DO ENCONTRO FORTUITO DE PROVAS (FENÔMENO DA SERENDIPIDADE) NAS INTERCEPTAÇÕES TELEFÔNICAS: VISÃO DOS TRIBUNAIS SUPERIORES

Marcel Santos Tavares[*]

Sob a orientação de **André Adriano do Nascimento da Silva**

RESUMO: Este trabalho apresenta o conceito de encontro fortuito de provas, também conhecido como fenômeno da Serendipidade, adentrando, de forma bastante sucinta, na Teoria da Prova e na Lei de Interceptação Telefônica, posto que tais temas devem ser relembrados para o estudo do fenômeno da Serendipidade. Em verdade, necessário se fez percorrer, mesmo que de forma sucinta os principais aspectos da teoria da prova e do instituto da interceptação telefônica. No que tange aos principais enfoques do tema provas, foram abordados o conceito de prova sob o prisma da jurisdição e do processo, bem como breve comentário sobre os meios de prova e a vedação probatória. A outro giro, quando do estudo da interceptação telefônica, foram abordadas questões de procedimento e classificação, assim como o prazo da diligência e considerações acerca de sua característica de medida *inaudita altera partes*. O artigo apresenta ainda a visão do Superior Tribunal de Justiça e do Supremo Tribunal Federal sobre o assunto, sempre fundamentando a linha seguida por esses Tribunais através de julgados colacionados a este trabalho.

PALAVRAS-CHAVE: Encontro fortuito de provas. Fenômeno da Serendipidade.

INTRODUÇÃO

Desde o advento da Lei 9296/96, a interceptação telefônica está em voga, sendo muitas vezes utilizada como único meio a lastrear a inicial acusatória. Ocorre que, corriqueiramente, no decorrer da captação do

[*] Advogado especialista em Direito Penal e Processual Penal.

áudio, a autoridade policial mantém contato com ilícito penal diverso daquele que ensejou o pedido de interceptação.

Surge a partir disso o questionamento acerca da valoração desse encontro fortuito de provas, no sentido de saber sobre a utilização dessas provas para embasar eventual denúncia ou até mesmo condenação judicial.

Ante o exposto, o presente trabalho visa abordar a questão da aplicação do fenômeno da Serendipidade nas interceptações telefônicas, de modo a mostrar o posicionamento do Superior Tribunal de Justiça e Supremo Tribunal Federal quanto à admissibilidade ou não dessas provas encontradas de forma fortuita.

1 DAS PROVAS

1.1 INTRODUÇÃO ACERCA DO CONCEITO DE PROVA SOB A ANÁLISE DA JURISDIÇÃO E PROCESSO

É inerente a toda e qualquer sociedade o surgimento de conflitos entre pessoas, nos quais, o Estado por meio da jurisdição, deve aplicar ao caso concreto a norma abstrata que melhor se coaduna ao fato. Sobre a jurisdição, Tourinho (2003, p. 47) aduz que esta nada mais é que "a função do Estado consistente em fazer atuar, pelos órgãos jurisdicionais, que são os juízes e Tribunais, o direito objetivo a um caso concreto, obtendo-se a justa composição da lide".

Tourinho (2003, p. 47) afirma ainda que, de certo modo, "este poder de aplicar o direito objetivo aos casos concretos, por meio do processo e por um órgão desinteressado, imparcial e independente, surgiu, inegavelmente, como impostergável necessidade jurídica à própria sobrevivência do Estado".

Nesse sentido, após uma breve conceituação de jurisdição, percebe-se a tamanha importância do processo para a aplicação da tutela jurisdicional. De modo que, não menos importante à jurisdição, é também o processo, meio pelo qual aquela poderá se efetivar. Impossível a conceituação do instituto da "prova", sem antes, ao menos, tecermos alguns comentários acerca do que seria processo.

Sobre processo, Cintra, Grinover e Dinamarco (2008, p. 46) convergem no seguinte posicionamento, *in litteris*:

> Caracterizada a insatisfação de alguma pessoa em razão de uma pretensão que não pôde ser, ou de qualquer modo não foi, satisfeita, o Estado poderá ser chamado a desempenhar a sua função jurisdicional; e ele o fará em cooperação com ambas as partes envolvidas no conflito ou com uma só delas (o demandado pode ficar revel), segundo um método de trabalho estabelecido em normas adequadas. A essa soma de atividades em cooperação e à soma de poderes, faculdades, deveres, ônus e sujeições que impulsionam essa atividade dá-se o nome de *processo*.

Ainda em análise à obra de Cintra, Grinover e Dinamarco, nota-se que, no campo da etimologia, "processo" denota *marcha avante* ou *caminhada*, posto que, do latim, *proceder* significa seguir adiante. A outro giro, e não menos importante é a diferenciação entre procedimento e processo:

> O procedimento é, nesse quadro, apenas o meio extrínseco pelo qual se instaura, desenvolve-se e termina o processo; é a manifestação extrínseca deste, a sua realidade fenomenológica perceptível. A noção de processo é essencialmente teleológica, porque ele se caracteriza por sua finalidade de exercício de poder (no caso, jurisdicional). A noção de procedimento é puramente formal, não passando da coordenação de atos que se sucedem. Conclui-se, portanto, que o procedimento (aspecto formal do processo) é o meio pelo qual a lei estampa os atos e fórmulas da ordem legal do processo (CINTRA; GRINOVER e DINAMARCO, 2008, p. 297).

É nesse sentido que se pode perceber que o processo é algo substancial à função jurisdicional, na medida em que esta é exercida com o escopo de se erradicar os conflitos, almejando a justiça por meio da atuação da vontade concreta da lei.

Assim como o processo é algo primordial à função jurisdicional, o instituto da prova também é diretamente proporcional ao valor do

processo para jurisdição. Em razão disso, é que foi necessário percorrer, mesmo que de forma bastante concisa, os conceitos de jurisdição de processo.

Ao analisar o instituto da prova Claus Roxin (2003, p. 185) afirma que "*probar* significa convencer *al juez sobre la certeza de la existencia de um hecho*". Deste modo, entende-se que, se no processo fatos são alegados por uma determinada parte, esta terá que, através de meios de prova, convencer ao juiz sobre a veracidade desses eventos.

De forma bastante sucinta, prova é o meio pelo qual se pode demonstrar a veracidade de uma proposição. Sobre o tema, Távora e Alencar (2012, p. 376), parafraseando Guilherme Nucci, apontam os três sentidos sobre a palavra "prova": ato de provar; meio de provar e resultado da ação de provar. Outrossim, sobre a matéria em análise, Didier, Braga e Oliveira (2011, p. 185) se manifestam da seguinte forma:

> No sentido jurídico, são basicamente três as acepções com que o vocábulo é utilizado: a) às vezes, é utilizado para designar *o ato de provar*, é dizer, a atividade probatória; é nesse sentido que se diz que àquele que alega um fato cabe fazer prova dele, isto é, cabe fornecer os meios que que demonstrem a sua alegação; b) noutras vezes, é utilizado para designar o *meio de prova* propriamente dito, ou seja, as técnicas desenvolvidas para se extrair a prova de onde ela jorra; nesse sentido, fala-se em prova testemunhal, prova pericial, prova documental etc.; c) por fim, pode ser utilizado para designar o *resultado* dos atos ou dos meios de prova que foram produzidos no intuito de buscar o convencimento judicial e é nesse sentido que se diz, por exemplo, que o autor fez prova dos fatos alegados na causa de pedir.

A outro giro e ainda em comento as lições de Didier, Braga e Oliveira, necessário trazer à baila ainda o sentido objetivo do vocábulo em comento, condizente quando o termo é utilizado para se referir ao ato de provar ou aos meios de prova. Noutra senda, quando o termo é empregado com o objetivo de se referir ao resultado das provas no íntimo do juiz, está sendo utilizado em seu sentido subjetivo.

1.2 OS MEIOS DE PROVA E A VEDAÇÃO PROBATÓRIA

Távora e Alencar (2012, p. 379) elencam os meios de prova como sendo "os recursos de percepção da verdade e formação do convencimento. É tudo aquilo que pode ser utilizado direta ou indiretamente, para demonstrar o que se alega no processo". Do mesmo modo, Paulo Rangel (2013, p. 420) assevera que "os meios de prova são todos aqueles que o juiz, direta ou indiretamente, utiliza para conhecer da verdade dos fatos, estejam eles previstos em lei ou não".

Insta salientar ainda que, na busca da verdade real, a produção de provas segundo o Código de Processo Penal (Decreto-Lei 3.689 de 1941) adota uma vertente mais liberal, no sentido de que o código de ritos não acatou a enumeração específica de forma a criar um rol taxativo das provas admitidas ou passíveis de admissão. Nesse sentido, temos que, no processo, são autorizadas a utilização de provas tanto nominadas, isto é, aquelas dispostas no Título VII (Das Provas) do Livro I (Do Processo em Geral) do CPP, mais precisamente dos artigos 155 ao 250, quanto das inominadas, ou seja, as ainda não elencadas ou normatizadas no rito processual.

Observe que, não obstante a utilização do princípio da verdade real para assegurar a liberdade probatória, as provas não devem atentar contra o próprio ordenamento pátrio, nesse sentido as lições de Távora e Alencar (2012, p. 380):

> Esta não-taxatividade pode ser extraída do art. 155 do CPP, no seu parágrafo único, com a redação trazida pela Lei nº. 11.690/08, quando assevera que "somente quanto ao estado das pessoas, serão observadas as restrições estabelecidas na lei civil". [...]
> A liberdade probatória é a regra, e as limitações figuram no âmbito da exceção.

Por conseguinte, assim como os demais direitos e garantias fundamentais presentes na Constituição Federal de 1988, o princípio da liberdade probatória não é absoluto, ou seja, a própria Carta Magna, em seu art. 5º, inciso LVI, veda a admissão processual de provas obtidas por meios ilícitos.

Deste modo, toda vez que a prova for produzida de modo a implicar a violação não só a princípios, mas também a lei, ambos de direito substantivo (material) ou adjetivo (processual), esta será considerada proibida.

A doutrina majoritária, a exemplo de Távora e Rodrigues (2012, p. 381), costuma classificar as provas vedadas ou proibidas em duas espécies, a saber, as provas ilícitas e as provas ilegítimas.

> **As provas ilícitas**: são aquelas que violam disposições de direito material ou princípios constitucionais penais. Ex.: confissão obtida mediante tortura (Lei nº 9.455/1997); interceptação telefônica realizada sem autorização judicial (art. 10 da Lei nº 9.296/1996).
> **As provas ilegítimas**: violam normas processuais e os princípios constitucionais da mesma espécie. Ex.: laudo pericial subscrito por apenas um perito não oficial (art. 159, § 1º do CPP).

A outro giro, importante trazer à baila também a classificação de Paulo Rangel, o qual não apenas reconhece a existência das duas espécies de provas proibidas supracitadas, mas também elenca uma terceira nova espécie, qual seja as provas irregulares.

Segundo as lições de Paulo Rangel (2013, p. 431), são irregulares "as provas que, não obstante admitidas pela norma processual, foram colhidas com infringência das formalidades legais existentes". Ou seja, a prova, mesmo sendo admitida pela lei processual penal, pode ter sido realizada/colhida sem a observância das formalidades que esta requeria.

A exemplo das provas irregulares temos a busca e apreensão realizada com mandado que não obedece as formalidades constantes do artigo 243 do código de ritos. Deste modo, mesmo que a busca e apreensão seja uma espécie de prova admitida em direito nos termos do art. 5º, inciso XI da CF, uma vez realizada com mandado incompleto, esta estaria incidindo no conceito de prova irregular por Paulo Rangel.

2. DA INTERCEPTAÇÃO TELEFÔNICA

2.1 CLASSIFICAÇÃO E PROCEDIMENTO

A interceptação telefônica, nos termos da Lei nº 9.296/96, trata-se de uma medida cautelar preparatória, que poderá ser decretada pelo juiz de ofício ou a requerimento da autoridade policial no curso de procedimento investigativo ou ainda através de postulação do representante do Ministério Público, tanto na investigação criminal, como na instrução de ação penal já existente, conforme interpretação literal do art. 3º e seus incisos, *in verbis*:

> Art. 3° A interceptação das comunicações telefônicas poderá ser determinada pelo juiz, de ofício ou a requerimento:
> I - da autoridade policial, na investigação criminal;
> II - do representante do Ministério Público, na investigação criminal e na instrução processual penal.

Faz-se necessário mencionar que, na lição de Norberto Avena (2014, p. 484), a interceptação telefônica é gênero, da qual se podem discriminar três espécies, a saber, a interceptação telefônica *stricto sensu*, escuta telefônica e gravação telefônica. Sobre essas, Avena as conceitua como:

> **Interceptação telefônica *stricto sensu*:** hipótese na qual um terceiro viola a conversa telefônica de duas ou mais pessoas, registrando ou não os diálogos mantidos, sem que nenhum dos interlocutores tenha conhecimento da presença do agente violador.
> **Escuta telefônica:** situação na qual um terceiro viola a conversa telefônica mantida entre duas ou mais pessoas, havendo a ciência de um ou alguns dos interlocutores de que os diálogos estão sendo captados.
> **Gravação telefônica:** aqui não há figura de terceiro. Um dos interlocutores, simplesmente, registra a conversa que mantém com o outro. Não há, propriamente, uma violação de conversa telefônica, já que o registro está sendo feito por um dos indivíduos que mantém o diálogo. (AVENA, 2014, p. 484)

A Constituição Federal de 1988 resguarda o sigilo das conversas telefônicas no seu art. 5º, inciso XII, ao trazê-la como inviolável. Entretanto, a própria Constituição faz uma ressalva ao final do supracitado inciso, de modo que através de uma interpretação a *contrario sensu* pode-se concluir pela violação dessas comunicações telefônicas mediante ordem judicial.

Foi com fundamento no disposto na Constituição Federal, ou seja, a permissão da interceptação telefônica mediante ordem judicial e na forma da lei, que fora promulgada a Lei nº 9.296/96 única e exclusivamente com o fito de regulamentar o inciso XII, parte final do art. 5º da CF/88 (interceptação telefônica).

Ressalte-se que, para que haja uma interceptação telefônica é necessária a presença de, no mínimo dois interlocutores. A outro modo, para que se configure uma violação a este diálogo, um terceiro precisaria invadi-lo.

Por conseguinte, o art. 5º, inciso XII da CF/88 alcança apenas as duas primeiras espécies de interceptações telefônicas supracitadas, a saber, a interceptação telefônica *stricto sensu* e a escuta telefônica, este é o entendimento do STJ e STF segundo as lições de Norberto Avena (2014, p. 485).

A outro giro, passando a análise do procedimento desse instituto, é relevante explicitar o caráter claro e sucinto da Lei nº 9.296/96, a qual é composta por apenas 12 (doze) artigos. Conforme dito anteriormente, a medida poderá ser requerida pela autoridade policial ou representante do Ministério Público, podendo ainda ser decretada de ofício pelo Juiz competente através de ordem fundamentada nos termos dos artigos 1º e 3º desta lei.

O pedido, conforme disposto no artigo 4º, deverá conter a demonstração cabal de que sua realização é ato necessário à apuração do delito (a infração deve ser punida com pena de reclusão), indicando ainda os meios a serem empregados.

Uma vez encaminhado o pedido para o juízo competente, este deverá se manifestar no prazo máximo de 24 (vinte e quatro) horas, através de decisão fundamenta, sob pena de nulidade, acerca do deferimento ou não da interceptação. Uma vez deferida, o juiz deve indicar a forma de execução da diligência, a qual possui prazo de duração máximo de 15 dias, podendo ser renovado por igual período quando indispensável

como meio de prova.

Finda a diligência da interceptação, ou seja, terminado o processo de captação do áudio, deverá ser realizado a transcrição do mesmo, sendo as respectivas transcrições encaminhadas ao juízo competente, o qual determinará o apensamento da prova obtida nos termos do art. 8º da supracitada lei.

Conforme se depreende do julgamento do Habeas Corpus nº 141.062 do STJ, no tocante a transcrição do áudio interceptado, não há que se falar em realização de perícia a fim de que sejam reconhecidas as pessoas envolvidas, segue transcrição da parte específica da ementa:

> SUSTENTADA FALTA DE IDENTIFICAÇÃO TÉCNICA QUE AUTORIZE AFIRMAR QUEM ERAM OS INTERLOCUTORES DAS CONVERSAS INTERCEPTADAS. INEXISTÊNCIA DE PREVISÃO NA LEI 9.296/1996 ACERCA DA REALIZAÇÃO DE PERÍCIA DAS VOZES CONSTANTES DOS DIÁLOGOS GRAVADOS. INOCORRÊNCIA DA EIVA INDICADA. 1. Não há na Lei 9.296/1996 qualquer exigência no sentido de que as gravações dos diálogos interceptados sejam periciadas a fim de que se reconheça quem são as pessoas envolvidas. Ao contrário, a mencionada legislação estabelece, no artigo 6º, que os procedimentos de interceptação serão conduzidos pela autoridade policial, que poderá, nos termos do artigo 7º, "requisitar serviços e técnicos especializados às concessionárias de serviço público". Precedentes. 2. A par de inexistir previsão legal para que seja realizada perícia de voz, há que se destacar que, além de o próprio analista das interceptações ter identificado a paciente como sendo uma das interlocutoras dos diálogos monitorados, outras testemunhas também o fizeram, conforme assestado pela Corte de origem.

A outro giro, o STJ possui o entendimento de que não seria necessário também a transcrição integral dos diálogos, sendo suficiente apenas a redução a termo das partes indispensáveis ao embasamento da denúncia,

nesse sentido consta a ementa do julgamento do HC nº 139.966.

2.2 DO PRAZO PARA INTERCEPTAÇÃO TELEFÔNICA

A lei que regulamenta o inciso XII, art. 5º da CF/88 de forma a dispor sobre a interceptação telefônica – menciona-se aqui a interceptação telefônica enquanto suas espécies *stricto sensu* e escuta telefônica, excetuando a gravação telefônica, posto que essa é realizada por um dos interlocutores – traz em seu artigo 5º que a decisão acerca do pedido da interceptação deve ser fundamentada, sob pena de nulidade.

Ademais, o mencionado dispositivo, em sua parte final, menciona o lapso temporal da diligência em questão, restringindo ao prazo de 15 dias, podendo ser renovável por igual período desde que comprovada a indispensabilidade como meio de prova.

A dúvida reside no questionamento acerca de quando deveria se iniciar esse prazo, ou seja, se o dia da expedição da ordem judicial deveria ser levado ou não em consideração para cômputo do prazo.

Pois bem, sobre o cômputo de prazos processuais, de forma bastante clara e sucinta, pode-se inferir que a regra do direito material é deveras diversa do direito processual. A respeito do tema temos o artigo 10 do CP[1] e o artigo 798, § 1º do CPP[2].

Através de uma interpretação literal dos dispositivos mencionados, é deveras notável que nos prazos penais o dia do começo é computado para efeitos da contagem, enquanto que nos prazos processuais penais isso não ocorre. Retomando o raciocínio acerca da contagem do prazo nas interceptações telefônicas, segundo a lição de Norberto Avena (2014, p. 493), a doutrina vem utilizando a regra esculpida no artigo 10 do CP com fundamento de que esta é mais vantajosa ao investigado e acusado.

A outro giro, surge mais um questionamento no que tange a renovação da diligência em comento, posto que o lapso temporal da interceptação telefônica é de 15 dias renovável por igual período. Entretanto, decisões tanto do STJ[3] quanto do STF[4] estão apontando o entendimento de que a medida poderá ser renovada por quantas vezes se fizer necessária, desde que seja apontada e demonstrada a sua indispensabilidade ao procedimento investigatório ou processo penal.

2.3 MEDIDA *INAUDITA ALTERA PARTE*

Com vistas a sua natureza de medida cautelar preparatória, resta evidente que o investigado ou réu, não poderia ter ciência da mesma, posto que se assim o tivesse, a medida perderia o seu efeito.

Em razão disso é que a interceptação telefônica deve ser determinada pelo juiz, sempre que obedecidos os requisitos legais, porém, *inaudita altera parte*, ou seja, sem conhecimento da parte contrária, de modo que esta – a parte – não pode exercitar o exercício do contraditório prévio.

Por este motivo resta evidenciado a incidência de uma exceção ao princípio do contraditório estampado no art. 5º, inciso LV da Constituição Federal de 1988, a saber:

> LV - aos litigantes, em processo judicial ou administrativo, e aos acusados em geral são assegurados o contraditório e ampla defesa, com os meios e recursos a ela inerentes. (original sem grifo)

Não apenas a CF de 1988, mas também o Pacto de São José da Costa Rica, tratado internacional aprovado pelo Congresso Nacional através do Decreto Legislativo nº 27, de 26 de Maio de 1992, conhecido tecnicamente como Convenção Americana de Direitos Humanos, traz em sua redação a garantia do contraditório no art. 8º, *in litteris*:

> Artigo 8º - Garantias judiciais
> 1. Toda pessoa terá o direito de ser ouvida, com as devidas garantias e dentro de um prazo razoável, por um juiz ou Tribunal competente, independente e imparcial, estabelecido anteriormente por lei, na apuração de qualquer acusação penal formulada contra ela, ou na determinação de seus direitos e obrigações de caráter civil, trabalhista, fiscal ou de qualquer outra natureza.

Pois bem, excepcionando o princípio do contraditório, na interceptação telefônica vigora o contraditório diferido ou postergado, segundo o qual em razão da urgência ou perigo de ineficácia da medida

– nesse caso a interceptação – a parte contrataria não deverá ser intimada a fim de se manifestar acerca do deferimento da diligência.

Nesse sentido já se manifestou o Superior Tribunal de Justiça no julgamento do Agravo Regimental do Agravo em Recurso Especial 262655, em que o exercício do contraditório sobre as provas obtidas em razão de interceptação telefônica judicialmente autorizada é diferido para a ação penal porventura deflagrada, já que a sua natureza cautelar não é compatível com o prévio conhecimento do agente que é alvo da medida.

> AGRAVO REGIMENTAL NO AGRAVO EM RECURSO ESPECIAL. PROCESSO PENAL. TRÁFICO E ASSOCIAÇÃO PARA O TRÁFICO. 1. INTERCEPTAÇÃO TELEFÔNICA E MANDADO DE BUSCA E APREENSÃO FUNDADOS, EXCLUSIVAMENTE, EM DENÚNCIA ANÔNIMA. IMPROCEDÊNCIA DA ALEGAÇÃO. REALIZAÇÃO DE INVESTIGAÇÕES PRELIMINARES. 2. DECISÃO QUE DETERMINOU A MEDIDA. FUNDAMENTAÇÃO CONCRETA. 3. IMPRESCINDIBILIDADE PARA O PROSSEGUIMENTO DAS INVESTIGAÇÕES. 4. VIOLAÇÃO AO ART. 155 DO CPP. NÃO OCORRÊNCIA. **5. ELEMENTO PROBATÓRIO DECORRENTE DA MEDIDA CAUTELAR. CONTRADITÓRIO DIFERIDO**. 6. DEPOIMENTO DE POLICIAIS. VALIDADE. 7. ANÁLISE DE CONTRARIEDADE A DISPOSITIVOS CONSTITUCIONAIS. IMPOSSIBILIDADE. 8. INEXISTÊNCIA DE ELEMENTOS PROBATÓRIOS A AMPARAR O DECRETO CONDENATÓRIO. PLEITO DE ABSOLVIÇÃO. INVERSÃO DO JULGADO. NECESSIDADE DE REEXAME DAS PROVAS. INVIABILIDADE. SÚMULA 7/STJ. 9. AGRAVO REGIMENTAL IMPROVIDO.
>
> **5. As provas obtidas por meio de interceptação telefônica possuem o contraditório postergado para a ação penal porventura deflagrada, diante da incompatibilidade da medida com o prévio conhecimento de sua realização pelo agente**

> **interceptado.**
> (STJ - AgRg no AREsp: 262655 SP 2012/0250691-4, Relator: Ministro MARCO AURÉLIO BELLIZZE, Data de Julgamento: 06/06/2013, T5 - QUINTA TURMA, Data de Publicação: DJe 14/06/2013) (Grifo nosso)

3 DO ENCONTRO FORTUITO DE PROVA E ATUAL POSICIONAMENTO DOS TRIBUNAIS SUPERIORES SOBRE O ASSUNTO

Cediço que na captação do áudio de uma interceptação telefônica, poderá ocorrer, por uma mera eventualidade, a divisão, ou seja, o encontro de ilícitos penais estranhos àqueles que ensejaram a decretação da interceptação telefônica. Sobre o tema, Faccini Neto (2014, p. 2) aponta dois fatores primordiais sobre os quais decorre o encontro fortuito de provas na interceptação, são eles a abrangência de um terceiro interlocutor e a persistência do ato por um interregno de tempo, nesse sentido:

> Se a fortuidade, no sentido de um sucesso inesperado, não é algo exclusivo à interceptação telefônica, é de ser dito que, em tal meio de prova há algo de mais, tendente a alargar a possibilidade deste encontro com o acaso. As condições por que se realiza a interceptação de certo modo favorecem ocorrências fortuitas. Pois, em se tratando de mecanismo direcionado à comunicação entre pessoas, necessariamente fará envolver um terceiro, de regra não investigado, no campo de sua abrangência(6). E mais, a sua persistência por determinado interregno - a interceptação não se esgota num só ato -, torna deveras concreta a possibilidade de serem alcançados resultados diversos daqueles a que inicialmente se teria destinado, e nada contribui ao alvitre de que, na sua estatuição, tenha o legislador desconsiderado os corolários que se afiguram inerentes à medida.

Deste modo, uma vez preenchidos os requisitos trazidos na Lei nº

9.296/96 - crimes punidos com reclusão, indícios razoáveis de autoria e participação e, real necessidade da violação da comunicação telefônica, em razão da não existência de outro meio hábil a obtenção das provas necessárias – o juiz competente, por meio de decisão fundamentada autoriza a medida.

Entretanto, uma vez iniciada a interceptação telefônica, assim como Faccini Neto explica, é possível que no decorrer da realização da diligência seja encontrado indícios da realização de outro crime que não aquele para qual foi autorizada a interceptação telefônica. Trata-se da descoberta casual ou encontro fortuito de prova.

Com vistas ao Informativo nº 262 de Setembro de 2005, o STJ, no julgamento do HC nº 33.462, entendia que as provas obtidas por meio do encontro fortuito poderiam ser utilizadas para embasar eventual condenação do autor do crime descoberto. Entretanto, deveria ser demonstrada uma relação de conexão entre o crime para qual fora autorizada a interceptação telefônica e o crime eventualmente descoberto, a saber:

> ESCUTA TELEFÔNICA. TERCEIRO. MP. DILIGÊNCIAS.
> Desde que esteja relacionada com o fato criminoso investigado, é lícita a prova de crime diverso obtida mediante a interceptação de ligações telefônicas de terceiro não arrolado na autorização judicial da escuta. Outrossim, é permitido ao MP conduzir diligências investigatórias para a coleta de elementos de convicção, pois isso é um consectário lógico de sua própria função, a de titular da ação penal (LC n. 75/1993). Precedentes citados: HC 37.693-SC, DJ 22/11/2004; RHC 10.974-SP, DJ 18/3/2002; RHC 15.351-RS, DJ 18/10/2004, e HC 27.145-SP, DJ 25/8/2003. HC 33.462-DF**, Rel. Min. Laurita Vaz, julgado em 27/9/2005.**

Ocorre que, hodiernamente, o entendimento do STJ está pacificado no sentido de que o encontro fortuito de prova na diligência de interceptação telefônica prescinde de qualquer relação de conexão com o crime para qual fora deferida a medida cautelar.

Tal fato pode ser comprovado pelo julgamento do Agravo Regimental no Agravo em Recurso Especial 233305, quando apontado os motivos e razões de que este encontro fortuito não deve ser precedido de relação de conexidade, a saber: a Lei nº 9.296/96 não exige essa relação; o Estado não pode ficar inerte diante da descoberta de um crime, mesmo que tal descoberta tenha sido de forma eventual; se o Estado, através de seus órgão investigativos, violou a privacidade de alguém, mas o fez com respeito aos dispositivos constitucionais e legais, as provas obtidas por tal meio devem ser consideradas lícitas.

Ainda sobre o tema no Superior Tribunal de Justiça, em sua mais recente decisão, no julgamento de Recurso Especial nº 1.355.432, publicado no Informativo nº 546 de Setembro de 2014, segundo o qual o STJ acolheu o encontro fortuito de prova, *in litteris*:

> DIREITO PROCESSUAL PENAL. LEGALIDADE DE INTERCEPTAÇÃO TELEFÔNICA DEFERIDA POR JUÍZO DIVERSO DAQUELE COMPETENTE PARA JULGAR A AÇÃO PRINCIPAL.
> **A sentença de pronúncia pode ser fundamentada em indícios de autoria surgidos, de forma fortuita, durante a investigação de outros crimes no decorrer de interceptação telefônica determinada por juiz diverso daquele competente para o julgamento da ação principal.** Nessa situação, não há que se falar em incompetência do Juízo que autorizou a interceptação telefônica, tendo em vista que se trata de hipótese de encontro fortuito de provas. Além disso, a regra prevista no art. 1º da Lei 9.296/1996, de acordo com a qual a interceptação telefônica dependerá de ordem do juiz competente da ação principal, deve ser interpretada com ponderação, não havendo ilegalidade no deferimento da medida por Juízo diverso daquele que vier a julgar a ação principal, sobretudo quando autorizada ainda no curso da investigação criminal. Precedente citado: RHC 32.525-AP, Sexta Turma, DJe 4/9/2013. REsp 1.355.432-SP**, Rel. Min. Jorge Mussi, Rel. para**

acórdão Min. Marco Aurélio Bellizze, julgado em 21/8/2014.

Deve-se levar em consideração ainda que, sobre o crime descoberto fortuitamente em interceptação telefônica deferida para apurar a prática de crime diverso, a prova deve ser apreciada pelo juízo ou tribunal, mesmo que o delito constatado eventualmente seja punido apenas com detenção ou ainda seja espécie de contravenção penal.

Sobre o tema, preleciona o Supremo Tribunal Federal no julgamento do Agravo Regimental em Agravo de Instrumento, qual seja:

> EMENTA: AGRAVO REGIMENTAL EM AGRAVO DE INSTRUMENTO. INTERCEPTAÇÃO TELEFÔNICA LICITAMENTE CONDUZIDA. ENCONTRO FORTUITO DE PROVA DA PRÁTICA DE CRIME PUNIDO COM DETENÇÃO. LEGITIMIDADE DO USO COMO JUSTA CAUSA PARA OFERECIMENTO DE DENÚNCIA. AGRAVO REGIMENTAL DESPROVIDO. 1. O Supremo Tribunal Federal, como intérprete maior da Constituição da República, considerou compatível com o art. 5º, XII e LVI, o uso de prova obtida fortuitamente através de interceptação telefônica licitamente conduzida, **ainda que o crime descoberto, conexo ao que foi objeto da interceptação, seja punido com detenção.** 2. Agravo Regimental desprovido.
>
> (AI 626214 AgR, Relator(a): Min. JOAQUIM BARBOSA, Segunda Turma, julgado em 21/09/2010, DJe-190 DIVULG 07-10-2010 PUBLIC 08-10-2010 EMENT VOL-02418-09 PP-01825 RTJ VOL-00217- PP-00579 RT v. 100, n. 903, 2011, p. 492-494) (Grifo nosso)

Importante salientar que sobre o encontro fortuito de provas o Superior Tribunal de Justiça vem empregando o termo **fenômeno da Serendipidade** como sinônimo de encontro fortuito de provas. O Ministro Sebastião Reis Júnior, proferindo seu voto na decisão do HC

nº 282.096, refere-se de forma bastante clara e sucinta ao fenômeno da Serendipidade algo "que consiste na descoberta fortuita de delitos que não são objetos da investigação".

O ministro cita ainda o voto da Relatoria da Ministra Laurita Vaz, também do STJ, a qual também menciona sobre o fenômeno em questão, qual seja a Serendipidade:

> [...]
> **4. A descoberta de fatos novos advindos do monitoramento judicialmente autorizado pode resultar na identificação de pessoas inicialmente não relacionadas no pedido da medida probatória, mas que possuem estreita ligação com o objeto da investigação. Tal circunstância não invalida a utilização das provas colhidas contra esses terceiros (Fenômeno da Serendipidade). Precedentes.**
> [...]
> (RHC n. 28794/RJ, Ministra Laurita Vaz, Quinta Turma, DJe 13/12/2012) Grifo nosso.

No entanto, o termo, por poucos conhecido na seara jurídica, é mais utilizado no STJ do que no STF, posto que em pesquisas jurisprudenciais realizadas no site do Supremo não foi possível qualquer tipo de contato com a palavra "Serendipidade", a não ser quando em citação aos julgamentos proferidos pelo STJ.

Por fim, ante toda a pesquisa realizada, bem como através das ementas colacionadas ao artigo em tela, pode-se perceber, de forma bastante clara a aceitação tanto pelo STJ quanto pelo STF do encontro fortuito de provas ou ainda fenômeno da Serendipidade.

CONSIDERAÇÕES FINAIS

Este trabalho teve como objetivo elucidar o conceito do Fenômeno da Serendipidade, comumente chamado de encontro fortuito de provas na seara jurídica. Ademais, buscou-se demonstrar a aplicação do mencionado instituto quando da realização de interceptações telefônicas de forma a apontar ainda a visão dos tribunais superiores, a saber o STJ e STF.

Em verdade, necessário se fez percorrer, mesmo que de forma sucinta os principais aspectos da teoria da prova e do instituto da interceptação telefônica. No que tange aos principais enfoques do tema provas, foram abordados o conceito de prova sob o prisma da jurisdição e do processo, bem como breve comentário sobre os meios de prova e a vedação probatória.

A outro giro, quando do estudo da interceptação telefônica, foram abordadas questões de procedimento e classificação, assim como o prazo da diligência e considerações acerca de sua característica de medida *inaudita altera partes*.

Por fim, tendo como base a análise das pesquisas realizadas tanto no Superior Tribunal de Justiça quanto no Supremo Tribunal Federal, restou-se evidenciado o acolhimento do fenômeno aqui estudado. De forma que, no entendimento dessas cortes, as provas adquiridas mesmo que eventualmente em se tratando de interceptações telefônicas podem ser utilizadas no processo.

OF INCIDENTAL EVIDENCE ENCOUNTER (SERENDIPITY PHENOMENON) IN INTERCEPTIONS TELEPHONE: VISION OF HIGHER COURTS

ABSTRACT: This paper presents the concept of fortuitous encounter of evidence, also known as the phenomenon of Serendipity, entering, quite succinctly, the theory of proof and the law Intercept Phone because such issues should be reminded to study the phenomenon of Serendipity. In fact, it was necessary to go through, even briefly the main aspects of the proof theory and the Institute of telephone interception. In relation to the main theme of the approaches tests were discussed the concept of evidence through the prism of the jurisdiction and proceedings, as well as brief comment on the evidence and the evidentiary seal. In another turn, when the study of telephone interception, questions of procedure and classification, as well as the period of due diligence and considerations about its feature unprecedented measure amends parts were addressed. The article presents the vision of the Superior Court and the Supreme Court on the subject, always basing the line taken by these courts judged collated through this work.

KEYWORDS: Random meeting of evidence. Phenomenon of Serendipity.

Notas

1 Art. 10 - O dia do começo inclui-se no cômputo do prazo. Contam-se os dias, os meses e os anos pelo calendário comum.
2 Art. 798. Todos os prazos correrão em cartório e serão contínuos e peremptórios, não se interrompendo por férias, domingo ou dia feriado. § 1o. Não se computará no prazo o dia do começo, incluindo-se, porém, o do vencimento.
3 Veja-se o HC 40.637 do Superior Tribunal de Justiça, de relatoria do Ministro Hélio Quaglia Barbosa.
4 Veja-se o HC 83.515 do Supremo Tribunal Federal, de relatoria do Ministro Nelson Jobim.

REFERÊNCIAS

AVENA, Norberto. *Processo Penal esquematizado*. 6. ed. Rio de Janeiro: Forense; São Paulo: MÉTODO, 2014.
BRASIL, Constituição (1988). **C***onstituição da República Federativa do Brasil*: promulgada em 05 de Outubro de 1988. Disponível em < http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/ConstituicaoCompilado.htm>.
BRASIL, Decreto Legislativo nº 27 de 1992. Aprova o texto da *Convenção Americana sobre Direitos Humanos (Pacto São José)* celebrado em São José da Costa Rica, em 22 de novembro de 1969, por ocasião da Conferência especializada Interamericana sobre Direitos Humanos. Disponível em < http://legis.senado.gov.br/legislacao/ListaPublicacoes.action?id=136444>.
BRASIL, Decreto-Lei nº 2.848 (*Código Penal*), de 07 de Dezembro de 1940. Disponível em <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/decreto-lei/del2848compilado.htm>.
BRASIL, Decreto-Lei nº 3.689 (*Código de Processo Penal*), de 03 de Outubro de 1941. Disponível em <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/decreto-lei/del3689compilado.htm>.
BRASIL, Lei nº 9.296 (*Lei de Interceptação Telefônica*), de 24 de Julho de 1996. Regulamenta o inciso XII, parte final, do art. 5° da Constituição Federal. Disponível em < http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/l9296.htm>.
BRASIL, Supremo Tribunal Federal. Habeas Corpus nº 83.515/RS. Relator: Ministro NELSON JOBIM, Data de Julgamento: 16/09/2014, Tribunal Pleno. Disponível em < http://www.stf.jus.br/portal/jurisprudencia/listarJurisprudencia.asp?s1=%28HC%24%2ESCLA%2

E+E+83515%2ENUME%2E%29+OU+%28HC%2EACMS%2E+ADJ2+83515%2EACMS%2E%29&base=baseAcordaos&url=http://tinyurl.com/b233xny>.
BRASIL, Supremo Tribunal Federal. Agravo de Instrumento em Agravo Regimental nº 626214. Relator: Ministro JOAQUIM BARBOSA, Data de Julgamento: 26/03/2010. Disponível em < http://stf.jusbrasil.com.br/jurisprudencia/9275456/agravo-de-instrumento-ai-626214-mg-stf>.
BRASIL, Superior Tribunal de Justiça. Agravo Regimental no Agravo em Recurso Especial 233.305/RS (2012/0199718-3). Relator: Ministro JORGE MUSSI, Data de Julgamento: 25/06/2013, T5 – Quinta Turma. Disponível em < http://stj.jusbrasil.com.br/jurisprudencia/23911540/agravo-regimental-no-agravo-em-recurso-especial-agrg-no-aresp-233305-rs-2012-0199718-3-stj/relatorio-e-voto-23911542>.
BRASIL, Superior Tribunal de Justiça. Agravo Regimental do Agravo em Recurso Especial nº 262655/SP (2012/0250691-4), Relator: Ministro MARCO AURÉLIO BELLIZZE, Data de Julgamento: 06/06/2013, T5 – Quinta Turma, Data de Publicação: DJe 14/06/2013). Disponível em http://stj.jusbrasil.com.br/jurisprudencia/23403846/agravo-regimental-no-agravo-em-recurso-especial-agrg-no-aresp-262655-sp-2012-0250691-4-stj>.
BRASIL, Superior Tribunal de Justiça. Habeas Corpus nº 282.096 – SP (2013/0376972-4). Relator: Ministro SEBASTIÃO REIS JÚNIOR, Data de Julgamento: 24/04/2014, T6 – Sexta Turma. Disponível em < http://stj.jusbrasil.com.br/jurisprudencia/25070615/habeas-corpus-hc-282096-sp-2013-0376972-4-stj/inteiro-teor-25070616>.
BRASIL, Superior Tribunal de Justiça. Habeas Corpus nº 33.462/DF (2004/0013612-9). Relator: Ministra LAURITA VAZ, Data de Julgamento: 27/09/2005, T5 – Quinta Turma. Disponível em < http://stj.jusbrasil.com.br/jurisprudencia/7187303/habeas-corpus-hc-33462-df-2004-0013612-9/inteiro-teor-12927951>.
BRASIL, Superior Tribunal de Justiça. Habeas Corpus nº 141.062/RS (2009/0130265-0). Relator: Ministro JORGE MUSSI, Data de Julgamento: 20/09/2011, T5 – Quinta Turma. Disponível em < http://stj.jusbrasil.com.br/jurisprudencia/21051119/habeas-corpus-hc-141062-rs-2009-0130265-0-stj/inteiro-teor-21051120>.
BRASIL, Superior Tribunal de Justiça. Habeas Corpus nº 139.966/

SP (2009/0121188-0). Relator: Ministro NAPOLEÃO NUNES MAIA FILHO, Data de Julgamento: 07/06/2011. Disponível em <https://ww2.stj.jus.br/revistaeletronica/Abre_Documento.asp?sSeq=1067536&sReg=200901211880&sData=20120413&formato=PDF>.
BRASIL, Superior Tribunal de Justiça. Habeas Corpus nº 40.637/SP (2004/0183030-8). Relator: Ministro HÉLIO QUAGLIA BARBOSA, Data de Julgamento: 06/09/2005, T6 – Sexta Turma. Disponível em < http://stj.jusbrasil.com.br/jurisprudencia/7195916/habeas-corpus-hc-40637-sp-2004-0183030-8/inteiro-teor-12941387>.
BRASIL, Superior Tribunal de Justiça. Recurso Especial nº 1.355.432 – SP. Relator: Ministro MARCO AURÉLIO BELLIZZE, Data de Julgamento: 21 de Agosto de 2014. Quinta Turma. Disponível em < http://www.jusbrasil.com.br/diarios/documentos/137408502/recurso-especial-n-1355432-sp-do-stj>.
BRASIL, Superior Tribunal de Justiça. Recurso Ordinário em Habeas Corpus nº 282.096 – RJ (2010/0140512-1). Relator: Ministra LAURITA VAZ, Data de Julgamento: 06/12/2012, T5 – Quinta Turma. Disponível em < http://stj.jusbrasil.com.br/jurisprudencia/23023968/recurso-ordinario-em-habeas-corpus-rhc-28794-rj-2010-0140512-1-stj/relatorio-e-voto-23023970>.
CINTRA, Antônio Carlos de Araújo; GRINOVER, Ada Pellegrini; DINAMARCO, Cândido Rangel. *Teoria Geral do Processo.* São Paulo: Malheiros Editores, 2008.
DIDIER, Fredie Júnior; BRAGA, Paula Sarno; OLIVEIRA, Rafael. *Curso de Direito Processual Civil*: Teoria da Prova, Direito Probatório, Teoria do Precedente, Decisão Judicial, Coisa Julgada e Antecipação dos Efeitos da Tutela. Salvador: Editora Jus Podivm, 2011.
GOMES, Luiz Flávio; ALMEIDA, Patrícia Donati. *Interceptação telefônica e serendipidade:* encontro fortuito de fatos ou agentes novos. Data da Publicação: 08/04/2009. Disponível em < http://ww3.lfg.com.br/public_html/article.php?story=20090408093130200&mode=print>. Acesso em 28/08/2014.
NUCCI, Guilherme de Souza. *Direito Processual Penal e Execução Penal*. 3. ed. São Paulo: RT, 2007.
PACELLI, Eugênio de Oliveira. *Curso de Processo Penal.* 12. ed. Rio de Janeiro: Editora Lúmen Juris, 2009.
RANGEL, PAULO. *Direito Processual Penal*. 7. ed. Rio de Janeiro:

Lumen Juris, 2013.
ROXIN, Claus. *Derecho Procesal Penal*. Buenos Aires: Editores Del Puerto, 2003. P. 185
TOURINHO FILHO, Fernando da Costa. *Processo penal*. Vol 1. São Paulo: Saraiva, 25. ed., 2003. p. 47.