Especial**. Nº 233305. Agravante: Domingos Iremi Popoaski. Agravado: Ministério Público do Estado do Rio Grande do Sul. Relator Ministro Jorge Mussi. Brasília, 26 de junho de 2013. Site do Superior Tribunal de Justiça. Disponível em <[http://www.stj.jus.br/SCON/jurisprudencia/toc.jsp?tipo\\_visualizacao=null&livre=233305&b=ACOR&thesaurus=JURIDICO](http://www.stj.jus.br/SCON/jurisprudencia/toc.jsp?tipo_visualizacao=null&livre=233305&b=ACOR&thesaurus=JURIDICO)> . Acesso em: 29 de outubro de 2014.

BRASIL. Supremo Tribunal Federal. **Agravo de Instrumento**. Nº 626214. Agravante: Wanderley Sampaio de Paiva. Agravado: Ministério Público do Estado de Minas Gerais. Relator Ministro Joaquim Barbosa. Brasília, de 21 de setembro de 2010. Site do Supremo Tribunal Federal/Consulta de Jurisprudência. Disponível em <<http://www.stf.jus.br/portal/jurisprudencia/listarJurisprudencia.asp?s1=%28Agravo+>

de+Instrumento+626214%29&base=baseAcordaos&url=http://tinyurl.com/kutetr5>  
Acesso em: 07 de outubro de 2014.

CAPEZ, Fernando. **Curso de Processo Penal**. 19ª edição. São Paulo. Editora Saraiva. 2012.

CASTRO, Flávia Lages de. **História do Direito – Geral e Brasil**. Disponível em: <<http://pt.scribd.com/doc/22740760/Historia-Do-Direito-Idade-Media-Parte-i>>. Acesso em: 02 de maio de 2014.

CINTRA, Antônio Carlos de Araújo ; GRINOVER, Ada Pellegrini; DINAMARCO, Cândido Rangel. **Teoria Geral do Processo**. 14ª edição. São Paulo. Editora Malheiros. 1998.

DUARTE, Melina. **A Lei de Talião e o Princípio de Igualdade Entre Crime e Punição na Filosofia do Direito de Hegel**. Disponível em: <<http://www.hegelbrasil.org/Reh10/melina.pdf>>. Acesso em: 01 de maio de 2014.

GOMES, Luiz Flávio Gomes. **Natureza Jurídica da Serendipidade nas Interceptações Telefônicas**. Disponível em: <[http://ww3.lfg.com.br/public\\_html/article.php?story=20090316100443595&mode=print](http://ww3.lfg.com.br/public_html/article.php?story=20090316100443595&mode=print)>. Acesso em 22 de outubro de 2014.

LEITE, Gisele Pereira Jorge. **Breve Considerações Sobre a História do Processo Penal Brasileiro e Habeas Corpus**. Disponível em: <[http://www.ambito-juridico.com.br/site/index.php?n\\_link=revista\\_artigos\\_leitura&artigo\\_id=7816](http://www.ambito-juridico.com.br/site/index.php?n_link=revista_artigos_leitura&artigo_id=7816)>. Acesso em 25 de abril de 2014.

MAIOR, Paula Fracinetti Souto. **O Direito Penal Germânico Antigo ( O “Sistema Penal” Contra o Estranho)**. Disponível em: <<http://pt.scribd.com/doc/21459729/O-DIREITO-PENAL-GERMANICO-ANTIGO-O-SISTEMA-PENAL-CONTRA-O-ESTRANHO>>. Acesso em 02 de maio de 2014.

MEDEIROS, Flávio Meirelles. **Direito Processual Penal. Aspectos Históricos. Conceito. Fundamental e Complementar. Denominações. Instrumentalidade**. Disponível em: <[http://www.ambito-juridico.com.br/site/index.php?n\\_link=revista\\_artigos\\_leitura&artigo\\_id=1017](http://www.ambito-juridico.com.br/site/index.php?n_link=revista_artigos_leitura&artigo_id=1017)>. Acesso em 26 de abril de 2014.

MINAS GERAIS. Tribunal de Justiça do Estado de Minas Gerais. **Recurso de apelação**. Nº 1.0512.12.009796-3/001. Relator Desembargador Amauri Pinto Ferreira. Belo Horizonte, 05 de fevereiro de 2014. Site do Tribunal de Justiça do Estado de Minas Gerais. Disponível em <[http://www5.tjmg.jus.br/jurisprudencia/pesquisaNumeroCNJEspelhoAcordao.do;jsessionid=EFBA35267D07D7BE9E54CA78C18425AD.juri\\_node2?numeroRegistro=1&totalLinhas=1&linhasPorPagina=10&numeroUnico=1.0512.12.009796-3%2F001&pesquisaNumeroCNJ=Pesquisar](http://www5.tjmg.jus.br/jurisprudencia/pesquisaNumeroCNJEspelhoAcordao.do;jsessionid=EFBA35267D07D7BE9E54CA78C18425AD.juri_node2?numeroRegistro=1&totalLinhas=1&linhasPorPagina=10&numeroUnico=1.0512.12.009796-3%2F001&pesquisaNumeroCNJ=Pesquisar)> Acesso em: 29 de outubro de 2014.

MUCCIO, Hidejalma. **Curso de Processo Penal**. 2ª edição. Rio de Janeiro. Editora Forense. 2011.

NUCCI, Guilherme de Souza. **Manual de Processo Penal e Execução Penal**. 8ª edição. São Paulo. Editora Revista dos Tribunais. 2011.

OLIVEIRA, Eugenio Pacelli de. **Curso de Processo Penal**. 11ª edição. Rio de Janeiro. Editora Lumen Juris. 2009.

PRADO, Luiz Régis. **Curso de Direito Penal Brasileiro**. 3ª edição. Vol. 1. São Paulo. Editora Revista dos Tribunais. 2002.

RANGEL, Paulo. **Direito Processual Penal**. 15ª edição. Rio de Janeiro. Editora Lumen Juris. 2008.

WEBER, Talita Ferreira do Nascimento. **Direito na Idade Média – Dogmática Canônica e a Inquisição**. Disponível em: <<http://www.webartigos.com/artigos/direito-na-idade-media-dogmatica-canonica-e-a-inquisicao/34328/>>. Acesso em 02 de maio de 2014.