

**FUNDAÇÃO EDUCACIONAL MACHADO DE ASSIS  
FACULDADES INTEGRADAS MACHADO DE ASSIS  
CURSO DE DIREITO**

**LAURA DOS SANTOS GRIZA**

**A (I)LEGALIDADE DO ENCONTRO FORTUITO DE PROVAS (SERENDIPIDADE)  
NO PROCESSO PENAL  
TRABALHO DE CURSO**

Santa Rosa  
2024

**LAURA DOS SANTOS GRIZA**

**A (I)LEGALIDADE DO ENCONTRO FORTUITO DE PROVAS (SERENDIPIDADE)  
NO PROCESSO PENAL  
TRABALHO DE CURSO**

Monografia apresentada às Faculdades Integradas  
Machado de Assis, como requisito parcial para  
obtenção do Título de Bacharel em Direito.

Orientador: Prof. Esp. William Dal Bosco Garcez Alves

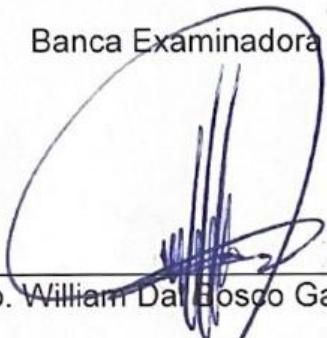
Santa Rosa  
2024

**LAURA DOS SANTOS GRIZA**

**A (I)LEGALIDADE DO ENCONTRO FORTUITO DE PROVAS (SERENDIPIDADE)  
NO PROCESSO PENAL**


Monografia apresentada às Faculdades Integradas  
Machado de Assis, como requisito parcial para  
obtenção do Título de Bacharel em Direito.

Banca Examinadora



---

Prof. Esp. William Dal Bosco Garcez Alves



---

Esp. Renata Tams Diehl



---

Prof. Dr. Cláudio Rogério Sousa Lira

Santa Rosa, 03 de julho de 2024.

## **DEDICATÓRIA**

Dedico esta monografia à minha família, a qual não mediu esforços para tornarem este sonho possível. O incansável apoio e incentivo de vocês foram imprescindíveis para a conclusão desta etapa.

## **AGRADECIMENTOS**

Agradeço a Deus por sempre me dar forças e me conceder tantas bênçãos. Aos meus pais por todo o incentivo e confiança que tiveram em mim durante toda a minha vida, por fazerem eu acreditar no meu potencial e por me proporcionarem condições de concluir esta etapa. À minha família, por estarem sempre orando por mim e cuidando de todos os detalhes para me verem feliz. Por fim, ao meu namorado, João Vitor, por me fazer acreditar que tudo é possível quando feito com amor e dedicação.

Crê em ti mesmo, age e verás os resultados. Quando te esforças, a vida também se esforça para te ajudar. (Chico Xavier).

## RESUMO

O presente trabalho possui como tema a (i)legalidade do encontro fortuito de provas (serendipidade) no processo penal brasileiro, bem como o tratamento da referida prova colhida nestas circunstâncias. A delimitação temática diz respeito ao fenômeno da serendipidade, bem como da pescaria probatória, ante a sua intrínseca relação e relevante diferença capaz de poder alterar a validade das provas colhidas. Ademais, será realizada análise do encontro fortuito de provas e da *fishing expedition*, em medidas investigativas mais utilizadas no âmbito do processo penal brasileiro, como a busca e a apreensão e a interceptação telefônica, bem como serão analisados os entendimentos adotados pelos Tribunais Superiores acerca do tema. A problemática do presente estudo encontra-se pautada na necessária justa causa para a deflagração da persecução penal, havendo divergência quanto aos entendimentos doutrinários e jurisprudenciais no tratamento da prova colhida nestas circunstâncias. O objetivo geral consiste na apresentação da influência e desdobramentos do encontro fortuito de provas durante a persecução penal, visando demonstrar as diferenças sutis na obtenção da prova que podem delimitar interpretações opostas acerca da legalidade da prova obtida de forma inesperada. A metodologia utilizada consistiu em pesquisa teórica, possuindo caráter qualitativo, a respeito do encontro fortuito de prova (serendipidade) e da pescaria probatória na persecução penal. Já no que tange à categorização da pesquisa relacionada à sua natureza, também é a teórica. Acerca do tratamento de dados, a pesquisa é qualitativa. Quanto à análise e interpretação de dados, foi usado o método hipotético-dedutivo. A estruturação do presente trabalho foi dividida em dois capítulos: o processo penal à luz da Constituição Federal e o encontro fortuito de provas. No primeiro capítulo foi realizada a contextualização da colheita da prova determinada pelo Código de Processo Penal, seus desdobramentos e seus limites, os princípios aplicáveis à produção probatória, bem como se pontuou acerca da limitação da atividade investigatória, em detrimento da necessária garantia dos direitos individuais. No segundo capítulo, examinou-se o tema específico relativo ao encontro fortuito de provas (serendipidade), seu conceito, sua origem e incidência em situações concretas já julgadas. Também explanou-se acerca da pescaria probatória e, em último momento, realizou-se análise de julgados dos últimos anos dos Tribunais Superiores, evidenciando o atual posicionamento relativo ao tema, especificou-se, ainda, a ocorrência do encontro fortuito e da pescaria probatória nas diligências de busca e apreensão e nas interceptações telefônicas. A partir das análises realizadas, foi possível concluir a legalidade do encontro fortuito de provas, nos casos em que não há desvio de finalidade ou abuso de autoridade no decorrer da investigação, isto é, a prova obtida através do encontro fortuito não pode ser desconsiderada, mesmo em casos em que inexistente ligação entre o fato investigado e a prova encontrada. Ademais, através do presente estudo, restou clara a ilegalidade das provas obtidas através da pescaria probatória, a qual não observa as legislações vigentes, tampouco os princípios constitucionais norteadores do Estado Democrático de Direito, por caracterizar completa violação à intimidade individual.

**Palavras-chave:** Encontro fortuito de provas - *Fishing expedition* - Serendipidade.

## ABSTRACT

The present work addresses the (il)legality of the fortuitous discovery of evidence (serendipity) in the Brazilian criminal process, as well as the treatment of evidence collected under such circumstances. The thematic delimitation concerns the phenomenon of serendipity and evidence fishing, given their intrinsic relationship and significant differences that can affect the validity of the collected evidence. Furthermore, an analysis will be conducted on fortuitous findings of evidence and fishing expeditions in the most commonly used investigative measures in the Brazilian criminal process, such as search and seizure and wiretapping, along with an analysis of the positions adopted by the Higher Courts on the subject. The issue of this study lies in the necessary just cause for initiating criminal prosecution, with doctrinal and jurisprudential divergences regarding the treatment of evidence collected under these circumstances. The general objective is to present the influence and repercussions of fortuitous findings of evidence during criminal prosecution, aiming to demonstrate the subtle differences in obtaining evidence that can lead to opposite interpretations regarding the legality of unexpectedly obtained evidence. The methodology used consisted of theoretical research, possessing a qualitative character, regarding fortuitous findings of evidence (serendipity) and evidence fishing in criminal prosecution. As for the categorization of the research related to its nature, it is also theoretical. Concerning data treatment, the research is qualitative. Regarding the analysis and interpretation of data, the hypothetical-deductive method was used. The structure of this work was divided into two chapters: the criminal process in light of the Federal Constitution and fortuitous findings of evidence. In the first chapter, the contextualization of evidence collection determined by the Code of Criminal Procedure, its developments, and its limits, the principles applicable to evidence production, as well as the limitations of investigative activity in favor of guaranteeing individual rights were discussed. In the second chapter, the specific topic of fortuitous findings of evidence (serendipity) was examined, including its concept, origin, and occurrence in concrete cases already judged. Evidence fishing was also discussed, and, finally, an analysis of recent rulings by the Higher Courts was conducted, highlighting the current stance on the subject. The occurrence of fortuitous findings and evidence fishing in search and seizure operations and wiretaps was also specified. From the analyses conducted, it was possible to conclude the legality of fortuitous findings of evidence in cases where there is no deviation of purpose or abuse of authority during the investigation. That is, evidence obtained through fortuitous findings cannot be disregarded, even in cases where there is no connection between the investigated fact and the found evidence. Furthermore, through this study, it became clear that evidence obtained through evidence fishing is illegal, as it does not comply with current legislation or the constitutional principles guiding the Democratic Rule of Law, constituting a complete violation of individual privacy.

**Keywords:** Fortuitous meeting of evidence - Fishing expedition - Serendipity.



## **LISTA DE ABREVIações, SIGLAS E SÍMBOLOS.**

AgRg – Agravo Regimental

AI – Agravo Interno

Art. – Artigo

Apud – Citado por

CPP – Código de Processo Penal

HC – Habeas Corpus

IPL – Inquérito Policial

MG – Minas Gerais

n.º – Número

p. – Página

RHC – Recurso em Habeas Corpus

RS – Rio Grande do Sul

SP – São Paulo

STJ – Superior Tribunal de Justiça

STF – Supremo Tribunal Federal

§ – Parágrafo

## SUMÁRIO

<b>INTRODUÇÃO.....</b>	<b>11</b>
<b>1 O PROCESSO PENAL À LUZ DA CONSTITUIÇÃO FEDERAL.....</b>	<b>14</b>
1.1 A COLHEITA DA PROVA NO PROCESSO PENAL.....	15
1.2 OS PRINCÍPIOS APLICÁVEIS À PRODUÇÃO PROBATÓRIA.....	20
1.3 LIMITAÇÃO DA ATIVIDADE INVESTIGATÓRIA NA PRODUÇÃO DA PROVA...27	
<b>2 O ENCONTRO FORTUITO DE PROVAS (SERENDIPIDADE).....</b>	<b>34</b>
2.1 CONCEITO, ORIGEM E INCIDÊNCIA.....	35
2.2 A PESCARIA PROBATÓRIA (FISHING EXPEDITION).....	39
2.3 DA INTERCEPTAÇÃO TELEFÔNICA.....	43
2.4 DA BUSCA E DA APREENSÃO.....	47
2.5 ENTENDIMENTO DOS TRIBUNAIS SUPERIORES.....	51
<b>CONCLUSÃO.....</b>	<b>54</b>
<b>REFERÊNCIAS.....</b>	<b>57</b>

## INTRODUÇÃO

O tema do presente trabalho abrange a (i)legalidade do encontro fortuito de provas (serendipidade) no processo penal e sua delimitação temática pauta-se na análise do fenômeno da serendipidade, bem como da pescaria probatória durante a persecução penal, à luz do ordenamento jurídico brasileiro e do entendimento dos Tribunais Superiores, ante a interpretação constitucionalizada do Código de Processo Penal de 1941.

A problemática em questão consiste no entendimento que deve ser usado para compreender o encontro fortuito de provas no âmbito do Processo Penal, haja vista a necessária justa causa para a deflagração da persecução penal. Nesse sentido, este trabalho tem como hipóteses a legalidade da serendipidade no contexto da criminalidade brasileira e a limitação da atividade investigatória na produção da prova e, de outra banda, a ilegalidade da serendipidade no ordenamento jurídico brasileiro, por configurar afronta à intimidade e à falta de justa causa para o início da persecução penal.

Assim, como objetivo geral do presente trabalho, busca-se apresentar a influência e os desdobramentos do encontro fortuito de provas durante a persecução penal no Processo Penal brasileiro. Portanto, o fim específico da presente pesquisa é demonstrar como diferenças sutis na obtenção da prova podem delimitar diferentes interpretações acerca da legalidade ou da ilegalidade da prova obtida de forma inesperada.

Por sua vez, os objetivos específicos se pautam no estudo da ocorrência da serendipidade e da pescaria probatória no decorrer da persecução penal, conforme as determinações e entendimentos trazidos pela Constituição Federal da República de 1988. Outrossim, também será analisada, a partir da doutrina e da jurisprudência, a legalidade e a ilegalidade de encontro fortuito, especificamente na busca e apreensão e na interceptação telefônica, meios de prova amplamente utilizados no contexto da investigação criminal do Brasil.

Por oportuno, a relevância do presente trabalho é justificada em razão da inexistência de uma legislação clara e específica, além dos diversos entendimentos

e interpretações acerca do tema. No tocante à colheita de provas, à luz do ordenamento jurídico brasileiro, é de suma importância salientar que inúmeras são as formalidades atinentes à busca e apreensão, bem como às interceptações telefônicas. À vista disso, destaca-se a ocorrência frequente do encontro fortuito de provas, isto é, a serendipidade, caracterizada quando “[...] o investigador sai em busca de uma coisa e acaba por encontrar outra.” (Garcez, 2022, p. 576).

A pescaria probatória, por sua vez, também conhecida como *fishing expedition* é tida como a prática de intervir na intimidade e privacidade do indivíduo sem a devida justa causa, ocasionando uma verdadeira “pesca” de elementos capazes de embasar uma acusação criminal. Tal prática caracteriza, conforme o ordenamento jurídico brasileiro, uma violação de finalidade, deixando a ação penal desprovida de justa causa. É ilícita, pois, a violação dos princípios Constitucionais garantidores do Estado Democrático de Direito para a obtenção de elementos probatórios.

Por conseguinte, é imprescindível salientar que, no sistema processual penal do Brasil, é ilegal a prática da pescaria probatória em razão de configurar uma afronta aos princípios garantidores da dignidade da pessoa humana, consagrados pela Constituição Brasileira de 1988. No entanto, é completamente válida a ocorrência do encontro fortuito de provas. Gize-se, mais uma vez, que a diferença entre as duas situações é sutil, mas de extrema significância no que diz respeito à anulação completa de uma ação penal.

Nesta senda, o presente trabalho visa realizar uma análise acerca do encontro fortuito de provas (serendipidade) e da ilegalidade da pescaria probatória na deflagração das ações penais e a sua ocorrência nos processos perante os entendimentos dos Tribunais Superiores, por nítida ilegalidade no uso de elementos de prova colhidos sem uma justa causa legal, ferindo a isonomia processual e a intimidade.

Por outro lado, este trabalho também visa demonstrar como a atividade investigatória na produção de provas é limitada em alguns casos, deixando a segurança pública em segundo plano, muito embora exista a necessidade de se proceder a uma leitura do Código de Processo Penal à luz da Constituição Federal de 1988.

Destarte, no tocante à metodologia utilizada na elaboração deste Trabalho de Curso, esta é de natureza teórica, com tratamento qualitativo de dados, a respeito

do encontro fortuito de prova (serendipidade) e da pescaria probatória na persecução penal. A categorização da pesquisa, relacionada à sua natureza, também é a teórica. Já no que tange ao tratamento de dados, a pesquisa é qualitativa. Sob esta perspectiva, em relação aos objetivos propostos, a presente pesquisa é descritiva e com relação aos dados, a pesquisa é bibliográfica documental, em virtude da ponderação sobre entendimentos doutrinários, legislações sobre o ordenamento jurídico e também jurisprudências.

Quanto à análise e interpretação de dados do presente trabalho, foi usado o método hipotético-dedutivo, através do estudo de legislação e análise de entendimentos jurisprudenciais, por meio dos quais se formulou hipóteses.

A estruturação do presente trabalho se divide em dois capítulos: o processo penal à luz da Constituição Federal e o encontro fortuito de provas. No primeiro capítulo, aborda-se a contextualização da colheita da prova determinada pelo Código de Processo Penal, seus desdobramentos e seus limites legais. Após, realiza-se análise acerca dos princípios aplicáveis no que atine à produção probatória. Em seguida, discorre-se acerca da limitação da atividade investigatória na produção de provas em detrimento da necessária garantia dos direitos individuais garantidos constitucionalmente aos cidadãos.

No segundo capítulo, examina-se o tema específico relativo ao encontro fortuito de provas (serendipidade), determinando seu conceito, sua origem e sua incidência em situações concretas já julgadas. Ademais, explana-se acerca da pescaria probatória, a *fishing expedition*, que ocorre em um contexto semelhante ao encontro fortuito, atentando-se a pontuar as principais diferenças entre os dois institutos.

Ainda no segundo capítulo, realiza-se análise de julgados dos Tribunais Superiores dos últimos anos, evidenciando o atual posicionamento no tocante ao tema em tela. Por fim, especifica-se a ocorrência do encontro fortuito e da pescaria probatória nas diligências de busca e apreensão, bem como nas interceptações telefônicas, apontando as hipóteses e os desdobramentos que a prova deve possuir a fim de que seja considerada plenamente válida para de embasar uma persecução penal.

## **1 O PROCESSO PENAL À LUZ DA CONSTITUIÇÃO FEDERAL**

O Código de Processo Penal Brasileiro, datado em 03 de outubro de 1941, encontra-se em vigor até o momento. No entanto, inúmeras mudanças ocorreram no contexto jurídico brasileiro, sendo a referida lei palco para inúmeras discussões quanto à aplicabilidade de seus artigos, haja vista a necessidade de se proceder a uma leitura com a sua interpretação à luz da Constituição Federal da República de 1988.

Nesse sentido, é importante salientar que diversas mudanças de entendimentos jurisprudenciais vêm ocorrendo no decorrer dos últimos anos, com o intuito de alterar a forma de ocorrência da colheita da prova, aumentando a complexidade e a rigidez dos elementos usados para embasar uma investigação. À vista disso, resta evidente que os operadores do direito, em todos os aspectos, devem promover a adequação das investigações às normas processuais penais e também constitucionais, interpretadas, ainda, através das delimitações jurisprudenciais trazidas pelas cortes superiores.

Sob esta perspectiva, faz-se necessária uma análise acerca dos ditames legais para a colheita da prova no Brasil. Nesse sentido, não basta que apenas o ordenamento jurídico seja seguido à letra da lei: a ele deve ser dada uma correta interpretação e aplicabilidade, na prática. Ocorre, assim, a evidente necessidade de observação minuciosa dos procedimentos determinados pelo próprio ordenamento jurídico, especialmente nas investigações que ocorrem através da busca e apreensão e da interceptação telefônica.

Imperioso mencionar, ainda, a existência de diversos princípios que devem ser observados durante toda a instrução processual, especialmente no que atine à obtenção de provas. Diversos desses princípios encontram-se previstos em lei, mas também muitos deles estão implícitos, isto é, não estão preceituados e codificados, o que demonstra a necessidade de se proceder a uma análise cautelosa desses aspectos.

Assim, como consequência das rígidas regulamentações legais, ocorre, de fato, uma limitação da atividade investigatória na produção de provas. Sendo ela uma atividade essencial para a manutenção da ordem e da segurança no Estado Democrático de Direito, convém ressaltar que os indivíduos investidos nesta função de investigar e manter a ordem pública devem observar a grande quantia de

regulamentações, com vistas a garantir direitos básicos fundamentais dos indivíduos, como a dignidade da pessoa humana, sem deixar de ter em mente a completa segurança do corpo social brasileiro.

### 1.1 A COLHEITA DA PROVA NO PROCESSO PENAL

À luz do ordenamento jurídico brasileiro, resta imperioso ressaltar que, somente ao compreender seu significado, é possível dar a devida aplicação à legislação criminal no âmbito do Estado Democrático de Direito (Nucci, 2023). Somado a isso, tem-se que as recentes decisões dos tribunais superiores a respeito da aplicação do Código de Processo Penal, vem alterando a interpretação e contextualização às diversas disposições legais da referida lei.

Nesse sentido, faz-se indispensável a aplicação dos princípios constitucionais previstos na Constituição Federal Brasileira. Para isso, “[...] o processo não pode mais ser visto como um simples instrumento a serviço do poder punitivo (Direito Penal), senão que desempenha um papel de limitar do poder e garantidor do indivíduo a ele submetido.” (Lopes Jr., 2023, p.17).

Sob este viés, é de suma relevância destacar, na visão de Aury Lopes Júnior, que o respeito às garantias fundamentais jamais deve ser entendido com o mesmo sentido de impunidade. Há que se ter em vista, ainda, o equilíbrio que deve ser mantido entre o poder-dever do Estado de punir, cuja necessidade encontra-se prevista constitucionalmente (Lopes Jr., 2023).

Nesta senda, Antônio Scarance Fernandes aduz a necessidade de um equilíbrio entre a eficiência e o garantismo no contexto do processo penal, em razão da nítida necessidade de o Estado exercer o papel de reprimir a criminalidade, sem deixar de observar as garantias individuais:

A matéria da prova ilícita tem sido alvo de grande atenção e preocupação por parte dos processualistas na atualidade. Isso porque, em razão do avanço tecnológico, muitas das garantias e direitos individuais ligadas à privacidade e intimidade estão sendo ameaçados. Portanto, cabe ao legislador, na sua atividade legiferante, buscar o difícil equilíbrio entre a repressão à criminalidade por meio de mecanismos legais eficientes e a preservação dos direitos e garantias individuais do acusado (Fernandes, 2011, p. 10).

Conforme preconiza o referido autor, não se pode, portanto, em nome da garantia da segurança social, ter o indivíduo todos os seus direitos íntimos, garantias à vida privada e à intimidade violados sem uma fundada suspeita, isto é, um elemento real que enseje o início das investigações:

[...] não se pode, em nome da segurança social, compreender uma garantia absoluta da privacidade, do sigilo, no processo penal, mas também não se pode conceber, em homenagem ao princípio da verdade real, que a busca incontrolada e desmedida da prova possa, sem motivos ponderáveis e sem observância de um critério de proporcionalidade, ofender sem necessidade o investigado ou o acusado em seus direitos fundamentais e no seu direito a que a prova contra si produzida seja obtida por meios lícitos (Fernandes, 2007. p. 92).

No mesmo viés leciona Guilherme de Souza Nucci, acerca do conceito de provas, que diz respeito a uma verificação de algo que se visa demonstrar ou comprovar:

O termo prova origina-se do latim – probatio –, que significa ensaio, verificação, inspeção, exame, argumento, razão, aprovação ou confirmação. Dele deriva o verbo provar – probare –, significando ensaiar, verificar, examinar, reconhecer por experiência, aprovar, estar satisfeito com algo, persuadir alguém a alguma coisa ou demonstrar (Nucci, 2023, p. 258).

Sob tal enfoque, convém referir que, na visão do autor, a descoberta da verdade é sempre relativa e alguns dos meios para a obtenção da prova (a qual é o elemento desencadeante de toda persecução penal) são consideradas ilícitas conforme o Código de Processo Penal vigente no país. Frise-se que “[...] o inquérito policial é essencial na formação da prova, resultando na colheita e preservação de elementos que, não raras vezes, convertem-se em verdadeiras provas do fato, como v.g., a busca e apreensão e a interceptação telefônica.” (Garcez, 2022, p. 573).

É imprescindível, pois, que as provas colhidas na fase inquisitorial sejam obtidas seguindo todos os adequados procedimentos existentes no Código de Processo Penal e na Constituição Federal de 1988, a fim de que seus vícios não contaminem a ação penal, invalidando o elemento de informação colhido durante o inquérito. Conforme dito, caso exista uma nulidade eivada da colheita da prova, toda uma ação penal pode ser anulada, gerando, portanto, a impunidade de seu agente, fato que jamais é desejado, a fim de que haja o efetivo cumprimento da norma penal (Lopes Jr, 2023).



Nesse sentido, evidente que se frustra o objetivo do próprio sistema processual penal existente no Brasil ao existir uma prova, mas, em razão da inobservância das determinações legais no que atine aos direitos básicos individuais previstos constitucionalmente, ela necessite ser desconsiderada. É necessário haver justa causa no que tange ao início da persecução penal, além de serem observados todos os aspectos legais atinentes a sua colheita, conforme preconiza o art. 5º, LVI, da Constituição Federal Brasileira: “LVI - são inadmissíveis, no processo, as provas obtidas por meios ilícitos.” (Brasil, 1988).

Dessa forma, existem diversas ocorrências de ilegalidades no contexto da colheita de provas no Brasil. Dentre elas, nos mandados de busca e apreensão e nas interceptações telefônicas são as situações em que mais se evidenciam a ocorrência de tais violações ao ordenamento jurídico brasileiro (Lopes Jr., 2023). Neste contexto, “[...] os mandados de busca e apreensão genéricos, muitas vezes autorizando a diligência em quarteirões inteiros (obviamente na periferia...), conjuntos residenciais ou mesmo nas ‘favelas’ de tal ou qual vila.” (Lopes Jr., 2023, p. 244) configuram uma prática manifestamente inconstitucional, a qual ocorreu, por exemplo, diversas vezes na intervenção federal no Rio de Janeiro/RJ, iniciada no ano de 2018.

Com base nisso, o conceito de prova vem da palavra *probatio*, no latim, que significa todo o composto de ações praticadas pelos indivíduos que compõem o processo a fim de demonstrar aos julgadores determinado fato (Capez, 2023). A prova é o elemento mais importante de todo o decorrer da ação penal, visto que elas constituem os “[...] olhos do processo, alicerce sobre o qual se ergue toda a dialética processual.” (Capez, 2023, p. 135).

Nesse sentido, evidente que a obtenção da prova é essencial para o desenrolar de uma investigação e de um processo, haja vista que é a partir dela que a sentença será proferida, definindo-se o destino do cidadão que está sendo investigado ou processado. É a partir da prova colhida que poderá ser iniciada toda a persecução penal do Estado contra o indivíduo, com a finalidade de manter a ordem e a segurança pública.

À vista disso, evidencia-se que a prova é o elemento mais importante de todo o processo penal, considerando que é caracterizada como a base do processo penal, pois “Sem provas idôneas e válidas, de nada adianta desenvolverem-se

aprofundados debates doutrinários e variadas vertentes jurisprudenciais sobre temas jurídicos.” (Capez, 2023, p.135), já que assim, toda a discussão carece de objeto.

No mesmo sentido, refere o autor no que diz respeito ao objeto da prova:

Objeto da prova é toda circunstância, fato ou alegação referente ao litígio sobre os quais pesa incerteza, e que precisam ser demonstrados perante o juiz para o deslinde da causa. São, portanto, fatos capazes de influir na decisão do processo, na responsabilidade penal e na fixação da pena ou medida de segurança, necessitando, por essa razão, de adequada comprovação em juízo. Somente os fatos que revelem dúvida na sua configuração e que tenham alguma relevância para o julgamento da causa merecem ser alcançados pela atividade probatória, como corolário do princípio da economia processual (Capez, 2023, p. 135).

Dito isso, a obtenção da prova comporta uma finalidade, que é a de “[...] convencer o juiz a respeito da verdade de um fato litigioso. Busca-se a verdade processual, ou seja, a verdade atingível ou possível (probable truth, do direito anglo-americano).” (Nucci, 2023, p. 237). À vista do exposto, alguns fatos, por certo, necessitam ser provados para poderem ser utilizados para embasar uma condenação ou absolvição.

Entretanto, é inequívoco que alguns fatos independem de prova, que são: “[...] a: a) fatos notórios, que envolvem os evidentes e intuitivos; b) fatos que contêm uma presunção legal absoluta; c) fatos impossíveis; d) fatos irrelevantes ou impertinentes.” (Nucci, 2023, p. 237). Dessa forma, inexistente a necessidade de demonstrar elementos probatórios acerca deles.

No entanto, diversos outros elementos necessitam ser provados no decorrer de uma instrução processual. A colheita da prova é um importante momento para todo o desenrolar de um processo, considerando que é a partir dela que as provas serão averiguadas e relatadas ao julgador, para este possa apreciá-las. Assim, o cuidado para que todos os procedimentos legais sejam cuidadosamente observados constitui um relevante trabalho aos agentes policiais.

Quanto aos meios de prova, tem-se que não há consenso, ainda, “quanto à noção de tipicidade e atipicidade, fato que tem gerado inúmeros equívocos terminológicos.” (Fernandes; Almeida; Moraes, 2011, p. 10). A partir da doutrina, entende-se que existem duas classificações dominantes, tendo as típicas legislações legais e as atípicas, quando nem a prova e nem seu procedimento estão previstos.

Existem diversas provas que não têm seu procedimento legislado e expresso no ordenamento jurídico brasileiro. Tal fato, faz com que alguns meios utilizados careçam de disciplina própria, porém devem ser preservadas as garantias mínimas constitucionais dos indivíduos, com vistas a garantir a licitude da prova colhida, nesse sentido:

O Código de Processo Penal brasileiro não regula de forma sistematizada os meios de prova, nem tampouco trata com a devida distinção os meios de obtenção de prova, os meios de produção de prova e demais procedimentos probatórios conforme se verifica no Título VII, intitulado “Da Prova”, após o Capítulo das “Disposições Gerais” (Fernandes; Almeida; Moraes, 2011, p. 10).

Conforme o expresso e, com base nos ensinamentos dos autores, tomando-se como exemplo a busca e a apreensão:

[...] trata-se, a nosso ver, de meio de pesquisa, investigação ou obtenção de prova, previsto no art. 240 e seguintes do CPP e visa obter fontes de prova. Outros meios de obtenção de prova também são disciplinados por leis especiais, quais sejam: interceptações telefônicas (Lei 9.296/96), a infiltração de agentes (Lei 9.034/95) e a captação e interceptação ambiental de sinais eletromagnéticos, óticos e acústicos (Lei 10.217/2001). (Fernandes; Almeida; Moraes, 2011, p. 10).

Além disso, é importante ressaltar, a fim de que o desenrolar de toda uma instrução processual se dê de forma plena, ser necessário, inicialmente, ao ocorrer o primeiro contato com a prova que vai desencadear um processo, haver o respeito à cadeia de custódia. A definição do que se pode entender como a cadeia de custódia encontra-se prevista no Código de Processo Penal, em seu artigo 158-A:

Art. 158-A. Considera-se cadeia de custódia o conjunto de todos os procedimentos utilizados para manter e documentar a história cronológica do vestígio coletado em locais ou em vítimas de crimes, para rastrear sua posse e manuseio a partir de seu reconhecimento até o descarte (Brasil, 1941).

Assim, entende-se que a cadeia de custódia diz respeito unicamente à prova material, ou seja, que possui a existência de um vestígio como um pressuposto. Dessa maneira, nas provas como a acareação, reconhecimento de pessoas e colheita de prova testemunhal, a cadeia de custódia não incide (Marcão, 2023).

Sob esta perspectiva, em tais procedimentos que “[...] integram a cadeia de custódia, dos artigos 158-B a 158-F, têm por objetivo assegurar a lisura, a

fiabilidade, a idoneidade da prova, e a vulneração de qualquer deles tem por consequência a desvalia, a inadmissibilidade e a exclusão da prova material produzida.” (Marcão, 2023, p. 200).

Resta evidente, portanto, conforme aduz o autor, a necessidade de se proceder à colheita da prova de forma cuidadosa e com zelo, a fim de que sua incolumidade e fiabilidade sejam preservadas, cabendo, principalmente, aos agentes policiais, os quais são geralmente os primeiros a terem contato com as provas que irão desencadear um processo, o extremo cuidado com a prova obtida:

Conforme a disciplina vigente, incumbe ao delegado de polícia presidir as investigações e o inquérito policial. Em razão disso, tão logo tome conhecimento da prática de um delito, a autoridade policial deverá dirigir-se ao local e providenciar o necessário para que não se alterem o estado e conservação das coisas, sempre que tal proceder se revelar pertinente. A propósito, o início da cadeia de custódia dá-se com a preservação do local da infração penal ou com procedimentos policiais ou periciais nos quais seja detectada a existência de vestígio (CPP, art. 158-B, § 1º) (Marcão, 2023, p. 200).

Dessa maneira, os procedimentos expressos no Código de Processo Penal devem ser rigorosamente seguidos, em especial ao que determina nos incisos V ao X do art. 158-B do CPP, sob a perspectiva de transcorrer uma ação sem qualquer tipo de nulidade, isto é, devem ser observados tais procedimentos desde o início da investigação, até o término da instrução processual (Marcão, 2023).

Ocorre que, apenas as disposições legais não são suficientes para aclarar de forma plena os procedimentos e cuidados que devem existir no que tange à disciplina de provas, no ordenamento jurídico brasileiro. Assim, existem também diversos princípios que devem ser observados para que a colheita da prova não seja contaminada e, posteriormente, considerada nula.

## 1.2 OS PRINCÍPIOS APLICÁVEIS À PRODUÇÃO PROBATÓRIA

Em primeiro lugar, no que tange aos princípios aplicáveis na colheita da prova, é necessário que se tenha sempre em vista a sua necessária observância, eis que de suma relevância para que se obtenha uma ação penal livre de qualquer tipo de nulidade. Desse modo, todos os princípios devem ser aplicados não apenas no que tange à ação penal, mas também no inquérito policial, o qual é o ponto de partida de toda a persecução penal (Garcez, 2022). Além disso, aduz o autor que:

Todos os procedimentos estatais - mas especialmente os criminais - são pautados na dignidade da pessoa, que traz como consectário lógico uma gama de princípios que devem ser respeitados dentro do que se chama de devido processo legal, v.g., legalidade, legitimidade e proporcionalidade. Assim, logicamente, a coleta da prova penal não escapa da observância desses postulados (Garcez, 2022, p. 574).

Existem alguns princípios que exercem papel de sustentar e dar base aos demais princípios. Alguns deles, embora não estejam expressos no ordenamento jurídico brasileiro, possuem o papel de “[...] orientar e delimitar a criação, interpretação e aplicação das regras jurídicas” (Marcão, 2023, p. 20).

Pode-se dizer que existem princípios gerais e princípios específicos norteadores do processo penal brasileiro. A maioria dos princípios gerais pode ser encontrada na Constituição Federal, sendo que regulam o próprio processo penal. Já os princípios específicos podem ser enfatizados pela análise da matéria em que estão atrelados, como, por exemplo, a ação penal, prova, sentença, entre outros temas (Marcão, 2023).

Existem dois princípios considerados como pilares do processo penal, exercendo papel de sustentar os demais princípios existentes, são eles: o princípio da dignidade da pessoa humana e do devido processo legal. O princípio da dignidade da pessoa humana encontra-se previsto já no primeiro artigo da Constituição Federal, em seu inciso III (Brasil, 1988). Sendo ele um princípio fundamental do Brasil, deve ser entendido como um norteador de todas as regras jurídicas (Garcez, 2022).

Dessa forma, no entendimento de Renato Marcão, “Não se admite na persecução penal, em absoluto, qualquer proceder ou consequência que contrarie a regra de máxima valoração estudada.” (Marcão, 2023, p. 21). À vista disso, este princípio aduz que todas as pessoas possuem valores intrínsecos e “[...] desfruta de uma posição especial no universo.” (Barroso *apud* Marcão, 2023, p. 21).

No mesmo contexto, o princípio do devido processo legal também é considerado como norteador dos demais. Tal princípio abrange todo o sistema processual, estabelecendo relações com todas as fases do processo e, ainda, também com os demais princípios existentes. O princípio do devido processo legal encontra-se previsto no art. 5º, inciso LIV, da Constituição Federal: “[...] LIV -

ninguém será privado da liberdade ou de seus bens sem o devido processo legal [...]” (Brasil, 1988).

Portanto, ao ser instaurado “[...] o processo, é de rigor sejam cumpridas as regras dispostas no ordenamento jurídico.” (Marcão, 2023, p. 21). Assim, resta claro que o referido princípio também possui relação com os princípios do contraditório e da ampla defesa. Demonstra-se, dessa forma, seu descumprimento quando os operadores do direito deixam de seguir os procedimentos previstos em lei ao aplicar as disposições legais ao caso concreto.

Nesta senda, nenhuma prova pode estar contaminada de vícios. Segundo o art. 5º, LVI, da Constituição Federal, “[...] são inadmissíveis, no processo, as provas obtidas por meios ilícitos.” (Brasil, 1988). Com base nos ensinamentos, conforme leciona Guilherme de Souza Nucci, tem-se como gênero a expressão provas, as ilícitas, sendo que a partir deste termo, surgem outros, classificados como espécies, quais sejam: as provas obtidas em violação a normas constitucionais ou legais (Nucci, 2023). Ainda, aduz o autor que:

[...] constituem provas ilegais as que afrontam qualquer norma da legislação ordinária, por isso, envolvem tanto as penais quanto as processuais penais. Uma prova conseguida por infração à norma penal (ex.: confissão obtida por tortura) ou alcançada violando-se norma processual penal (ex.: laudo produzido por um só perito não oficial) constitui prova ilícita e deve ser desentranhada dos autos (Nucci, 2023, p. 259).

Assim, conforme exposto alhures, a prova ilícita não pode gerar qualquer tipo de prova lícita, eis que todas as provas dela derivada são também inadmissíveis no ordenamento jurídico brasileiro, tendo-se como única exceção a prova de fonte independente.

A prova ilícita, portanto, é a obtida pela violação de normas de cunho material, podendo estas ser tanto de natureza constitucional, quanto legal. O ingresso em residência fora dos parâmetros estabelecidos na Constituição Federal, a extração de dados de aparelho telefônico sem autorização judicial e a confissão obtida por tortura são alguns exemplos de colheita de prova ilícita (Nucci, 2023).

A prova ilegítima, por sua vez, é a acostada aos autos com a violação de uma norma de cunho processual, isto é, uma violação normativa de cunho processual. Como exemplo, podemos referir a exibição em Júri de prova não juntada aos autos

com a antecedência necessária e a inquirição da pessoa proibida de depor (Garcez, 2022).

Resta evidente, portanto, que a extrema necessidade de se ler o Código de Processo Penal à luz da Constituição Federal da República constitui premissa essencial para a correta aplicação da legislação Brasileira com respeito aos ditames do Estado Democrático de Direito. Dessa maneira, as diligências criminais são situações decisivas nas persecuções penais, eis que todo o contexto de produção da prova pode ser originário de uma única diligência cumprida fora dos ditames legais, fato que pode levar à anulação das demais provas que dela decorreram.

Com base nesta análise, é necessário ter em vista os princípios existentes sob a ótica do processo penal para que se possa dar a devida interpretação ao ordenamento jurídico brasileiro, bem como para que se tenha uma noção de como agir em determinados casos que não se encontram de forma delimitada, descritos na lei. Conforme refere Renato Marcão:

Os princípios jurídicos são verdadeiros dogmas; constituem postulados fundamentais, expressos ou implícitos, que integram o sistema jurídico e se prestam a ressaltar valores de categoria superior, de modo a orientar e delimitar a criação, interpretação e aplicação das regras jurídicas. Ainda que se desconheça uma regra específica (um artigo de lei, por exemplo), conhecendo os princípios aplicáveis, por certo será possível imaginar a solução justa para o caso. Exemplo: sabendo que o Ministério Público pode arrolar na denúncia até cinco testemunhas de acusação, ainda que se desconheça o artigo de lei que dispõe a respeito do número de testemunhas que a defesa poderá arrolar no processo, por certo não haverá dificuldade em se conhecer a resposta se logo pensarmos no princípio da igualdade das partes. (Marcão, 2023, p. 20).

Por esta razão, para que o processo se desenrole até o trânsito em julgado sem nenhuma intercorrência, é imprescindível que se observem as normas descritas na lei, bem como haja a observância dos princípios em todos os momentos do processo penal, em especial, no momento da colheita de provas. Assim, pode-se dizer que existem princípios entendidos como gerais, tendo como exemplo, o da legalidade e da dignidade da pessoa humana, além dos princípios denominados como específicos, atinentes às áreas particulares do processo penal, como relacionados à jurisdição, à prova, às nulidades (Marcão, 2023).

Existem princípios básicos atinentes às provas no processo penal, os quais regulamentam e disciplinam acerca de tudo o que não se encontra previsto em lei. À vista disso, o princípio da presunção de inocência possui importante relevância no

contexto processual penal brasileiro e também limita e desencadeia diversos outros princípios norteadores da persecução penal, assim como descreve o art. 5º, inciso LVII, da Constituição Federal de 1988 (Brasil, 1988).

A Convenção Americana sobre Direitos Humanos, adotada pelo Brasil através do Decreto n.º 678 de 1992, refere que “Toda pessoa acusada de delito tem direito a que se presuma sua inocência, enquanto não se comprovar legalmente sua culpa.” (Brasil, 1992). Assim, depreende-se que nenhuma pessoa pode ser considerada culpada antes do trânsito em julgado de sentença penal condenatória, sendo um princípio amplamente aplicado no ramo do direito penal, constitui uma garantia ao acusado e “[...] remete ao acusador o ônus de produzir prova em sentido contrário.” (Marcão, 2023, p. 28).

Nesta senda, no âmbito das provas, o referido princípio pode ser amplamente aplicado, eis que, caso restar dúvida, o acusado deve ser absolvido, em virtude do princípio do *in dubio pro reo*. Portanto, as provas colhidas no decorrer da persecução penal não podem deixar dúvidas, tampouco poderão embasar condenação criminal.

Destaca-se, neste contexto, o princípio da liberdade de prova. Tal amplitude, no entanto, não é plena, “[...] na medida em que vigentes resquícios do sistema de prova tarifada, conforme se verifica no parágrafo único do art. 155 [...]” (Marcão, 2023, p. 204).

O artigo referido, extraído do Código de Processo Penal, bem como o artigo 158 do mesmo diploma legal, dizem respeito à observância das determinações legais. O primeiro, quanto às disposições da lei civil. Já o segundo, diz respeito à prova que deixa vestígio, sendo imprescindível o exame de corpo de delito.

Além disso, decorrente do art. 5º, LVI, da Constituição Federal, o princípio da inadmissibilidade das provas ilícitas está amplamente difundido nos entendimentos dos tribunais superiores e no dia a dia do processo penal (Marcão, 2023, p. 204). Encontra-se previsto, dessa forma, no Código de Processo Penal, em seu artigo 157:

Art. 157. São inadmissíveis, devendo ser desentranhadas do processo, as provas ilícitas, assim entendidas as obtidas em violação a normas constitucionais ou legais (Brasil, 1941).



Sob a ótica da prova ilícita, são classificadas como as obtidas através da pescaria probatória, visto que violam uma série de princípios de disposições legais existentes no ordenamento jurídico brasileiro, ferindo, assim, as garantias básicas dos indivíduos. Para mais, outro princípio norteador da colheita da prova existente é, na visão do autor Renato Marcão, o princípio da autorresponsabilidade das partes, as quais, com base no que leciona, “[...] são responsáveis, respectivamente, pelas omissões e erros eventualmente praticados na atividade probatória.” (Marcão, 2023, p. 204).

Em consonância, tem-se o princípio da audiência contraditória, na qual toda a prova produzida deve ser levada ao conhecimento das outras partes, isto é, possibilitar que a prova seja contrariada, questionada e amplamente entendida por todas as partes que compõem o processo penal. Tal princípio, pois, está intimamente atrelado ao da comunhão da prova, o qual, por sua vez, expressa que:

Uma vez incorporada ao processo, a prova não pertence à parte que dela se ocupou. Independente de quem a produziu nos autos, toda prova pertence ao processo, de maneira que o conjunto probatório pode ser utilizado indistintamente, por qualquer das partes. Exemplos: um documento juntado pela defesa pode ser usado para sustentar tese da acusação; um depoimento prestado por testemunha da acusação pode ser usado para fundamentar tese da defesa etc. (Marcão, 2023, p. 204).

Todas as provas colhidas, no entanto, para serem usadas a fim de fundamentar uma sentença condenatória ou absolutória, necessitam de uma fundamentação expressa, para surtirem os efeitos legais. Tal necessidade deriva do princípio do livre convencimento motivado. Esse princípio, que advém do sistema acusatório de processo, adotado pelo Brasil, determina que, nos termos dos artigos 155 e 158, ambos do Código de Processo Penal, o juiz deve formar sua opinião, isto é, sua convicção, a partir livre apreciação dos elementos de prova trazidos aos autos (Marcão, 2023).

A jurisprudência do Supremo Tribunal Federal é no mesmo sentido, considerando a decisão proferida no HC 69.013/PI, já no ano de 1992:

A exigência de motivação dos atos jurisdicionais constitui, hoje, postulado constitucional inafastável, que traduz poderoso fator de limitação ao exercício do próprio poder estatal, além de configurar instrumento essencial de respeito e proteção às liberdades públicas. Com a constitucionalização desse dever jurídico imposto aos magistrados — e que antes era de extração meramente legal — dispensou-se aos jurisdicionados uma tutela processual significativamente mais intensa, não obstante idênticos os

efeitos decorrentes de seu descumprimento: a nulidade insuperável e insanável da própria decisão. A importância jurídico-política do dever estatal de motivar as decisões judiciais constitui inquestionável garantia inerente à própria noção do Estado Democrático de Direito. Fator condicionante da própria validade dos atos decisórios, a exigência de fundamentação dos pronunciamentos jurisdicionais reflete uma expressiva prerrogativa individual contra abusos eventualmente cometidos pelos órgãos do Poder Judiciário (Brasil, 1992).

Além disso, o princípio da imediatidade, é o que decorre da “proximidade do juiz com a prova por ele colhida” (Marcão, 2023, p. 204). Assim, no momento em que ocorre a audiência de instrução, há a colheita da prova de forma imediata, diretamente extraída das declarações da vítima, da testemunha ou do próprio ofendido (considerando ser o interrogatório não apenas um meio de prova, mas também um meio de defesa).

Dessa forma, a prova vai ao encontro do juiz responsável pelo processo, a fim de que ele possa entender as condições e circunstâncias em que determinado fato criminoso ocorreu. Ademais, ocorre ainda a demonstração da cultura dos envolvidos e o grau de confiabilidade, bem como o nível de segurança e precisão que as informações foram trazidas.

O momento processual explicado é ser um passo essencial para a elucidação dos fatos, tendo como finalidade influenciar na valoração da prova e em toda convicção e compreensão do juiz, no que tange ao raciocínio que terá ao prolatar a sentença. Caso contrário, torna-se mais difícil entender a dinâmica dos fatos. Por certo, o juiz não apenas irá se basear unicamente nos depoimentos trazidos, mas sim, irá usá-los, também, no momento de interpretar os elementos de informação colhidos na fase inquisitorial, com vistas a auferir um julgamento conforme o que de fato ocorreu.

Atrelado a isso, vem o chamado princípio da verdade real, o qual “[...] destina-se à demonstração da verdade dos fatos; à reconstrução, o mais próximo possível, do *thema probandum*, a fim de que o juiz, dele conhecendo verdadeiramente, possa proferir julgamento justo.” (Marcão, 2023, p. 205). Diferente do que ocorre no âmbito do Processo Civil brasileiro, na esfera penal, o juiz deve tomar todas as provas trazidas para buscar, ao máximo, a verdade real dos fatos. Esse princípio também encontra amparo na presunção de inocência, uma das garantias mais importantes existentes no âmbito do Processo Penal.

Por fim, o princípio da identidade física do juiz também pode ser considerado como de suma importância no que tange às provas. Somente no ano de 2008, com uma reforma parcial, o referido princípio foi incluído no Código de Processo Penal, no artigo 399, §2º:

Art. 399. Recebida a denúncia ou queixa, o juiz designará dia e hora para a audiência, ordenando a intimação do acusado, de seu defensor, do Ministério Público e, se for o caso, do querelante e do assistente.

[...]

§ 2º O juiz que presidiu a instrução deverá proferir a sentença. (Brasil, 2008).

Este princípio se justifica, pois “[...] não há dúvida de que o juiz que presidiu a audiência e colheu a prova é aquele que reúne melhores condições de julgar.” (Marcão, 2023, p. 205). É inegável que o juiz que acompanhou todo o processo, inquiriu testemunhas, ouviu a vítima, interrogou o réu e teve conhecimento, desde o início, das provas produzidas, tem melhores condições de julgar, haja vista que compreende a dinâmica e organização dos fatos que estão sendo apreciados. O princípio da imediatidade também está interligado, pois o juiz esteve também frente aos indivíduos presentes no momento da ação criminosa.

Nesse sentido, pode-se entender que, mesmo não havendo disciplina própria no ordenamento jurídico acerca da forma de colheita de uma prova, é possível que, através dos princípios atrelados às provas, bem como os princípios constitucionais garantidores do Estado Democrático de Direito, sejam observados e garantidos todos os direitos, sem que haja a ilegalidade de provas que possam contaminar a instrução processual.

### 1.3 LIMITAÇÃO DA ATIVIDADE INVESTIGATÓRIA NA PRODUÇÃO DA PROVA

No âmbito do Estado Democrático de Direito, há um nítido impasse entre o garantismo, no que diz respeito à limitação da violação da vida privada, em detrimento do controle estatal acerca da criminalidade. Dessa maneira, é claro que o Estado possui o dever de investigar e também de atuar na prevenção da ocorrência de ilícitos em prol do corpo social. Porém, os indícios devem ser baseados em elementos sólidos, capazes de ensejar uma investigação com elementos robustos de provas, com clara materialidade e indícios suficientes de autoria.

Em complementação, inexistente a possibilidade de se determinar a deflagração de grandes operações, de forma genérica, visto que sua ocorrência resultaria em uma procura especulativa da prova, além de configurar um completo desvio de finalidade, fato que pode contaminar toda ação penal resultante desta colheita de prova. Sob este enfoque, tal prática configura uma pesca probatória, ou também conhecida como *fishing expedition*.

A chamada pesca probatória pode ser caracterizada como "[...] uma investigação que não segue o objetivo declarado, mas espera descobrir uma prova incriminadora ou digna de apreciação [...] sem definição ou propósito, na esperança de expor informação útil." (Silva; Melo e Silva; Rosa, 2019, p. 40). Isto é, trata-se de uma tentativa de vasculhar a vida privada, infringindo a intimidade do indivíduo, desprovida de justa causa suficiente para tanto.

Por esta perspectiva, a falta de finalidade específica na deflagração da ação penal, constitui uma violação ao Estado Democrático de Direito:

[...] a falta de fundamentação, isto é a ausência de elementos prévios que realizem o concreto embasamento do pedido de busca e de apreensão,<sup>213</sup> bem como a supressão das exigências legais — indicação precisa da casa e nome do morador, nome ou descrição da pessoa que será submetida à busca, assim como motivo e fins da diligência — conforme demanda o artigo 243 do Código de Processo Penal,<sup>214</sup> propicia a ampla discricionariedade do magistrado, que passa a legitimar a repressão de grupos estigmatizados. Não pode haver a fundada suspeita de que uma pessoa tenha em sua posse arma ilegal ou outro objeto que constitua corpo de delito ou que tenha em sua casa coisas que constituam provas de crimes simplesmente porque mora em localidade pobre — isso é pescaria probatória (Silva; Melo e Silva; Rosa, 2019, p. 40).

A pescaria probatória caracteriza-se como uma busca “[...] especulativa que pode ser verificada sempre que se dá início a uma investigação criminal ou se praticam atos investigatórios [...] sem que existam elementos mínimos autorizadores da atividade desenvolvida.” (Garcez, 2022, p. 580).

A visão do autor vem sendo gradualmente difundida entre doutrinadores e membros dos tribunais superiores, os quais vêm reconhecendo inúmeras ilegalidades e vícios cometidos na fase inquisitorial. Nesse sentido, cabe ao Delegado de Polícia atentar aos direitos e garantias que preconiza o ordenamento jurídico brasileiro, a fim de se obter a correta persecução penal:

A Constituição Federal, ainda que indiretamente, institui e estabelece um paradigma investigatório à preservação dos direitos e garantias, o que se

alinha aos preceitos do Estado Democrático de Direito. Logo, não se pode admitir que o Estado, enquanto distribuidor da justiça, deliberadamente, se utilize das provas ilegais no exercício das suas atribuições.

Sendo a investigação criminal conduzida em um cenário democrático-constitucional - no qual os fins não justificam os meios - e configurando o inquérito policial a primeira fase da persecução penal, deve o Delegado de Polícia estar atento aos direitos e às garantias individuais do imputado, bem como às regras processuais de produção da prova, a fim de evitar que seja coalescida aos autos da persecução penal uma indesejada prova ilícita (Garcez, 2022, p. 576).

A vedação à pescaria probatória desempenha, portanto, um “[...] papel garantidor dos direitos individuais de maneira ampla.” (Silva; Melo e Silva; Rosa, 2022, p. 55). Outrossim, essa forma de vasculhar a intimidade não encontra amparo em qualquer legislação prevista no ordenamento jurídico brasileiro, configurando uma violação às garantias mínimas individuais. Não pode, assim, o investigador, em nome da defesa social, violar direitos básicos da população.

Com base nisso, a abusividade no que tange à colheita da prova caracteriza uma nulidade processual, sendo que todos os atos dela decorrentes devem ser declarados inválidos por haver violação ao ordenamento jurídico e aos princípios aplicáveis ao Processo Penal. No contexto brasileiro, é inequívoco que, embora existam diversos abusos no que tange ao início da instrução penal, ainda são muitos os casos de impunidade por não haver a devida observância aos procedimentos de apuração em fase inquisitorial.

Nesta senda, no Brasil, alguns doutrinadores alegam que deveria a investigação preliminar “[...] se limitar à sua tarefa primordial, de filtragem de acusações infundadas. Todavia, a investigação preliminar se transformou em instrumento de arrecadação de prova [...]” (Gloeckner, 2017, p. 81), sendo que, inclusive, o artigo 155 do Código de Processo Penal dispõe sobre a utilização desta de forma a caracterizar um elemento capaz de influir na formação da convicção do magistrado.

O inquérito policial possui o objetivo de investigar o fato, de forma suficiente a constatar a existência e autoria do crime. Dessa forma, o objeto da investigação preliminar é delimitado como:

[...] o fato constante na notitia criminis, isto é, o *fumus commissi delicti*, que dá origem à investigação e sobre o qual recai a totalidade dos atos desenvolvidos nessa fase. Toda a investigação está centrada em esclarecer, em grau de verossimilitude, o fato e a autoria, sendo que esta última (autoria) é um elemento subjetivo acidental da notícia-crime. Não é

necessário que seja previamente atribuída a uma pessoa determinada (Lopes Jr., 2014, p. 271).

É importante mencionar, portanto, que para o início da ação penal, é necessário haver um maior grau de conhecimento acerca da autoria do investigado, diferentemente do inquérito, em que a mera possibilidade já é suficiente para sua instauração. Ocorre que diversos atos deveriam ser realizados apenas em Juízo, visto que não há a necessidade de o fato estar provado, no inquérito policial, mas sim, necessita apenas demonstrar um grau de probabilidade (Lopes Jr., 2014, p. 272).

Insta frisar que o inquérito não é obrigatório, embora seja nele que ocorra a maioria das investigações. Deve, no entanto, quando instaurado, “[...] demonstrar a tipicidade, a ilicitude e a culpabilidade aparente, também em grau de probabilidade. A antítese será a certeza sobre todos esses elementos e está reservada para a fase processual.” (Lopes Jr., 2014, p. 271).

Nesta senda, depreende-se que o inquérito policial em alguns casos ultrapassa seus objetivos legais. No entendimento de Aury Lopes Jr. (2014), deve ser a investigação limitada à cognição, haja vista que a maior parte da prova deve ser constituída no decorrer da ação penal, sob o crivo do contraditório e da ampla defesa, ocorrendo uma repetição na produção da prova.

Embora o inquérito policial seja um procedimento dispensável, Marcão aduz, em contrapartida, que:

[...] sua existência tem embasamento garantista e função asseguradora para o Estado e para o indivíduo, na medida em que permite evitar, tanto quanto possível e ao menos em tese, a formalização de acusações injustas que se materializam com o ajuizamento de ações penais temerárias, fontes de indevida movimentação do Poder Judiciário e considerável drama humano (Marcão, 2023, p. 59).

Dessa forma, entende-se que é justamente necessário um inquérito bem realizado e estruturado para que se possa autorizar o oferecimento da denúncia, sob pena de a inicial acusatória ser rejeitada por ausência de justa causa para sua propositura. É certo que toda ação da polícia judiciária está de grande forma limitada, ante o grande acervo legislativo existente, juntamente às decisões jurisprudenciais dos Tribunais Superiores (Marcão, 2023). Portanto, não se pode

afirmar que o inquérito é um procedimento com completa ausência de contraditório e ampla defesa.

Com a instauração do inquérito policial, é certo que todas as práticas investigativas ficam extremamente atreladas à “[...] moldura da legalidade, de modo que essa submissão às regras democráticas do Estado de Direito termina por assegurar, ao menos em tese, menor possibilidade de ajuizamento de acusações infundadas, desacompanhadas de elementos de convicção”. (Marcão, 2023, p. 59).

Assim, resta evidente a clara necessidade do inquérito policial e da colheita de provas anteriormente à propositura da ação penal, sob pena de se frustrar todo o objetivo do sistema jurídico brasileiro. Em que pese a falta de contraditório e ampla defesa na fase do inquérito, demonstra-se que:

[...] a colheita de certas provas pode ser impugnada, ainda na fase investigativa, estando expostas a tal situação, dentre outras, a busca e apreensão realizada ao arrepio da lei; a violação ilegal de sigilo fiscal ou bancário, ou, ainda, a interceptação telefônica não autorizada ou praticada em desconformidade com a lei (Marcão, 2023, p. 60)

Todas as provas colhidas no inquérito policial podem ser questionadas posteriormente, ficando expostas a um contraditório diferido, sendo necessária arguição da defesa no sentido de impugnar a validade da prova colhida em momento em que não houve a existência do contraditório e da ampla defesa. Isso decorre em razão da própria característica de determinadas provas e da finalidade a que se destinam, sendo completamente inviável a aplicação desses princípios em situações, como, por exemplo, de interceptação telefônica e cumprimento de mandados de busca e apreensão.

Vale frisar, ainda, que embora uma prova possa ser declarada nula, a sua nulidade nem sempre será causa de total nulidade de toda a ação penal, conforme refere Renato Marcão:

A nulidade da prova, entretanto, não é causa de nulidade do processo, conforme já afirmamos neste mesmo capítulo, alcançando, apenas, o mérito da demanda, na medida em que, uma vez declarada, poderá influenciar decisivamente no acolhimento ou não da pretensão punitiva (Marcão, 2023, p. 60)

No entanto, é evidente que a nulidade de uma prova poderá enfraquecer o processo, podendo ocasionar a absolvição do réu em razão da falta de provas

suficientes para embasar a condenação. Isso posto, evidencia-se a necessidade de haver um nítido controle e cuidado da polícia judiciária em seus atos, a fim de que, com base no princípio do *in dubio pro reo*, as diligências trabalhosas e extensas não sejam consideradas nulas e tornadas sem serventia.

O princípio da legalidade possui íntima ligação com a atuação policial, visto que seus atos devem se adequar ao ordenamento jurídico, sendo que “[...] a conduta pessoal do agente policial deve estar assentada na neutralidade política, imparcialidade, integridade e dignidade, bem como deve estar obediente às regras de organização institucional fundadas na hierarquia e subordinação.” (Filocre, 2017, p.174).

O Estado Democrático de Direito garante a todos os indivíduos a dignidade da pessoa humana, bem como diversos outros direitos fundamentais, de modo a restar evidente que a vida privada encontra-se amplamente garantida de não violação, fazendo com que não exista a supremacia do bem social comum.

Assim, em que pese o inquérito policial seja um procedimento dispensável, conforme disciplinam os artigos 12, 27, 39, §5ª e 46, §1º, todos do Código de Processo Penal, há a necessidade de que seja demonstrada a verossimilhança da acusação, ou seja, é necessário haver justa causa para a propositura da ação penal (Capez, 2023). Dessa forma, inobstante a grande limitação de investigação sofrida aos agentes da polícia judiciária, o trabalho relativo à colheita de provas que embasa um inquérito policial é de suma necessidade para a elucidação dos fatos.

O inquérito policial é meramente inquisitivo, isto é, não há acusados e sim investigados. Desse modo, não há qualquer tipo de violação em razão da produção de diversas provas, visto que o inquérito policial não é incompatível com o contraditório e a ampla defesa. No decorrer da ação penal, já não seria mais o momento oportuno para a realização de diversas diligências, visto que seu objetivo estaria comprometido, bem como a denúncia sequer deveria ser recebida quando demonstrada uma prova fraca e sem embasamentos impetuosos (Marcão, 2023).

Assim, demonstrada a clara necessidade de um inquérito policial bem desenvolvido e guiado pelos ditames legais no que tange à conduta dos profissionais da polícia judiciária, frise-se que é incorreto afirmar que “[...] não há defesa na fase de inquérito, e isso resulta claro não apenas da leitura ao art. 14 do CPP, que assegura ao ofendido ou seu representante legal, e também ao investigado, a possibilidade de requerer diligências no curso das investigações [...]”



(Marcão, 2023, p. 55), sendo possível, portanto, a impugnação das provas produzidas no decorrer do inquérito, a fim de garantir os princípios fundamentais garantidos constitucionalmente.

## 2 O ENCONTRO FORTUITO DE PROVAS (SERENDIPIDADE)

É certo que as provas ilícitas são inadmissíveis nos processos, de acordo com a lei e com os entendimentos doutrinários e jurisprudenciais proferidos pelos Tribunais Superiores. O Brasil, como Estado Democrático de Direito, não admite qualquer violação dos direitos fundamentais e de intimidade garantidos aos indivíduos, em detrimento do bem comum da sociedade.

Quanto à inadmissibilidade das provas ilícitas, ensina Fernando Capez que:

No que tange ao princípio da proporcionalidade pro societate, consistente na admissibilidade das provas ilícitas, quando demonstrada a prevalência do interesse público na persecução penal, a tendência atual da jurisprudência dos Tribunais Superiores é a da sua não adoção. De acordo com esse entendimento, a não admissão de mecanismos de flexibilização das garantias constitucionais tem o objetivo de preservar o núcleo irreduzível de direitos individuais inerentes ao devido processo legal, mantendo a atuação do poder público dentro dos limites legais. As medidas excepcionais de constrição de direitos não podem, assim, ser transformadas em práticas comuns de investigação (Capez, 2023, p. 138)

À vista disso, toda atuação no decorrer da persecução penal deve ser mantida nos ditames legais, a fim de que nenhuma violação ocorra. Nesta senda, não há a possibilidade de ocorrer flexibilizações no âmbito da legalidade da colheita de provas, haja vista que a partir delas se inicia a investigação capaz de embasar uma acusação. No entanto, o chamado encontro fortuito de provas, não pode ser considerado como uma causa de nulidade de prova, muito menos uma nulidade de toda investigação, isto é, de todo o inquérito policial produzido.

É inegável que, no decorrer das investigações, podem ser encontradas provas diversas das quais a investigação propriamente se destinava, tomando como exemplo uma “[...] situação em que, autorizada judicialmente interceptação telefônica com vistas a investigar crime de tráfico de drogas, durante as conversações gravadas e em razão delas se descobre a prática de outros delitos.” (Marcão, 2023, p. 264).

Tal situação não demonstra qualquer tipo de ilegalidade, visto que a prova chegou ao conhecimento da autoridade responsável pela investigação de forma lícita. Isto é, sem que se adentrassem em outros objetos diversos do qual a diligência se destinava na tentativa de obter mais provas, o que caracterizaria a chamada *fishing expedition*, conhecida também como pescaria probatória.

Portanto, faz-se necessário o entendimento no tocante ao conceito, origem e também as hipóteses de incidência do encontro fortuito de provas, a fim de que se possa melhor compreender suas particularidades e aspectos que podem configurar sua legalidade ou não.

## 2.1 CONCEITO, ORIGEM E INCIDÊNCIA

O encontro fortuito de provas, também conhecido pelo termo serendipidade, pode ser entendido como:

[...] o encontro fortuito de prova relacionada a fato diverso daquele que está sendo investigado. Doutrinariamente, é também denominada de *crime achado* e consiste na obtenção casual de elemento probatório de um crime no curso da investigação de outro. A origem do nome remonta à tradução literal da palavra *serendipity*, termo criado em 1754 pelo escritor inglês Horace Walpole, em alusão ao conto persa "Os três príncipes de Serendip", no qual várias descobertas inesperadas ocorriam no decorrer da estória (Capez, 2021).

A referida obtenção causal de elemento probatório deve exigir um nexo causal entre o crime investigado e a prova obtida, muito embora o princípio da proporcionalidade seja ferido, de forma que estaria exigindo da autoridade responsável pela investigação conhecimentos que de forma alguma ela seria capaz de possuir (Capez, 2021). A teoria da proporcionalidade, ou também chamada teoria do interesse preponderante, determina que é necessário haver uma ponderação dos interesses em jogo (Marcão, 2023).

A mencionada teoria, consagrada nos tribunais alemães, refere a impossibilidade de “[...] desconsiderar a prova ilícita que leve à apuração de crime grave, de homicídio ou sequestro [...] visto que nesses casos o interesse público/social em apurar e punir tais condutas deve prevalecer sobre o interesse privado de liberdade a que se vincula o acusado.” (Marcão, 2023, p. 264). No entanto, ao adotar os argumentos da teoria, o sistema de garantias fundamentais estaria sendo ferido.

Ao encontrar uma nova prova, de cunho diverso a que a investigação propriamente se destinava, ou seja, excedendo aos limites em que a própria diligência deveria ocorrer, em que pese a teoria da proporcionalidade, entende-se que ela não pode ser acolhida, sob “[...] pena de fazer ruir todo o sistema de

garantias fundamentais.” (Marcão, 2023, p. 264). Ocorre que, o sistema jurídico brasileiro possui determinações diversas acerca do conceito de utilização de provas ilícitas. Acerca do tema, Marcão refere que:

Se bem delineado, o conflito que se estabelece não é entre o interesse público de punir e o interesse do acusado em ficar impune, mas entre aquele primeiro e o interesse de preservar a ordem constitucional vigente, os princípios e valores fundamentais, bem como o sistema de garantias, que inegavelmente deve prevalecer, porquanto evidente que a preservação e a integridade dos princípios basilares que regem a ordem superior do Estado interessam a toda a sociedade, e não apenas ao particular acusado (Marcão, 2023, p. 264).

Evidencia-se, dessa forma, que no aludido entendimento, mesmo em casos de crimes graves, caso a prova obtida careça de qualquer tipo denexo causal com o objeto da investigação, ela deverá ser considerada inválida. No entanto, nos casos em que fica caracterizado o encontro fortuito de provas, através da investigação de outro delito, estando presente o nexocausal com o meio de obtenção dessa prova, mesmo que trate de crime totalmente diverso do que estava sendo investigado, não existirá “[...] razão lógica ou jurídica para desprezar a prova relativa a delito diverso. O STF tem decidido reiteradamente que na hipótese tratada não há qualquer ofensa ao art. 5º, XII e LVI, da CF.” (Marcão, 2023, p. 264).

O encontro fortuito de provas deriva da palavra “serendipidade”, a qual não faz parte do léxico da língua portuguesa, advinda de “[...] neologismo resultante da adaptação da palavra inglesa serendipity, que significa a situação em que são feitas descobertas afortunadas aparentemente por acaso.” (Kalkmann, 2018, p. 48). Assim, a incidência do encontro fortuito resta caracterizada quando, através de uma diligência regular de investigação de um crime, nova infração penal é obtida/descoberta.

Entretanto, quanto ao estabelecimento da conceituação do encontro fortuito de provas, esta encontra-se apenas na doutrina, ante a ausência de regulamentação legal quanto a isso, sendo perdido o espaço de incidência da lei (Pacelli, 2015 apud Kalkmann, 2018). Ademais, vislumbra-se que o encontro fortuito pode ocorrer em diversos meios de investigações preliminares, no caso de medidas cautelares, como, por exemplo, a busca e a apreensão e a interceptação telefônica. No entanto, como é uma prova descoberta de forma acidental, sua incidência pode ocorrer inclusive no depoimento de testemunhas (Kalkmann, 2018).

Nesta senda, garantir o completo uso das provas obtidas através do encontro fortuito faria com que houvesse ampla violação aos princípios constitucionais garantidores do Estado Democrático de Direito, ocorrendo um evidente desvio de finalidade no que tange àquelas propriamente destinadas à investigação deflagrada:

[...] como exemplo, poderia haver a solicitação de interceptação telefônica para investigar o tráfico de entorpecentes, quando, de fato, a autoridade gostaria de conseguir informações sobre a existência de um crime acerca do qual não possui indícios suficientes para obter a mesma medida. Portanto, os objetivos legais das medidas restritivas tornam-se fluidos, possibilitando o abuso e o desvio de finalidade. Logo, a proibição de utilização da prova fortuita cumpriria o propósito, comum às demais ilicitudes probatórias, de controle e pedagogia das atividades policiais persecutórias (PACELLI, 2015). Para o autor, é importante observar se a atividade policial se desviou da linha de desdobramento comum da investigação de maneira abusiva, como em uma busca de animais silvestres que acaba com policiais revirando armários e gavetas para a apreensão de documentos (Kalkmann, 2018, p. 48).

Dessa maneira, caso evidenciado que a investigação não sofreu qualquer desvio de finalidade, abuso de poder, e, de fato a prova de crime diverso restou encontrada pelos agentes responsáveis pela investigação, a referida prova não demonstra qualquer tipo de ilegalidade. Isso deve-se ao fato de que é necessário cuidado para que o caso em tela não seja uma opção para haver a impunidade de atividades criminosas.

Assim, através da doutrina, ocorre a separação do encontro fortuito de provas entre serendipidade de primeiro e de segundo grau. A serendipidade de primeiro grau refere-se ao encontro fortuito de provas acerca de fatos relacionados com o fato inicialmente investigado, seja por conexão ou continência (Kalkmann, 2018).

Já a serendipidade de segundo grau, teria relação no que tange às provas descobertas através de uma investigação inicial, mas que não possuam realmente qualquer relação com a prova que se objetivava colher. Pode-se dizer, assim que a:

[...] conexão e a continência que levam ao reconhecimento da serendipidade de primeiro grau são aquelas previstas nos artigos 76 e 77 do Código de Processo Penal, que implicam modificação da competência para o julgamento do crime. Nessas situações, a prova de um fato influencia diretamente a prova do outro, seja em razão da influência de relação de tempo ou lugar, seja da acessoriedade entre os crimes, seja, até mesmo, em razão do concurso de agentes (Kalkmann, 2018, p. 49).

Em que pese as divergências doutrinárias existentes, de maneira majoritária, entende-se que a serendipidade de primeiro grau pode, sim, ser considerada como

uma prova apta a embasar a persecução penal. O mesmo não ocorre no tocante à serendipidade de segundo grau, visto existir a necessidade dos crimes investigados estarem unidos através de alguma conexão, isto é, necessário que haja algum liame entre ambos (Kalkmann, 2018).

O entendimento deve-se ao fato de que, em razão da nova descoberta não possuir qualquer tipo de relação com o crime a que a investigação inicialmente se destinava, a utilização da prova é vedada, em razão da “[...] grande probabilidade de desvio do curso regular da medida.” (Kalkmann, 2018, p. 50).

À vista do exposto, em que pese os diversos entendimentos acerca da validade ou invalidade das provas obtidas através do encontro fortuito, destaca-se que:

[...] a doutrina majoritária impõe dois limites à utilização das provas fortuitas: a ausência de desvio abusivo da linha de desdobramentos comum e a existência de conexão entre o objeto investigado e o crime acidentalmente descoberto. Ao compartilhar as conclusões de Tasca (2013), pode-se afirmar que, verificada a conexão entre os fatos, deve ser admitida a utilização da prova fortuita; ausente o liame de conexão, o fato fortuitamente descoberto valerá apenas como notitia criminis. Existem, todavia, problemas adicionais que se impõem ao intérprete, quando se depara com duas situações específicas: a descoberta fortuita de provas relacionadas a pessoa portadora de foro por prerrogativa de função e o encontro fortuito em sede de interceptação telefônica (Kalkmann, 2018, p. 51).

Evidente, desta forma, que existem diversas peculiaridades a serem constatadas em cada caso concreto, a fim de avaliar se a prova encontrada pode servir de total embasamento para uma acusação a ser formada. Isso decorre em razão da prevenção do abuso de poder que podia ocorrer nas investigações (Kalkmann, 2018).

Conforme já explanado, o princípio garantidor vigente é o do *in dubio pro reo*. Não há, em nenhum local, a previsão para que se viole intimidades e garantias individuais em detrimento da segurança social, que se conhece como *in dubio pro societate*.

Insta ressaltar que o principal impasse ocorre nas interceptações telefônicas, em razão de serem determinadas apenas judicialmente em hipóteses previstas na Lei n.º 9.296/96, sendo cabível para alguns crimes, também, subsidiariamente. Assim decorre seu maior problema, eis que muitos crimes não podem ser objeto de interceptação telefônica, mas acabam descobertos por ela.

A ausência de uma legislação esclarecedora faz com que a fonte majoritária de entendimento acerca do encontro fortuito de provas advenha de doutrinas e, principalmente, de decisões dos tribunais superiores acerca do tema, o que claramente diverge da tecnicidade do Direito Processual Brasileiro, a fim de que haja a preservação das garantias individuais e, ainda, o completo controle da atividade probatória (Kalkmann, 2018).

## 2.2 A PESCARIA PROBATÓRIA (*FISHING EXPEDITION*)

A pescaria probatória, a seu turno, diverge substancialmente do encontro fortuito de provas, pois, ao contrário deste, a pescaria probatória caracteriza-se como uma atividade claramente ilícita, que visa obter provas a qualquer custo (Marcão, 2023). No entendimento de Melo e Silva:

Trata-se a *fishing expedition* de uma investigação especulativa indiscriminada, sem objetivo certo ou declarado, que “lança” suas redes com a esperança de “pescar” qualquer prova, para subsidiar uma futura acusação. Ou seja, é uma investigação prévia, realizada de maneira muito ampla e genérica para buscar evidências sobre a prática de futuros crimes. Como consequência, não pode ser aceita no ordenamento jurídico brasileiro, sob pena de malferimento das balizas de um processo penal democrático de índole Constitucional (Melo e Silva, 2017).

À luz do conceito, evidencia-se que a aplicação da pescaria probatória constitui clara afronta aos princípios garantidores do Estado Democrático de Direito. Os elementos aplicados, como a dignidade da pessoa humana, a presunção de inocência e o pluralismo político, fazem com que haja a necessidade de observância dos ditames Constitucionais, a fim de que as garantias mínimas individuais sejam observadas (Melo e Silva, 2017).

Dessa maneira, faz-se necessário que as diligências de investigação cumpram estritamente a finalidade para que se destinam, sob pena de haver abuso de autoridade e desvio de finalidade da investigação. As provas colhidas a fim de embasar uma condenação podem vir de diversos meios e formas. Assim, a pescaria probatória pode ocorrer em diversas oportunidades no decorrer da persecução penal, como na expedição de mandados de busca e apreensão pouco delimitados, oitiva de testemunhas e interrogatórios, interceptações telefônicas, entre outros.

Tomando como exemplo os mandados de busca e apreensão, em não ocorrendo uma delimitação precisa acerca da finalidade para que se destinam, bem como um endereço devidamente certo e determinado, tanto os agentes responsáveis pelo cumprimento do mandado, quanto o Juízo que o expediu “[...] estarão violando a Constituição (art. 93, IX), o Código de Processo Penal (art. 243) e cometendo o malfadado *fishing expedition*, pois ingressarão em verdadeira aventura procedimental, na tentativa de pescar algum elemento de prova aleatoriamente [...]” (Melo e Silva, 2017). Portanto, estaria acontecendo uma violação às garantias previstas na Constituição Federal da República.

No tocante à expedição de mandados de busca e apreensão genéricos, no ano de 2018, quando iniciada a intervenção federal no Rio de Janeiro, houve grande ênfase no tema. O Ministro Celso de Mello, a seu turno, destacou em entrevista que a regra presente no art. 243 do Código de Processo Penal é clara, visto que descreve ser necessário, isto é, há a exigência que sempre que haja possibilidade, o mandado de busca e apreensão descreva o local objeto da busca (Conjur, 2018).

Neste sentido, o referido artigo indica elementos essenciais que o mandado de busca necessita possuir para estar conforme a lei:

Art. 243. O mandado de busca deverá:

I - indicar, o mais precisamente possível, a casa em que será realizada a diligência e o nome do respectivo proprietário ou morador; ou, no caso de busca pessoal, o nome da pessoa que terá de sofrê-la ou os sinais que a identifiquem;

II - mencionar o motivo e os fins da diligência;

III - ser subscrito pelo escrivão e assinado pela autoridade que o fizer expedir.

§ 1º Se houver ordem de prisão, constará do próprio texto do mandado de busca.

§ 2º Não será permitida a apreensão de documento em poder do defensor do acusado, salvo quando constituir elemento do corpo de delito (Brasil, 1941)

A proibição da pescaria probatória deve ser entendida como garantia contra a autoincriminação, conforme refere Alexandre Morais da Rosa (2021). Historicamente, quanto à origem da *fishing expedition*, esta advém das cortes eclesiásticas inglesas, visto que “[...] após colhido o juramento, procedia-se à investigação de acusações desconhecidas, em verdadeiro ato de pescaria (equivalente ao juízo final). Premida pelo juramento, a vida da pessoa era escrutinada.” (Rosa, 2021).

Dessa forma, os agentes responsáveis pela investigação e julgamento das ações penais utilizavam brechas dadas através do interrogatório do investigado. O



juramento era utilizado para responder quaisquer questões que lhe fossem feitas, sendo que as acusações eram, muitas vezes, desconhecidas, isto é, alheias ao próprio objeto a que a investigação se destinava. Assim, surge o direito de vedação à autoincriminação, inicialmente, com a finalidade de evitar a *fishing expedition* (Figueiredo, 2016).

As investigações devem descrever pormenorizadamente a finalidade para qual se destinam, sob pena de a prova ser anulada, prejudicando o andamento de investigações importantes. Alexandre Morais da Rosa leciona seu entendimento:

A invasão de direitos fundamentais encontra regime restrito, em geral submetido à *reserva de jurisdição*. As cautelares probatórias ou investigações precisam definir antecipadamente o objeto, isto é, responder expressamente (diligência, pedido ou decisão judicial): *quem, quando, como, onde, por e para quê, o que, com que motivação*. Do contrário, não preenchem os pressupostos e requisitos legais. A decisão judicial deve motivar de modo adequado, sob pena de nulidade (CPP, artigo 315, §2º). A prática da "pescaria probatória" promove atalho abusivo, por meio da desconsideração da prévia exigência de decisão judicial (Rosa, 2021).

Ou seja, diante da leitura e compreensão do art. 315, § 2º, do Código de Processo Penal, faz-se necessária a devida fundamentação das decisões judiciais, de modo a delimitar o minimamente o desenrolar da diligência a ser cumprida, a fim de que ela não extrapole suas finalidades e vá contrariamente às garantias constitucionais. Conforme prevê o § 2º, do artigo supracitado:

[...] § 2º Não se considera fundamentada qualquer decisão judicial, seja ela interlocutória, sentença ou acórdão, que:  
I - limitar-se à indicação, à reprodução ou à paráfrase de ato normativo, sem explicar sua relação com a causa ou a questão decidida;  
II - empregar conceitos jurídicos indeterminados, sem explicar o motivo concreto de sua incidência no caso;  
III - invocar motivos que se prestariam a justificar qualquer outra decisão;  
IV - não enfrentar todos os argumentos deduzidos no processo capazes de, em tese, infirmar a conclusão adotada pelo julgador;  
V - limitar-se a invocar precedente ou enunciado de súmula, sem identificar seus fundamentos determinantes nem demonstrar que o caso sob julgamento se ajusta àqueles fundamentos;  
VI - deixar de seguir enunciado de súmula, jurisprudência ou precedente invocado pela parte, sem demonstrar a existência de distinção no caso em julgamento ou a superação do entendimento (Brasil, 1941).

Ademais, o indevido cumprimento da lei, através do desvio de finalidade das investigações, não traz qualquer tipo de interferência quanto à boa ou má-fé dos agentes que cumprem a lei. As provas colhidas através da pescaria probatória

demonstram-se completamente contrárias ao que garante o Estado Democrático de Direito (Rosa, 2021).

No entanto, as garantias individuais que devem ser preservadas, em detrimento à colheita de provas capazes de ensejar uma condenação por crime que, de fato ocorreu, podem muitas vezes significar a absolvição de prováveis culpados, sendo que “[...] trata-se do patamar civilizatório e a sustentação do padrão ético do agir estatal. O esforço de conformidade da investigação e da punição dentro das regras do jogo compõem o desafio contemporâneo do Processo Penal brasileiro.” (Rosa, 2021).

O referido desafio, muito criticado, principalmente pela sociedade, não pode ter sua essência alterada, sob pena de retorno ao sistema totalitário de governo, extrapolando o que determina a Constituição Federal da República. Assim, o princípio central das legislações deve ser preservado: a dignidade da pessoa humana, conforme explica Caio José Arruda de Oliveira (2020).

Ademais, de acordo com o autor:

Torna cristalino que no Brasil, entretanto, a sanha punitiva continua a exercer seu papel se esforçando em prol da mitigação das garantias processuais. Esses agentes – não somente a mídia, como os próprios integrantes do corpo judiciário – reclamam por uma maior celeridade do processo penal, sob pena de impunidade dos sujeitos “desviantes”. Esquece-se, portanto, que o Processo Penal é lastreado por princípios distintos ao procedimento cível e que, por óbvio, bens jurídicos mais relevantes são tutelados. Nessa perspectiva, o compromisso do julgador é tão somente zelar pelas garantias processuais do réu penal, fundamentando sua sentença exclusivamente pela prova obtida em contraditório judicial (Oliveira, 2020).

Assim, verifica-se que existe a necessidade de as investigações estarem embasadas em provas fortes, a fim de que, de fato, não haja impunidade no contexto da persecução penal do Brasil. Impede-se, assim que existam procedimentos fora dos ditames legais, visto que, para que haja a devida punição legal aos agentes que descumprem a lei, é necessário que as regras do jogo sejam seguidas.

Há a necessidade de que a autoridade responsável pela investigação obtenha algum indício, isto é, constate algum indício do crime que deve ser apurado. Este é o entendimento da doutrina majoritária e da linha de decisão das decisões dos tribunais superiores.

Desde 2019, há a criminalização da conduta da autoridade que extrapola seu poder no que tange à instauração de procedimentos investigatórios de infrações, “[...] à falta de qualquer indício da prática de crime, de ilícito funcional ou de infração administrativa.” (Velloso; Agosti, 2023) conforme aduz a Lei n.º 13.689/2019. Com base nisso, destaca-se que as autoridades que desempenham a função de investigar devem exercer suas funções dentro dos limites ditados pelas leis existentes atualmente no Brasil. Isso porque, caso verificado que uma diligência extrapou seus limites legais, poderia haver a configuração da pescaria probatória, procedimento de colheita de prova considerado ilegal.

Assim, as investigações devem seguir as diretrizes mínimas garantidas em lei, a fim de que a pescaria probatória não ocorra. A atual delimitação do Estado Democrático de Direito Brasileiro garante direitos básicos a todos os cidadãos, não havendo exceção no que tange à mitigação das garantias mínimas fundamentais, sob pena de se frustrar todo o sistema processual brasileiro. No entanto, a garantia desses direitos não pode ser confundida com impunidade. É necessário que as diligências realizadas sigam as determinações legais a fim de que haja a correta aplicação da lei, para que assim seja possível combater à criminalidade.

### 2.3 DA INTERCEPTAÇÃO TELEFÔNICA

No que diz respeito à interceptação telefônica, depreende-se que essa diligência pode ser fonte de grandes encontros fortuitos de provas, dada a sua natureza. Em razão da própria função de existir da interceptação telefônica, verifica-se que a referida medida de prova “[...] somente é autorizada nos casos previstos em lei e por mandamento constitucional.” (Albeche, 2021, p. 924).

Dessa maneira, a medida em análise não pode ser usada de forma indiscriminada, a fim de colher provas sem a devida regulamentação judicial. Assim, nos casos em que a Constituição autoriza a interceptação, há autorização para que o Estado, através da Administração da Justiça, observe os procedimentos essenciais previstos em lei e necessários para que a medida de investigação seja realizada consoante as determinações legais e constitucionais.

Conforme explica Thiago Solon Gonçalves Albeche “[...] quando ocorre o ilícito, antes que a intimidade ou privacidade sejam violadas, a regularidade da

Administração da Justiça já foi vulnerada pela não submissão da matéria à prévia reserva de jurisdição.” (2021, p. 924).

Ante o exposto, faz-se necessário que o âmbito de aplicação da medida da busca e apreensão seja utilizada com base em fundadas suspeitas, não havendo possibilidade da medida de interceptação telefônica ser determinada sem que sequer houvesse indícios suficientes para justificar a aplicação da medida. Tal conduta configura uma clara pescaria probatória, momento em que o Estado joga suas redes na intenção de obter determinada prova capaz de embasar uma acusação. Acerca da situação exposta, de acordo com Kalkmann:

Como exemplo, poderia haver a solicitação de interceptação telefônica para investigar o tráfico de entorpecentes, quando, de fato, a autoridade gostaria de conseguir informações sobre a existência de um crime acerca do qual não possui indícios suficientes para obter a mesma medida. Portanto, os objetivos legais das medidas restritivas tornam-se fluidos, possibilitando o abuso e o desvio de finalidade. (Kalkmann, 2019, fl. 49)

Com base nisso, em razão do entendimento dos Tribunais Superiores ter se alterado na última década, não há a necessidade de existir qualquer tipo de relação, isto é, de conexão ou continência entre o crime investigado e a prova “achada” através da interceptação realizada nos termos legais. À vista disso, conforme o art. 2º da Lei n.º 9.296/96, a Lei de Interceptação Telefônica (Brasil, 1996), verifica-se que a medida não é cabível em determinadas situações:

Art. 2º Não será admitida a interceptação de comunicações telefônicas quando ocorrer qualquer das seguintes hipóteses:  
I - não houver indícios razoáveis da autoria ou participação em infração penal;  
II - a prova puder ser feita por outros meios disponíveis;  
III - o fato investigado constituir infração penal punida, no máximo, com pena de detenção.  
Parágrafo único. Em qualquer hipótese deve ser descrita com clareza a situação objeto da investigação, inclusive com a indicação e qualificação dos investigados, salvo impossibilidade manifesta, devidamente justificada (Brasil, 1996).

Importa mencionar, no entanto, que o fenômeno da serendipidade é plenamente cabível às interceptações telefônicas. Entretanto, na referida medida usada para a obtenção da prova, verifica-se que diversos abusos e violações legais podem ocorrer no curso de seu andamento, como exemplo, podemos citar as prorrogações nos pedidos de escuta (Marcão, 2023).

Porém, é inequívoco que a interceptação telefônica é de suma relevância para a obtenção de provas concretas e tem auxiliado em diversos momentos a investigação de muitos crimes, principalmente relacionados às organizações criminosas. Aduz Renato Marcão que “[...] a interceptação telefônica tem se revelado de extrema valia na apuração de determinados tipos de crimes, tais como sequestro, tráfico de drogas, associação para o tráfico de drogas, associação criminosa etc.” (Marcão, 2023, p. 75).

Além disso, verifica-se que o entendimento adotado pelos Tribunais Superiores vai ao encontro do acima exposto, visto que se tem decidido nos últimos anos pela validade das provas obtidas através do encontro fortuito. É o que se depreende através da Jurisprudência do STJ, no julgamento do RHC 94.803/RS:

No caso, conforme se extrai da exordial acusatória, a recorrente, Ana Paula, e o outro acusado, Eduardo Gayardo, estavam sendo investigados pela Polícia Federal, na Operação Mercador, pelos crimes de contrabando e descaminho de produtos, nos autos do IPL 5003115-68.2015.404.7210, sendo que, naquele feito, foi deferido pedido de interceptação telefônica da linha de Ana Paula, a partir da qual, "os policiais federais tomaram conhecimento de que ambos os indiciados fariam uma operação envolvendo pesos argentinos, por intermédio dos áudios 2735629 e 2735874" [...]. (Brasil, 2019).

Assim, vê-se que não raras vezes são encontradas provas que não se buscavam encontrar, em razão de diligências ocorridas cumprindo as formalidades legais. No entanto, não se pode haver o completo descarte de uma prova unicamente em razão de ter sido encontrada através do encontro fortuito de provas.

## 2.4 DA BUSCA E DA APREENSÃO

A ponderação acerca da incidência do encontro fortuito de provas no que diz respeito à busca e a apreensão, faz-se necessária, visto que a referida diligência revela forte tendência para que provas sejam encontradas através da serendipidade. À vista disso, percebe-se que muitas vezes as provas não se encontram disponíveis para serem valoradas no processo de uma forma espontânea. São nesses casos que a busca e apreensão pode ser determinada (Marcão, 2023).

De acordo com o doutrinador e Promotor de Justiça Renato Marcão, o conceito de busca e apreensão pode ser definido como:

Busca é a procura; diligência destinada à localização de pessoa ou coisa que guarde relação de interesse com determinado delito.  
Apreensão é restrição jurídica que se impõe à liberdade de pessoa ou à posse de coisa certa, como decorrência de sua vinculação a um delito (Marcão, 2023, p. 256).

Quanto ao seu momento de realização, resta cristalino que, no decorrer da atuação policial, muitas vezes em momentos anteriores ao da formalização da investigação, haja a necessidade de se proceder à busca pessoal, em decorrência de razões que os levem a suspeitar que determinada pessoa esteja portando drogas, por exemplo. Assim, nestes casos, não há a necessidade de mandado de busca e apreensão para tanto, visto estar caracterizada a fundada suspeita, nos termos que determina o art. 240 do Código de Processo Penal (Marcão, 2023).

Em contrapartida, é preciso que o mandado de busca e apreensão seja expedido pela autoridade judiciária em certos casos, nos termos do que determina o art. 241 do Código de Processo Penal. Assim, para serem observadas as determinações legais e os direitos básicos dos cidadãos brasileiros, é inequívoco que, em decorrência do “[...] sistema de garantias fundamentais que o mandado judicial de busca deve ser certo e determinado. Materializa constrangimento ilegal o mandado incerto, indeterminado, aleatório.” (Marcão, 2023, p. 257).

Do mesmo modo, no que tange à busca e apreensão domiciliar, é necessário que existam condições como a presença de fundadas razões e não apenas fundadas suspeitas, tal como a busca pessoal. Com efeito, insta consignar que o rol do art. 240 do CPP é taxativo, não podendo possuir interpretação ampliada (Marcão, 2023). Dessa forma, a busca e a apreensão podem ser procedidas nas seguintes hipóteses, previstas no §1º do art. 240 do Código de Processo Penal:

[...] § 1º Proceder-se-á à busca domiciliar, quando fundadas razões a autorizarem, para:

- a) prender criminosos;
- b) apreender coisas achadas ou obtidas por meios criminosos;
- c) apreender instrumentos de falsificação ou de contrafação e objetos falsificados ou contrafeitos;
- d) apreender armas e munições, instrumentos utilizados na prática de crime ou destinados a fim delituoso;
- e) descobrir objetos necessários à prova de infração ou à defesa do réu;
- f) apreender cartas, abertas ou não, destinadas ao acusado ou em seu poder, quando haja suspeita de que o conhecimento do seu conteúdo possa ser útil à elucidação do fato;
- g) apreender pessoas vítimas de crimes;
- h) colher qualquer elemento de convicção (Brasil, 1941)

Ainda, o art. 5º, XI, da Constituição Federal, determina também hipóteses em que o domicílio não pode ser violado, caracterizando, assim, uma garantia individual. Portanto, destaca-se que somente pode haver ingresso domiciliar durante a noite, se houver consentimento do titular do direito, em caso de flagrante de delito, em caso de desastre e para prestar socorro. Já durante o dia, o ingresso no domicílio pode ocorrer em todos os casos supramencionados e por determinação judicial (Capez, 2023).

Entretanto, o ponto mais relevante no que tange ao mandado de busca e apreensão encontra-se disciplinado legalmente no art. 243 do Código de Processo Penal (Brasil, 1941). Isso se deve ao fato que, para que a prova obtida através da busca e da apreensão, leia-se, a diligência a qual foi determinada a através da expedição de mandado judicial, imprescindível que possua finalidade certa e determinada, inexistindo a possibilidade de expedição de mandados genéricos, sob pena de configurar uma violação legal (França, 2018).

Acerca do tema, leciona Rogério Sanches Cunha:

Interessa-nos sobretudo, neste momento, o primeiro requisito, que impõe a indicação, com a maior precisão possível, da casa em que será realizada a diligência e do nome do respectivo proprietário ou morador. O que se pretende é a individualização da busca, que, repita-se, é exceção à inviolabilidade constitucional do domicílio e deve ser promovida com a cautela necessária para evitar que pessoas não envolvidas na investigação sejam constrangidas pela violação desnecessária de sua intimidade (Cunha, 2019).

No entanto, o cumprimento do mandado de busca e apreensão seguindo estritamente a sua determinação torna inviável a apuração de outras infrações, sendo estas muitas vezes relevantes para investigação de crimes mais graves (Cunha, 2019). O problema desse fato, é que a prova necessita seguir os requisitos legais e constitucionais para ser considerada válida no decorrer da persecução penal, a fim que não haja a configuração de uma pescaria probatória. A linha tênue existente faz com que muitos mandados sejam expedidos de forma genérica, fato que não deveria ocorrer. Esse é o posicionamento dos Tribunais Superiores.

Ocorre que, em muitos locais, é de extrema necessidade que se possa precisar de forma clara e precisa o local em que mandado deve ser cumprido:

É o que comumente acontece em regiões do Estado do Rio de Janeiro, peculiar devido à sua geografia montanhosa, que propiciou, ao longo das

décadas, a ocupação de morros por milhões de pessoas, que se instalaram precariamente, sem endereço definido, em barracos quase sempre dispostos de forma a tornar impossível qualquer individualização. Este tipo de ocupação, aliada à omissão de sucessivos governos na área de segurança pública – e em várias outras –, propiciou que facções criminosas simplesmente tomassem para si o controle de praticamente todo o território ocupado. O que se vê são pessoas submetidas a um poder paralelo criminoso. Algumas simplesmente aderem a esse poder e passam a integrá-lo, enquanto outras vivem sob tensão permanente, na expectativa de que em algum momento sejam atingidas pelas práticas criminosas que vigoram nesses locais. Os que se integram abrigam criminosos e permitem que em suas residências sejam escondidas armas e drogas; os que vivem sob jugo muitas vezes são obrigados a colaborar (Cunha, 2019).

Assim, em razão da própria localização e organização das residências em alguns locais, tomando como exemplo as favelas do Rio de Janeiro, resta evidente a dificuldade em delimitar com precisão a localidade que deverá ser investigada. As provas obtidas mediante uma busca generalizada caracterizam uma pescaria probatória. No entanto, não se pode negar que tal constatação limita a atividade policial brasileira, fazendo com que muitas facções criminosas obtenham controle de determinadas regiões, prevalecendo a impunidade e fortalecendo as organizações criminosas (Cunha, 2019).

Dessa forma, no contexto do encontro fortuito de provas em diligências a serem empregadas a partir de mandados de busca e apreensão, verifica-se ser uma questão de análise delicada, a fim de que a conduta dos agentes responsáveis pelo cumprimento da ordem não ultrapassem os limites legais. Caracteriza-se, assim, a busca domiciliar como sendo um meio de obtenção de prova “[...] restritivo de garantias constitucionais, impondo, por essa razão, que seja precedido de autorização judicial fundamentada e que siga rigorosamente o rito delineado na lei, sob pena de invalidade de seus frutos.” (França, 2018).

À vista disso, compreende-se que os mandados de busca e apreensão devem ser cuidadosamente pensados, do seu início ao fim, para que as provas obtidas através de sua utilização sejam consideradas válidas. Nesse contexto, constata-se que a busca domiciliar pode abrir muitas portas para que provas sejam encontradas fortuitamente. Assim, com base no atual entendimento dos Tribunais Superiores, completamente possível a utilização de provas obtidas através do encontro fortuito, em caso de a diligência ter sido desenvolvida com observância aos requisitos e condições previstas em lei, sem qualquer tipo de desvio de finalidade ou abuso de poder.



## 2.5 ENTENDIMENTO DOS TRIBUNAIS SUPERIORES

O encontro fortuito de provas vem sendo tema de discussões nos tribunais superiores, por ser relativamente novo e sem amparo legal acerca do seu conceito e incidência. Em razão disso, os debates na doutrina e na jurisprudência constituem grandes fontes de conceitos acerca do tema, servindo como norteadores da conduta Estatal.

De início, verifica-se que a jurisprudência “[...] reconhecia e aplicava os critérios tradicionais do desvio causal e da conexão como forma de determinar a possibilidade de utilização de provas fortuitas.” (Kalkmann, 2019). Dessa forma, caso não houvesse qualquer tipo de desvio do curso causal, a prova obtida através do encontro fortuito era admitida.

No entendimento de Kalkmann, no entanto, havia a necessidade de que o fato fosse relacionado ao objeto da investigação inicialmente deflagrada. Ocorre que, os julgados do STJ e do STF não faziam menção ao conceito de conexão, isto é, o conceito expresso no art. 76 do CPP, porém “[...] era comum o uso de expressões como “fato relacionado” ou “estreita relação com o objeto da investigação” (Kalkmann, 2019).

Acerca dos entendimentos proferidos pela Quinta Turma do Superior Tribunal de Justiça, já no ano de 2006, firmou-se o entendimento de que:

[...] é inadmissível a prova derivada da apreensão de bens diversos daqueles contidos no mandado de busca e apreensão por ofensa às garantias da legalidade e da inviolabilidade de domicílio. Portanto, havendo desvio do curso causal, a prova deveria ser considerada ilícita (Kalkmann, 2019).

Em 2012, no tocante às interceptações telefônicas, a prova obtida através do encontro fortuito foi admitida a pela referida Turma Recursal, no entanto, necessitava-se que houvesse estreita relação com os fatos investigados, entendimento que perdurou até o ano de 2015 (Kalkmann, 2019). Ou seja, caso a diligência investigatória obtivesse conhecimento da existência de determinado crime, haveria a necessidade deste estar relacionado ou no mesmo contexto do delito inicialmente investigado.

O tema foi ganhando espaço após a deflagração da operação Lava Jato, iniciada no ano de 2014. A discussão acerca do tema da serendipidade já havia sido objeto de análise, sendo que, em primeiro momento, o STF e o STJ estabeleceram a orientação de que o fato encontrado através do encontro fortuito de provas necessitava possuir conexão com o crime inicialmente investigado (STJ, 2015).

No entanto, o entendimento teve alterações, em razão da Ação Penal 690. A referida Ação Penal havia sido iniciada a fim de investigar a prática do crime de moeda falsa, porém, no decorrer da interceptação telefônica, encontraram-se provas acerca da venda de decisões por desembargadores. No caso, evidente que o crime inicialmente investigado não possuía relação com o crime posteriormente descoberto de forma completamente fortuita:

No caso, a investigação havia sido deflagrada para investigar a prática de crime de moeda falsa; entretanto, no transcurso de interceptação telefônica regularmente autorizada, foram descobertos indícios da prática de venda de decisões judiciais por desembargadores do Tribunal de Justiça de Tocantins (TJ/TO), o que fez com que os autos fossem enviados ao STJ. Na ocasião, o ministro relator afirmou, em seu voto, que a doutrina dominante dispensava a conexão entre os fatos (mas citou apenas a obra de Fernando Capez) e concluiu pela ampla admissibilidade de todas as provas produzidas, ainda que não houvesse conexão ou continência, desde que a interceptação tivesse sido legalmente autorizada (Kalkmann, 2019, p. 53).

Em razão do foro privilegiado que as autoridades possuíam, a investigação foi remetida ao STJ, que proferiu o entendimento supracitado, acrescentando que deve ser aberto novo procedimento específico, o que realmente ocorreu no episódio (STJ, 2015). No entanto, em que pese as notáveis considerações doutrinárias acerca da necessidade da existência de conexão em razão do crime achado, muitos entendem que a “[...] limitação de validade pela conexão é desproporcional, impondo um ônus desnecessário ao Estado, se a prova já foi obtida dentro das formalidades legais, ainda que de modo fortuito” (Garcez, 2022, p. 578).

Deve-se observar, assim, conforme o entendimento supracitado, se a diligência em que a prova foi encontrada de modo fortuito estava seguindo os ditames legais. Isto é, no caso de a diligência não estar contaminada em razão de desvio de finalidade ou abuso de poder, a prova deve ser aceita como sendo uma prova lícita, mesmo que ela não possua qualquer tipo de conexão entre o fato inicialmente investigado.

Com base nos entendimentos acima expostos, alguns doutrinadores entendem que, caso a diligência esteja de acordo com as determinações legais, não há razão para considerar inválida a prova obtida pelo encontro fortuito. Entretanto, caso a diligência sofra algum desvio de finalidade, tomando rumos diversos aos quais deveria se destinar, é provável que esteja caracterizada a pescaria probatória, resultando na invalidade da prova. Dessa forma, quanto ao cumprimento de mandados de busca e apreensão, bem como de interceptações telefônica, tem-se que:

Assim, se no cumprimento de um mandado de busca e apreensão, relativamente ao crime de tráfico, a polícia localizar documentos que apontam para a prática de um crime de corrupção ativa, por exemplo, praticado pelo agente, esse elemento poderá ser utilizado como prova. O mesmo raciocínio deve ser aplicado se, no curso de uma interceptação telefônica de tráfico de drogas, a polícia interceptar áudio no qual se determina a prática de um homicídio. Parece-nos óbvio que esse elemento é válido como meio de prova do crime caso este venha a ser realizado, ainda que não tenha nenhuma relação com o tráfico (Garcez, 2022, p. 578)

Nesta senda, segundo o entendimento do STJ, ainda que inexistente conexão entre o fato que inicialmente originou a diligência investigativa, nos termos do que dispõe o Habeas Corpus 187.189/SP, entende-se que seria incoerente exigir da autoridade policial saiba as provas que supostamente poderá encontrar, no que diz respeito para além dos indícios do crime inicialmente investigado (Garcez, 2022).

Dessa forma, o único quesito que deve ser exigido para que a prova obtida através do encontro fortuito seja considerada válida a fim de iniciar a persecução criminal de novo crime, deve estar pautada na licitude da formalidade do ato inicial. É necessário que a diligência seja cumprida observando os requisitos legais, a fim que não haja qualquer abuso que possa caracterizar a *fishing expedition*.

À vista disso, percebe-se que ambos conceitos - a *fishing expedition* e o encontro fortuito de provas - possuem muitas semelhanças em sua origem. No entanto, não se pode haver nenhuma comparação entre eles e entre a sua validade, uma vez que o encontro fortuito revela-se apto totalmente a embasar a *opinio delicti* do Ministério Público, enquanto a pescaria probatória demonstra-se como um ato de abuso de violação das garantias constitucionais previstas.

Percebe-se que no ano de 2010, o STF afirmou ser possível a utilização de provas obtidas através do encontro fortuito, no contexto das interceptações telefônicas, nos crimes em que a pena é de detenção, conforme expresso no AgRg

no AI 626.214/MG, sendo que o “[...] argumento central dessa admissão é a legalidade da autorização da interceptação telefônica. Na oportunidade, todavia, o ministro relator ressaltou que o fato descoberto era conexo com o objeto da interceptação telefônica.” (Kalkmann, 2019, p. 54).

Para mais, em que pese a evolução da sociedade dos últimos tempos, bem como as diversas alterações legislativas e jurisprudenciais no contexto do direito penal e do processo penal brasileiro, destaca-se, por Tiago Kalkmann (2019), o HC 129.678/SP, julgado de 13 de junho de 2017. O entendimento do referido julgado assemelha-se com o atual dos tribunais superiores, no qual se admite a desnecessidade de conexão entre os crimes para que a prova obtida através do encontro fortuito tenha validade:

Assim, o “crime achado” - ou seja, a infração penal desconhecida e, portanto, até aquele momento não investigada - sempre deve ser cuidadosamente analisado para que não se relativize em excesso o inciso XII do art. 5º da Constituição (“é inviolável o sigilo da correspondência e das comunicações telegráficas, de dados e das comunicações telefônicas, salvo, no último caso, por ordem judicial, nas hipóteses e na forma que a lei estabelecer para fins de investigação criminal ou instrução processual penal”). Apesar de não haver dados nos autos que atestem se há ou não conexão entre os crimes, a prova obtida mediante interceptação telefônica quanto a essa infração penal diversa da investigada deve ser considerada lícita, pois presentes os requisitos constitucionais e legais: a interceptação foi autorizada por ordem judicial e o crime é apenado com reclusão. Só poderia ser afastada a prova se verificássemos - o que não é o caso - alguma hipótese de desvio de finalidade. (Brasil, 2017).

Assim, ainda que não haja conexão entre o crime investigado e o crime diverso “encontrado” através do encontro fortuito, depreende-se que, caso a diligência tenha seguido as exigências legais, não tenha sido realizada com desvio de finalidade, ou ainda, abuso de autoridade, é completamente válida a prova obtida através do encontro fortuito. Sob esta perspectiva:

O atual posicionamento do Supremo firmou-se, portanto, no sentido da licitude da prova fortuitamente encontrada, independente da sua relação - conexão ou continência - com o delito objeto da investigação. Exigiu-se, todavia, que tenham sido observados os requisitos constitucionais e legais para o deferimento da providência cautelar e que não tenha se verificado desvio de finalidade no cumprimento da diligência. Preenchidos esses requisitos, entende o Tribunal, na mesma linha adotada pela Corte Superior, não haver óbice para o aproveitamento do material probatório no processo. Esse entendimento, aliás, encontra-se incluído no Informativo de Jurisprudência n. 869 (França, 2018).

Portanto, desde que siga os requisitos necessários, a prova obtida através do encontro fortuito pode ser plenamente válida, independentemente da existência de conexão entre o crime inicialmente investigado e a prova demonstrada através do encontro fortuito. O entendimento atual possui coerência na legislação em vigor no Brasil, visto que o Estado em momento algum descumpra seu papel de garantidor dos direitos básicos previstos na Constituição Federal. Assim, demonstrada a legalidade da diligência que encontrou provas fortuitamente, esta será considerada plenamente válida.

## CONCLUSÃO

A ocorrência do encontro fortuito de provas no processo penal brasileiro configura-se, atualmente, como um tema de grande debate doutrinário e jurisprudencial, dada a sua peculiaridade em diversas situações concretas. Diante disso, demonstrou-se a existência de diversos princípios norteadores da colheita da prova, presentes no ordenamento jurídico brasileiro, com especial destaque ao princípio da dignidade da pessoa humana e do devido processo legal, em razão da ausência de legislação específica acerca do tema.

À vista disso, o encontro fortuito de prova resta caracterizado quando, no decorrer de uma diligência investigatória, são encontradas provas que dizem respeito a um crime diverso do inicialmente investigado. Sinal-se que as provas obtidas através do encontro fortuito podem possuir ou não conexão com a investigação inicialmente deflagrada. Ocorre que, neste contexto, caso a diligência sofra desvios de finalidade ou qualquer meio de abuso de poder por parte dos agentes incumbidos nesta função, pode estar caracterizada a pescaria probatória, também conhecida como *fishing expedition*.

O encontro fortuito de provas, diante do contexto processual penal brasileiro, colocou em análise qual interpretação deve ser dada às provas obtidas de maneira inesperada. Nesse contexto, a pescaria probatória, entendida como a deflagração de investigações de forma desenfreada, sem possuir um objetivo específico, contamina a ação penal em razão da falta de justa causa para a sua propositura. No entanto, evidencia-se a legalidade das provas obtidas de forma inesperada, caso as diligências que lhe deram origem sigam os ditames legais previstos.

Durante o desenvolvimento do presente trabalho, realizou-se uma análise acerca dos principais elementos existentes que disciplinam a colheita de prova diante do ordenamento jurídico brasileiro. Para isso, foram usadas diversas doutrinas, legislações e jurisprudências do Supremo Tribunal Federal, bem como do Superior Tribunal de Justiça a fim de elucidar a questão problema e atender aos objetivos propostos pelo presente trabalho de curso.

Assim, levando em conta as hipóteses propostas pela essa pesquisa, constatou-se a possibilidade de serem consideradas legais as provas obtidas através do encontro fortuito, ante o contexto da criminalidade brasileira, visto que, caso fossem consideradas ilegais tais provas, haveria a falta de finalidade do próprio sistema, que jamais visa impedir a punibilidade dos autores de delitos, sob pena de frustrar, ainda, todo o contexto de segurança pública brasileira.

No entanto, evidencia-se a necessidade de a prova obtida através do encontro fortuito estar inserida em um contexto de legalidade da própria diligência que lhe deu causa. Ou seja, a diligência não pode ter acontecido com abuso de autoridade ou desvio de finalidade. Com relação à segunda hipótese, verifica-se que não foi comprovada, visto que o Estado não pode se manter inerte quando uma prova inesperada surge, em um contexto de ausência de desvio de finalidade ou abuso de poder.

Da mesma forma, o objetivo geral desta pesquisa também foi alcançado, eis que realizado um estudo acerca do encontro fortuito de provas (serendipidade) durante a persecução penal no Brasil. O mesmo pode ser dito quanto aos objetivos específicos, uma vez que apresentadas hipóteses de ocorrência da serendipidade e da pescaria probatória durante a persecução, à luz do que dispõe a Constituição Federal da República de 1988, visto que há a necessidade de se proceder a uma análise do Código de Processo Penal de forma constitucionalizada.

Além disso, também foram estudadas, a partir da doutrina e da jurisprudência, a legalidade e a ilegalidade das provas obtidas por encontro fortuito, especificamente no que tange às diligências de busca e apreensão e interceptação telefônica.

A pesquisa bibliográfica utilizada, por meio de livros, artigos e jurisprudências mostrou-se suficiente para embasar a conclusão da presente pesquisa, sendo possível demonstrar e apontar quais os reflexos jurídicos das ocorrências do encontro fortuito de provas, e, além disso, da busca e da apreensão. Os entendimentos dos Tribunais Superiores serviram de base para embasar as constatações obtidas, visto que vão ao encontro dos entendimentos doutrinários trazidos.

Evidencia-se, portanto, que no contexto do processo penal brasileiro, há ausência de uma legislação clara e específica acerca do tema do encontro fortuito de provas. Dessa forma, destaca-se que muitos doutrinadores, ainda, divergem em

seus posicionamentos, alguns por defenderem que as provas obtidas através do encontro fortuito, ao serem usadas para embasar uma condenação, evidenciam uma completa afronta à intimidade privada de cada indivíduo. Outros, como se destaca neste trabalho, entendem ser possível a utilização de provas obtidas através do encontro fortuito.

Dessarte, em que pese as divergências doutrinárias acerca do tema, resta claro que há a possibilidade de utilização de provas obtidas através do encontro fortuito, desde que sejam respeitadas as determinações no que tange aos procedimentos de diligências investigatórias, isto é, desde que não ocorra desvio de finalidade ou abuso de poder no decorrer da diligência. Por fim, destaca-se, ainda, que a pescaria probatória, em nenhuma hipótese, pode ser usada para embasar condenação criminal, visto a completa falta de justa causa no que tange à sua obtenção.



## REFERÊNCIAS

ALBECHE, Thiago Solon Gonçalves. Interceptações telefônicas. *In*: FREIRE, Antônio F. et. al. **Legislação Criminal Especial Comentada**. Salvador: Editora JusPodivm, 2021. p. 923-934.

BRASIL. **Constituição da República Federativa do Brasil, de 1988**. 05 de outubro de 1988. Brasília. Disponível em: [https://www.planalto.gov.br/ccivil\\_03/constituicao/constituicao.htm](https://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/constituicao.htm). Acesso em: 17 set. 2023.

BRASIL. **Decreto n.º 678, de 06 de novembro de 1992**. Brasília. Disponível em: [https://www.planalto.gov.br/ccivil\\_03/decreto/D0678.htm](https://www.planalto.gov.br/ccivil_03/decreto/D0678.htm). Acesso em 01 jun. 2024.

BRASIL. **Decreto-Lei n.º 3.689, de 03 de outubro de 1941**. Rio de Janeiro. Disponível em: [https://www.planalto.gov.br/ccivil\\_03/decreto-lei/del3689.htm](https://www.planalto.gov.br/ccivil_03/decreto-lei/del3689.htm). Acesso em: 16 abr. 2024.

BRASIL. **Lei n.º 9.296, de 24 de julho de 1996**. Brasília. Disponível em [https://www.planalto.gov.br/ccivil\\_03/leis/l9296.htm](https://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/l9296.htm). Acesso em 19 abr. 2024.

BRASIL. **Lei n.º 13.869, de 05 de setembro de 2019**. Brasília. Disponível em [https://www.planalto.gov.br/ccivil\\_03/\\_ato2019-2022/2019/lei/l13869.htm](https://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_ato2019-2022/2019/lei/l13869.htm). Acesso em 19 abr. 2024.

BRASIL. Superior Tribunal de Justiça (5ª Turma). **Recurso Ordinário em Habeas Corpus n.º 94.803/RS**. Relator: Ministro Ribeiro Dantas. Brasília, DF, 04 jun. 2019. Disponível em [https://scon.stj.jus.br/SCON/pesquisar.jsp?i=1&b=ACOR&livre=\(\(%27RHC%27.clap.+e+@num=%2794803%27\)+ou+\(%27RHC%27+adj+%2794803%27\).suce.\)&thesaurus=JURIDICO&fr=veja](https://scon.stj.jus.br/SCON/pesquisar.jsp?i=1&b=ACOR&livre=((%27RHC%27.clap.+e+@num=%2794803%27)+ou+(%27RHC%27+adj+%2794803%27).suce.)&thesaurus=JURIDICO&fr=veja). Acesso em 19 abr. 2024.

BRASIL. Superior Tribunal de Justiça (6ª Turma). **Habeas Corpus n.º 187.189/SP**. Relator: Ministro Geraldo Og Nicéas Marques Fernandes. Brasília, DF, 13 ago. 2013. Disponível em <https://jurisprudencia.stf.jus.br/pages/search/sjur430530/false>. Acesso em 17 set. 2023.

BRASIL. Superior Tribunal de Justiça. **O encontro fortuito de provas na jurisprudência do STJ**. 26 abr. 2015. Disponível em: [https://www.stj.jus.br/sites/portalp/Paginas/Comunicacao/Noticias-antigas/2015/2015-04-26\\_08-00\\_O-encontro-fortuito-de-provas-na-jurisprudencia-do-STJ.aspx](https://www.stj.jus.br/sites/portalp/Paginas/Comunicacao/Noticias-antigas/2015/2015-04-26_08-00_O-encontro-fortuito-de-provas-na-jurisprudencia-do-STJ.aspx). Acesso em 09 abr. 2024.

BRASIL. Supremo Tribunal Federal (1ª Turma). **Habeas Corpus n.º 69.013/PI**. Relator: Ministro Celso de Mello. Brasília, DF, 01 jul. 1992. Disponível em:

<https://jurisprudencia.stf.jus.br/pages/search/sjur110511/false>. Acesso em 16 abr. 2024.

BRASIL. Supremo Tribunal Federal (1ª Turma). **Habeas Corpus n.º 129.678/SP**. Relator: Ministro Marco Aurélio, DF, 13 jun. 2017. Disponível em: <https://redir.stf.jus.br/paginadorpub/paginador.jsp?docTP=TP&docID=13385778>. Acesso em 25 abr. 2024.

BRASIL. Supremo Tribunal Federal (2ª Turma). **Agravo Regimental em Agravo de Instrumento n.º 626.214/MG**. Relator: Ministro Joaquim Barbosa. Brasília, DF, 21 set. 2010. Disponível em: <https://www.jusbrasil.com.br/jurisprudencia/stf/16548015>. Acesso em 19 abr. 2024.

CAPEZ, Fernando. **Curso de processo penal**. São Paulo: Editora Saraiva, 2023. *E-book*. ISBN 9786553626072. Disponível em: <https://integrada.minhabiblioteca.com.br/#/books/9786553626072/>. Acesso em: 30 nov. 2023.

CAPEZ, Fernando. **Serendipidade: o encontro fortuito de prova**. 2021. Disponível em: <https://www.conjur.com.br/2021-mai-20/fernando-capez-serendipidade-encontro-fortuito-prova/#:~:text=Serendipidade%20%C3%A9%20o%20encontro%20fortuito,curso%20da%20investiga%C3%A7%C3%A3o%20de%20outro>. Acesso em 16 abr. 2024.

CUNHA, Rogério Sanches. **STJ: É ilegal o mandado de busca e apreensão que não individualiza as residências examinadas**. 2019. Disponível em <https://meusitejuridico.editorajuspodivm.com.br/2019/11/22/stj-e-ilegal-o-mandado-de-busca-e-apreensao-que-nao-individualiza-residencias-examinadas/>. Acesso em 19 abr. 2024.

FERNANDES, Antônio S.; ALMEIDA, José Raul Gavião de; MORAES, Maurício Zanoide de. **Provas no processo penal: estudo comparado**. São Paulo: Editora Saraiva, 2011. *E-book*. ISBN 9788502133273. Disponível em: <https://integrada.minhabiblioteca.com.br/#/books/9788502133273/>. Acesso em: 17 set. 2023.

FIGUEIREDO, L. **O direito ao silêncio: suas origens, desenvolvimento e desdobramentos no direito processual penal brasileiro**. Trabalho de Conclusão de Curso (Bacharel em Direito) – Faculdade de Direito da Pontífica Universidade Católica do Rio Grande do Sul. Rio Grande do Sul, p.30. 2016.

FILOCRE, Lincoln D. **Direito Policial Moderno: Polícia de Segurança Pública no Direito Administrativo Brasileiro**. São Paulo: Grupo Almedina (Portugal), 2017. *E-book*. ISBN 9788584933273. Disponível em: <https://integrada.minhabiblioteca.com.br/#/books/9788584933273/>. Acesso em: 13 mar. 2024.

FRANÇA, G. **O encontro fortuito de provas e sua validade no processo penal**. Trabalho de Conclusão de Curso (Bacharel em Direito) – Universidade do Sul de Santa Catarina. Santa Catarina, p. 73. 2018.

GARCEZ, William. **A vedação de provas ilícitas no inquérito policial: notas sobre a teoria da serendipidade e a pescaria probatória (*fishing expedition*) na investigação criminal.** In: Francini Imene Dias Ibrahin; Júnior Joaquim Leitão e Tristão Antônio Borborema de Carvalho (Org.). Prova e Polícia Judiciária. São Paulo: Editora Mizuno. 2022. p. 571-583.

GLOECKNER, Ricardo J. **Nulidades no processo penal.** São Paulo: Editora Saraiva, 2017. E-book. ISBN 9788547214678. Disponível em: <https://integrada.minhabiblioteca.com.br/#/books/9788547214678/>. Acesso em: 06 dez. 2023.

LOPES JR., Aury Celso Lima; GLOECKNER, Ricardo J. **Investigação preliminar no processo penal**, 6ª Edição. São Paulo: Editora Saraiva, 2014. E-book. ISBN 9788502225992. Disponível em: <https://integrada.minhabiblioteca.com.br/#/books/9788502225992/>. Acesso em: 06 dez. 2023.

LOPES JR., Aury Celso de Lima. **Direito processual penal.** São Paulo: Editora Saraiva, 2023. E-book. ISBN 9786553626355. Disponível em: <https://integrada.minhabiblioteca.com.br/#/books/9786553626355/>. Acesso em: 26 ago. 2023.

KALKMANN, Thiago. **O encontro fortuito de provas no processo penal brasileiro e as correspondentes restrições na legislação alemã.** Revista de Doutrina Jurídica, Brasília, v.110, n.º1, p. 46-64, dez. 2018. Disponível em: <https://revistajuridica.tjdft.jus.br/index.php/rdj/article/view/291/78>. Acesso em 16 abr. 2024.

MARCÃO, Renato. **Curso de processo penal.** São Paulo: Editora Saraiva, 2023. E-book. ISBN 9786555598872. Disponível em: <https://integrada.minhabiblioteca.com.br/#/books/9786555598872/>. Acesso em: 06 dez. 2023.

NUCCI, Guilherme de S. **Manual de Processo Penal. Volume Único.** São Paulo: Grupo GEN, 2023. E-book. ISBN 9786559647385. Disponível em: <https://integrada.minhabiblioteca.com.br/#/books/9786559647385/>. Acesso em: 11 set. 2023.

OLIVEIRA, Caio José Arruda Amarante. **Pescaria probatória no processo penal brasileiro: o conflito entre o sistema acusatório e os poderes instrutórios do juiz.** Revista Manus Iuris. Nova edição, p.186-198, nov. 2020. Disponível em: <https://periodicos.ufersa.edu.br/rmi/article/download/9914/10479/60057>. Acesso em 19 abr. 2024.

REDAÇÃO CONJUR. **Mandado de busca genérico contraria presunção de inocência, diz Celso de Mello.** 2018. Disponível em: <https://www.conjur.com.br/2018-fev-21/mandado-busca-generico-viola-presuncao-inocencia-celso/>. Acesso em 02 abr. 2024.

- ROSA, Alexandre de Moraes da. **A prática de *fishing expedition* no processo penal**. 2021. Disponível em: <https://www.conjur.com.br/2021-jul-02/limite-penal-pratica-fishing-expedition-processo-penal/>. Acesso em 19 abr. 2024.
- SILVA, Philipe Benoni Melo e. **Fishing Expedition: A pesca predatória por provas por parte dos órgãos de investigação**. Empório do Direito. 2017. Disponível em: <https://emporiiododireito.com.br/leitura/fishing-expedition-a-pesca-predatoria-por-provas-por-parte-dos-orgaos-de-investigacao>. Acesso em: 04 abr. de 2024.
- SILVA, Viviani Ghizoni da; SILVA, Philipe Benoni Melo e; ROSA, Alexandre de Moraes da. ***Fishing expedition* e encontro fortuito na busca e na apreensão: um dilema oculto do processo penal**. 1ª Edição. Florianópolis: EMais, 2022.
- VELLOSO, Pedro Ivo; AGOSTI, Francisco. **Fishing expedition e a instrução de investigação criminal**. 2023. Disponível em: <https://www.conjur.com.br/2023-out-01/velloso-agosti-fishing-expedition-investigacao-criminal/>. Acesso em 19 abr. 2024.